



Le droit de l'économie numérique en République Démocratique du Congo à la lumière des expériences européennes et Françaises

Kodjo Ndukuma Adjayi

► To cite this version:

Kodjo Ndukuma Adjayi. Le droit de l'économie numérique en République Démocratique du Congo à la lumière des expériences européennes et Françaises. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2017. Français. NNT : 2017PA01D085 . tel-03402977

HAL Id: tel-03402977

<https://theses.hal.science/tel-03402977>

Submitted on 26 Oct 2021

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.

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT COMPARÉ DE LA SORBONNE

**LE DROIT DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE
EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
À LA LUMIÈRE DES EXPÉRIENCES EUROPÉENNES ET FRANÇAISES**

Doctorat en droit

Thèse présentée par

Kodjo NDUKUMA ADJAYI

Date de la soutenance : 16 novembre 2017

Sous la direction de

Monsieur William GILLES

Membres du jury

M. David CAPITANT,
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

M. Jean-Jacques LAVENUE,
Professeur à l'Université Lille 2 Droit et Santé

M. Pablo GALLEGOS FEDRIANI,
Professeur à l'Université de Buenos-Aires (Argentine), rapporteur

M. SHAMUANA MABENGA,
Professeur à l'Université pédagogique nationale (Kinshasa/RDC), rapporteur

M. William GILLES
Directeur de thèse, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

*À mes enfants :
Raïs, Koane, Marc-Andy et Isra,
pour ces années d'endurance à accomplir
le vœu de votre aïeule partie avant de le voir s'accomplir.
AMDG
kndukuma@hotmail.fr*

Mes remerciements :

à M. William Gilles pour sa direction de ma thèse durant toutes ces années ;

à M. David Capitant, M. Jean-Jacques Lavenue, M. Pablo Gallegos Fedriani, M. Shamuana Mabenga pour avoir accepté de composer notre Jury de soutenance de thèse ;

à Mme Judith Rochfled pour son encadrement de nos premières années ;

à Mme Irène Bouhadana et Mme Marie-Odile Raynaud pour leur accompagnement ;

à M. Sougoumar Mayoura et Goraya Ranjit Singh, des inestimables rencontres ;

à M. Evariste Boshab pour l'initiation à la recherche et au sens de la méthode ;

à Mme Kwadeba N'Gahowaly pour sa présence ;

à Mme Bernadette et à M. Bony pour leurs soutiens ;

à Mme Annie Kithima et M. Antoine Ghonda pour l'inspiration professionnelle ;

à M. Pathy Kalayi pour la passion partagée des études scolaires et doctorales ;

à M. Kahumba Byanga pour les ateliers francophones et américains de haut niveau sur la lutte contre la cybercriminalité ;

à Mme Josiane Riga, Mme Claire Flavigny et M. Hakim Bouchiker, pour leur travail administratif au « sésame » de l'école doctorale de droit de la Sorbonne ;

à toutes les aides précieuses de ces dernières années : M. Néhémie Mwilanya, M. et Mme Gauthier et la grande famille Unzola, M et Mme. Nsiatiti, M. Antoine et Mme Nadine Sueur, Mlle Lio et mes neveux "Sueur", M. Patrick Shabani, M. Jean Tambu, M. Stéphane et son père de Dacty Copies / Paris V^e, Mlle Dethy Longandjo, Me Christian Nduaya, M. Jordy Panza, le jeune avocat Luzolo, M. Meschak, Me Ngoy Mwimbi Funakoshi, Mme Omba, M. Kudela, M. Mutond., ...

à l'équipe du Master 2 Pro (ex-DESS) en droit du cyberspace africain de l'université Gaston Berger de Saint-Louis (Sénégal) ;

à l'Université Protestante au Congo et au Collège Boboto pour leurs formations de base ;

à l'Ambassade de la RDC en France et celle de la France en RDC ;

à l'Assemblée nationale et au Ministère des Postes, Télécoms et Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication de la RDC ;

au Groupe virtuel « Le Panier » (Jessy et Serge) pour le délassement dans les heures de lecture et d'écriture ;

à tous et à chacun pour sa contribution.

*« Le retard est un avantage !
Pourvu que les pays en retard sachent se doter du cadre intellectuel et
institutionnel approprié. Ceci en profitant de l'émulation fournie par
l'avance des dominants et la soif du développement. »
(Alexandre Gerschenkron)**

* Voir : Erik. S. REINERT, *Comment les pays riches sont devenus riches, pourquoi les pays pauvres restent pauvres*, traduit par Anne Guèye, revu, corrigé et annoté par Claude rochet, édition du Rocher, Paris, 2012, p. 32.

ABRÉVIATIONS USUELLES

AAI	: Autorité administrative indépendante
ACP-UE	: Afrique Caraïbes
ACSEL	: Association pour le commerce et les services en ligne
ADPIC	: Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle (OMC)
ADSL	: <i>Asymetric Digital Subscriber Line</i> (Ligne Numérique à Paire Asymétrique)
Aff.	: Affaire
AGCS/GATS	: Accord général sur le commerce et les services / <i>General Agreement on Trade and Services</i>
AGTC/GATT	: Accord Général sur le Tarif et le Commerce / <i>The General Agreement on Tariffs and Trade</i>
AHATI	: Association pour l'histoire des télécommunications et de l'informatique
al	: <i>alter</i> ou <i>alii</i>
al.	: alinéa
AMPS	: <i>Advanced mobile phone system</i>
ANFr	: Agence nationale des fréquences (France)
ANSSI	: Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information
ARCEP	: Autorité de régulation des communications électroniques et de la Poste
ARJEL	: Autorité de régulation des jeux en ligne
ARN	: Autorités de réglementation nationales
ARPANET	: <i>Advanced Research Projects Agency Networks</i>
ARPTC	: Autorité de régulation des postes et des télécommunications de la République Démocratique du Congo
ARPU	: <i>Average revenu par user</i> (revenu moyen par utilisateur)
ART	: Autorité de régulation des télécommunications
Art.	: Article
AT&T	: <i>American Telegraph and Telecommunications Company</i> (États-Unis)
AU/UA	: <i>African Union</i> / Union africaine
B.O.	: Bulletin officiel
BADGE	: Brevet d'aptitude délivré par les grandes écoles
BEREC	: <i>The Body of European Regulators for Electronic Communications</i> (ORECE, en français)
BIRD	: Banque internationale pour la reconstruction et le développement
BM	: Banque mondiale
Bull.	: Bulletin
C.	: Constitution
C. consom.	: Code de la consommation
c. ou c/	: contre
C.c.f ou CCF	: Code civil français
C.civ	: Code civil
C.civ.fr	: Code civil français
C.eur.DH	: Cour européenne des droits de l'homme
C.F.	: Code français
CA	: Cour d'appel
CAK	: <i>Communication Authority of Kenya</i> (Autorité de la communication du Kenya)
Cass.	: Cassation
CCC	: Code civil congolais
CCE	: Commission de la communauté européenne
CCJA	: Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (OHADA)
CDR	: <i>Call detail record</i>
CE	: Communauté européenne
CEA/EAC	: Communauté d'Afrique de l'Est / <i>Eastern Africa Community</i>
CEDEAO	: Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest
CEDH	: Convention européenne des droits de l'homme
CEE	: Communauté économique européenne
CEEAC	: Communauté économique des États d'Afrique centrale
CEMAC	: Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale
CEPT	: Conférence européenne des administrations des postes et télécommunications
CERT	: <i>Computer Emergency Response Team</i>
Cf.	: confères
CGM	: <i>Consumer Generated Media</i>
CGU	: Conditions générales d'utilisation
Ch.	: chambre

Chap.	: Chapitre
CIF	: <i>Cost Insurance Fret</i> (Coût de fret et assurance)
CIRDI	: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Civ.	: Civil
CJCE	: Cour de justice de la Communauté européenne
CJUE	: Cour de justice de l'Union européenne
CKT	: <i>Congo Korea Telecom</i>
CLI	: <i>Caller Line Identity</i> (Identité de la ligne appelante)
CMR	: Conférence mondiale des radiocommunications
CNC	: Centre national de cinéma et de l'image animée (France)
CNCL	: Commission nationale de la communication et des libertés
CNIL	: Commission Nationale Informatique et Liberté
CNN	: <i>Cable News Network</i> (Chaîne câblée d'information des États-Unis)
CNRS	: Centre national de recherche scientifique (France)
CNUDCI	: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
col.	: Colonne
Coll.	: Collection
Collab.	: avec la collaboration de
COMESA	: <i>Common Market for Eastern and Southern Africa</i>
Comm.	: Commerce
CONATEL	: Conseil national des télécommunications d'Haïti
Consom.	: Consommation
Conv.	: convention
COPIREP	: Comité de pilotage de la réforme des entreprises du portefeuille de l'État (RDC)
Cour eur. D.H.	: Cour européenne des droits de l'homme
CPCE	: Code des postes et des communications électroniques
CPST/FEC	: Comité professionnel du secteur des Télécommunications de la Fédération des entreprises du Congo
CPT	: Code de la poste et des télécommunications
CRC	: Commission de Régulation des communications de Bulgarie
CRDI	: Centre canadien de recherche pour le développement international
CREC	: <i>China Railways Engineering</i>
Crim.	: Criminelle
CRTC	: Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes
CSA	: Conseil supérieur de l'Audiovisuel (France)
CSAC	: Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication (au Congo)
CSCE	: Centre de surveillance du commerce électronique
CSJ	: Cour suprême de justice
CSPLA	: Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
DG	: Directeur général ou direction générale
DG Connect	: <i>Directorate General for Communications Networks, Content and Technology</i>
DG INFSO	: <i>Directorate General for information Society and Media</i>
DGCCRF	: Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (France)
DGP	: Direction générale de la Poste (France Télécom)
DGRAD	: Direction générale des recettes administratives, domaniales, judiciaires et de participation (RDC)
DGT	: Direction générale des télécommunications (France Télécom)
DILA	: Direction de l'information légale et administrative
EAC/CEA	: <i>Eastern Africa Community</i> / Communauté d'Afrique de l'Est
e-commerce	: commerce électronique
e-communications	: communications électroniques
éd.	: édition(s)
EDGE	: <i>Enhanced Data Rates for GSM Evolution</i>
EDI	: Échange de données ou de documents informatisé(e)s
e-market	: <i>Electronic market</i> (marché électronique)
ENST	: École nationale supérieure des télécommunications (Paris)
EPA	: Établissement public administratif
EPIC	: Établissement public industriel et commercial (France)
EPIC	: Entreprise publique industrielle et commerciale (RDC)
ESMT	: École supérieure multisectorielle des télécoms (Dakar)
ETP	: Emplois à temps plein
EU / UE	: <i>European Union</i> / Union européenne
FAI	: Fournisseurs d'accès à Internet

FCC	: <i>Federal Communications Commission</i>
FEVAD	: Fédération des entreprises de vente en ligne
FRATEL	: Réseau francophone de la régulation des télécommunications
FTC	: <i>Federal Trade Commission</i>
GAFA	: <i>Google, Amazone, Facebook et Apple</i>
GAFAM	: <i>Google, Amazone, Facebook, et Apple et Microsoft</i>
GAFTAM	: <i>Google, Amazone, Facebook, Twitter, Apple et Microsoft</i>
GAJA	: Grands arrêts de la jurisprudence administrative (France)
GATS / AGTC	: <i>The General Agreement on Tariffs and Trade I</i> Accord général sur le tarif et le commerce (en français)
Gaz. Pal.	: Gazette du palais
GPRS	: <i>General Packet Radio Service</i>
GSM	: <i>Global System for mobile communication</i>
GSMA	: <i>GSM Association</i> (Réseau mondial des opérateurs de téléphonie mobile)
HADOPI	: Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
HSDP	: <i>High Speed Downlink Packet Access</i>
IBA	: <i>Independent Broadcasting Authority</i> (Autorité indépendante de la radiodiffusion et de la télédiffusion, Tanzanie)
ICANN	: <i>Internet Corporation for Assigned names and numbers</i>
ICASA	: <i>Independent Communications Authority of South Africa</i> (Autorité indépendante des communications de l'Afrique du Sud)
IDA	: Association internationale de développement
IDH	: Indice de développement humain
IETF	: <i>Internet Engineering Task Force</i>
IFC	: <i>International Finance Company</i>
IMODEV	: Institut du Monde et du Développement
INS	: Institut national des statistiques
IRJS	: Institut de recherche juridique de la Sorbonne
ISP	: <i>Internet Service Provider</i> (Fournisseurs d'accès à Internet)
JCP	: Jurisguide – de la semaine juridique – Édition générale
JDI	: Journal de droit international
JO	: Journal officiel
JOCE	: Journal officiel de la Communauté européenne
JORDC	: Journal officiel de la République Démocratique du Congo
JORF	: Journal officiel de la République française
JOUE	: Journal officiel de l'Union européenne
JOZ	: Journal officiel du Zaïre
KCA	: <i>Kenyan Communication Act</i> (Loi kenyane des télécoms)
L.	: Livre
LCEN	: Loi pour la confiance en l'économie numérique
LCT (RDC)	: Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2016 sur les télécommunications en République Démocratique du Congo
LEC	: Loi sur les communications électroniques
LECE (RDC)	: [Projet de] Loi sur les échanges et le commerce électronique en RDC
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
LMD	: Licence, Master, Doctorat
LME	: Loi pour la modernisation de l'économie
LNPA	: Ligne Numérique à Paire Asymétrique (équivalent français d'ADSL, <i>Asymmetric Digital Subscriber Line</i>)
M.	: Monsieur
MCMC	: <i>Malaysian Communications and Multimedia Commission</i>
Mél.	: Mélange
MIGA	: Agence multilatérale de garantie des investissements
Min. PTNTIC	: Ministère des Postes, Télécommunications, Nouvelles Technologies de l'information et de la Communication (RDC)
Min. PTT	: Ministère des Postes, Téléphones et Télécommunications
Minitel	: Medium interactif par numérisation d'information téléphonique
Monusco	: Mission d'observation des Nations unies en RDC
MPA & OPA	: <i>Millennium African recovery Plan and Omega Plan for Africa</i> (« Nouvelle Initiative africaine »)
NASA	: <i>National Aeronautics and Space Administration</i>
NEPAD	: Nouveau partenariat pour le développement en Afrique
NTIC	: Nouvelles Technologies de l'information et de la Communication
NTT	: <i>Nippon Telegraph and Telephone</i> (La Japonaise du télégraphe et du téléphone)

OCDE	: Organisation pour la coopération et le développement
OCPT	: Office congolais des postes et des télécommunications
OFCOM	: <i>Office of communications</i> (Grande-Bretagne)
OFTEL	: <i>Office of telecommunications</i> (Grande-Bretagne)
OHADA	: Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique
OIC	: Organisation internationale du Commerce
OIF	: Organisation internationale de la Francophonie
OIT	: <i>Organization for the International Trade</i>
O-L	: Ordonnance-loi
OMPI	: Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONP	: <i>Open Network Provisions</i> (fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications)
ONPTZ	: Office national de la poste et des télécommunications du Zaïre
<i>op.cit</i>	: <i>Opus citatum</i> (ouvrage cité)
Ord.	: Ordonnance
Ord.-lég.	: Ordonnance-législative
ORECE	: Organe de régulation européen et des communications électroniques (BEREC, en anglais)
OTT	: <i>Over the top content</i> (opérateur alternatif via internet)
OUA	: Organisation de l'Unité africaine
p. ou pp.	: page ou pages
P.E	: Parlement européen
Parl. Eur.	: Parlement européen
PAS	: programme d'ajustement structurel
PH	: Faisceaux hertziens
PME	: Petites et moyennes entreprises
PNR	: <i>Passenger name record</i>
préc.	: précité(e)
Pro	: professionnelle
PTT	: Poste, Téléphone et Télécommunications
PUAM	: Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUC	: Presses universitaires du Congo (RDC)
PUF	: Presses universitaires françaises
PVD	: Pays en voie de développement
R.E.D.C	: Revue de l'école de droit comparé
RASCOM	: <i>Regional African Satellite Communications</i> (Organisation africaine de communication par satellite)
RCA	: République Centrafricaine
RDC	: République Démocratique du Congo
RDTI	: Revue du droit des technologies de l'information
RENATELSAT	: Réseau national de télécommunications par satellite
REZATELSAT	: Réseau zaïrois de télécommunications par satellite
RF	: République française
RIDE	: Revue internationale de Droit économique
RIEJ	: Revue internationale d'études juridiques
RJ	: Revue de jurisprudence
RSA	: République Sud-Africaine (ou Afrique du Sud)
RSS	: <i>Really simple Syndication</i> (« souscription vraiment simple ») ou <i>Rich Site Summary</i> (« résumé d'un site enrichi »)
RTD civ.	: Revue trimestrielle de droit civil
RURA	: <i>Rwanda Utilities Regulatory Authority</i> (Autorité de régulation des services d'utilité publique du Rwanda)
s. ou ss. ou suiv.	: suivant(s)
SADC	: <i>South African development community</i> (Communauté de développement d'Afrique australe)
SATRA	: <i>South African Telecommunications Regulatory Authority</i> (Autorité sud-africaine de Régulation des Télécommunications)
SAV	: Services à valeur ajoutée
SCPT	: Société congolaise des postes et des télécommunications
SICL	: Institut suisse de droit comparé
SMS	: <i>Short message service</i>
SMSI	: Sommet mondial sur la société de l'information
sous la coord.	: sous la coordination de
sous la dir.	: sous la direction de
Spim	: <i>Spam over Instant Messaging</i>

Spit	: <i>Spam over Internet Telephony</i>
SSI	: Services de la société de l'information
t.	: tome
TBC	: <i>Tanzania Broadcasting Commission</i>
TCC	: <i>Tanzania Communications Commission</i>
TCE	: Traité instituant la Communauté européenne
TCP/IP	: <i>Transfert Communications Protocol /Internet</i>
TCRA	: <i>Tanzania Communications Regulatory Authority</i> (Autorité de régulation des communications de la Tanzanie)
TECE	: Traité établissant une Constitution pour l'Europe
TFUE	: Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	: Tribunal de grande instance
Th.	: Thèse
Th. Doct.	: Thèse de doctorat
TLD	: <i>Top Level Domain</i>
TMP	: Télévision mobile personnelle
TNT	: Télévision numérique terrestre
Tri.com.	: Tribunal de commerce
Trib. ou Tri.	: Tribunal
TSF	: Téléphone sans fil
TVR	: Télévision de rattrapage
U.C.C.	: <i>Uniform Commercial Code</i>
UCC	: <i>User Created Content</i>
UE	: Union européenne
UE/EU	: Union européenne / <i>European Union</i>
UEMOA	: Union économique et monétaire ouest-africaine
UGC	: <i>User Generated Content</i>
UIT	: Union Internationale des Télécommunications
UIT-T	: Union Internationale des Télécommunications – Secteur de la normalisation des télécommunications
UMA	: Union du Maghreb arabe
UMTS	: <i>Universal Mobile Telecommunications System</i>
UNIKIN	: Université de Kinshasa
Univ.	: Université ou universitaire
UPC	: Université Protestante au Congo
USA	: <i>United States of America</i> (États-Unis d'Amérique)
V.	: voir
v. ou vs	: versus (contre)
VoD	: Vidéo à la demande (<i>video on demand</i>)
VoIP	: Voix sur Internet (<i>Voice over Internet Protocol</i>)
Vol.	: Volume
VPM	: Vice-Premier Ministre
vs	: <i>Versus</i> (contre)
WACS	: <i>Westafrican cable system</i> (système de câble transatlantique de la côte Ouest de l'Afrique)

INTRODUCTION

01. Le monde se trouve à une époque de bascule historique à l'« ère numérique ».¹ Du télégraphe, au télex et au téléphone, l'« ère de l'analogique » a été celle du langage linéaire des communications à distance sur le mode « point à point », donnant lieu à des relations simplement « désensorialisées ».² L'ère du numérique est la deuxième étape de simplification à l'extrême du transport de l'information (son, image, texte), convertie en une suite de 0 et de 1, dans une écriture binaire circulant à travers les réseaux numériques à intégration des services (RNIS). À cette « ère de la digitalisation », les techniques de numérisation et de connexion à l'Internet ont changé la manière d'être, de vivre et de connaître dans le contexte de la société de l'information.³ En réalité, « [l]e numérique a provoqué tout à la fois une accélération, une simplification et une banalisation de la collecte, du transfert et du traitement des données ».⁴ En plus, « "Le numérique a le don de l'ubiquité".⁵ En effet, le numérique affranchit les objets culturels des contraintes de l'existence physique, en leur permettant d'être répliqués à l'identique et à l'infini, sans restriction de temps ni de lieu ».⁶ Avec l'expérience grandissante des « objets connectés »⁷, certains voient une nouvelle révolution en l'Internet des choses à l'« ère du tout connecté ».⁸

02. Cette « révolution numérique »⁹, portée par l'« intelligence inventive »¹⁰, est à la base de plusieurs mutations sociétales, entraînant de profonds bouleversements dans plusieurs directions pour le droit. Outre les domaines de la culture, de l'économie et du social, l'État et son administration publique connaissent des influences considérables face aux opportunités et défis du numérique. Tirant profit de l'écosystème numérique et de l'Internet, le cyberspace s'est développé et offre une panoplie des services, des biens virtuels et d'autres activités numériques protéiformes.¹¹ Plusieurs innovations sont perceptibles dans la société de

¹ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Coll. Corpus, éd. Odile Jacob, Paris, 2015, p. 30. La terminologie « ère numérique » est choisie pour dire « ère du numérique ».

² B. SALGUES, « Premier bilan et impasses procédurales du SMSI, vers de nouvelles pistes d'usage des TIC », chap.2, in M. MATHIEN (sous la dir.), *Le Sommet mondial sur la société de l'information et « après » ? Perspectives sur la cité globale*, Bruylant, Coll. Médias, Sociétés et Relations Internationales, Bruxelles, 2007, pp. 43-58.

³ *Ibidem*, p. 43 et s.

⁴ C. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2011-2012, p. 34.

⁵ I. FALQUE-PIERROTIN, Présidente de la CNIL, « L'éducation au numérique, un défi majeur que nous devons relever tous ensemble », *CCE*, n°3, Entretien, 2014, p.7.

⁶ M. DALLE, « Réflexions sur l'éducation des internautes au respect du droit d'auteur », in E. NETTER et A. CHAIGNEAU (sous la dir.), C. CASTETS-RENARD, J. CATTAN et al., *Les biens numériques*, Ceprisca, Coll. Colloques, diffusion PUF, Amiens, 2014, p. 87.

⁷ TH. PIETTE-COUDOL, *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, Lexis/Nexis, Coll. Actualités, Paris, 2015, pp. 1-190, spéc. p. 1. Selon l'auteur citant le cabinet IDC, près de 19,2 millions d'équipements informatiques sont portables sur le marché et pourraient atteindre le nombre de 112 millions en 2018. Dossier : « Les objets connectés, nouvelle passion française », in *Le Monde*, 25 novembre 2014. La fiche de l'éditeur fait état de « [l]a révolution connectée ». Elle la présente comme « la grande révolution de ce début de XXI^e siècle », puisqu'elle « implique des bouleversements plus importants encore que l'arrivée des Smartphones et des tablettes. "Mesurer", "calculer", "reporter", "contrôler" et finalement "comprendre" et "corriger" deviennent des réflexes personnels au même titre que des branches d'activités d'entreprises... ».

⁸ B. SALGUES, *op.cit.*, pp. 43-58.

⁹ E. SCHERER, *La Révolution numérique, glossaire*, Dalloz, Paris, 2009, p. VII-XXII. Cf. aussi F. CARON, « Internet, c'est la troisième révolution industrielle », *L'Express*, 27 avril 2000. En effet, « grâce à l'électronique, l'informatique et Internet, la révolution numérique intervient après la première, la révolution industrielle, marquée par la machine à vapeur et le chemin de fer. La société en avait été bouleversée par l'effet induit de l'augmentation des capacités de production et de circulation des biens, des personnes et des services. La deuxième révolution est symbolisée par l'électricité et le pétrole, qui a renforcé les élans de la première révolution en y ajoutant le confort domestique grâce à l'électroménager et, partant, l'essor d'une société de la consommation ».

¹⁰ R. RIEFFEL, *Révolution numérique, révolution culturelle ?*, Paris, Gallimard, p. 12. Cf. aussi M. SERRES, *Petites Poucettes*, éd. Le Pommier, Paris, 2012.

¹¹ A. BAMDÉ, *L'architecture normative du réseau Internet. Esquisse d'une théorie*, L'Harmattan, Coll. Le droit aujourd'hui, Paris, 2015, pp. 13 et s. Le terme « cyberspace » a été inventé et défini par William Gibson, dans son livre *Neuromancer* (1984), comme cet « espace planétaire sans frontière où les ordinateurs sont reliés entre eux par des réseaux ». Le droit ne

l'information¹²: diversification des pratiques commerciales (télé-achat, vente à distance, commerce en ligne), extension de la sociabilité dans le réseautage de notre vie privée (réseaux sociaux numériques), nouveaux modes de la vie professionnelle (télétravail) et des loisirs (jeux en ligne, VoD), pour ne citer que ces cas.

Section I : Les aspects sociétaux des transformations du droit face à l'économie numérique

§1. Les enjeux juridiques de l'économie numérique mondiale

03. En termes d'enjeux, la vitesse des innovations technologiques pose à elle-seule un défi au droit. Les types de supports numériques sont en perpétuelle évolution, avec notamment : des ordinateurs de plus en plus puissants et miniaturisés, des téléphones portables davantage intelligents, des applications et logiciels toujours plus performants, des sites Internet à la fois informatifs, publicitaires et collaboratifs, des messageries instantanées, convergentes et en réseaux. Il en est de même pour la télévision que l'on eut cru invention ancienne, mais qui est aujourd'hui relookée aux goûts du *Web Tv* ou encore de la télévision mobile personnelle (TMP). Ainsi, « la transformation numérique »¹³ concerne les techniques, l'économie et la société dans son ensemble, amenant désormais le droit à évoluer avec les usages du numérique qui sont associés aux propriétés des connexions à haut débit. Mais, « [e]n pointant les acquis en la matière [...], une révolution technologique telle que celle du numérique est par essence instable et ambivalente, simultanément porteuse de promesses et lourdes de menaces ».¹⁴

04. De même que chaque médaille a son revers, les réseaux numériques véhiculent aussi de nombreux facteurs de risques. En effet, « les technologies numériques exercent, à ce titre, des effets ambivalents : elles catalysent l'exercice des droits, mais elles synthétisent aussi des risques inédits face auxquelles nos capacités juridiques et nos capacités d'intervention apparaissent aujourd'hui inadaptées ».¹⁵ Les enjeux du droit concernent les avantages et inconvénients sociétaux de la révolution numérique. Les défis liés à celle-ci sont devenus majeurs dans le champ du droit, en raison des capacités automatisées, intrusives et anonymes, des technologies numériques. La popularisation de leurs usages a rendu quasi-omniprésentes l'informatique embarquée et l'hyper-connectivité dans notre environnement quotidien.¹⁶ Effectivement, plusieurs nouveaux aspects juridiques apparaissent par rapport aux activités numériques et à leurs utilisations souvent pernicieuses à travers les réseaux formant le système d'information planétaire et sans frontière. Très vite, des craintes ont vu le jour avec la prolifération des nuisances informatiques : cybercriminalité, cyberarmes, cyberterrorisme, menaces conjuguées dans la sphère des libertés individuelles et publiques, altération de

peut ignorer l'espace numérique, qui s'ajoute aux autres espaces (terre, mer, air, espace extra-atmosphérique). Mais, l'Internet est un écosystème (comme en biologie), du fait de son architecture fonctionnelle, formée de trois couches : couche logique (*software* : applications), couche sémantique (le support d'interaction) et « couche physique » (*hardware* : réseaux et infrastructures de télécoms).

¹² *Ibidem*. L'Internet est la toile d'araignée mondiale (WWW : *World Wide Web*). Son expansion mondiale influence profondément la vie sociale. L'Internet et la numérisation sont la base de la société de l'information.

¹³ WATIN-AUGOUARD, « Préface », in F. LORVO, *Numérique : de la révolution au naufrage ?*, éd. Fauves, Paris, 2016, p. 7. « Cette transformation numérique est le fruit d'une succession d'avancées technologiques mises au point de façon souvent empirique par des pionniers, bâtisseurs d'un nouveau monde, qui n'imaginaient sans doute pas la forme que prendrait leur "cathédrale sans plan". »

¹⁴ R. RIEFFEL, *op.cit.*, p.12, pp. 19-20.

¹⁵ J.-M. SAUVÉ, « séance d'ouverture », in Conseil d'État, *La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?*, un colloque organisé par le Conseil d'État le 6 février 2015, La documentation française, Coll. Droit et débat, DILA/Conseil d'État, Paris, 2016, p. 10.

¹⁶ J. LIMNÉLL, « Le cyber change-t-il l'art de la guerre », in X. RAUFER (sous la coord.), *La première cyber guerre mondiale ?*, MA éditions, Paris, 2015, pp. 29-46, spéc. p. 21.

l'identité personnelle, marchandisation des données personnelles, pratiques abusives, agressives et déloyales en ligne, etc.

05. À titre d'exemple, déjà en 1978, une loi pionnière en France, dite « loi informatique et libertés », fondait le principe que, si « l'informatique doit être au service de chacun », elle « ne doit pas porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'Homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». ¹⁷ La liste des valeurs légitimes à placer sous l'abri du droit est longue, au regard des enjeux transversaux du numérique. Ce sont de tels facteurs qui ont amené entre autres le droit dans les pays industrialisés à traiter les risques, enjeux et *dangers* induits par les technologies électroniques pour l'économie, les consommateurs, les libertés, la sécurité publique et le bien commun. ¹⁸

06. Comme les applications numériques de pointe induisent un transfert de pouvoir au profit de ses utilisateurs et des groupements connectés, elles deviennent un enjeu pour les États et donc pour le Droit. ¹⁹ Cependant, le contrôle hiérarchique du cyberspace par les États demeure encore une gageure, au point de considérer de nouveaux enjeux de la « souveraineté numérique » ²⁰ et de l'« ordre public numérique ». ²¹ En réalité, « [l]es pionniers de l'Internet, qui n'avaient certainement pas envisagé son expansion mondiale, avaient conçu et présenté la communication numérique comme un espace échappant à tout contrôle des pouvoirs publics, autonome, décentralisé, transfrontalier et participatif ». ²² Tant que le numérique efface les clivages locateurs, il plonge les continents dans des échanges électroniques transfrontières, avec une célérité sans précédent. Par conséquent, la problématique de l'État et du droit face au cyberspace se place au cœur des réflexions sur les mécanismes appropriés de régulation, de prévention et de sécurisation, en refondant la législation et la réglementation dans notre société de l'information. ²³ Le réajustement des dispositifs juridiques et le réaligement des

¹⁷ Article 1^{er}, loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO RF, 7 janv.1978, p. 227.

¹⁸ J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010, pp. 5-6 et pp. 8 et s. Cf. spéc. : « Les dangers de la technique électronique » ainsi que l'« objectif de législation ». L'auteur a particulièrement orienté sa réflexion sur le « déficit de confiance du consommateur » à cause des craintes liées à « toutes sortes de nouvelles malversations, propres à l'Internet ». Par ailleurs, les États européens ont assez tôt tiré profit des avantages des technologies de communication, notamment à partir de 1989 dans le domaine du télé-achat pour faciliter la vente et la circulation des biens et services dans les États et sur le continent européen. C'est au moyen de la construction du marché intérieur que la « confiance » du consommateur s'est également construite.

¹⁹ P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, Stock, Paris, 2014, pp. 9,12-14. L'auteur développe l'idée selon laquelle l'« Internet ne vient pas s'ajouter au monde que nous connaissons. Il le remplace. [...] La souveraineté est, pour une nation démocratique, l'expression sans entrave sur son territoire de la volonté collective des citoyens. [...] Sauf pour les réseaux numériques ! [...] L'État est incapable de garantir ici à ses citoyens la protection de la vie privée, le secret de la correspondance ou encore la loyauté de la concurrence économique. [...] Les États sont des lieux, l'Internet est un lien. Les souverainetés se définissent dans des espaces physiques délimités, l'Internet est une dimension qui relie tous les territoires sans être un lui-même ».

²⁰ A. BLANDIN-OBERNESSER (sous la dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, 1^{re} éd., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 1-216. À l'affiche, « sans définir la souveraineté numérique *a priori*, l'ouvrage en analyse les différents visages en mettant en évidence les valeurs défendues par l'Europe, les enjeux économiques et territoriaux de l'Internet et enfin les enjeux de sécurité-défense ».

²¹ C. PICCIO et PH. MOURON (sous la dir.), *L'ordre public numérique, libertés, propriété, identités*, PUAM, coll. « inter-normes », Aix-en-Provence, 2015, 2015, p. 21. Les enjeux propriétaires et des libertés intéressent les questions d'ordre public, soulevées par la technologie numérique. Sous l'ordre public numérique, les auteurs regroupent les questions de savoir si le droit à la vie privée peut survivre à cette technologie ou encore comment concilier leur usage avec la liberté et la sécurité, tant que l'identification et la surveillance par les agences publiques et privées de sécurité sont devenues des usages numériques à part entière.

²² M. DE SAINT PULGENT, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *Internet, Espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016, p. 3.

²³ A. BAMDÉ, *op.cit.*, p. 13 et s.

politiques concernent toutes les composantes de notre « village planétaire »²⁴ autour des valeurs structurantes pour notre civilisation.²⁵

07. Face aux enjeux juridiques de l'économie numérique, l'Europe et la France présentent des modèles d'incubation des politiques publiques.²⁶ À ce propos, elles disposent d'instruments communautaires des plus aboutis.²⁷ Dans leurs systèmes juridiques nationaux et internationaux, les États comme la France organisent la manière dont les opportunités et les défis du numérique peuvent être gérés au profit de l'intérêt général. Par exemple, l'initiative « *eEurope* » est une politique lancée le 8 décembre 2009 et traduisant la vision des pays membres autour de trois objectifs majeurs face à l'Internet : 1° en assurer l'accès rapide, sûr et abordable ; 2° « investir dans les ressources humaines et les connaissances ; [3°] stimuler l'utilisation de l'Internet dans les secteurs économiques et gouvernementaux ainsi que dans certains secteurs spécifiques ». ²⁸ Dans l'ordre des défis permanents de la gouvernance publique, l'OCDE porte « une attention particulière aux institutions publiques et instruments permettant aux gouvernants de répondre aux demandes et besoins des citoyens, mettant en lumière les domaines nécessitant des changements supplémentaires, ou davantage de réflexion sur la manière de mener les efforts de réforme ». ²⁹ Les politiques législatives déterminent des objectifs stratégiques. Concrètement, le droit appréhende la valeur des phénomènes sociétaux, en employant son instrumentalisme et son normativisme, selon son utilitarisme.³⁰ En théorie générale, le droit « se double de l'ambition d'améliorer les situations existantes. C'est là qu'interviennent les valeurs. Au plan des valeurs (le normativisme), apparaît le jugement quant à la désirabilité des faits établis par la démarche empirique. [...] Est ainsi posé tout le problème de l'effectivité de l'action du droit sur la société. [...] On en arrive ainsi au plan de l'action (l'instrumentalisme) ; le droit est mobilisé au service de la valeur ». ³¹

08. À cet égard, l'expérience européenne a construit une « architecture des réponses » juridiques³² adaptées face aux enjeux du cyberspace, qui devient un défi crucial pour les États, sur l'axe normatif et institutionnel. Dans ses attributs régaliens, l'État doit d'abord assurer l'encadrement juridique des personnes et des faits sur son territoire. Ensuite, il doit y

²⁴ M. McLuhan, *The Medium is the Message*, 1967. Ph. Moreau Defarges, *La mondialisation, un monde globalisé*, 9^{ème} éd., Coll. « Que sais-je ? », n°1687, Droit-Politique, PUF, Paris, (1997) 2012, p. 3 et s.

²⁵ S. Turgis, « Les valeurs de l'Europe appliquées à Internet », in Blandin-Obernesser (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 17-30. « Les valeurs défendues par le Conseil de l'Europe depuis sa création en 1949 – droits de l'homme, démocratie et prééminence du droit – ont donc pour vocation à s'appliquer au nouvel environnement marqué par la prééminence prise par Internet ». Comité des ministres, *Gouvernance de l'Internet – Stratégie du Conseil de l'Europe 2012-2015*, 15 mars 2012, CM(2011)175 final 2. Cf. pour un premier bilan : Stratégie du Conseil de l'Europe sur la gouvernance de l'Internet 2012-2015, Rapport à mi-parcours du Secrétaire général du Conseil de l'Europe, SG/Inf(2014)7, 12 février 2014.

²⁶ M. Muller, *Les politiques publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 2354, Paris, 2015, p. 45.

²⁷ N. Thirion (sous la dir.), C. Champaud, D. Danet, P. Le Floch, P. Le Gall, F. Martin, B. Montels, T. Penard et P. Stephanta, *Libéralisations, privatisations, régulations, aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, Larcier, Bruxelles, 2007, pp. 11 et s.

²⁸ A. Troye-Walker, *op.cit.*, pp. 1-20. Auparavant, le Conseil européen de Lisbonne avait approuvé les 23 et 24 mars 2000, un Plan d'action visant à obtenir des résultats concrets pour l'échéance de 2002.

²⁹ OCDE, « Défis actuels et futurs de la gouvernance publique », in *Le Panorama des administrations publiques 2009*, éd. OCDE, p. 4-5.

³⁰ L. Duguit, *Le pragmatisme juridique, conférences prononcées à Madrid, Lisbonne & Coïmbre en 1923*, éd. La Mémoire du Droit, Coll. inédit, trad. Simon Gilbert, Paris, 2008, pp. 131-133. Bentham en Espagne, en face de (sic), *L'utilitarisme*, de I. Sanchez de Rivera, Madrid, Reus, 1922, pp. XIV et XV. Léon Duguit signale l'origine utilitaire de sa doctrine, en référence à Bentham : « en ce sens, l'utilitarisme est un mode de positivisme ethnico-juridique, plus de calcul du rendement... c'est un pragmatisme juridique ».

³¹ O. Moréteau et J. Vaderlinden, *La structure des systèmes juridiques*, Bruylant, Académie internationale de Droit comparé, XVI^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 2002, Bruxelles, 2003, pp. 17-85.

³² Ch. Amidou Kane, *L'aventure ambiguë*, Paris, Julliard, 1971 [1961], p. 80. « La civilisation est une architecture de réponses. Sa perfection se mesure au confort que l'homme y éprouve, à l'appoint de la liberté qu'elle lui procure. »

contrôler les activités à travers les mécanismes de coercition que sont la justice et les prérogatives de puissance publique. Enfin, l'exercice de la souveraineté de l'État doit s'exprimer par sa capacité à imposer son ordre juridique sans qu'aucun autre ne s'impose à lui.³³ En appréhendant les aspects pertinents de l'ère numérique, le droit intervient au regard de son autonomie pour (faire) appliquer ses principes, règles et qualifications à la révolution économique et industrielle postmoderne. Comme « le préfixe "post" associé à la "modernité" emporte l'idée d'un dépassement du présent et d'une projection dans le futur », ³⁴ les réformes du droit et de l'État tiennent compte de l'aspect évolutif des technologies. Le droit établit son régime et ses institutions au point de figer ce qui est encore en devenir mais suffisamment perceptible.

09. Précisément, l'« économie numérique »³⁵ est liée à l'utilisation des techniques électroniques dans les différents domaines de l'économie postmoderne.³⁶ Elle est synonyme d'« économie de l'information »³⁷ et se présente comme une véritable « économie de systèmes » numériques mondialisés.³⁸ Les télécoms sont la base des communications électroniques,³⁹ à travers lesquelles des prestataires techniques, dits « big infomédiaires », assurent l'intermédiation technique indispensable à la réalisation des activités économiques en ligne.⁴⁰ En effet, les « technologies numériques ont incontestablement été un moteur de la croissance depuis le début des années 1990. [...] À l'instar des révolutions industrielles précédentes, la troisième révolution industrielle a également produit un ensemble d'objets et d'industries spécifiques aboutissant, non seulement à l'émergence d'un secteur économique nouveau mais aussi à une transformation des systèmes productifs et du comportement des agents ». ⁴¹ L'Internet et les réseaux de télécoms sont devenus le véhicule du commerce électronique et le support de la « valeur du clic ». ⁴² Ils constituent le socle technique de l'économie numérique, car celle-ci est consubstantielle à « un monde dans lequel la relation entre deux points suppose de multiples passeurs : l'opérateur de télécoms mettant à disposition l'infrastructure, les fournisseurs d'accès, de cache et d'hébergement... tous sont nécessaires au stockage et au transport de l'information ». ⁴³

10. Face à l'économie numérique, le contrôle du droit s'impose afin d'assurer la garantie des règles étatiques, d'encadrer les activités en ligne, de protéger les individus et usagers contre les désagréments, risques et dangers de type nouveau et particulier, liés à l'Internet. L'État doit répondre à son devoir normatif et régulateur, tout en considérant des progrès

³³ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFESMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, 18^e éd., Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2015, p. 57 et s. – Voir aussi L. FAVOREU, P. GAÏA et al., *Droit constitutionnel*, 7^e éd., Dalloz, Coll. Droit public-science politique, Paris, 2004, pp. 909.

³⁴ J.-J. PLUCHART, « Vers un capitalisme post-moderne », in Magazine Panthéon Sorbonne, *L'Art et le temps*, n°20, Université Paris 1, janv.-mars 2017, pp. 29-31.

³⁵ M. DE SAINT PULGENT, *op.cit.*, p. 3. « Définie strictement, l'économie numérique se compose de quelques secteurs spécialisés tels que les télécommunications, l'édition des logiciels ou les sociétés des services et d'ingénieries informatiques (SS21) ; mais elle se déploie aujourd'hui bien au-delà et tend à transformer la qualité des secteurs d'activité : industries culturelles, presse, commerce et distribution, transport des personnes, services financiers... »

³⁶ J.-J. PLUCHART, « Vers un capitalisme post-moderne », *op.cit.*, pp. 29-31.

³⁷ N. COUTINET, « Les technologies numériques et leur impact sur l'économie », in Cahiers Français, *La société numérique*, n°372, La documentation française, Paris, janvier-février 2013, pp. 20 et s.

³⁸ *Ibidem*, p. 23.

³⁹ BANQUE MONDIALE, *Les dividendes du numérique, Rapport sur le développement dans le monde 2016*, Washington, avril 2016, pp. 1 et s. J. CATTAN, *Le droit de l'accès aux communications électroniques*, Coll. Droit de l'information et de la communication, Univ. d'Aix-Marseille, PUAM, Aix-en-Provence, pp. 18 et s.

⁴⁰ V.-L. BENABOU et J. ROCHFLED, *op.cit.*, pp. 39 et s.

⁴¹ N. COUTINET, *op.cit.*, p. 23.

⁴² V.-L. BENABOU et J. ROCHFLED, *op.cit.*, p. 39.

⁴³ *Ibidem*.

technologiques et de nouvelles tendances de l'économie 3.0, qui sont portées par les télécoms et particulièrement les fonctionnalités du Web 2.0.⁴⁴ En fait, « [a]u fur et à mesure que le nombre d'utilisateurs de l'Internet augmente, l'utilisation de l'Internet a un impact réel dans notre quotidien et sur nos modes de vie. [...] Avec Internet, l'essor des réseaux d'information est en train de créer le nouveau système nerveux de notre planète. Le monde change et la société évolue et doit s'adapter au cyber univers ».⁴⁵

11. Si l'émergence d'un « Droit 2.0 »⁴⁶ se constate aujourd'hui, le préfixe « cyber- » s'était déjà accolé au droit pour exprimer un « glissement des paradigmes » connus jusqu'ici : il « émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants »⁴⁷ du droit commun. Les technologies de l'information et de la communication (TIC) présentent de nouveaux enjeux pour le droit devant régir l'économie inhérente à la « cybersociété ».⁴⁸ Mais, si la révolution numérique a impulsé une nouvelle économie, elle n'implique pas forcément la révolution du droit dans ses fondements.⁴⁹ Des réformes successives du cadre législatif et/ou simplement le « pragmatisme juridique »⁵⁰ marquent les points de passage, souvent intermédiaires, d'un ajustement des institutions juridiques au regard des mutations que le droit s'impose à lui-même par rapport aux [as]sauts du numérique. L'ère numérique marque un tournant décisif, non seulement pour l'affirmation des droits et libertés des citoyens-internautes, mais aussi pour la matérialité du Droit. L'économie numérique est en effet une des sources concrètes d'évolution de la norme juridique.⁵¹ Plus globalement, l'économie numérique en tant qu'enjeu de droit, source du droit

⁴⁴ J.-J. PLUCHART, « Vers un capitalisme post-moderne », *op.cit.*, p. 29-31. L'auteur, récipiendaire du prix Turgot 2017, décrit l'existence de « l'économie 3.0 », celle se livrant au troc grâce à l'Internet et aux économies de péage. La plate-forme numérique « Uber » n'a pas de voiture mais seulement un logiciel et gagne plus d'argent que les voituriers. Des activités collaboratives dites 3.0 en réseaux sont perçues comme des pratiques trahissant une volonté de basculement vers un avenir non-capitaliste du monde et une certaine nostalgie précapitaliste. L'économie numérique est non plus uniquement 2.0 mais aussi 3.0. Les sites de covoiturage, de colocation, de *coworking* (travail collaboratif), de *crowdfunding* (mutualisation des subventions) témoignent d'une « économie de partage » qui a cassé les schèmes de la possession individualiste. Ainsi, les logiciels libres, les *do-it-yourself on demand* (fabrication individuelle sur manuel à la demande), le *living labs* (laboratoire de production *in vivo*) et les *wiki* (encyclopédie à écriture mutualisée) démontrent la « production d'esprit mutualisée » grâce à l'Internet. Dans les mêmes tendances, les partages des données sensibles, des résultats de découvertes ou des œuvres créatives se déroulent sans être monétarisés. Cette économie 3.0 traduit les nouvelles règles du Net, avec des modèles conçus par des nouvelles générations X et Y, dites des « natives numériques » selon Prensky.

⁴⁵ M. QUÉMENER, *Cybersociété entre espoirs et risques*, L'Harmattan, Coll. Justice et démocratie, Paris, 2013, p. 9.

⁴⁶ B. DONDERO, *Droit 2.0, Apprendre et pratiquer le Droit au XXI^e siècle*, LGDJ., Lextenso-édition, Paris, pp. 512. L'auteur souligne que « [l]e développement du numérique et de l'Internet joue bien sûr un rôle important, mais la manière dont fonctionne aujourd'hui l'enseignement supérieur et la complexification du droit, sans oublier les nouvelles exigences des clients des professionnels du droit, sont autant de phénomènes qui transforment profondément la manière dont nous apprenons le droit, la manière dont nous le pratiquons, et plus largement la manière dont nous le vivons. »

⁴⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des facultés universitaires, Saint-Louis, 2002, pp. 1-597.

⁴⁸ M. QUÉMENER, *Cybersociété entre espoirs et risques*, *op.cit.*, pp. 9 et s.

⁴⁹ V. FAUCHOUX et P. DEPREZ, *Le Droit de l'Internet : lois, contrats et usages*, Lexis/Nexis, Litec, Paris, 2009, pp. 3-10. Selon ces auteurs, l'automobile a été une révolution, mais il ne s'est pas fait suivre de la création du droit de l'automobile. Internet de même ne le devrait pas logiquement.

⁵⁰ L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, *op.cit.*, pp. 131-133. Le sens à donner au pragmatisme juridique est aussi celui du pragmatisme à l'américaine par le vecteur des « *law and economics* », traduit comme « loi et économie ». Il s'agit de l'idée du droit rapproché des réalités de l'économie. Comme le souligne Léon Duguit, l'« homme a deux modes de connaissances : la connaissance des faits matériels sur lesquels repose l'action de ses sens et la connaissance des concepts. Depuis que l'homme a commencé à réfléchir, il s'est demandé si ces deux ordres de connaissances correspondent à la réalité. [...] le pragmatisme est une situation intermédiaire entre l'intellectualisme et le phénoménisme positiviste [...] : "la vérité d'une affirmation se juge à la valeur de ses conséquences". Cette doctrine pragmatiste [...] a aussi été adoptée par des juristes modernes, tout spécialement par Saleilles, Gény et Michoud ».

⁵¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF/Quadrige, Paris, 2016 (1987), p. 980. *Verbo* « Source du Droit » : le terme équivalait aux « forces d'où surgit le Droit (objectif) ; ce qui l'engendre. Ensembles des données morales, économiques, sociales, politiques, etc. qui suscitent l'évolution du Droit, considérations de base, causes historiques, "forces créatrices" (G. Ripert), sources brutes dites réelles que captent et filtrent les sciences auxiliaires de la législation pour alimenter la politique législative ».

et creuset des droits, devrait donc finalement rester soumise au Droit, tant il est vrai que la technologie à sa base demeure encore (et toujours !⁵²) un instrument au service de l'homme.

12. Il est évident que le droit transcende le fonctionnement de l'« économie du Net » ou « Net économie », puisqu'il en fait l'objet d'un « *corpus juris* » approprié. Ainsi, le cadre juridique se remodèle, à l'épreuve de la révolution technologique de notre temps. Des qualifications nouvelles, des régimes adaptés ou des ajustements réglementaires répondent aux défis que l'économie numérique impose à l'ordre normatif et à la vie des États-nations. C'est un mouvement réformateur pour le droit objectif et refondateur tant pour les politiques publiques que pour les droits subjectifs. Nous avons choisi d'appeler ces mutations du droit la « transition juridique ». La technologique électronique et les marchés présentent une réelle dynamique des changements qui suscitent incontestablement des « transformations générales du droit ».⁵³ Les activités économiques de la révolution numérique influent sur le droit dans ses branches, dans son contenu ou dans sa logique. Le droit de l'économie numérique doit désormais couvrir des aspects précis des services de la société de l'information. Une réorganisation des sources est ainsi nécessaire afin d'encadrer les usages protéiformes des potentialités des télécoms.

13. Les sources formelles doivent être associées pour répondre aux multiples défis juridiques liés à l'économie de l'Internet. Contrairement au mythe du vide juridique dans le cyberspace, l'État doit orchestrer la pluri-normativité de ses règles prescriptives, malgré les poly-centres des règles efficaces, techniques et déontologiques, produites par des internautes ou des groupements non-étatiques.⁵⁴ Le droit de l'Internet « est [lui-même] le droit "de tout". [...] Face à [sa] dispersion et diversité [des sources], le constat devrait être qu'il ne saurait y avoir de "droit de l'Internet". Pourtant, l'adaptation des règles de droit commun et surtout la prolifération de règles spécifiques montrent que le droit de l'Internet est une réalité. Ce droit n'en est plus au stade de l'émergence depuis [plus de] dix ans tant pour le législateur que pour les juges ».⁵⁵ L'Internet est le support et le véhicule de l'économie numérique. Par conséquent, les adaptations des règles juridiques tiennent compte des spécificités des communications électroniques sans changer radicalement l'ensemble de l'ordre juridique. Néanmoins, certaines réformes peuvent aboutir à un bouleversement plus profond des institutions juridiques classiques, sous la pression des phénomènes sociétaux d'une économie adossée au cyberspace transfrontière. C'est ainsi que notre thèse tient compte de la double dynamique créative et évolutive du (des) droit(s) face à l'économie numérique en considérant les technologies électroniques comme le « moteur de la réglementation ».⁵⁶

⁵² A. BENSOUSSAN et J. BENSOUSSAN, *Droits des robots*, Larcier, Minilex, coll. Lexing Technologies avancées, Bruxelles, 2015, pp. 10-11. La problématique des auteurs est de cerner les enjeux de l'activité robotique, notamment l'essor de la robotique des services. Ils se posent la question si elle doit s'autoréguler ou s'il faut créer un cadre juridique approprié.

⁵³ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. la Mémoire du Droit (Librairie Félix Alcan), 2^e éd. revue, 2^e tirage, Paris, 2008 (1920), pp. 1-205.

⁵⁴ L. BELLI, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, éd. Berger Levrault, coll. « Au fil des études, les thèmes », Paris, 2016, p. 9. La gouvernance technique de l'Internet peut être transposée dans l'élaboration de modèles réglementaires pouvant être adoptés par les législateurs et les régulateurs nationaux ou pouvant inspirer ces derniers, en vertu de leur efficacité.

⁵⁵ C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'Internet*, Montchrestien/Lextenso éd., Coll. cours LMD, 2010, Paris, pp. 141 et s. « S'il est rattaché au droit de la communication pour ses modalités de mise en œuvre, il véhicule un contenu susceptible de concerner toutes les branches du droit : droits des données personnelles, droits des contrats, de consommation, de la concurrence, de la responsabilité, droit de la propriété intellectuelle, droit pénal, droit international privé... Quant au procédé, l'Internet s'insère dans le droit de la communication et des médias. »

⁵⁶ Cf. aussi J. CATTAN, *op.cit.*, p. 20. L'auteur qualifie l'« innovation [de] moteur de la réglementation » en termes de principes et de définitions du droit de l'accès aux communications électroniques.

§2. Les nécessités et les schèmes des transformations du droit international et des droits comparés de l'économie numérique

14. Pour autant, la transition juridique est une nécessité de repositionnement du cadre légal suivant les évolutions du secteur électronique et des activités en ligne. Les transformations du droit traitent des enjeux de réglementation et de régulation afin d'organiser le régime approprié à la nouvelle économie de l'Internet. Plusieurs sources interviennent dans l'économie numérique dont le « curseur » des enjeux franchit différentes branches de la *suma divisio* du droit.⁵⁷ Vu la nécessité de fournir des réponses globales à l'étendue des défis du numérique, il est certain que « [l]es sources du droit de l'Internet sont donc multiples et se trouvent dans toutes les branches du droit, en droit national, communautaire et parfois international ». ⁵⁸ La complémentarité des régimes de l'économie numérique confirme que « les disciplines juridiques n'ont jamais de frontières tracées au cordeau ». ⁵⁹ Les défis du numérique sont de ceux « qui transcendent les divisions traditionnelles » du droit. ⁶⁰ Tout en mettant à contribution « la nature des règles » fondant les catégorisations classiques du droit, l'Internet et ses activités économiques sont sources d'enjeux interpellant davantage « la fonction de la règle juridique ». ⁶¹

15. Par rapport aux particularités de l'économie numérique, la législation connaît des mises à jour fréquentes : comme source principale du droit en adoptant quelques fois des logiques de « changements de paradigmes ». ⁶² De ce point de vue, Léon Duguit est « de ceux qui pensent [et nous aussi] que le droit est beaucoup moins l'œuvre du législateur que le produit constant et spontané des faits. Les lois positives, les codes peuvent subsister intacts dans leurs textes rigides : peu importe ; par la force des choses, sous la pression des faits, des besoins, se forment constamment des institutions juridiques nouvelles ». ⁶³ Les réformes de certaines institutions juridiques ⁶⁴ s'avèrent nécessaires pour accompagner, orienter et encadrer le marché électronique ainsi que l'activité économique en ligne, car l'un et l'autre sont inclus dans une « véritable révolution dans le domaine des technologies ». ⁶⁵ En Europe et en France, des objets particuliers de droit ont été définis au regard des enjeux des technologies de l'information et de la communication. En ce sens, leurs expériences législatives constituent des cadres de référence pour des droits étrangers, précisément pour le droit comparé congolais. Effectivement, les droits européens et français ont progressivement [ré]organisé l'autorité de leurs ordres politiques au sein du marché intérieur de la communauté et ensuite

⁵⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction*, 8^e éd., PUF, 1969, p. 47. Il est reconnu que « Tout droit se divise en deux parties : droit public et droit privé. Le droit public a pour objet l'organisation de l'État et des personnes morales qui en dépendent, ainsi que leurs rapports avec les particuliers [...] Le droit privé a pour objet les rapport des particuliers (personnes privées) entre eux ».

⁵⁸ C. CASTETS-RENAUD, *op.cit.*, pp. 141.

⁵⁹ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^e éd., Coll. Précis Droit privé, Paris, pp. 16 et 18.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² J.-M. SAUVE, *op.cit.*, p.15. L'auteur rappelle que « [l]e changement de paradigme ne saurait être présenté, d'une manière offensive ».

⁶³ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, ...*op.cit.*, p. 3.

⁶⁴ *Ibidem*. Au sens de Léon Duguit, nous préférons employer les termes « institution juridique » comme synonyme de « paradigme » pour signifier ce que le droit a établi pour régir des espèces à sa portée selon la nature de ses règles ou selon la fonction de celles-ci. Par exemple, le « contrat » est l'institution du droit civil qui est source d'obligations librement consenties par des parties. En droit commercial, l'acte de commerce est l'institution fondant le critère objectif de la commercialité d'une personne qui en fait profession ou non. En droit pénal, « crime », « délit » et « contravention » sont des institutions qui déterminent les régimes des sanctions et la compétence judiciaire, en marquant la réaction de la société contre des faits préalablement incriminés et donnant lieu à des poursuites dans les formes de la loi. Internet opère un changement de paradigmes juridiques classiques. Dans les trois cas ci-retenus, Internet a laissé apparaître des paradigmes particuliers en termes d'institutions juridiques nouvelles, à savoir : le contrat électronique, le commerce en ligne et la cybersécurité contre les cybercrimes.

⁶⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op.cit.*, pp. 1-597.

de l'Union européenne. Leurs réformes de ces trente dernières années restent toujours axées sur les phases (r)évolutionnaires des télécoms de base jusqu'à l'ascension de l'Internet et à l'essor des activités numériques.⁶⁶

16. Cependant, si l'économie numérique est globalisée, des décalages subsistent dans les temps et les niveaux législatifs entre marchés européens et africains. C'est l'« enchainement des parties du globe »⁶⁷ qui a étendu au-delà de son marché intérieur la « géographie juridique »⁶⁸ de l'Europe, telle que pensée par elle et pour elle. La multinationalisation des infomédiaires a induit, pour l'Afrique, les enjeux de transition juridique du même ordre qu'en Europe, transbordés par la neutralité des réseaux numériques.⁶⁹ Selon Mireille Delmas-Marty, « la clôture des systèmes de droit est devenue illusoire à l'heure où la mondialisation multiplie les interdépendances, mais sans adhérer pour autant à l'utopie de l'unité juridique du monde au nom d'une sorte de pluralisme de fusion. Rien ne garantit le résultat mais les pratiques montrent déjà la possibilité de relier par de multiples interactions, judiciaires et normatives, spontanées et imposées, directes et indirectes, des systèmes, ou plus largement des ensembles juridiques (nationaux ou internationaux), que l'histoire avait séparés et qui rejettent une fusion synonyme d'hégémonie ».⁷⁰ Aussi, les politiques législatives de l'Europe et de ses États membres ont-elles construit un système de marché électronique intérieur, tout en influençant d'autres marchés et d'autres ordres juridiques dans la société mondiale de l'information.⁷¹

17. En somme, depuis l'invention du télégraphe au XVIII^e siècle jusqu'à l'Internet des XX-XXI^e siècles, l'Europe et la France ont toujours refondé la structure de leurs systèmes juridiques.⁷² Leurs institutions politiques ont légiféré graduellement les aspects inhérents aux progrès technologiques. « Dans cette dernière situation, le droit devra se développer dans un sens permettant d'assurer l'existence de certaines valeurs dans la communauté sociopolitique ».⁷³ La communautarisation a permis une harmonisation des règles de marché entre États européens, tandis que l'Afrique n'a pas assuré la coordination de ses systèmes nationaux. La RDC s'est ouverte à l'économie numérique, sans préparation suffisante de son cadre juridique. Les degrés de réalisation des réformes diffèrent entre les ordres juridiques français et congolais. Par conséquent, les phénomènes économiques de l'Internet aboutissent à des confrontations des droits et des valeurs sous-jacentes entre États dans la société numérique planétaire. En se basant sur la méthode comparatiste du droit, notre thèse ne se limite pas à un catalogue des problématiques juridiques de l'économie numérique entre les ordres européens et congolais. Elle évite le risque d'un simple mimétisme qui prendrait la

⁶⁶ F. BENHAMOU, « L'irrésistible ascension de l'Internet », in Cahier français, *La société numérique*, n°372, *op.cit.*, pp. 2-7.

⁶⁷ PH. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation*, *op.cit.*, p. 5.

⁶⁸ N. MALLET-POUJOL, « Le droit de l'Internet à l'épreuve de la mondialisation », Cahier français, *La société numérique*, n°372, La documentation française, Paris, 2013, pp. 12-17, spéc., p. 12.

⁶⁹ V. SCHAEFER, H. CROSNER et al. *La neutralité de l'Internet un enjeu de communication*, CNRS éditions, Coll. Les essentiels d'Hermès, Paris, 2011, p. 11. La neutralité porte sur des fondements du réseau tant au plan technique qu'au niveau des imaginaires sociaux. Selon Tim Wu, professeur à la *Columbia Law School*, dans ses travaux en 2003, la neutralité « touche à la manière dont les paquets de données circulent dans les réseaux et au maintien du principe selon lequel ces paquets d'information, quels qu'en soient la source et le destinataire, sont traités de façon égale ».

⁷⁰ M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », conférence présentée le 26 janvier 2006, Université Bordeaux IV, sur l'invitation de M.-C. Ponthoreau, en référence à M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, [http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf] (consulté le 22 novembre 2012).

⁷¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE n°178, 17 juillet 2000, pp. 0001-0016.

⁷² O. MORÉTEAU et J. VADERLINDEN, *La structure des systèmes juridiques*, *op.cit.*, p. 19.

⁷³ *Ibidem*, pp. 17-19.

forme d'un « copier-coller » des dispositions légales françaises, dans le contexte de la RDC. Nous procédons à des analyses exploratoires et à des recherches opérationnelles en droit international, en droit européen, en droit français et en droit congolais pour analyser et apprécier leurs régimes tels qu'adoptés face aux défis de l'économie numérique. De la sorte, notre thèse entend modéliser des solutions de droit comparé, dans le but de proposer des améliorations et des innovations appropriées au droit positif congolais.

18. Il est indéniable que les techniques de communications ont un impact sur l'économie, dans la société et (donc) sur le droit. La réorganisation du cadre juridique congolais devient nécessaire à l'ère numérique, afin de disposer d'un droit de l'économie numérique à la lumière des expériences comparées qui sont plus en avance. À cet effet, l'Europe et la France présentent des systèmes de protection juridique des plus élevés. Les développements de notre thèse justifient les choix comparatistes autour des transformations du droit, en ce que « [l]e phénomène est général [...] dans tous les pays parvenus à un même degré de civilisation. Mais il apparaît en France avec une intensité particulière. Notre pays [la France] jouit du privilège redoutable d'être toujours à l'avant-garde dans l'évolution générale des institutions et des idées ; il ouvre la voie par laquelle les autres passent ensuite. Aussi est-ce en France qu'il convient d'étudier la transformation profonde qui s'accomplit dans le droit public »⁷⁴ et dans le droit privé.⁷⁵ Le rapprochement des systèmes économiques et juridiques est un aspect indispensable de mise en œuvre du *Livre vert sur l'avenir des relations entre l'Union européenne et les pays d'Afrique* particulièrement, tel que publié en novembre 1996.⁷⁶ Suite aux défis et options du nouveau millénaire, l'accord de partenariat ACP-UE, signé en 2000 à Cotonou (Bénin), encourage le dialogue partenarial entre États africains et européens.⁷⁷ L'accord, révisé à Luxembourg en 2005, veut assurer la cohérence des objectifs de développement et d'intégration progressive des États « ACP-UE » dans l'économie mondiale.⁷⁸ Plus clairement, le parlement européen et le conseil considèrent que « [c]ompte tenu de la dimension mondiale du service électronique, il convient toutefois d'assurer la cohérence des règles communautaires avec les règles internationales [...] sans préjudice des résultats de discussions en cours dans les organisations internationales (entre autres, OMC, OCDE, CNUDCI) ». ⁷⁹ Les institutions internationales sont appelées à jouer un rôle incontournable dans l'action publique de l'économie mondiale, conduisant à mettre en évidence le Fonds monétaire international (FMI), la Banque mondiale (BM), l'Union internationale des télécommunications (UIT), ainsi que diverses structures de négociations ou des cadres multilatéraux de concertation, en particulier l'OMC et les groupes de régulateurs.⁸⁰ Mais, d'importantes disparités juridiques persistent entre les marchés européens et congolais

⁷⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, (Librairie Arman Colin) éd. la Mémoire du Droit, Paris, (1913) 1999, pp. X-XI.

⁷⁵ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, ...op.cit., pp. 1-205.

⁷⁶ Commission européenne, *Livre vert sur les relations entre l'Union européenne et les pays d'Afrique, des caraïbes et du Pacifique (ACP) à l'aube du 21^e siècle – Défis et options pour un nouveau partenariat*, 21 novembre 2016, COM(96)0570 – C4-0639/96, [Courrier (Bruxelles), 1997-03/04, n°162, p. 7-31].

⁷⁷ Commission européenne, *Accord de partenariat ACP-CE*, signé à Cotonou le 23 juin 2000, révisé à Luxembourg le 25 juin 2005, Coll. développement, Office des publications officielles des CE, Luxembourg, 2006, pp.1-218 – Addendum, Acte final, pp. 1-50.

⁷⁸ G. BAKANDEJA WA MPUNGU, *Le Droit du commerce international. Les peurs justifiées de l'Afrique face à la mondialisation des marchés*, De Boeck université, Coll. Droit/Économie, Bruxelles, 2001, pp. 88-90. En appui d'une telle inspiration, l'Accord de partenariat Afrique ACP-UE a été le fruit d'intenses discussions entreprises depuis 1996, pour un partenariat axé sur le développement économique, social et humain ainsi que l'intégration et la coopération régionale. Il fonde la détermination des États-parties de réduire et, à terme, d'enrayer la pauvreté.

⁷⁹ Considérant n°58, directive 2000/31/CE, préc.

⁸⁰ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, 8^e éd., LGDJ, Coll. « manuel », Paris, 2016, p. 573.

des télécoms, malgré les efforts de lois-types avec la CNUDCI⁸¹ ou encore des processus analogues de dérégulation réalisés dans ce domaine au sein de l'OMC depuis 1994-1997.⁸²

19. À l'origine de l'Internet, les télécoms relevaient du régime des services publics de droit administratif,⁸³ avant qu'elles n'intègrent les régimes libéraux de l'économie des marchés. Les mesures de libéralisation s'inscrivent dans « la mode de la modernisation administrative » ou encore dans les fondements de la « réforme administrative de l'État »,⁸⁴ en vue de réguler l'ouverture des marchés des télécoms autrefois monopolistiques.⁸⁵ La « déréglementation » ou « dérégulation » désigne la réforme des règles et des institutions traditionnelles du droit public, ayant transformé les monopoles réglementaires en un système de marché libéralisé, placé sous l'autorité d'un régulateur étatique.⁸⁶ En 1970-1980, les États-Unis ont été le précurseur de la dérégulation des télécoms avant qu'en Europe, le droit communautaire adopte la même politique pour son marché intérieur.⁸⁷ En Afrique et en RDC, les accords de l'OMC de 1994 et 1997 ont servi de « passerelle multilatérale »⁸⁸ pour appliquer le même schéma de reconfiguration de l'intervention publique dans les marchés électroniques libéralisés.⁸⁹ Ainsi, la démonopolisation a entraîné le développement des marchés numériques, tandis que la mondialisation et la globalisation ont porté à l'échelon planétaire le principal objectif européen de diffusion des technologies à travers le jeu de marché.⁹⁰ En d'autres termes, l'internationalisation des réseaux électroniques a donné une nouvelle ampleur au phénomène déjà ancien d'accélération des échanges économiques entre États, d'autant mieux que les télécoms renforcent l'abaissement des frontières et contribuent à l'accélération des échanges.⁹¹ Par ailleurs, l'économie numérique relève d'« un phénomène radicalement nouveau, celui des échanges économiques sans aucune contrainte des temps et des lieux, portant sur des biens sans corporalité puisqu'il s'agit d'informations ».⁹²

⁸¹ É. A. CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique, les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique*, 2^e éd., LexisNexis, Litec, coll. Pratique pro, 2007, pp. 81-85, 87-90, 91 et s. La CNUDCI a adopté sa loi-type sur le commerce électronique le 12 juin 1996 et celle sur les signatures électroniques le 5 juillet 2001. L'assemblée générale de la CNUDCI a adopté le 23 novembre 2005 la convention des Nations unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux.

⁸² C. GUERRIER, « Droit international et des pays étrangers : Droit et accords de l'OMC dans le domaine des télécommunications : la problématique africaine », *Droit de l'informatique et des télécoms*, revue trimestrielle, 16^e année, Paris, 1999/1, pp. 92-97.

⁸³ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2004, pp. 24 et s. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, 4^e éd., PUF, Coll. « Que sais-je ? », Paris, 2014 (2003), p. 114. J. CHEVALLIER, *Le service public*, 10^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », n°2359, Paris, 2015 (1987), p. 5. Les auteurs confirment que le service public est une activité d'intérêt général assurée par les pouvoirs publics, pouvant faire l'objet d'une délégation à une personne privée. Cette notion apparaît en France comme la pièce maîtresse de la clé de voûte de la construction étatique. C'est elle qui permet de clôturer l'espace étatique sur lui-même, en traçant une ligne ferme de démarcation entre public et privé, mais aussi d'intégrer les différents éléments de la théorie de l'État ».

⁸⁴ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp.198 et s.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 472-475 et s.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, 1^{re} éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, pp. 67-69 et p.114-115. Verbo : « Europe » et « Régulation ».

⁸⁸ J. DO-NASCIMENTO, « La déréglementation du marché africain des télécommunications », in J.-J. GABAS (sous la dir.), *Société numérique et développement de l'Afrique, usage et politiques publiques*, éd. Karthala, Paris, 2004, p. 123.

⁸⁹ C. GUERRIER, *op.cit.*, pp. 95-96.

⁹⁰ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 19. Pour l'Europe, la diffusion des techniques de communications est l'objectif des réformes politiques et juridiques pour insérer les télécoms dans l'économie de marché.

⁹¹ M.-A FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation, op.cit.*, pp. 75-76. Verbo : « mondialisation ».

⁹² *Ibidem*, pp. 93-94. Verbo : « globalisation » :

20. Actuellement, la révolution numérique est une réalité pour tous les États africains,⁹³ depuis leur ouverture dans la décennie 1990 à l'économie des marchés et aux progrès technologiques tant pour des causes économiques que juridiques. Ces causes ont été : les poussées de la mondialisation des marchés étrangers et la régulation internationale de l'économie. Le reste du monde a adopté en 1994 le modèle occidental de l'économie néolibérale, tel que diffusé sous l'égide de l'OMC.⁹⁴ Pour le domaine des télécoms, les États du monde ont conclu un accord spécifique, consacré à ses services de base, à l'exception des services à valeur ajoutée.⁹⁵ C'est ainsi que le 4^e protocole fut annexé le 15 février 1997 à l'accord général sur le commerce des services (AGCS/OMC de 1994). Mais, en réalité c'est par « mimétisme contraint »⁹⁶ que finalement la RDC en 2002 s'engage dans la tendance générale de dérégulation des marchés des télécoms. Auparavant, l'ex-Zaïre (d'avant 1997)⁹⁷ faisait partie de ces grands États africains, comme le Nigéria et le Maroc, qui n'avaient pas ratifié le protocole de l'OMC ou étaient restés en marge du processus.⁹⁸

21. Ainsi sur le marché électronique en RDC, les « nouveaux entrants »⁹⁹ ont précédé depuis 1989 non seulement le cadre juridique de libéralisation décrétée en 2002, mais aussi le fonctionnement des institutions étatiques appropriées. Une telle avance des techniques et du marché sur les règles du jeu motive et complexifie davantage les réformes à mener pour adapter la réglementation et la régulation au regard de l'économie numérique congolaise. Le but est d'organiser une société de l'information à la fois démocratique (ouverte à tous) et non-anomique (soumise au droit). « Sans idéalisme excessif », c'est là que le droit trouve « sinon sa seule fonction, du moins sa principale » dans la « vie en société ».¹⁰⁰ En exprimant la souveraineté par le droit, tout en limitant les « abus de puissance » et « en protégeant les

⁹³ ALINDAOU (Consulting international), *La révolution numérique en Afrique : le saut qualitatif pour fournir les biens et services*, Étude présentée au Forum Forbes Afrique, Brazzaville, juillet 2015, pp. 45. Ces études publiées par Forbes Afrique en 2015 attestent des taux d'utilisation des TIC en hausse sur le continent. En 2013, la téléphonie cellulaire enregistrait 617.279.080 personnes, dont nombreux utilisent une connexion Internet via des modes d'accès mobiles : *USB data Internet, box ou bornes wifi*. Des réseaux nationaux à fibre optique sont installés. Mais, c'est surtout la téléphonie mobile 3G et 4G qui assure les connexions pour une moyenne de 70% de la population africaine à l'Internet. L'Afrique compte 167 millions d'utilisateurs d'Internet (sur les 3 milliards dans le monde). 160 opérateurs mobiles composent son « paysage télécom », soit une moyenne de 3 opérateurs par pays. La contribution des TIC au PIB est estimée à 18 milliards de dollars américains. Cependant, le taux d'accès à l'Internet haut débit reste encore faible en Afrique : seulement 2 pays africains dépassent le seuil des 50% (Maroc et Seychelles). Ils sont suivis de l'Afrique du Sud, de l'Île Maurice, du Kenya et Nigéria, qui enregistrent des taux compris entre 38 et 50%. Treize pays ont des taux compris entre 10 et 20% et le reste (dix-huit pays) comptent moins de 10% de leur population ayant accès à Internet. Les études de Forbes Afrique citent également d'autres indicateurs du secteur africain des télécoms. La téléphonie mobile est un marché qui produit 7% des recettes fiscales totales de l'Afrique subsaharienne, soit près de 71 milliards de dollars entre 2000 et 2012, selon le rapport spécialisé de « *Bearing point* ». Pour GSMA, « la croissance [de ce] secteur [...] a eu un impact direct de 32 milliards USD, incluant le paiement de 12 milliards USD de taxes et a généré environ 4,4% du PIB de la région (en incluant les effets de la technologie mobile sur la productivité du travail) créant plus de 3,5 millions d'emplois temps plein (ETP) ».

⁹⁴ C. GUERRIER, *op.cit.*, pp. 92 et s. Il est à noter que « [l]es principales puissances, les États-Unis d'Amérique, Japon, Union Européenne, avaient des intérêts divergents, qu'il fut nécessaire [de surmonter] pour parvenir à un compromis. Le 15 février 1997, soixante-neuf gouvernements, correspondant à plus de 90% des recettes induites par les télécommunications en 1996, se sont engagés à appliquer [l'accord spécifique de l'OMC sur les télécoms] ».

⁹⁵ *Ibidem*. Sous le couvert de cet accord spécifique de l'OMC, les services dits « télécoms de base » sont : la téléphonie vocale, la transmission de données, le télex, le télégraphe, la télécopie, les services de circuits loués privés, les systèmes et services par satellites, la téléphonie cellulaire, les services mobiles pour données, la radio-recherche, les systèmes de communications personnelles.

⁹⁶ J. Do-NASCIMENTO, *op.cit.*, p. 140.

⁹⁷ Avant la date du 17 mai 1997, la République Démocratique du Congo s'appelait le Zaïre qui fut sa dénomination au moment des accords de l'OMC de 1994 et 1997.

⁹⁸ C. GUERRIER, *op.cit.*, p. 93. Les États ayant ratifié le 4^e protocole de l'OMC en 1997 sont les suivants : deux pays du Maghreb : le Maroc, la Tunisie ; parmi les nations d'Afrique noire : en Afrique de l'Ouest, la Côte d'Ivoire, le Sénégal et le Ghana, et en Afrique australe, l'Afrique du Sud.

⁹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la Régulation*, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2011, p. 100. Verbo « nouvel entrant ». Ce terme désigne un opérateur extérieur au secteur ou au marché mais qui vient d'y entrer.

¹⁰⁰ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op.cit.*, p. 19-20.

faibles, la loi tend à organiser une société pacifique ». ¹⁰¹ Même si les forces économiques et la réglementation s'influencent mutuellement, l'encadrement juridique est la meilleure garantie pour réguler le sens « réversif » des évolutions sociétales de l'économie numérique. ¹⁰²

22. Par conséquent, notre thèse analyse les expériences d'ajustements des règles étatiques par rapport à l'économie numérique. Nous effectuons une mise en rapport des similitudes, divergences et particularités des droits dans leurs mutations, au regard des progrès technologiques. En nous basant sur l'objet identique des télécoms jusqu'à leurs activités en ligne, l'approche de droit comparé a pour « objectif d'améliorer le dialogue portant sur le droit dans la mesure où celui-ci devrait réaliser la validation du droit [à adopter ici ou ailleurs] à travers un processus établissant que chacun des éléments, les faits, les valeurs et l'action, est établi de manière convaincante ». ¹⁰³ Le dynamisme du marché électronique et l'innovation technologique peuvent placer le droit « dans un état d'instabilité quant à ses convictions » : des défis nouveaux amènent à « remettre en question » certaines institutions juridiques. ¹⁰⁴ Les systèmes juridiques se rapprochent « sans se laisser influencer par un quelconque tabou. En ces sens, la démarche proposée peut s'apparenter au post-modernisme ». ¹⁰⁵

23. Analyser les évolutions des sources du droit dans le temps est un volet suffisant de droit comparé ; rapprocher plusieurs droits étrangers est un autre apport majeur de la méthode comparatiste. Les législations nationales présentent des facteurs de différenciation entre eux, mais aussi des objectifs de changements similaires. Les convergences et les divergences à dégager d'un ordre juridique à un autre permettent une synthèse de propositions pratiques et théoriques en fonction des besoins d'efficacité juridique en RDC. Sans se confondre au droit international ni l'ignorer, le droit comparé est propice pour apprécier l'état des législations nationales face à l'économie numérique, surtout au regard de son caractère transfrontière. ¹⁰⁶ La globalisation des échanges numériques laisse fondamentalement « entendre l'altérité ». ¹⁰⁷ Par conséquent, « [l']intervention comparative répond à une recherche du comparatiste à l'affût d'un sens à donner à son itinéraire professionnel non seulement par rapport à la culture juridique locale, mais eu égard au champ des études comparatives dans lequel il choisit de s'inscrire, où il se situe relativement à ses prédécesseurs, aux recherches que ceux-ci ont menées et aux enseignements qu'ils ont préconisés ». ¹⁰⁸

24. Dès lors, les facteurs de législation européenne et française servent de base de comparaison sur la façon dont le droit congolais appréhende l'économie numérique. Le « temps législatif » – dû à la démarche processuelle des institutions politiques – contraste avec le « temps des réseaux » numériques, dont la vitesse d'évolution apporte une accélération aux transformations sociales de notre ère. ¹⁰⁹ Aussi, un temps propre au droit participe-t-il de sa « force instituante » afin de réaliser la construction sociale, à travers la fiction opératoire de la « temporalisation ». ¹¹⁰ En effet, les règles et institutions juridiques répondent d'une

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 19-20.

¹⁰² P. TORT, *L'effet Darwin*, éd. du Seuil, Paris, 2008, cité par J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op.cit.*, p. 19. Après un ordre empirique de sélection naturelle, il apparaît progressivement la civilisation, qui organise au contraire la protection des faibles. C'est l'effet réversif de l'évolution.

¹⁰³ O. MORÉTEAU et J. VADERLINDEN, *op.cit.*, p. 19.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ A. CAPRIOLI, *op.cit.*, pp. 1 et 5.

¹⁰⁷ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 1999, pp. 50 et s.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 50

¹⁰⁹ M. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, éd. Michalon, Paris, 2010, p. 15 et s.

¹¹⁰ F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile, Jacob, Paris, 1999, pp. 4 et s.

temporalité sociale : « le législateur qui veut opérer de grands changements doit s'allier, pour ainsi dire, avec le temps, ce véritable auxiliaire de tous les changements utiles... ».¹¹¹ Le temps imprègne l'évolution des techniques, le développement des marchés et également la production du droit. Et pourtant, « [c]e n'est pas la même chose de changer une technique et une loi ; la loi, en effet, pour se faire obéir n'a d'autre force que l'habitude, laquelle se manifeste qu'après beaucoup de temps, de telles sorte que passer facilement des lois existantes à d'autres lois nouvelles, c'est affaiblir la puissance de la loi ».¹¹² Par conséquent, l'historicité des phénomènes technologiques majeurs empreint notre étude juridique afin de situer la comparaison des expériences du droit de l'économie numérique entre la France et la RDC.

25. Le droit comparé doit apporter son normativisme et son instrumentalisme, afin d'enrichir l'adaptation des normes étatiques congolaises. En appui de 17 contributions nationales différentes, le rapport général de l'Académie internationale de droit comparé a élaboré la théorie générale de la structuration des systèmes juridiques.¹¹³ Dans une triple dimension explicative, la théorie du droit a retenu en dernier lieu l'appréhension juridique des faits, en plus du normativisme et de l'instrumentalisme du droit. Notre thèse adopte une « approche phénoménologique »¹¹⁴ qui suscite trois formes possibles d'appréciation des faits technologiques et économiques appréhendés dans le champ du droit. C'est ainsi qu'à l'égard de certains faits nouveaux de l'économie numérique, le droit peut rester indifférent en adoptant une « attitude de neutralité ».¹¹⁵ De même, en fonction de la pertinence de certains autres, le droit peut leur réserver, selon son entendement, une « assertion normative » s'ils sont bons ou une sanction s'il les répute « mauvais ».¹¹⁶

26. Toujours est-il que « [l]a transformation numérique est une transformation technique et elle appelle désormais une transformation juridique qui doit être conduite, conformément au principe de subsidiarité, à l'échelle nationale et européenne ».¹¹⁷ Les institutions et les États de l'Union européenne réajustent périodiquement leur cadre réglementaire pour atteindre des objectifs pratiques, au regard des transformations numériques du marché et de l'économie. L'utilitarisme juridique – qui irrigue toujours le travail législatif – « n'a du reste rien de fortuit. [...] L'homme, qui construit rationnellement son environnement politique et les règles auxquelles il s'assujettit, ne peut le faire qu'en vue de ce qu'il sait être avantageux ».¹¹⁸ Les objectifs législatifs européens et français sont à comparer avec ceux de la RDC à travers les ajustements de leurs cadres juridiques. Les éléments de comparaison découlent des aspects des changements d'institutions juridiques par rapport aux enjeux de l'économie numérique. Au niveau européen, les acquis communautaires sont marqués par les objectifs législatifs mettant en lumière les apports des transpositions françaises. Le secteur des télécoms connaît en RDC la même transition numérique qu'en France et partage les mêmes objectifs politiques.

¹¹¹ M. BENTHAM, *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation*, Œuvres, éd. E. Dumont, Bruxelles, Coster, 1829, t. I, p. 194.

¹¹² ARISTOTE, *Politique*, Livre II, trad. par J. Aubonnet et M.-L. Desclos, éd. Les belles lettres, Paris, 1998, p. 63.

¹¹³ O. MORÉTEAU et J. VADERLINDEN, *op.cit.*, pp. 17-85. En résumé, « Les Institutions comme les mentalités évoluent. Les structures dans lesquelles leur expression se moule sont, dans nombre de systèmes, presque éternelles. En tout cas, en ce qui concerne les structures externes. En effet, divers phénomènes contemporains [...] conduisent au développement accéléré de structures internes fondamentales dont les formulations fort semblables en apparence se révèlent, à l'examen, propres à chaque système ».

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 62.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 19.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ J.-M. SAUVÉ, *op.cit.*, p. 9.

¹¹⁸ ÉPICURE, « Maximes », in V. GOLDSCHMIDT, *La doctrine d'Épicure et le droit*, éd. Vrin, 1977, p. 19-21.

Toutefois, le droit congolais se singularise quant au niveau de réalisation du processus des réformes, quant aux résultats sur le marché et quant à la qualité des solutions de droit.

27. Suivant la méthode de droit comparé, notre thèse s'appuie sur le temps législatif comme marqueur des transformations de l'économie et du droit sous le sceau des technologies de l'information.¹¹⁹ Nous structurons donc notre analyse autour de deux grandes mutations du marché électronique. D'abord, le processus de dérégulation qui s'est opéré en Europe a permis « la modélisation des marchés des télécommunications ». ¹²⁰ La RDC a adopté les mêmes politiques législatives résultant de la dérégulation mondiale des services publics des télécoms. En démantelant leurs monopoles, les transformations du droit sont parvenues à l'instauration du jeu de la concurrence, sans laquelle le développement des techniques et des marchés n'aurait pas été possible, ni l'économie numérique. C'est par la suite que les défis juridiques de l'Internet apparaissent comme l'étape supérieure ayant permis d'étendre le champ du droit des télécoms aux communications électroniques et aux services de la société de l'information.

28. À la lumière de ce qui précède, le questionnement ci-dessous engage la logique de notre thèse dans une finalité non pas « descriptive »¹²¹, mais plutôt raisonnablement « prescriptive »¹²², à travers une approche « comparative ».¹²³ Sur les continents européen et africain, il faut savoir quelles sont les sources matérielles du droit de l'économie numérique. Quel est l'état des réponses de réglementation, face aux défis juridiques apparaissant de manière analogue en France et en RDC en fonction des grands traits d'évolution des techniques et des marchés numériques ? Comment schématiser les expériences de réforme législative et modéliser les transformations du droit afin de répondre aux besoins présents et futurs d'encadrement des secteurs congolais des TIC¹²⁴? Quelle est la situation de l'État et de l'effectivité de la puissance publique, face à la problématique que « l'on appelle parfois le "non-droit" du cyberspace [perçu comme un] manque d'effectivité des lois et jugements étatiques [face] au développement corrélatif d'un "alter-droit" plus ou moins spontané, susceptible d'éviter le recours aux lois et tribunaux nationaux mais non de s'y substituer sans leur autorisation »¹²⁵? Comment assurer pour le marché numérique territorial, la durabilité des dispositions nationales, tout en intégrant les règles supra- ou transnationales dans l'ordre

¹¹⁹ A. MBAUNWA NKIERI, *Droit congolais des télécommunications, état des lieux, analyse critique et comparative*, Juricongo, Kinshasa, 2012, p. 13. L'approche de cet auteur praticien du droit se limite au droit national congolais. Son « questionnement juridique central [...] se résume en un point : Le droit positif congolais des télécommunications a-t-il été édicté en tenant compte des sources matérielles objectives et rencontre-t-elle les défis générés par les nouvelles technologies de l'information et de la communication ? ».

¹²⁰ N. SHUTOVA, *op.cit.*, p. 21.

¹²¹ A. BAMDÉ, *op.cit.*, p. 13 et s. L'approche descriptive est celle qui reste « de pure connaissance, de compréhension du réel et, plus encore, de recherche d'une vérité universelle. ».

¹²² *Ibidem*. Notre thèse observe raisonnablement, après comparaison, une manière prescriptive pour contribuer à l'évolution du droit en RDC. En revanche, dans sa manière d'étudier l'architecture de l'Internet, le docteur en droit, Aurélien Bamdé, a choisi de ne pas en aborder l'objet sur le volet prescriptif et s'est limité à l'approche descriptive. Cette dernière est déjà difficile, dans les analyses sur l'« architecture normative du réseau Internet : esquisse d'une théorie ». En effet, l'approche prescriptive répond à une « action de prescrire repos[ant] sur des jugements des valeurs. [Cela] implique, par définition, une appréciation délibérément subjective de ce sur quoi ils portent. Cela conduit, dès lors, à la construction d'une idéologie laquelle se caractérise par son contenu, fait de propositions prescriptives, dont la fonction est d'indiquer ce qui doit être ».

¹²³ Ph. LEGRAND, *op.cit.*, p. 50.

¹²⁴ N. COUTINET, « Les technologies numériques et leur impact sur l'économie », Cahier français, *La société numérique*, n°372, La documentation française, Paris, 2013, pp. 20-26, spéc. p. 21. Le secteur des TIC, tel qu'il a été défini en 2008 par l'OCDE, comprend des secteurs producteurs des TIC (fabrication d'équipements informatiques), les secteurs distributeurs des TIC (commerce de matériels informatiques) ainsi que le secteur des services de TIC (télécoms, services informatiques et audiovisuels).

¹²⁵ V. PIRONON, « Les nouveaux défis du droit international privé : site actif, site passif, activité dirigée », in J. ROCHFELD (sous la dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ, Lextenso éd., 2010, p. 94.

étatique ? Dans l'écosystème numérique transfrontière, comment assurer la singularité locale des paradigmes du droit interne tout en s'ouvrant aux standards internationaux au regard de la globalité des activités numériques en ligne ? Les deux grandes parties de notre thèse répondent à toutes ces problématiques : l'Europe dispose d'un cadre des références juridiques appropriées, grâce à la riche expérience de sa « communauté » des États.¹²⁶

Section II : L'avènement d'un droit congolais de l'économie numérique en référence aux droits européens et français

§1. Le cadre juridique européen et français de l'économie numérique

29. La première partie de thèse explore l'encadrement européen et français des aspects juridiques de la société de l'information. Le vieux continent dispose d'une forte assise des règles et d'une structure harmonieuse de son marché intérieur.¹²⁷ Ainsi, en tant qu'ordre politique et espace économique, l'Europe inspire les ordres juridiques étrangers et influence leurs économies. En insérant les marchés nationaux dans un vaste ensemble, la mondialisation nécessite également un rapprochement des expériences normatives entre États.¹²⁸ Sous la coordination de l'Union européenne, le droit français est un cadre tout aussi pratique qu'original de transposition des acquis communautaires.¹²⁹ Les politiques législatives, leurs logiques et leurs objectifs sont des sources d'inspiration au-delà des frontières, car le modèle juridique de la France inspire aussi les États de la Francophonie, dont la RDC compte le plus grand nombre de locuteurs dans le monde.¹³⁰ Aussi, notre thèse analyse-t-elle les références des droits européens et français, dont les acquis servent à éclairer les transformations du droit congolais sur le double volet des communications et du commerce électroniques. **(Partie 1.)**

30. Les activités économiques en ligne sont le contenu des transactions réalisées à travers les réseaux de télécoms, car la voie électronique a pour finalité de donner accès aux ressources numériques. Pour Éric Caprioli, « il est piquant d'observer que le commerce électronique s'articule autour de deux grands axes [...] : les communications électroniques abrogent les distances et le temps entre les personnes, dans le cadre de leurs échanges et leurs transactions sur les biens et les services [...] sans situation géographique fixe. Mais les États, conscients du phénomène, tendent à agir sur ces paramètres en localisant la responsabilité des personnes [...] il faut agir en amont, poser un cadre normatif ». ¹³¹ En ce sens, le commerce en ligne est le paradigme d'étude, pour analyser les ajustements des règles *ratione temporis* et

¹²⁶ [www.europa.eu] (consulté le 17 mars 2017). Au 1^{er} janvier 2016, l'Union européenne compte 28 États avec des cultures juridiques variées, une population importante (plus de 510,1 millions d'habitants) et des stades de développement aux minima dépassant bien ceux de l'Afrique.

¹²⁷ J. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, 2^e éd. mise à jour, PUF, Coll. Thémis droit, Paris, 2008, p. 366. – Cf. aussi pour l'ordre juridique de l'union européenne et l'effet direct du droit de l'Union : A. BERRAMDANE et J. ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne, Institutions et ordre juridique*, Coll. Cours, LMD, éd. 2013, LGDJ, pp. 333-367. En effet, « le droit européen a sa propre "loi". Entendu au sens le plus large, le terme désigne un ensemble de normes juridiques définies respectivement dans l'enceinte du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne ».

¹²⁸ A. TROYE-WALKER, « Le cadre juridique du commerce électronique en Europe », première session : « le cadre juridique international du commerce électronique », in J. RAYNARD (sous la dir.), *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Actes du colloque de Nice des 23,24 et 25 octobre 2000*, Litec, n°20, Coll. actualité de droit de l'entreprise, Cahors (France), 2002, pp.1-20.

¹²⁹ J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire...op.cit.*, pp. 4-24. J. CATTAN, *op.cit.*, pp. 17-27.

¹³⁰ [www.francophonie.org/carto/html] (Consulté le 6 mars 2017). Depuis 1970 avec la création de l'agence de coopération culturelle et technique (ACCT), la Francophonie d'aujourd'hui est un dispositif institutionnel voué à promouvoir la langue française et les relations de coopération, sous le sigle « OIF ». Elle n'a pas pour objectif spécifique l'harmonisation des droits entre ses 84 États et gouvernement membres répartis dans les 5 continents pour 274 millions de locuteurs de la langue française, dont plus de 10 millions en RDC.

¹³¹ É. A. CAPRIOLI, *op.cit.*, p. 5.

ratione materiae, dans un contexte d'amoncèlement des sources européennes. Mais, celles-ci ne définissent pas le commerce électronique. L'acquis communautaire en fournit seulement des critères généraux par renvoi aux services de la société de l'information.¹³² En revanche, le droit français donne une définition terminologique, qui souligne l'utilisation des techniques de communication à distance comme le critère indispensable de fourniture des biens et services du commerce électronique. La RDC ne dispose à ce jour ni d'une définition législative du commerce électronique, ni d'un *corpus juris* pour son régime spécifique, alors que l'économie numérique est une réalité dans le pays. Le droit comparé devrait servir d'inspiration de *lege ferenda*. D'où le besoin de se référer aux institutions juridiques appropriées dans l'expérience du (des) droit(s) positif(s) concernant l'économie numérique au sein de l'Union européenne et en France. **(Titre I.)**

31. À propos, la directive 2000/31/CE fixe les règles européennes du commerce en ligne par renvoi à d'autres directives complémentaires.¹³³ L'objet de la législation s'appréhende à la suite d'une reconstitution des sources à travers le temps, depuis le téléachat en 1989¹³⁴, le contrat à distance en 1997,¹³⁵ les services de la société de l'information en 1998¹³⁶ et le commerce électronique en 2000¹³⁷. En France, la « territorialisation »¹³⁸ des règles européennes présente des singularités, en approfondissant au niveau national les objectifs législatifs européens qui sont d'harmonisation minimale. En 2004, les lois de transposition française apportent plus de clarté sur le commerce électronique, car l'article 14 de LCEN en donne une définition terminologique.¹³⁹ L'objectif de confiance des consommateurs irrigue la législation française. Elle allège par ailleurs la responsabilité des opérateurs des télécoms, afin d'encourager leurs rôles indispensables d'infomédiaires dans le commerce en ligne. Aussi, la loi de modernisation de l'économie (LME) de 2008¹⁴⁰ ou encore la « Loi Hamon » de 2014¹⁴¹ renforcent les aspects consuméristes dans les rapports entre sujets du commerce en ligne.¹⁴² **(Chapitre 1.)**

¹³² L. BOCHURBERG, *Internet et commerce électronique, site web, Contrats, Responsabilité, contentieux*, 2è éd., encyclopédie Delmas, Dalloz, Paris, 2001, pp. 29-41. Sur le chapitre des facilités relatives de création des sites *web*, l'auteur schématise : mutualisation des coûts de marketing, limitation des responsabilités par des clauses légales, partenariat avec des moteurs de recherche pour l'accessibilité, mentions identitaires obligatoires et facultatives. Celles-ci offrent divers avantages aux économies, notamment : dynamisme du marché, adaptabilité des offres, proximité et permanence des produits, large ouverture à l'espace international, relativité des coûts d'accès, d'exposition et d'opportunité.

¹³³ Directive 2000/31/CE, préc.

¹³⁴ Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE, L 298, 17 octobre 1989, p. 23. Directive 97/36/CEE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE, JOCE, L 202, 30 juillet 1997, p. 60.

¹³⁵ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance, JOCE, L 144, 4 juin 1997, p. 21.

¹³⁶ Directive 98/48/CE du Parlement européen et du conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JOCE, L 204, 21 juillet 1998, p. 37), JOCE, L 217, 5 août 1998, p. 18 et s.

¹³⁷ Directive 2000/31/CE, préc.

¹³⁸ Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, Étude du Conseil, Paris, 2014. La pertinence de l'étude est liée à maintenir au cœur des transformations juridiques et numériques l'État de droit et la souveraineté nationale. Pour mener à bien cette adaptation de notre droit, une réflexion doit être menée sur son champ d'application territorial, dans un environnement marqué par la concurrence, sinon la rivalité, entre systèmes juridiques.

¹³⁹ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique [dite « LCEN »], JORF, n°143, 22 juin 2004. Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle [dite « LCE »], JORF, 10 juillet 2004.

¹⁴⁰ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie [dite « LME »], JORF, n°181, 5 août 2008, p. 12471 et s.

¹⁴¹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation [« loi Hamon »], JORF, n°0065, 18 mars 2014, p. 5400.

¹⁴² Les aspects du droit européen et français du commerce électronique sont rapprochés du dernier chapitre de thèse sur le droit congolais des échanges et du commerce électronique.

32. Cependant, le commerce électronique n'est pas toute l'économie numérique, car les communications électroniques font partie de la même chaîne de valeur. Aussi, les institutions et les États européens ont opéré des ajustements *ratione temporis* du droit sur les deux volets consubstantiels du marché numérique. D'une part, le commerce en ligne concentre les règles d'offre, de fourniture et de consommation des biens et services en utilisant les techniques de communications (électroniques) à distance. D'autre part, la dérégulation des télécoms de base a organisé les « autoroutes de l'information » devant servir de « sang de la compétitivité » et d'« artères du marché unique ».¹⁴³ Le droit de l'accès aux communications électroniques regroupe les aspects d'organisation du marché numérique.¹⁴⁴ Pendant longtemps, les monopoles réglementaires avaient régi les télécoms, en tant que service public. En 1984, l'« Europe des télécommunications »¹⁴⁵ engage les États membres dans la libéralisation successive des marchés des équipements, des services et des infrastructures des réseaux numériques.¹⁴⁶ Les réformes européennes faisaient suite au même processus de dérégulation entreprise par les États-Unis entre 1970-1980 en vue de l'application des règles anti-trust à l'encontre du monopole naturel de la firme AT&T.¹⁴⁷ Ce processus a consisté à appliquer des règles de concurrence dans les services publics. L'instauration de la régulation sectorielle est l'aspect marquant de l'ouverture à la concurrence, voulue en principe sans discrimination d'accès sur le marché pour les opérateurs économiques.¹⁴⁸ **(Chapitre 2.)**

33. L'Europe et la France sont au creuset des transitions du droit des télécoms et des communications électroniques « vers une économie européenne dynamique ».¹⁴⁹ Les acquis communautaires et nationaux doivent être analysés conjointement. La France n'avait pas attendu la communautarisation pour adopter ses deux premières « lois dérégulatrices »¹⁵⁰ des télécoms, spécialement en détachant celles-ci en 1982 de la communication audiovisuelle et en affirmant en 1986 la liberté de communication.¹⁵¹ Au niveau européen, le *livre vert* de 1987

¹⁴³ P. THIBAUT et C. MABI, « Le politique face au numérique : une fascination à hauts risques », *La nouvelle revue de science sociale*, Dossier : 2015 : Le tournant numérique ...et après ?, pp. 161-173 [https://socio.revues.org/1344?lang=fr] (consulté le 12 juin 2017). En 1993, le vice-président des États-Unis, Al Gore, lance l'initiative « *Information superhighways* » (les autoroutes de l'information). Il s'en suit l'ouverture de l'Internet au grand public et au commerce de détail, grâce à la popularisation du Web. 10 ans auparavant, les universités et les fournisseurs militaires se servaient déjà de l'Internet. En 1994, la Commission européenne fit écho de l'argumentation américaine en utilisant les termes ci-haut repris, au travers du rapport dit Bangemann du nom de son auteur, commissaire européen.

¹⁴⁴ J. CATTAN, *op.cit.*, pp. 40-41. Ce droit concerne à la fois l'accès par les opérateurs au marché des communications électroniques et l'accès par les utilisateurs aux services de ce marché.

¹⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 67. Verbo « Europe ». R. GILARDIN, *La « libéralisation » des télécommunications en France (1981-1996)*, Mémoire 4^e année, Séminaire : Histoire de la France XX^e siècle sous la dir. Gilles Richard, Science Pô, Rennes, 2009-2010, spéc., p. 64. Si la première auteure citée rappelle que « L'Europe est un projet politique », le deuxième précise l'aspect de l'« Europe des télécommunications ». Face aux mouvements des réformes du marché libéral, les chefs d'États européens s'étaient réunis en France le 20 juin 1984, au Sommet de Fontainebleau sur le thème de l'« Europe des télécommunications ». Cette rencontre de chefs d'État a été suivie des mesures politiques et juridiques à la base des réformes libérales des télécoms. Depuis le milieu des années 1980, des règles successives ont introduit la concurrence dans le secteur des télécoms. Cette concurrence se renforce jusqu'à ce jour avec les communications électroniques.

¹⁴⁶ D. POPOVIC, *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, LGDJ, Paris 2009, p. 11.

¹⁴⁷ E. HOLSENDOLPH, « U.S. settles phone suit, drop I.B.M. case ; A.T. & T. to split up », *New York Times*, 8-9 janvier 1982. Le ministre américain de la justice a intenté un procès contre la firme AT&T qui exerçait un monopole naturel sur les télécoms nationaux. L'affaire a commencé en 1974 et a connu son verdict le 8 janvier 1982, enjoignant la firme à déconcentrer ses activités à ses Baby Bells. Elle obtenait également le droit de développer ses activités sur le marché international.

¹⁴⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, pp. 90-91, 114-117 et 102-103. Verbo « libéralisation », « régulation » et « opérateur ».

¹⁴⁹ Commission européenne, *Vers une économie européenne dynamique, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications*, COM(87)290 final, 30 juin 1987.

¹⁵⁰ A. GIRAUD, « Les prémisses de la déréglementation », *Les cahiers de l'AHTI*, n°9, janvier 2008, p. 7.

¹⁵¹ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication [audiovisuelle], JORF, 1^{er} octobre 1986, pp. 11755 et s. Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, JORF, 30 juillet 1982, pp. 2431 et s. Cf. aussi Loi n°81-994 du 9 novembre 1981 portant dérogation du monopole d'État sur la radiodiffusion, JORF, 10 novembre 1981, pp. 3070.

définit des objectifs ordo-libéraux pour le développement du marché commun des services et équipements électroniques.¹⁵² La Commission européenne a aligné ses systèmes nationaux dans les objectifs de concurrence, grâce à l'instrument du droit. Ainsi, ses directives ont démantelé de manière graduelle entre 1986, 1988 et 1990 les monopoles territoriaux sur les équipements et les services de télécoms.¹⁵³ Le Conseil européen a adopté entre 1990 et 1997 des règles d'harmonisation de fourniture des réseaux ouverts, dans la série des directives dites « ONP ». ¹⁵⁴ L'Europe a finalement supprimé les « droits réservés » des exploitants publics de disposer de l'exclusivité sur les infrastructures de télécoms. Ainsi pour la France, ce sont les lois de transposition de 1990¹⁵⁵ et celles de 1996¹⁵⁶ qui ont ouvert à la concurrence l'ensemble des segments du marché français des télécoms de base. La transformation du droit français est particulière en ce qu'elle a associé la réforme de son administration publique aux changements réglementaires. Les jalons de la privatisation de « France Télécom » ont été posés par des réformes successives de son statut : régie, EPIC comme exploitant public (1996) et société anonyme (2003)...¹⁵⁷

34. Depuis 2002, la réglementation européenne a reconsidéré les implications de la convergence des télécoms, des médias et des technologies de l'information, tel que l'intitulé du *Livre vert* le rappelle en décembre 1997.¹⁵⁸ Même si les mutations numériques ont conduit à l'acception officielle de « communications électroniques », l'Europe a regroupé ses nouvelles règles dans un ensemble dit « paquet télécom ». ¹⁵⁹ L'architecture générale de la nouvelle réglementation se recentre autour d'une directive définissant le cadre commun, avec des directives sectorielles portant sur des enjeux précis.¹⁶⁰ L'objectif de législation a été de renforcer les règles de concurrence dans le secteur de communications électroniques en les conciliant avec la notion de service universel. Celle-ci marque l'influence de la norme

¹⁵² COM(87)290 final, 30 juin 1987, préc.

¹⁵³ Notamment : directive 86/361/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunications (abrogée par la directive 91/263/CE) ; directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés des terminaux de télécommunications ; directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (abrogée par la directive 2002/77/CE).

¹⁵⁴ « ONP » de l'anglais « *opened network provision* » est traduit par « fourniture de réseau ouvert ». À titre d'illustration, on peut citer la directive 90/388/CEE du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, JOCEL 192 du 24 juillet 1990, pp.10 à 16. Cette directive allait de pair avec la directive 90/387/CEE du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, JOCE L192 du 24 juillet 1990, pp. 1 à 9. La directive 90/388/CE a été abrogée et remplacée par la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, JOCEL249 du 17 septembre 2002, pp. 21 à 26.

¹⁵⁵ Loi n°90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications, JORF, n°303, 30 décembre 1990, p. 16439. Loi n°90-58 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public des postes et des télécommunications, JORF, n°174, 08 juillet 1990, p. 8070 et s.

¹⁵⁶ Loi n°96-659 du 26 juillet 1996 réglementation des télécommunications, JORF, n°174, 27 juillet 1996, pp. 11384 et s. Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, JORF, n°174, 27 juillet 1996, pp. 11398 et s.

¹⁵⁷ Loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, JORF, n°1, 1^{er} janvier 2004, pp. 9 et s.

¹⁵⁸ Commission européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation*, COM(97) 623 final, 3 décembre 1997.

¹⁵⁹ D. BOULAUD, *Le nouveau cadre européen des communications électronique pour quels équilibres ?*, Assemblée nationale, Rapport d'information, n°3048, 11^e législature, 2001, Paris, pp. 7 et s. Sans entrer dans les développements, les directives spécifiques sont relatives aux enjeux suivants des communications électroniques : données à caractère personnel, autorisation des réseaux, service universel, dégroupage boucle local, politique de spectre radioélectrique et concurrence. Tous ceux-ci sont encadrés par la directive relative au cadre réglementaire commun.

¹⁶⁰ Directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 (directive « accès »), JOCE, L 108, 24 avril 2002, pp. 7-20. Directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 (directive « autorisation »), JOCE, L 108, 24 avril 2002, pp. 21-32. Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 (directive « cadre »), JOCE, L 108, 24 avril 2002, pp. 33-50. Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 (directive « service universel »), JOCE, L 108, 24 avril 2002, pp. 51-77. Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 (directive « vie privée et communications électronique »), JOCE, L 201, 31 juillet 2002, pp. 37-47.

européenne par la « conception française du service public », car « elle a été forgée comme contrepoids à la logique de la concurrence ».¹⁶¹ Les exigences qu'elle comporte font office de « clause de sauvegarde » en cas d'insuffisance du marché à réaliser l'intérêt général.¹⁶²

35. En France, plusieurs lois de 2004 ont transposé les règles européennes du « paquet télécom » de 2002,¹⁶³ tout autant que la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.¹⁶⁴ Désormais, les communications numériques sont insérées dans le commerce en ligne au titre de prestations techniques offrant des plateformes d'accès à l'Internet en vue de réaliser des activités numériques. Le réexamen du « paquet télécom » en 2009 considère comme acquise la pleine concurrence du marché des communications électroniques afin d'en rapprocher les mécanismes de « régulation transversale ».¹⁶⁵ Les directives et règlements de 2009 renforcent les objectifs spécifiques d'accès universel et de coordination européenne des autorités nationales de régulation.¹⁶⁶ La France a transposé ces amendements du paquet télécoms en 2009 et 2011 pour préciser les obligations des opérateurs sur la portabilité des numéros, l'accès des utilisateurs handicapés aux services électroniques, les mécanismes de notification par l'ARCEP de ses analyses de marchés aux institutions européennes.¹⁶⁷ Actuellement, les réflexions sont en cours depuis 2015 sur le paquet télécom en vue de l'établissement d'un véritable « code des télécoms » et de l'organisation d'une « société du gigabit » à l'échelle européenne. En France, la loi pour la République numérique du 7 octobre 2016 engage la transition générale du pays vers une économie de la donnée et une économie de la connaissance, avec la nécessité d'organiser un service public de la donnée.¹⁶⁸ Mais, les objectifs de la loi débordent du champ de l'économie numérique, car sa finalité est d'organiser la « société numérique » française.¹⁶⁹ (**Chapitre 2.**)

36. Pour le reste du monde, les expériences européennes et françaises ci-dessus sont des prémisses afin de comparer les transformations institutionnelles qui ont été engagées à

¹⁶¹ J. CHEVALLIER, *Le service public*, *op.cit.*, pp. 98-100, spéc. p. 99.

¹⁶² D. BOULAUD, *op.cit.*, pp. 7-60.

¹⁶³ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique [LCEN], JORF, 22 juin 2004, p. 11168. Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relatives aux communications électroniques et aux services de communications audiovisuelle [LCE], JORF, 10 juillet 2004. Les textes cités sont ceux des versions initiales, car des versions consolidées sont aussi publiées au JORF, suite aux modifications législatives.

¹⁶⁴ En plus de la LCEN et de la LCE déjà citées *supra* note n°167 : loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF, n°182, 7 août 2004, pp. 14063 et s.

¹⁶⁵ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp. 443 et 476. Pour distinguer la régulation sectorielle de la régulation transversale, les auteurs citent notamment G. Marcou. Celui-ci soutient que « la régulation ne se confond pas avec la protection de la concurrence » qui « peut être assimilée à une fonction plus administrative ». Ils soulignent que « la régulation est beaucoup plus complexe en raison de la diversité des objectifs qu'elle poursuit ». Cf. G. MARCOU, « La notion juridique de la régulation », AJDA 2006, p. 347. Également G. MARCOU, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, 2 tomes.

¹⁶⁶ Directive 2009/140/CE du Parlement et du Conseil du 25 novembre 2009 amendant trois directives existantes du paquet télécom, à savoir : « directive accès » 2002/19/CE, directive « autorisation » 2002/20/CE et directive « cadre » 2002/21/CE (JOCE, L 337, 18 décembre 2009, pp. 37-39). Directive 2009/136/CE du Parlement et du Conseil du 25 novembre 2009 amendant deux directives existantes : directive « service universel » 2002/22/CE et directive « vie privée et communications électroniques » 2002/58/CE (JOCE, L 337, 18 décembre 2009, pp. 11-36). Règlement (CE) n°1211/2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office (BEREC), (JOCE, L 337, 18 décembre 2009, pp. 1-10). Règlement 544/2009/CE du 18 juin 2009 modifiant le règlement 717/2007/CE concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la communauté et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOCE, L 167, 29 juin 2009, p. 12-23. Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JOCE, L 111, 5 mai 2009, p. 16-22.

¹⁶⁷ Ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, JORF, n°197, 26 août 2011, p. 14473 et s. Loi n°2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique, JORF, n°0293, 18 décembre 2009, p. 21825 et s.

¹⁶⁸ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique [« loi Axelle Lemaire »], JORF, 8 octobre 2016.

¹⁶⁹ <http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-discussion/projet-loi-pour-republique-numerique.html>

l'échelon planétaire sous l'égide de l'OMC. Les États signataires de ses accords de 1994 et 1997 ont construit le nouvel ordre économique mondial, selon « le schéma qui fonde l'intervention *ex post* des autorités de concurrence et *ex ante* des autorités de régulations sectorielle ». ¹⁷⁰ La dérégulation a pour principe que les forces économiques exercent la libre concurrence sur le marché électronique, placé néanmoins sous l'arbitrage d'une autorité étatique indépendante. « Comme dans d'autres domaines de la vie économique et sociale cependant, les situations d'inégalités de position et d'allocation de ressources rares, fréquentes dans le monde numérique, justifient pleinement l'intervention des pouvoirs publics ». ¹⁷¹ C'est ainsi que les règles internationales du commerce des services sont devenues la source du « droit de la régulation sectorielle », situé entre le droit de la concurrence et le droit des services publics. ¹⁷² Si le marché se délestait totalement de l'encadrement juridique et/ou de l'intervention de l'État, la pleine liberté de la concurrence et la diversification des acteurs économiques n'auraient pas toujours été favorables à la stabilité à long terme du marché. ¹⁷³ Elle transforme en État-régulateur l'État-entrepreneur qui exerçait autrefois le monopole de service public, mais qui intervient maintenant avec des organes de régulation d'un État-postmoderne. ¹⁷⁴

37. Suite à la multinationalisation des opérateurs et à l'internationalisation des réseaux, ce schéma des réformes a été diffusé en dehors des marchés européens et américains, pour s'imposer en Afrique, particulièrement en RDC. Une observation s'est confirmée : « [d]u fait de la mondialisation, lorsqu'un État entame le processus de libéralisation, les autres États ne peuvent pas l'ignorer ». ¹⁷⁵ Même si la « mixité des influences publiques et privées est indéniable mais [au-delà] il faut aussi prendre en considération le rôle des institutions supra et infra-étatiques, [...] en termes de régulation de l'économie ». ¹⁷⁶ En droit, c'est l'OMC/AGCS qui est à la base d'un « système commercial multilatéral intégré ». ¹⁷⁷ Auparavant le GATT régissait uniquement les marchandises, mais l'OMC a opéré la réforme du droit international en étendant ses règles néolibérales au commerce des services. Désormais, l'« un des enjeux principaux de l'économie des télécommunications concerne l'efficacité des mécanismes de marché, et, lorsque cette efficacité est prise en défaut, l'identification des modalités d'interventions réglementaires optimales ». ¹⁷⁸ C'est le nouvel ordre mondial de l'OMC qui a permis la mise en rapport des droits européens et congolais, à travers des négociations plus approfondies entre États afin d'uniformiser notamment les régimes des télécoms. ¹⁷⁹ **(Titre II)**

¹⁷⁰ L. BENZONI et P. DUTRU, « De l'accès aux infrastructures à l'accès aux moyens numériques : Nouvelles frontières pour la régulation des communications électroniques », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, p. 17.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² WAEL EL ZEIN, *Les aspects juridiques de la libéralisation des télécommunications (étude comparée)*, LDGJ / éd. Alpha, Paris, 212, p. 16. Après avoir noté que la construction de l'Europe et la mondialisation sont « les instruments d'un retour vers le marché » (ou l'ordre de marché), l'auteur conclut : « Le tournant du XXe siècle est donc marqué par cette pénétration du principe de concurrence dans la sphère publique ».

¹⁷³ M. DE SAINT PULGENT, *op.cit.*, p. 3. « Appliquée à un marché, la régulation vise à créer et même à imposer un équilibre entre des forces ou des règles, dont le jeu spontané ne permettrait pas un fonctionnement satisfaisant ».

¹⁷⁴ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 4^e éd., LGDJ, Lextenso-éditions, Coll. « droit et société », n°35, série politique, Paris, 2003, p. 62 et s.

¹⁷⁵ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 28.

¹⁷⁶ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 549.

¹⁷⁷ AGCS, Accord général sur le commerce et les services (OMC), institué par l'acte final de Marrakech du 15 avril 1994. [www.wto.org] (consulté le 14 juin 2015).

¹⁷⁸ N. SHUTOVA, *Monopole naturel, marchés bifaces, différenciation tarifaire : trois essais sur la régulation de télécommunications*, th. Doct., sous la dir. Laurent Benzoni, Université Panthéon-Assas, Paris, 24 septembre 2013, p. 21.

¹⁷⁹ Cf. 4^e Protocole de l'AGCS/OMC du 17 février 1997. Ce protocole est issu du groupe des négociations sur les services (GNS) ayant abouti à l'« accord spécifique sur les télécoms de base » (BATS).

38. Toutefois, la dérégulation n'a été qu'une étape intermédiaire et fondatrice pour d'autres dividendes du numérique¹⁸⁰, car « [l]a convergence et la digitalisation révolutionnent l'offre, les contenus et les modes de consommations médiatiques entraînant les médias historiques [...] dans une phase de mutation profonde qui devrait conduire à la définition du nouveau modèle de communication ». ¹⁸¹ L'Internet a apporté avec lui d'autres types de défis juridiques sur des aspects comme les données personnelles, la preuve et la signature électroniques, la gouvernance du Net, la cybercriminalité, le commerce électronique, la propriété intellectuelle ou encore les normes techniques, etc. Avec des modalités différentes d'action, des « géants du net » disposent et exercent des pouvoirs substantiels sur le plan technique et économique vis-à-vis des États et des internautes. ¹⁸² L'économie de l'Internet est empreinte de l'idéologie des forces économiques en présence et des acteurs techniques qui en sont à la base. Ils « promeuvent l'autorégulation non contraignante et le contrat comme outil juridique roi ». ¹⁸³

39. En premier lieu, la déclaration d'indépendance du cyberspace du 15 février 1996 fédère les « libertariens » autour de la liberté totale allant au-delà des libertés économiques, d'expression ou d'entreprise. ¹⁸⁴ Ils prônent la régulation par le « code informatique » (anonymat, pseudonymat et cryptographie), en rejetant toute entrave légale ou étatique de la libre circulation de l'information. Ces « héritiers des fondateurs de l'Internet » ont pour crédo la confiance aux technologies pour réguler le monde, selon l'expression popularisée « *code is Law* ». ¹⁸⁵ En second lieu, les grandes entreprises de l'Internet croient dans le marché total avec un minimum de régulation étatique ou pas du tout d'ailleurs. Elles sont désignées comme GAFAM pour dire *Google, Amazon, Facebook et Apple*, auxquels *Microsoft et Twitter* s'ajoutent pour devenir GAFAM ou GAFTAM, sans oublier les plateformes de services comme *Uber* ou *Airbnb*. ¹⁸⁶ Pour le droit, il n'en demeure pas moins que « même dans le monde numérique, l'État est là et doit toujours être là ». ¹⁸⁷ Toutefois, l'enjeu du droit n'est plus uniquement la régulation des télécoms, mais il concerne aussi la gouvernance économique et technique de l'Internet. ¹⁸⁸ En conséquence, l'orientation de notre comparaison prend deux directions parallèles pour la suite, à savoir : les enjeux juridiques concernant le socle analogique des télécoms et ceux concernant l'ère (de l'économie) numérique. **(Chapitre 3.)**

40. Dans le premier temps de la dérégulation des télécoms de base, la RDC a effectivement appliqué le modèle de l'OMC à travers ses deux lois de réformes des télécoms

¹⁸⁰ BANQUE MONDIALE, *Les dividendes du numérique, Rapport sur le développement dans le monde 2016*, Groupe de la Banque mondiale, Washington DC, 2016, pp. 1-41. Le Président du Groupe de la BM, Jim Yong Kim, relève que parmi les États, « ceux qui complètent leurs investissements dans la technologie par des réformes économiques plus vastes récoltent les dividendes du numérique qui se déclinent sous la forme d'une accélération de la croissance, d'un plus grand nombre d'emplois et de services de meilleure qualité ». Les dividendes du numérique concernent les technologies numériques, mais aussi l'économie numérique et plus largement encore l'impact de ces technologies divers aspects sociaux et administratifs.

¹⁸¹ M. HAMOT, « Nouveaux écrans, nouvelle régulation ? Prendre le tempo et le temps de la mutation », in P.-F. DOCQUIR et M. HAMOT, *Nouveaux écrans, nouvelles régulations*, Larcier, Coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013, p. 8.

¹⁸² M. BÉHAR-TOUCHAIS, *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, Actes des journées du 20, 21 et 22 octobre 2015, IRJS éditions, t. 74, vol. 2, Paris, 2016, pp. 5 et s.

¹⁸³ O. ITEANU, *Quand le digital défie l'État de droit*, Eyrolles, 2016, Paris, p. 27.

¹⁸⁴ J. P. BARLOW, « A declaration of the independence of Cyberspace », 8 février 1996, [<https://www.eff.org/fr/cyberspace-independence>] (consulté le 12 février 2017).

¹⁸⁵ O. ITEANU, *op.cit.*, p. 24-27. Lawrence Lessig, juriste américain, a popularisé en 2000 l'expression « *Code is law* », considérant la technique et la technologie d'Internet comme les gardiens de la liberté totale sur le réseau des réseaux.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ R. BISMUTH, « L'intervention régulatrice de l'État sur les flux transfrontaliers *via* Internet : un système de contrainte », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 99-108.

¹⁸⁸ L. BELL, *op.cit.*, p. 17. Cf. « Chapitre introductif : l'émergence de la gouvernance "multi-parties prenantes" ».

du 16 octobre 2002 : la loi-cadre n°013/2002 sur les télécoms (ci-après « LCT »)¹⁸⁹ et la loi n°014/2002 sur l'autorité de régulation des télécoms (ci-après « loi n°014/2002 sur l'ARPTC »).¹⁹⁰ Quinze ans après, la concession des services publics¹⁹¹ est encore la conception dominante dans le pays, d'autant que la législation de 2002 a conservé la configuration du marché semi-ouvert et semi-monopolistique. Le législateur autorise la concurrence sur les services des télécoms, tandis qu'il confère des droits exclusifs à l'exploitant public pour les infrastructures du « réseau de base ».¹⁹² À plusieurs égards, la réalité libérale du marché congolais contraste avec l'idéologie colbertiste que sa législation entretient encore.¹⁹³ L'inadéquation de la loi et des faits est source des défis d'une part pour le marché et de l'autre pour la régulation étatique. D'un côté, la libéralisation du marché s'avère totalement acquise *de facto*, alors que l'exclusivité est seulement *de jure* sur un segment inactif. Les premiers opérateurs privés exploitaient déjà le marché congolais des services des télécoms depuis 1989, avant leur libéralisation officielle par les lois de 2002. **(Chapitre 4.)**

§2. La refondation du droit congolais de l'économie numérique sur le socle de la déréglementation mondiale des télécoms

41. Dans la deuxième partie de thèse, la dérégulation mondiale des télécoms est le pilier de la refondation du droit congolais de l'économie numérique. Les analyses précédentes sont des références pour comprendre et assurer la transition juridique face à l'Internet en RDC. Malgré l'accession du pays à la société de l'information, la législation ne prévoit pas encore de régime spécifique sur le commerce électronique. Étant en retard dans le processus de libéralisation des télécoms, la réglementation nationale congolaise ne prévoit pas de dispositions ni de mécanismes de régulation par rapport aux enjeux de l'Internet et de l'économie numérique. Des solutions pragmatiques sont nécessaires pour le fonctionnement actuel du marché numérique, tout autant que le parlement examine depuis le 19 avril 2017 les projets de lois devant assurer le renouveau du cadre légal des télécoms étendues aux TIC. Les défis législatifs en RDC sont ainsi liés à l'inachèvement des réformes sectorielles des télécoms et aux carences des règles sur l'économie numérique. **(Partie 2.)**

42. À ce jour, l'« opérateur historique »¹⁹⁴ ne dispose pas d'installation lui permettant d'exercer son privilège légal de fourniture exclusive d'infrastructures de transmission. Pour fournir les services relevant de leurs « droits de licences » (autorisation ou concession), les opérateurs privés substituent les maillons manquants du réseau national, à défaut pour l'exploitant public de disposer sur le marché du « réseau de référence ».¹⁹⁵ En recourant à ses propres installations alternatives, le marché offre au public l'accès à la fois aux infrastructures de réseau et aux services de télécoms. D'un autre côté, la loi-cadre de 2002 organise

¹⁸⁹ Loi n°014/2002 portant organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications, ARPTC en sigle, JO RDC, idem, pp.47 et s.

¹⁹⁰ Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en RDC [LCT], JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janv. 2003, pp. 17-46.

¹⁹¹ G. JÈZE, *op.cit.*, p. 64.

¹⁹² « Exposé des motifs », loi-cadre 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications, préc., pp. 19 et s.

¹⁹³ I. CROCQ, *op.cit.*, p. 8. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 1995, p. 158-161. Le colbertisme reste le fondement mercantile de l'État-entrepreneur, avec l'idée de contrôle et d'exploitation des secteurs publics par l'État lui-même. Hayek est de ceux qui pensent que « le droit [...] se prête de bonne grâce aux jeux de la politique et de l'idéologie », et ce « aux antipodes de la neutralité scientifique que certains rêvent de lui conférer ».

¹⁹⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, *op.cit.*, p.104. L'opérateur historique désigne l'opérateur d'État (le plus souvent) qui est présent sur le marché avant son ouverture.

¹⁹⁵ Article 38, loi-cadre sur les télécoms en RDC (LCT), préc.

l'intervention bicéphale de l'État-régulateur dans le secteur des télécoms en RDC : deux autorités étatiques exercent la puissance publique dans le même secteur, avec des cas récurrents de conflits de compétences. L'« intra-régulation » est le terme approché par le président de l'ARPTC pour qualifier le défi de séparation organique des fonctions de réglementation et de régulation dans le domaine.¹⁹⁶ L'accès à l'économie numérique comporte des défis quant au processus de transformation des services publics des télécoms et quant aux défis d'ajustement des institutions juridiques face au marché électronique. (**Titre III.**)

43. Ainsi, la RDC expérimente encore le schéma de dérégulation des télécoms de base. Le processus d'ouverture législative accuse un grand retard par rapport aux droits de l'accès aux communications électroniques en Europe et en France. Malgré l'application des lois de réforme des télécoms de 2002, des erreurs de réglementation alimentent encore les enjeux de collaboration entre le ministre des PTT en tant qu'administration classique¹⁹⁷ et l'ARPTC en tant que nouvelle autorité administrative devant réguler le marché électronique. Les droits exclusifs de l'exploitant public renforcent les contraintes pour le régulateur d'assurer l'équilibre du marché.¹⁹⁸ La régulation devient complexe au regard de la multiplicité d'acteurs du marché, ayant des statuts et des intérêts différents.¹⁹⁹ (**Chapitre 5**)

44. Par ailleurs, « entre classicisme et innovation », les tendances nouvelles de la régulation évoluent avec la « transition numérique ».²⁰⁰ De nouveaux défis de l'économie numérique confrontent la législation conçue au départ pour les télécoms de base se trouvant face aux multiplications d'« interfaces entre monde numérique et monde matériel ».²⁰¹ Mais à défaut d'ajustement du cadre légal au vu des activités numériques, les lois de télécoms de 2002 présentent de nombreuses carences de régime. En effet « cet objet de mutation, ces transformations qu'entraînent digitalisation [numérisation] et convergence ont créé les conditions qui s'apparentent à une nouvelle "dérégulation". Le modèle régulateur des années 80 [...] vacille car il ne répond plus (ou plus complètement) aux contenus, aux marchés et aux besoins, ... ».²⁰² La convergence numérique et précisément l'Internet accroissent « la complexité et l'incertitude, situation dans laquelle les opérateurs accroissent leur puissance »,²⁰³ alors que la RDC garde inchangé son cadre légal désuet de 2002 et sa régulation sectorielle. Dans la société de l'information, « [l]es secteurs régulés se croisent

¹⁹⁶ O. MANIKUNDA MUSATA, *La dynamique de la régulation des télécommunications en République Démocratique du Congo : de la synergie intra-sectorielle à l'interrégulation*, ENST Paris/ARTEL/ARCEP/FRATel/ESMT/Word Bank Institute, BADGERégulation des télécoms promo 2005, mars 2006, pp. 1-118.

¹⁹⁷ L'approche des ministères des PTT a été supplantée par celle des ministères de l'économie numérique, car les PTT en tant que marché des services libéralisés, sont insérés dans l'économie en s'écartant de plus en plus de la logique classique des services publics monopolistiques. Cette nouvelle approche est consécutive à la dérégulation et aussi aux nouvelles règles de l'OMC (ex-GATT) dans le commerce international des services.

¹⁹⁸ L. BENZONI et P. DUTRU, *op.cit.*, p. 19. Pour les autres, la « microéconomie s'est fondée sur une conception du marché ou la demande pour un bien ou un service donné rencontre une offre concurrentielle. Le point de croisement des courbes d'offre et de demande détermine l'équilibre du marché, concurrentiel *a priori* ».

¹⁹⁹ N. SHUTOVA, *op.cit.*, p. 21. « Cette focalisation sur les questions de défaillance du marché et de systèmes d'intervention hors-marché s'explique naturellement par les caractéristiques économiques du secteur des télécommunications : externalités positives de consommation, intensité capitalistique de certains segments, progrès technique [...], utilisation des ressources « rares » (fréquences), fonction de coûts sous-additive, etc. »

²⁰⁰ N. CURIEN, « La régulation réflexive à travers le miroir de la transition numérique », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, p. 99-108.

²⁰¹ M.-A. FRISON ROCHE, *op.cit.*, p. 5.

²⁰² M. HAMOT, « Nouveaux écrans, nouvelle régulation ? Prendre le tempo et le temps de la mutation », in P.-F. DOCQUIR et M. HAMOT, *Nouveaux écrans, nouvelles régulations*, Larcier, coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013, p. 14.

²⁰³ N. CURIEN, *op.cit.*, pp. 99 et s.

grâce au numérique et dans le numérique ».²⁰⁴ Les défis d'accès à l'économie numérique motivent de nouvelles formes possibles de régulation auxquelles l'expérience juridique de la RDC commence à s'adapter. À l'épreuve de l'Internet, les autorités nationales de réglementation (ARN) s'efforcent de répondre aux défis juridiques du cyberspace planétarisé. Pour maintenir le bon fonctionnement du marché numérique, la régulation des télécoms associe avec pragmatisme les normes juridiques et techniques, les règles nationales et internationales, les lois du marché et les modes d'intervention publique. Les apports du droit comparé européen et français sont nécessaires pour éclairer la faible expérience juridique congolaise en matière d'économie numérique. (**Chapitre 6.**)

45. Dans le second temps de la révolution numérique, la popularisation de l'Internet et des outils électroniques confirme l'accession réelle à l'économie numérique de la RDC.²⁰⁵ Dans ce contexte, les techniques de communications électroniques deviennent les artères de l'économie et le moyen de connexion de plusieurs autres marchés au-delà des télécoms. Cependant, « tant que les points de jonction et de convergence se multiplient » avec l'essor des techniques numériques, des secteurs jadis étanches se décloisonnent.²⁰⁶ Les régulations sectorielles s'exercent « assez généralement en "silo" », vu l'« objet technique » de chacun des secteurs économiques.²⁰⁷ La convergence des médias et l'accès aux médias numériques étendent et mélangent les champs d'action des acteurs économiques du Net, opérant en principe dans des branches séparées.²⁰⁸ Le droit de l'économie numérique dépasse nécessairement le cadre des télécoms, en suggérant la collaboration fonctionnelle à organiser entre régulateurs. L'interrégulation correspond à ce rapprochement des modalités d'actions entre les acteurs des régulations sectorielles.²⁰⁹ La régulation convergente équivaut à la « convergence des réglementations »²¹⁰ ou à la fusion des moyens de régulation sectorielle.²¹¹ Déjà dans la régulation des télécoms, la relation hiérarchique propre à l'État était associée aux lois et tendances du marché, en vue d'assurer son encadrement « par réflexivité », le secteur trouvant dans le Régulateur son propre reflet ».²¹²

46. En outre, il ne suffit plus seulement d'entendre la voix de l'opérateur et l'État, mais aussi l'« internaute-citoyen » [...] dans un système participatif afin de produire des normes adéquates ».²¹³ En somme, « [l]a régulation devient ainsi interrégulée, plus globale et plus politique ».²¹⁴ Afin d'assurer le renouveau du cadre juridique congolais, de *lege ferenda* le gouvernement congolais a déposé au parlement en avril 2017 trois projets de loi concernant conjointement les télécoms et les TIC, le commerce électronique et l'extension du champ

²⁰⁴ M. DE SAINT PULGENT, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, 2016, p. 4.

²⁰⁵ Cf. Statistiques *infra* notes n°219, 220 et 221.

²⁰⁶ M. HAMOT, *op.cit.*, p. 8.

²⁰⁷ M. DE SAINT PULGENT, *op.cit.*, 2016, p. 4. Notamment, les secteurs des télécoms, des finances et de l'audiovisuel utilisent l'Internet mais disposent chacun d'un régulateur étatique spécifique : ARCEP/ARPTC, Banque centrale et CSA/CSAC.

²⁰⁸ *Ibidem.*

²⁰⁹ M.-A. FRISON ROCHE, « L'hypothèse de l'interrégulation », in *Les risques de la régulation*, Paris, Dalloz/Presse de Science po, Coll. « Droit et Économie de la régulation », 2005, t. III, pp. 69-80.

²¹⁰ M. JEUNEHOMME, « L'industrie innovante dans le secteur de l'e-santé face aux défis des régulations », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 81-98.

²¹¹ M. DE SAINT PULGENT, *op.cit.*, p. 4. « Le besoin d'interrégulation procède aujourd'hui d'un souci sinon d'unification, du moins de mise en cohérence de différents niveaux qui ne peuvent plus demeurer dans une juxtaposition confinante à l'ignorance. » P. DUTRU, « De l'accès aux infrastructures à l'accès aux moyens numériques : Nouvelle frontière pour la régulation des communications électroniques », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, p. 17-41.

²¹² N. CURIEN, *op.cit.*, pp. 99 et s.

²¹³ S. CHATRY, « La perspective d'une régulation participative », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 157-166.

²¹⁴ *Ibidem.*

initial de la régulation des télécoms.²¹⁵ L'économie numérique est donc une source matérielle pour le renouveau du droit, transcendant celui de la régulation sectorielle. Les droits européens et français sont en avance dans le régime à accorder aux aspects de la société de l'information. L'expérience comparée éclaire nos analyses pour la refondation en RDC d'un droit de l'économie numérique sur les bases de celui des télécoms. Le projet de loi sur télécoms et les TIC est le premier volet de réforme au centre du futur cadre juridique. Son architecture est renforcée par un deuxième volet des projets de lois spécifiques sur le commerce électronique et sur la régulation des NTIC. **(Titre IV)**

47. Dans le premier volet, le renouveau de la législation nationale se justifie par l'avènement de la société congolaise de l'information. Contrairement à l'Europe et à la France, en RDC les étapes des mutations de l'économie et des changements du droit n'ont pas traversé les révolutions sociales antérieures à la révolution numérique.²¹⁶ Jusqu'à l'an 2000, l'obsolescence du réseau analogique d'État avait réduit drastiquement l'offre des services publics des télécoms.²¹⁷ Suivant les estimations de l'UIT en 1996, la RDC comptait 0,08 lignes téléphoniques principales pour 100 habitants ou une télé-densité de 36.000 lignes téléphoniques principales, pour ses 45 millions d'habitants à l'époque.²¹⁸ Pour le passage au XXI^e siècle, l'UIT recommandait à tous les pays du monde de dépasser le seuil d'un téléphone pour cent habitants, soit une télé-densité de 1%. Cependant, la RDC comptait seulement 200.000 téléphones au passage de l'an 2000, avec une télé-densité d'un téléphone portable pour 1.300 habitants, soit 0,07% du taux de pénétration de la téléphonie.²¹⁹ Depuis 2002, il est constaté une ascension fulgurante du taux de pénétration des technologies de communications numériques. En moins de quinze ans, le marché congolais a connu une croissance spectaculaire de la téléphonie mobile et depuis ces cinq dernières années celle de l'Internet mobile.

48. À l'horizon 2010, le nombre d'utilisateurs des téléphones est ainsi passé de 158.000 en 2001 à plus de 9,45 millions en 2009 en RDC, soit un taux de pénétration de 0,3% à 18,6%.²²⁰ La croissance annuelle moyenne du nombre de clients actifs de téléphonie mobile était de près de 50% entre 2005 et 2010, de même que celle du chiffre d'affaires sectoriel de l'ordre de

²¹⁵ Lettre n°CAB/PM/CNTIC/PCK/2015/8005 du 17 décembre 2015 du Premier Ministre de la RDC, Mata Ponyo Mapon, ayant pour « Objet: Relance de programmation en commission des lois des textes sur les télécoms et TIC [...] Y faisant suite, je vous informe que j'accède à votre demande d'examiner, en Conseil des Ministres, les projets de loi sur : (i) les télécommunications et les technologies de l'information et de la communication, (ii) les échanges et le commerce électronique, et (iii) la modification de la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications du Congo ».

²¹⁶ H. TORDJMAN, A. SINAÏ, N. MAMÈRE, H. KEMPF, F. JARRIGE, J.-F. HÉROUARD, A. GRAS, J. DECARSIN et D. BOURG, « "La Troisième Révolution" de Rifkin n'aura pas lieu », *Libération*, Tribune, 21 octobre 2014, [www.libération.fr] (consulté le 25 décembre 2016). « Comme la Première Révolution industrielle, qui serait née au XIX^e siècle de la machine à vapeur et de l'imprimerie, ou la Deuxième, qui aurait vu au XX^e siècle la convergence du moteur à combustion électrique, la Troisième Révolution industrielle devrait surgir naturellement de la "jonction de communication par Internet et des énergies renouvelables". La thèse de la Troisième révolution industrielle et tous ceux qui vantent le capitalisme numérique restent enfermés dans une vision simpliste des technologies et de leurs effets. Ils oublient de penser les rapports de pouvoir, les inégalités sociales, les modes de fonctionnement de ces "macro-systèmes" comme enjeux de l'autonomie des techniques et des techno-sciences, sans parler de la finitude des ressources et de l'ampleur des ravages écologiques réels de ce capitalisme de l'immatériel. »

²¹⁷ K. NDUKUMA ADJAYI, *Cyberdroit Télécom, Internet, contrats de e-commerce, une contribution au Droit congolais*, Presses Universitaires du Congo (PUF), Kinshasa, 2009, pp. 82-94.

²¹⁸ « Exposé des motifs », Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en RDC, JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janv. 2003, pp. 17 et s.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ GOUVERNEMENT (RDC), *Programme économique du Gouvernement (PEG)*, Kinshasa/RDC, 15 septembre 2011.

25% chaque année.²²¹ La progression des abonnements de téléphonie mobile est restée soutenue sur le marché congolais : 11,6 millions en 2010 ; 15,64 millions en 2011 ; 20,25 millions en 2012 ; 28,23 millions en 2013, avec une constance de 20% de taux de pénétration mobile en dépit de la croissance démographique. Les projections de 2016 envisageaient le dépassement du seuil de 35 millions d'abonnés au réseau de téléphonie sur les 70 millions d'habitants estimés en RDC.²²² L'observatoire du marché par l'ARPTC confirme ces prévisions en raison de 39.746.740 d'abonnés pour 2015 contre 28.335.503 en 2016 à cause de la déconnexion administrative de certains abonnés non-identifiés. Aujourd'hui, les télécoms congolaises sont devenues *high-tech*, grâce à la disponibilité d'offre des réseaux à fibre optique et des réseaux 4G/3G, sans jamais avoir traversé l'expérience intermédiaire de l'ADSL ou du dégroupage de la boucle locale comme en Europe. En 2016, la souscription de l'accès à l'Internet mobile a atteint 7.157.537 d'abonnés, 2.236.337 utilisant les services mobiles de porte-monnaie électronique.²²³ La (r)évolution technologique est atypique en RDC, mais elle a opéré le décloisonnement numérique du pays, en faisant des télécoms l'outil de liaison et de commerce à distance entre plusieurs secteurs et marchés nationaux.²²⁴

49. En conséquence, « [d]ans tous ces secteurs, le numérique, qui permet la mise en donnée du monde manifeste sa capacité à bouleverser les règles du jeu et les positions établies et exige de repenser la régulation ».²²⁵ L'ouverture des télécoms à la concurrence avait déjà engagé dans la décennie 2000, le service public vers son accession à l'économie des marchés. Si le processus de dérégulation des télécoms n'est toujours pas parachevé en RDC, l'accès du pays à la société de l'information implique des enjeux juridiques d'un genre nouveau.²²⁶ En effet, « [l'] économie numérique suscite des questions qui ne touchent plus exclusivement les marchés des services de communications électroniques, mais qui concernent des activités économiques et des pratiques sociales de plus en plus diversifiées : administration électronique, cybercriminalité, problématiques liées à la protection des données personnelles ou aux territoires numériques, et, désormais, phénomènes d'"ubérisation du droit" de l'économie ».²²⁷ Sur la question, les principales lois applicables en RDC sont celles sur les télécoms de 2002.²²⁸ Cependant, elles sont inappropriées pour encadrer des défis juridiques plurisectoriels de la société de l'information. Le retard de législation congolaise à rattraper devient criant avec l'inclusion du pays à l'économie numérique mondialisée. Notamment, la législation congolaise n'encadre pas la preuve et de la signature électroniques, ni les aspects

²²¹ *Ibidem*. Il est à noter que les chiffres des sources gouvernementales peuvent contraster avec ceux d'autres institutions étatiques en RDC, à savoir : l'Institut national de la statistique et l'Autorité de régulation des postes et des télécoms.

²²² INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE, *Annuaire statistique 2014*, Ministère du plan et révolution de la modernité / PNUD, Kinshasa, juillet 2015.

²²³ ARPTC, *Observatoire du marché de la téléphonie mobile, Rapport du 3^e trimestre 2016*, Direction de l'économie et de la prospective, Kinshasa, p. 39.

²²⁴ Cf. pour abstract : K. NDUKUMA ADJAYI « Les enjeux législatifs de la transition post-conflit dans la société numérique congolaise », *Academic days on Open Government issues*, IMODEV/ Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 5 et 6 décembre 2016. [<http://cms.imodev.org/nos-activites/europe/france/academic-days-on-open-government-issues-december-5-6th-2016-paris-france/conference-planning-internal-5th-december-2016-fracture-numerique-participation-citoyenne-open-gov/>] (consulté le 16 décembre 2016).

²²⁵ M. DE SAINT PULGENT, *op.cit.*, p. 4.

²²⁶ Depuis 15 ans en RDC, les lois de télécoms du 16 octobre 2002 présentent les seules règles spécifiques se rapportant aux aspects techniques de l'Internet et de ses services protéiformes. Il a fallu attendre 62 ans pour qu'elles abrogent l'ordonnance législative n°254/TELEC du 23 août 1940 sur les télécoms coloniales.

²²⁷ M.-A. FRISON ROCHE, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *Internet, Espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016, p. 4.

²²⁸ Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en RDC, JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janv. 2003, pp. 17-46. Loi n°014/2002 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications, ARPTC en sigle, JO RDC, *idem*, pp. 47 et s.

juridiques de l'Internet et du commerce électronique. Dès lors, comment assurer la gouvernance de l'écosystème numérique national ?

50. C'est à travers de nouveaux instruments du droit que les politiques publiques encadrent et orientent les phénomènes nouveaux de l'Internet. En tenant compte des avancées du droit comparé européen et français, le gouvernement congolais travaille à refonder l'architecture centrale du droit des télécoms et des TIC à travers un projet de loi-cadre, incluant les règles de protection des données personnelles et celles sur la « cybersécurité ».²²⁹ **(Chapitre 7)**

51. Sans aucun doute, les régimes préventifs et pénaux sont cruciaux pour l'économie numérique. Les technologies numériques n'effacent pas la valeur centrale de l'homme, ni le rôle indispensable de l'État : elles demeurent au service des personnes et doivent donc demeurer sous le contrôle de l'ordre public, dans un système social organisé. La personne humaine se situe au centre d'intérêt du cyberspace et au carrefour de tous les enjeux de l'économie numérique. Ses droits fondamentaux et sa sûreté individuelle doivent être garantis dans l'économie numérique. En effet, « les technologies numériques exercent des effets ambivalents : elles catalysent l'exercice des droits, mais elles synthétisent aussi des risques inédits face auxquels nos catégories juridiques et nos capacités d'intervention apparaissent aujourd'hui inadaptées ».²³⁰ L'autre facette de la même réalité est que l'État demeure aussi le seul à pouvoir garantir ces droits, puisqu'il dispose du monopole de « redistribuer les responsabilités entre les différents acteurs numériques ».²³¹

52. De *lege ferenda* pour la RDC, le droit de la personnalité et la protection des données personnelles sont garantis en réseau et sanctionnés pénalement face aux techniques numériques automatisées de l'État, des administrations, des infomédiaires et autres utilisateurs.²³² D'une part, la réforme législative en RDC prévoit des garanties en faveur de la personne humaine et de sa vie privée quant aux usages du réseau électronique. Si le projet de loi sur les TIC en RDC entend déterminer les principes de loyauté quant à la collecte, au traitement des données à caractère personnel,²³³ il ne consacre cependant pas le droit à l'« autodétermination informationnelle ».²³⁴ Il envisage la création d'une agence nationale des TIC devant assurer, comme en France²³⁵, un minimum de « service public de la donnée »

²²⁹ X. LEONETTI, *Guide de cybersécurité, Droit, méthodes et bonnes pratiques*, L'Harmattan, Paris, 2015, p.13 et s.

²³⁰ J.-M. SAUVÉ, *op.cit.*, p. 10.

²³¹ *Ibidem*.

²³² M.-L. LAFFAIRE, *Protection des données à caractère personnel, tout sur la nouvelle loi « informatique et libertés »*, éditions d'organisation, coll. « guide pratique », Paris, 2005, p. 35. En France, La loi Informatique et liberté concerne les traitements automatisés et non automatisés de données à caractère personnel connues ou appelées à figurer dans des fichiers, à l'exception des traitements mis en œuvre pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles, dans les conditions de la loi.

²³³ J. EYNARD, *Les données personnelles, quelle définition pour un régime de protection efficace ?*, Michalon, Paris, 2013, p. 9 et s. Les technologies intrusives permettent insidieusement le contrôle des êtres humains, avec les risques sur les libertés fondamentales et leur vie privée. Le concept « Big Brother » (de George Orwell, 1984, Gallimard, 1950) rencontre bien la captation des informations « identifiantes », nominatives ou qui permettent l'identification de la personne humaine en ligne et son profilage. Avec les techniques numériques en ligne, la massification des données devient une pratique courante dite « big data », conduisant à un affaiblissement des principes garantissant la qualité des données ». Les « big data » sont des données structurées ou non dont le très grand volume requiert des outils d'analyse adaptés.

²³⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?*, un colloque organisé par le Conseil d'État le 6 février 2015, La documentation française, n°16, Paris, 2016, p. 11. Étude du conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, la Documentation française, 2014, p. 267. L'étude du Conseil d'État préconise à cette fin d'inscrire dans notre droit positif le principe d'autodétermination informationnelle plutôt qu'un droit de propriété sur les données à caractère personnel.

²³⁵ En France, le service public de la donnée est assuré grâce à des institutions comme la CNIL, la CADA, l'Etalab, le SGMAP, etc.

comme en droit français et européen.²³⁶ Pour être satisfaisant, le niveau congolais de protection tel qu'envisagé reste néanmoins inférieur aux récentes dispositions adoptées en avril et octobre 2016 en Europe²³⁷ et en France.²³⁸ D'autre part, le législateur congolais envisage des modalités de protection individuelle et collective des internautes contre les facteurs de « cyberinsécurité »²³⁹ à l'instar de la France. L'ère numérique reste marquée par une « délinquance économique et financière en croissance », dénotant une « criminalité complexifiée par le recours au numérique », dans un « écosystème numérique vulnérable ».²⁴⁰ La cybersécurité désigne le dispositif matériel et intellectuel de lutte contre la cybercriminalité.²⁴¹ Elle prend en compte les « contenants »²⁴² et les « contenus »²⁴³ des réseaux numériques. La cybercriminalité est une transformation tant de la mentalité et de la logique criminelles, que de l'expansion du phénomène Internet et de ses facilités d'action. La réalité du « même Internet pour tous et partout »²⁴⁴ convainc d'avoir recours au droit comparé pour bâtir un dispositif pénal renforcé. La confiance en l'économie numérique congolaise nécessite un système de protection des données personnelles et de sécurisation pénale tenant compte des « typologies des risques cybercriminels ».²⁴⁵

53. *Pour le second volet des lois sur la régulation et l'e-commerce*, l'économie numérique est la « nouvelle économie »²⁴⁶ de l'Internet : elle ne cessera d'étonner par son

²³⁶ I. BOUHADANA et W. GILLES, « Rapport introductif », *Academic days on Open Government issues*, 5 et 6 décembre 2016, IMODEV/ Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 2016 (Texte lu le 5/12/2016). Cf. <http://academicdays.imodev.org/>.

²³⁷ Règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE, L 119, 4 mai 2016, pp. 1 et s. L'article 99 du règlement dispose qu'il est applicable à partir du 25 mai 2018.

²³⁸ Cf. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour la République numérique, préc. Les objectifs de cette loi sont répartis en trois volets : 1° circulation des données et du savoir (service public de la donnée et données aux fins d'intérêt général) ; 2° protection des citoyens dans la société numérique (neutralité des réseaux, portabilités des données, droit de récupération de ses données en toutes circonstances, nouveaux droits à l'autodétermination informationnelle : droit à l'oubli numérique pour les mineurs, testament numérique pour donner des directives aux plateformes numériques, confidentialité des correspondances privées ; 3° accès au numérique pour tous (couverture mobile, accessibilité aux services numériques publics, accès des personnes handicapées aux services téléphoniques et aux sites Internet). Il convient d'ajouter sur ce dernier volet : l'incrimination de la « revanche pornographique » passible de peine de prison (2 ans) et d'amende (60.000 euros) en cas de mis en ligne des images d'une personne nue à son insu ou sans son consentement.

²³⁹ N. ARPAGIAN, *La cybersécurité, mesurer les risques et organiser la défense*, PUF, 2^e éd., coll. Droit-politique, Que sais-je ?, (2010) 2016, p. 111. Les États-Unis d'Amérique sont l'un des seuls pays à publier un baromètre de cybersécurité.

²⁴⁰ M. QUÉMENER, *Criminalité économique et financière à l'ère numérique*, Economica, coll. pratique du droit, Paris, 2015, pp. 17-22.

²⁴¹ N. ARPAGIAN, *op.cit.*, p. 8. X. LEONETTI, *Guide de cybersécurité, Droit, méthodes et bonnes pratiques*, préc., p. 13 et s. La cybercriminalité est un ensemble d'infractions portant atteinte aux technologies et aux réseaux numériques ou usant de ceux-ci comme moyen de menacer ou d'attenter les valeurs juridiques et/ou légitimes à protéger.

²⁴² *Ibidem*. Le contenant désigne « les moyens techniques (réseaux informatiques, téléphoniques, satellitaires...) utilisés pour l'échange de données, qui peuvent faire l'objet d'opérations d'infiltration, d'altération, de suspension voire d'interruption ».

²⁴³ *Ibidem*. Le contenu désigne « l'ensemble des informations qui circulent ou sont stockées sur des supports numériques (sites Internet, bases de données, messageries et communications électroniques, transactions dématérialisées...) ».

²⁴⁴ CH. TARDIEU, *Internet et libertés*, CNRS éd., Paris, 2010, p. 9. « À l'évidence, la facilité avec laquelle l'information circule sur la Toile, la trace indélébile qu'il en demeure impliquent, selon une antique devise, de savoir "raison garder", d'avancer avec mesure, prudence, vigilance. Et dans le respect mutuel. La nouvelle société mondiale de l'interconnexion peut-elle être, en effet, autre chose que l'affaire de tous ? »

²⁴⁵ M. QUÉMENER ET Y. CHARPENEL, *Cybercriminalité Droit pénal appliqué*, Economica, coll. pratique du droit, Paris, 2010, pp. 9. L'indication non-exhaustive des types des risques liés à la cybercriminalité sont : Sabotage, vol, intrusion, fraude, piratage, atteinte à la vie privée, contenus illégaux. (Cf. *Livre bleu des Assises de la Sécurité et des Systèmes d'information*, octobre 2009.)

²⁴⁶ I. CROCQ, *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, Economica, coll. Nouvelles technologies de l'information et de la communication, Paris, 2004, p. 4. Les auteurs situent cette économie entre l'économie publique et l'économie industrielle. Elle fonde la régulation sur l'existence de défaillances du marché. Mais, à la différence de l'économie publique traditionnelle, elle tient compte des défaillances de la régulation, dont la première qui est aussi la principale, est l'asymétrie de l'information entre le régulateur et le réglementé. (À nous d'ajouter que c'est ce qui traduit bien l'importance de l'information dans cette nouvelle forme d'économie ainsi que la nécessité de l'organisation mi-factuelle, mi-

inépuisable chaîne de valeur au bout du clic.²⁴⁷ Sa particularité est d'avoir assuré le recul de l'exclusivité et de la rivalité des biens et des services. En d'autres termes, l'accès aux ressources numériques par les uns n'entraîne ni épuisement pour les autres, ni empêchement de consommation simultanée par tous.²⁴⁸ La théorie microéconomique standard a intégré le fait que « l'Internet est un outil qui sait créer de nouvelles et puissantes interdépendances entre individus ».²⁴⁹ De ce fait, ces interdépendances, dites les « externalités du réseau »²⁵⁰, modifient la structure des marchés des services de l'Internet à travers le comportement des internautes du Web 2.0. Un slogan est répandu à propos du business sur le Net et les réseaux sociaux : si vous n'êtes pas le consommateur, vous êtes le produit.²⁵¹ L'« *homo economicus* » se transforme en « *homo socialis* » face aux externalités du réseau.²⁵² Ces dernières servent aussi bien comme modèles économiques que pour la structuration du marché de l'Internet.²⁵³ En effet, « l'apparition de nouveaux médias et les déclinaisons de plus en plus nombreuses des modes de communications audiovisuelles, relancent aujourd'hui la question d'une nouvelle dérégulation à laquelle devrait, en toute logique, répondre une rerégulation ».²⁵⁴ Réaliser l'équilibre du marché des télécoms demeure l'objectif du régulateur congolais, mais les défis de lois d'économie numérique ne se suffisent plus du modèle de régulation « des années 80 qui avait accompagné l'introduction de la concurrence signant la fin du monopole d'État des premiers temps ».²⁵⁵

54. En 2002, la RDC a exécuté avec maladresse le schéma de dérégulation de l'OMC de 1997. Des correctifs sont nécessaires notamment en ce qui concerne l'indépendance fonctionnelle de l'ARPTC et l'imprécision de son action au sujet de l'Internet. Un ajustement des fonctions du régulateur est nécessaire à l'ère numérique, comme il en fût en France pour le passage de l'ART au rôle de l'ARCEP. Aussi, le « projet de loi sur l'ARPTNTIC » entend-il amender l'objet technique de la régulation sectorielle, au regard de la transformation numérique de l'économie congolaise. Il faut également renforcer les anciens objectifs de service universel assignés à la régulation des télécoms, car la lutte contre la fracture numérique est indispensable pour l'accès au commerce électronique.²⁵⁶ Dans son expérience

réglementaire du système de marché (entendu comme la confrontation de l'offre et de la demande, cela rappelle bien le visage de l'économie numérique).

²⁴⁷ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 30.

²⁴⁸ J.J. LAFFONT et TIROLE, *A theory of incentives in procurement and regulation*, Cambridge, MIT Press, 1993, cité par I. CROCO, *op.cit.*, p. 4.

²⁴⁹ L. BENZONI et P. DUTRU, *op.cit.*, p. 19.

²⁵⁰ N. COUTINET, *op.cit.*, p. 21. Si les secteurs traditionnels sont dominés par les économies d'échelle de production, l'économie de l'information évolue sous l'emprise des économies de réseau liées à la demande. Celle-ci dépend du nombre d'agents qui l'achètent.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 19 et 22. Les préférences de consommation sur le marché se forment par routine et habitude en relation avec le milieu social. Les interdépendances entre individus qui en découlent entre individus sont définies comme des externalités. Il s'agit de « l'effet d'influences externes sur les décisions internes des individus ou des entreprises ». L'externalité devient le moteur de comportement. Avec l'Internet, l'on assiste à un renforcement des « interdépendances, qu'il est de surcroît possible de mesure et de capter pour mieux les exploiter à des fins commerciales ».

²⁵² *Ibid.* Cf. aussi C. MANARA (sous la dir.), *Réseaux sociaux : 100 questions juridiques à l'initiative de l'ADII*, 2^e éd., diateino, coll. « questions », Paris, 2013, p.17 et s. Vie familiale, activités commerciales, justice, utilisations d'un réseau social dans le cadre du travail, etc. sont quelques-unes des problématiques nouvelles retenues.

²⁵³ Pour le dicton du Net : « Si c'est gratuit, c'est que vous êtes le produit » [<http://citations.webscience.com/citations/anonyme/est-gratuit-est-que-vous-etes-produit-2633>] (consulté le 19 mai 2014).

²⁵⁴ M. HAMOT, S. PAÏMAN et V. STRAETMANS, « La compétence matérielle à l'épreuve juridique de la réalité des modèles audiovisuels et des pratiques régulateurs », in *Auteurs et Médias*, n°6 : Les nouvelles frontières de la radiodiffusion, 2007, p. 540, cité par M. HAMOT, *op.cit.*, p. 14.

²⁵⁵ M. HAMOT, *op.cit.*, p. 14.

²⁵⁶ Considérant n° 2, Directive 2000/31/CE, préc. Le législateur européen considère effectivement que le commerce électronique « facilitera la croissance économique des entreprises européennes ainsi que leurs investissements dans l'innovation, et il peut également renforcer [leur] compétitivité, pour autant que tout le monde puisse accéder à l'Internet ».

plus en avance que celle de la RDC, le droit européen et français insère l'accès aux communications électroniques dans le régime du commerce électronique après avoir identifié et catégorisé les infomédiaires des télécoms. Mais, la RDC ne dispose pas de ce type de législation sur les activités numériques. Son *projet de loi sur les échanges et le commerce électroniques* trace une perspective nouvelle, à confronter avec le droit comparé européen et français. (Chapitre 8)

55. Définitivement, notre thèse effectue une démonstration des transformations des droits européens et congolais : au bout de ces quarante dernières années, les évolutions des techniques et des marchés ont donné lieu à l'économie numérique mondiale. Tout au long de notre étude comparée, trois ordres juridiques sont confrontés en vue de modéliser leurs ajustements des lois étatiques face aux défis auxquels les télécoms, l'Internet et leurs usages économiques les confrontent. Le système juridique européen et français est indéniablement en avance, mais en RDC les pouvoirs publics font preuve tantôt de pragmatisme et d'innovation, tantôt d'immobilisme face à la nécessité de rattraper les retards ou de corriger les défaillances législatives. La globalisation permet des échanges entre les marchés congolais et le monde entier, mais le niveau de protection du système juridique européen est beaucoup plus élevé. La RDC peut trouver en cette inégalité l'opportunité d'ajuster son droit positif dans la société de l'information.²⁵⁷

56. Il s'annonce que le droit de l'économie numérique a pour base les droits des télécoms, de l'Internet, de l'accès aux communications, du commerce électronique, auxquels s'associe le droit des activités numériques.²⁵⁸ Toutefois, beaucoup de corrélations n'ont pas été abordés particulièrement dans notre thèse, s'agissant d'autres aspects de droit spécifiques, notamment : l'e-gouvernement, le droit des médias, le droit de propriété intellectuelle et des marques, les libertés publiques, la fiscalité du numérique, le droit de la monnaie électronique.²⁵⁹ Plusieurs nouvelles perspectives se profilent à l'échelon planétaire, au regard d'autres mutations en cours de l'économie et de la diversification des usages de l'Internet : « *ubérisation du droit* »²⁶⁰, objets connectés²⁶¹, villes intelligentes, « droit des robots »²⁶², « *darknet* » ou « *dark web* », guerre électronique²⁶³. Mais, notre thèse analyse l'essentiel des

Cf. aussi en France : loi n°2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique, JORF, n°0293, 18 décembre 2009, p. 21825.

²⁵⁷ K. NDUKUMA ADJAYI, *Cyberdoit, télécoms, contrats de e-commerce, une contribution au droit congolais*, préc., pp. 1-367.

²⁵⁸ L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L-H MORLET, *Droits des activités numériques*, Dalloz, coll. précis, 2014, pp. 5 et s. Pour les auteurs, le droit matériel des activités numériques comprend : le contrat en ligne, les différents prestataires, leur responsabilité. Leurs travaux appréhendent les règles de marché auxquels sont soumis les e-commerçants (concurrence et consommation), la protection de leur nom de domaine ou de leurs bases de données. Ils abordent les questions de droit applicable et de compétence judiciaire en cas de litige dans les échanges transfrontières.

²⁵⁹ P. STORRER, *Droit de la monnaie électronique*, RB édition, Paris, 2014, pp. 13-241. En RDC, les TIC ont permis l'inclusion financière à l'aide du paiement électronique mobile (*m-paiement*) ou encore de la bancarisation via la technologie mobile (*m-banking*). Avec des produits phares comme le « M-Pesa » du Kenya, la monnaie virtuelle mobile est écoulée dans tous les réseaux africains du groupe Orange et Vodafone, y compris en RDC.

²⁶⁰ I. PARACHKEVOVA et M. TELLER, « L'ubérisation du droit », in M. DALLOZ (sous dir.), *Variations juridiques et sociologiques regards experts sur des grandes mutations du droit*, L'Harmattan, Paris, 2016, pp.105-120

²⁶¹ J. RIFKIN, *La nouvelle société du coût marginal zéro : l'Internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, éd. Les liens qui libèrent (LLL), 2014.

²⁶² R. GELIN et O. GUILHEM, *Le robot est-il l'avenir de l'homme ?*, La documentation française, coll. « doc' en poche place au débat », Paris, 2016, pp. 3-156. « Les progrès de l'informatique et de l'électronique sont en passe de donner corps à un vieux rêve de l'homme : créer un être à son image, polyvalent, capable d'interagir, d'apprendre et de prendre des décisions. Tout indique en effet que le robot s'apprête à occuper une place de choix dans nos vies [...] Notre modèle juridique doit-il leur faire davantage de place ? ». Cf. aussi : A. BENSOUSSAN et J. BENSOUSSAN, *Droit des robots*, Larcier, Minilex, Bruxelles, 2015, p. 121. Dans la conclusion de leur étude, les auteurs laissent la perspective suivante : « La singularité du robot dans l'espace juridique a vocation à s'accroître ; symétriquement, tandis que la pertinence de la qualification des biens meubles décroît, la nécessité de doter le robot intelligent d'un statut juridique inédit se fait plus pressante ».

²⁶³ X. RAUFER (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 1-205. X. LEONETTI, *op.cit.*, pp. 87-99.

aspects juridiques se rapportant au marché des télécoms et des activités économiques en ligne. Les sources européennes, françaises et internationales ont alimenté l'appréhension des défis et la maturation des solutions nécessaires pour un droit de l'économie numérique en RDC à travers le temps. Il s'avère que « [l]a révolution numérique n'aura d'intérêt que si elle conduit à repenser nos modes de fonctionnement. À défaut la technique prendra le pas sur l'Homme, pouvant conduire à une appropriation de nouvelles technologies au profit d'une société totalitaire et liberticide dénoncée notamment par George Orwell dans *1984* ou encore par Aldous Huxley dans *le meilleur des mondes* ».²⁶⁴ Un travail de veille technologique et juridique doit être poursuivi, sur base de la méthodologie comparée et pratique de la présente thèse. Le cadre juridique européen et français est la base des références pour examiner les aspects juridiques de la révolution numérique en Afrique et en RDC.

²⁶⁴ W. GILLES, « Démocratie et données publiques : à l'ère des gouvernements ouverts : pour un nouveau contrat de société ? », in I. BOUHADANA et W. GILLES (sous la dir.), *Droit et gouvernance des données publiques et privées à l'ère numérique*, les éd. IMODEV, Paris, 2015, p. 16. (G. ORWELL, 1984, Gallimard, 1950. A. HUXLEY, *le meilleur des mondes*, Plon, 2013)

PREMIÈRE PARTIE : LES RÉFÉRENCES DU CADRE JURIDIQUE EUROPÉEN ET FRANÇAIS FACE AUX ENJEUX ÉCONOMIQUES DE LA RÉVOLUTION NUMÉRIQUE EN AFRIQUE ET EN RDC

57. En Europe, plusieurs « générations » de directives²⁶⁵ témoignent de l'appréhension, dans le domaine du droit, des « évolutions technologiques profondes ».²⁶⁶ Celles-ci s'apparentent à la révolution numérique²⁶⁷ selon les idées de la « troisième révolution industrielle » et de la « société postindustrielle »²⁶⁸ qui ont pu être remises en question.²⁶⁹ Toutefois, les critiques ne nient pas la réalité de la société de l'information : l'activité humaine est devenue numérique et immersive, sans rupture de faisceaux, plongée dans l'information continue. Nous sommes dans le cybermonde, une « société de l'écran » à la fois connective et externalisée, dans lequel le travail hypertextuel se fonde sur des documents multimédias, circulant dans un espace numérique avec des médias convergents. Grâce à l'essor des techniques numériques, de nouvelles formes de pensées émergent, d'économie et de commerce aussi.²⁷⁰ Le phénomène est à l'échelon planétaire.

58. En effet, l'avènement de la société de l'information apporte une particularité juridique, fondée sur l'utilisation des techniques de communication à distance et du réseau électronique en vue d'assurer la fourniture des biens et des services. En Europe, l'« initiative pour le commerce électronique » adoptée le 16 avril 1997 orientait les objectifs de la Commission dans trois directions essentielles de l'économie numérique : accès aux infrastructures et disponibilité des technologies, développement d'un cadre commercial et entrepreneurial encourageant le commerce électronique et cadre juridique et réglementaire

²⁶⁵ En l'occurrence, la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dédiée au commerce électronique, est liée à une vingtaine d'autres directives européennes applicables aux matières qui (se) recoupent (dans) le commerce électronique. Car cette directive intervient « sans préjudice du niveau de protection existant » (Considérant n°11, Dir. 2000/31/CE, préc.). Elle « complète le droit communautaire applicable aux services de la société de l'information » (Art. 1^{er}, par. 3, Dir. 2000/31/CE, préc.). L'ensemble des directives applicables constitue le « mille-feuille législatif européen », repris à l'intitulé du chapitre 1 du présent titre. L'intérêt d'analyse réside dans la finalité particulière de chacune d'elles, pour une recherche de cohérence sur l'objet du commerce électronique européen.

²⁶⁶ B. SALGUES, *op.cit.*, pp. 43-58. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

²⁶⁷ E. SCHERER, *La révolution numérique, glossaire*, Dalloz, Paris, 2009, pp. III à XXII, spéc. XVII. « Mais ces plateformes technologiques des nouveaux moyens de communications. Elles modifient nos vies professionnelles en encourageant le travail à distance, transforment radicalement les compétences, et y suppriment bien des obstacles à une vraie collaboration. Ce qui n'était pas mesurable le devient ».

²⁶⁸ J. RIFKIN, *La troisième révolution industrielle, comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, éd. Les liens qui libèrent (LLL), 2012. L'idée de l'auteur qui intéresse notre thèse est celle de la « jonction des communications numériques dans les trajectoires énergétiques ». Dans son postulat perspectiviste, ce sont les lois de l'énergie qui gouvernent l'activité économique. Les succès économiques des civilisations sont en cause, avec la crise actuelle marquant l'essoufflement des trajectoires énergétiques du passé (épuiement de l'énergie fossile et des terres rares). Ainsi, « cette situation grave nous force à réévaluer fondamentalement les postulats qui ont guidé notre conception de la productivité ». La révolution numérique concerne les cycles de production, de distribution et de consommation de l'économie.

²⁶⁹ H. TORDJMAN, A. SINAÏ, N. MAMÈRE, H. KEMPF, F. JARRIGE, J.-F. HÉROUARD, A. GRAS, J. DECARSIN et D. BOURG, « "La Troisième Révolution" de Rifkin n'aura pas lieu », *Libération*, Tribune, 21 octobre 2014. Les auteurs soulignent que « [l]a Troisième Révolution n'est pas sans rappeler la formule très à la mode dans les années 70, de "société postindustrielle" ». Néanmoins, ils critiquent la jonction perspectiviste de Jérémy Rifkin entre les communications numériques de l'internet et des trajectoires énergétiques dans la productivité économique. Cet aspect ne fait pas partie de nos choix de recherche. [<http://www.libération.fr/terre/2014/10/21/la-troisième-revolution-de-rifkin-n-aura-pas-lieu-1126521>]. (consulté le 25 décembre 2016).

²⁷⁰ O. KEMPF, *Introduction à la Cyberstratégie*, 2^e éd., coll. « Cyberstratégie », Economica, Paris, 2015, pp.118 et spéc. p. 11. Dans le domaine du numérique, un phénomène général reste observable, à savoir : l'émergence de l'anglicisme et une américanisation du cyberspace. Cela semble la conséquence logique de la mondialisation de l'économie sous la fêrule des États-Unis d'Amérique, car l'emprise des firmes américaines se ressent plus particulièrement dans le marché numérique. En général, les grandes multinationales ont leur siège dans la baie de San Francisco, *Silicon Valley* ; elles restent perçues comme le pôle industriel des NTIC et donc comme moteur de l'innovation technologique. Mais, l'ère post-Snowden (juin 2013) marque l'actuelle rupture stratégique à la base de la « balkanisation du cyberspace ».

favorable tout en poursuivant une politique de dialogue global notamment dans le cadre des organisations internationales actives dans ce domaine telles que l'OMC, l'OMPI, l'OCDE ou la CNUDCI ». ²⁷¹ L'économie numérique et le commerce électronique constituent donc deux enjeux juridiques majeurs pour adapter les acquis législatifs antérieurs, face à la société de l'information. Les télécoms servent de support de déroulement du commerce électronique, en lui offrant un cadre marqué par la dématérialisation, le caractère transfrontière, l'ubiquité de l'information, l'interactivité et la célérité des transactions. Ces caractéristiques inhérentes au cyberspace répondent mieux au temps accéléré des réseaux, face au temps des réponses (souvent décalé) de la part des instances législatives et gouvernementales en vue de régir les activités numériques.

59. En Afrique, la RDC fait face à la révolution numérique, sans disposer du même niveau d'expérience cognitive des technologies de base, ni avoir mis à jour son cadre juridique à l'ère numérique. Les droits européens et français peuvent être employés comme des références, dans le but de construire des paradigmes pour le commerce électronique international. Ils servent aussi pour retracer les aspects politico-juridiques de la libéralisation de l'accès aux communications électroniques, ayant permis l'enchaînement des États dans l'économie numérique mondiale. Les institutions et les pays européens ont adopté des règles spécifiques d'ordre législatif, réglementaire et jurisprudentiel, à la hauteur des enjeux suscités par les phénomènes (économiques) de l'Internet. Le droit de l'Union européenne répond aux besoins de construction du marché intérieur, sans exclure le dialogue avec le droit international.

60. Pour autant, l'objet du droit de l'économie numérique englobe les transactions économiques réalisées à distance et par la voie électronique. Par ailleurs, les qualifications juridiques se complexifient davantage dans le commerce en ligne, lorsque les destinataires d'activités en deviennent eux-mêmes des prestataires. Il devient difficile de définir une catégorisation des acteurs « transhumants » entre particuliers, et commerçants et de leur associer les conséquences juridiques de la définition classique des consommateurs et des professionnels (commerçants). Les rapports du public à l'information sur des réseaux ouverts au public sont à la base de plusieurs pratiques commerciales nouvelles. Elles suscitent également des enjeux de définition des fonctions nouvelles du droit, en situant ses règles entre les droits de la presse, de la publicité, de la communications et des médias, des données, des contrats, de la consommation et plus spécifiquement du commerce électronique. Au fur et à mesure, un « millefeuille législatif européen » s'est constitué, en vue de couvrir les multiples aspects juridiques des services de la société de l'information, notamment : le statut fluctuant des infomédiaires et des particuliers sur les places de marché virtuelles, la nature variable des services de communication informative ou publicitaire, la spécificité des biens numériques, les agents électroniques, vus comme des automates ou des porteurs de volition dans les échanges en ligne ; les contrats électroniques, etc.

61. Effectivement, si le commerce traditionnel connaît une liste d'actes de commerce par nature ²⁷² et un binôme figé d'acteurs ²⁷³, la nouvelle commercialité électronique ne connaît pas

²⁷¹ A. TROYE-WALKER, *op.cit.*, pp. 1-20.

²⁷² Il s'agit de ceux limitativement énumérés dans les Codes de commerce en France ou en RDC. En droit français, c'est l'ensemble des activités énumérées par les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce qui permettent aux richesses de passer des producteurs aux consommateurs.

²⁷³ Selon les dispositions citées à la note précédente, le commerce classique concerne deux acteurs, à savoir : d'une part, le professionnel ou le commerçant et le consommateur d'autre part. G. CORNU, *op.cit.*, p. 198. Verbo « commerçant ».

une telle « clôture de raison juridique ». ²⁷⁴ Le commerce électronique est aux prises avec le droit européen du premier fait que ce dernier s'efforce d'en circonscrire l'objet, sans le définir. Pour en dégager les critères généraux pertinents, il s'impose une nécessité de théorisation à travers les multiples directives européennes, entre celle dédiée et celles applicables au commerce électronique. ²⁷⁵ La transposition française de l'acquis européen du commerce électronique est intervenue dans un contexte d'éclatement des sources à travers le temps. En outre, si les télécoms sont la voie d'accès et de réalisation du commerce en ligne, elles constituent un secteur d'activités à part entière. Avant d'être un marché libéral, le régime des services publics a été la base des télécoms. La restitution complète des références juridiques européennes est effectuée dans le cadre de la communautarisation ainsi que des systèmes nationaux. Elle fonde notre raisonnement comparé en vue de modéliser l'applicabilité des institutions juridiques correspondantes pour l'Afrique et la RDC. Pour ce faire, il conviendra de se référer plus particulièrement aux directives concernées au niveau européen, et à la législation des télécoms ainsi qu'à la LCEN ²⁷⁶ au niveau du droit français. Ce choix s'explique par la volonté de se concentrer sur des textes législatifs spécifiques, afin de construire un modèle opératoire des droits (objectifs) de l'économie numérique, à travers l'objet comparable des communications et des commerces électroniques entre continents et/ou entre marchés transnationaux. **(Titre I.)**

62. En vertu des principes de dérégulation de l'OMC, les États africains se sont engagés dans la phase de [re]structuration de leurs marchés des infrastructures et des services de télécoms, en même temps qu'ils se trouvent actuellement au cœur des enjeux de la révolution numérique. Le droit de l'accès aux communications électroniques concerne nombre d'enjeux et de mesures de la libéralisation du secteur des télécoms, qui intéressent au plus haut point la participation de la RDC à la société numérique. Le besoin de dépassement du monopole public a entraîné la séparation des fonctions de régulation, de réglementation et d'exploitation du marché électronique. ²⁷⁷ L'exhaustivité des aspects des réformes législatives ressort de l'analyse de la dérégulation des télécoms en Europe, en France, en Afrique et en RDC. Leur schéma identique est de refonder le cadre juridique de l'intervention publique dans le marché ouvert, tout en structurant la confiance des consommateurs dans l'économie numérique ²⁷⁸ au moyen des dispositifs réglementaires et technologiques. La transition numérique a permis la transformation des infrastructures de télécoms base en celles de l'information. ²⁷⁹ À l'échelle planétaire, les réseaux de télécoms se sont internationalisés, les marchés territoriaux se sont mondialisés et l'économie s'est globalisée, la multinationalisation des acteurs s'est opérée. Les transformations numériques et l'économie de marché suscitent des transformations du droit positif. La RDC a entrepris l'adéquation des ses lois aux standards universels de l'OMC, alors que le niveau européen est encore plus élevé. **(Titre II.)**

²⁷⁴ A. CISSE, *M1 a) Objet du droit du Droit du cyberspace*, Notes de Cours de Master 2 Pro, Univ. Gaston Berger, Saint-Louis/Sénégal, 2011, p. 14, [http://foad.refer.org/IMG/pdf/cours_objet_droit_du_cyberspace.pdf] (consulté le 22 novembre 2012). M. DELMAS-MARTY, *op.cit.*, [http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf] (consulté le 22 novembre 2012).

²⁷⁵ E. POILOT, « L'exécution du contrat électronique », in J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire...*, *op.cit.*, p. 203. En l'occurrence, « une première approche du droit européen montre qu'il existe deux types de textes intéressant le contrat électronique [partie intégrante du e-commerce] : ceux dédiés au contrat électronique et ceux simplement applicables aux contrats électroniques ».

²⁷⁶ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO RF, 22 juin 2004.

²⁷⁷ W. EL ZEIN, *Les aspects juridiques de la libéralisation des télécommunications (étude comparée)*, éd. Alpha, LGDJ, Paris, 2012, pp. 89, s. et 101 et s.

²⁷⁸ En nommant son œuvre « loi pour la confiance dans l'économie numérique » (LCEN), le législateur français avait choisi un intitulé porteur de sens pour la loi de transposition de la directive européenne 2000/31/CE sur le commerce électronique.

²⁷⁹ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 24.

TITRE I – LES TRANSITIONS DES DROITS EUROPÉEN ET FRANÇAIS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

63. L'« économie du numérique »²⁸⁰ a une acception moins réductrice que le commerce électronique. Elle prend en compte d'autres aspects de la société de l'information, tels que les services numériques ou informatiques, les infrastructures de l'information et les technologies intelligentes sous-jacentes (logiciels, applications, protocoles informatiques)²⁸¹. Notre thèse adopte la double approche retenue aussi par d'autres juristes pour appréhender les enjeux juridiques liés à l'innovation technologique.²⁸² En effet, « [d]eux possibilités s'offrent pour éclairer l'impact de cette innovation, soit par les contenus, soit par les réseaux ».²⁸³ Il y a donc à distinguer entre les services d'accès aux communications électroniques permettant d'échanger les informations et les services auxquels donnent accès lesdites communications. Le domaine de l'économie numérique s'étend au contenant des activités numériques, en englobant le commerce électronique orienté sur le contenu des activités numériques. Elle rend plus complet le périmètre des enjeux de transition du droit face au numérique. Notre thèse étudie séparément l'ensemble de ces aspects, dans une logique complémentaire.²⁸⁴

64. Notre analyse construit, d'une part, les références (paradigmes) du commerce électronique en procédant d'une analyse *ratione temporis* des transitions juridiques depuis le téléachat jusqu'à l'ère du numérique en Europe. Ce travail d'analyse concerne aussi l'évolution législative depuis les services de télécoms de base jusqu'à la convergence des réseaux numériques à intégration des services en Europe et en France. L'approche comparative permet d'observer les convergences et les démarcations d'objet entre la transposition française et les directives européennes portant sur les services de la société de l'information. Les points d'originalité de la définition du commerce en ligne français mettent en lumière des aspects communs, distincts et/ou d'extension par rapport au droit commercial classique. Un régime juridique spécifique s'attache aux activités économiques en ligne, considérées comme un objet particulier de droit, sans omettre les adaptations des règles quant aux sujets des activités concernées.²⁸⁵ Le corps homogène de règles juridiques spéciales présente une certaine autonomie du commerce électronique, mais il conserve une fonction complémentaire au regard de la *suma divisio* du droit.²⁸⁶ L'originalité des transformations du

²⁸⁰ AFTEL, *Internet, les enjeux pour la France*, p.93, cité par J. HUET, in « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », *Les petites affiches*, 26 septembre 1997, n°116, pp. 6-18. É. CAPRIOLI, « Aperçu sur le droit du commerce électronique (international) », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} Siècle*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, spéc. p. 250. L'économie numérique peut s'entendre « du fait pour une entreprise d'utiliser l'informatique associé aux réseaux de télécommunication pour interagir avec son environnement ».

²⁸¹ N. COUTINET, « Les technologies numériques et leur impact sur l'économie », in Cahiers Français, *La société numérique*, La documentation française, n°372, janv.-fév. 2013, p. 21. « Le secteur des TIC, tel qu'il a été défini en 2008 par l'OCDE, comprend les secteurs producteurs de TIC (fabrication d'ordinateurs et de matériels informatiques, et de matériels informatiques, de télévisions, de radios, de téléphones...), les secteurs distributeurs de TIC (Commerce de gros de matériel informatique...) ainsi que les secteurs des services de TIC (télécommunications, services informatiques, services audiovisuels...) »

²⁸² L. BENZOZI et P. DUTRU, « De l'accès aux infrastructures à l'accès aux moyens numériques : nouvelle frontière pour la régulation des communications électroniques », in M-A FRISON ROCHE (*sous dir.*) [2016], *op.cit.*, pp. 17-18.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ Le titre I de notre thèse concerne uniquement le commerce électronique, tandis que le titre II concerne les télécoms et les communications électroniques.

²⁸⁵ Ces dernières s'entendent comme les sujets de droit offrant ou réalisant lesdites activités et encore ceux comme qui en bénéficient ou les consomment. La révolution numérique a bien été à la base des pratiques commerciales suffisamment singulières et distinguées.

²⁸⁶ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, p. 16-17. La pluridisciplinarité du droit du commerce électrique est la même que celle du droit de la consommation. Les classifications traditionnelles des branches du droit se fondent par la nature de leurs règles formant le droit civil, le droit pénal, le droit administratif, le droit judiciaire, etc. Mais, « les juristes superposent

droit français de l'économie numérique (et du commerce électronique) marque des points d'impact sur l'ordre européen, au regard des adaptations internes permises par les directives d'harmonisation minimale quant aux institutions juridiques concernant les activités numériques. (**Chapitre 1**)

65. Désormais l'« économie du numérique », la « net économie »²⁸⁷ ou encore l'« économie de l'information »²⁸⁸ présente des enjeux précis essentiellement dans le domaine des infrastructures de l'information. En légiférant au fur et à mesure les enjeux des télécoms et de sa nouvelle économie, l'Europe a atteint les objectifs politiques d'organisation de son marché intérieur. Au sein des États membres de l'Union européenne, des réformes progressives des services publics ont permis de transposer les acquis communautaires dans l'ordre juridique interne depuis 1984 jusqu'aux dernières réformes du paquet télécoms (2016-2017). En Europe, les bases officielles des politiques des télécoms remontent à 1984 et ont été traduites dans des textes juridiques. C'est en 1987 que le *Livre vert sur le développement du marché commun* trace les premières mutations du droit européen des services et équipements de télécoms qui étaient sous le régime de monopole réglementaire.²⁸⁹ L'objectif de base des réformes a été d'assurer la « diffusion des techniques de communications les plus avancées par le recours au jeu du marché ».²⁹⁰

66. Dans cet objectif, la volonté politique européenne a été encadrée par l'instrument du droit communautaire, grâce aux politiques de démonopolisation du secteur des télécoms, amorcées aux États-Unis et au Japon, puis en Grande-Bretagne, en Europe et en France entre les décennies 1980 et 1990. Au départ du processus, la série des directives de 1988 à 1997 (dites « ONP »²⁹¹) a libéralisé le marché des télécoms en le plaçant sous le contrôle d'un régulateur sectoriel. Les mesures de libéralisation ont concerné graduellement les marchés des équipements, des services et des infrastructures des télécoms. Ces mesures ont donné lieu au développement et à la transformation numérique du marché, désormais marqué par la « convergence des télécommunications, de l'informatique et de l'audiovisuel ».²⁹² La première étape de libéralisation atteinte, la série des directives de 2002 et 2009 (dites « paquet

aujourd'hui une autre classification, fondée sur la fonction de la règle juridique. Le droit commercial a constitué le premier exemple de ces disciplines nouvelles ; le droit du travail, le droit de la concurrence, le droit de la distribution, le droit de l'environnement, le droit de la consommation relèvent de la même classification fonctionnelle. Cette classification est en quelque sorte perpendiculaire à la première : chaque discipline de la seconde catégorie recoupe les diverses disciplines de la première catégorie. C'est en ce sens que l'on peut parler de pluridisciplinarité ».

²⁸⁷ S. CHARTY (sous la dir.), *La régulation d'Internet, regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, (Actes de colloque), coll. droit privé & sciences criminelles, éd. mare & martin, Nantes, 2015, p. 22.

²⁸⁸ M-A FRISON ROCHE, *op.cit.*, p. VII. L'auteur estime qu'« il s'agit dans une société de l'économie de l'information d'une "valeur pure" qui s'est détachée de son objet ».

²⁸⁹ Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications*, Bruxelles, 30 juin 1987.

²⁹⁰ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 19.

²⁹¹ La série des directives ONP (*Open network provision*, fourniture de réseau ouvert) comprenait plusieurs textes, avant leur abrogation en 2002 : (1) directive 88/301/CEE de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications ; (2) directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications ; (3) directive 90/388/CEE du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, JOCE, L 192, 24 juillet 1990, pp.10-16 ; (4) directive 90/387/CEE du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, JOCE, L192, 24 juillet 1990, pp.1-9 ; (5) directive 96/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388 relative à la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, JO CE, L74/13, 22 mars 1996 et (6) directive 97/33/CE du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JOCE, L 199, 29 juillet 1997, pp. 32-52.

²⁹² I. CROCQ, *op.cit.*, p.1.

télécom »²⁹³) ont ensuite approfondi la concurrence, tout en simplifiant le régime d'accès aux infrastructures et aux services de communications électroniques. La nouvelle « économie de la régulation » caractérise le secteur libéralisé et se situe entre l'économie industrielle et l'économie publique.²⁹⁴ Le cas de la France intéresse par ses particularités.

67. En fonction des évolutions économiques et techniques du marché, le droit français avait adopté en 1982 et en 1986 des lois réformatrices en dehors de l'harmonisation du droit communautaire. Les règles européennes ont ensuite permis de transposer les mesures de libéralisation dans les lois de françaises en 1990 et 1996. La France a opté pour la privatisation comme moyen d'approfondissement de la « dérégulation »²⁹⁵, tandis que la régulation étatique, instaurée en plus de la réglementation, assure le bon fonctionnement du marché et l'équilibre du jeu concurrentiel. Sur le marché, les technologies de base ont évolué en supports « interactifs à haut débit, [constituant] des réseaux numériques capables de transmettre n'importe quel type d'information (que ce soit la voix, une image animée ou non, des textes ou des données informatiques) ».²⁹⁶ En 2004, la France a adopté la loi pour la confiance en l'économie numérique et sur les communications électroniques. D'autres lois en 2008 et en 2014 ont renforcé des aspects précis de la société de l'information. Actuellement, le législateur a entrepris en 2016 une vaste réforme pour la de la République numérique au-delà du cadre de transposition de l'acquis européen. (**Chapitre 2**)

68. Les niveaux très en avance des expériences européennes et françaises sont une base de référence pour l'autorité (en construction) des lois congolaises du commerce électronique. *A posteriori*, l'ensemble de ces paradigmes sert au dialogue juridique au sein des instances internationales de régulation des marchés ou dans les confrontations juridiques que le cyberspace transfrontière provoque avec d'autres pays hors du continent européen. L'acquis européen est un creuset d'inspiration pour profiler avec originalité l'objet du commerce électronique en droit international ou dans d'autres systèmes juridiques étrangers à l'UE. L'acquis européen est à la base des institutions juridiques offrant l'avantage d'ouvrir un champ de dialogue entre systèmes juridiques autour du commerce électronique transnational. Cependant, la difficulté est de circonscrire les éléments communs et/ou basiques pour qualifier et régir les multiples activités économiques qui prospèrent en ligne. En précisant les

²⁹³ En 2002, le « paquet télécom » comprend les directives et décisions des instances européennes suivantes, sous réserve des changements intervenus depuis 2009 : (1) 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 »), JOCE, L108/7, 24 avril 2002 ; (2) directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (directive « cadre »), JOCE, L108/33, 24 avril 2002, p.33-51 ; (3) directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), JOCE, L108/51, 24 avril 2002 ; (4) 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 « autorisations »), JO CE, L108, 24 avril 2002, pp. 21-32 ; (5) 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 »), JOCE, L108, 24 avril 2002, pp. 7-20 ; (6) directive 2002/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communication électronique »), JOCE, L 201, 31 juillet 2002, pp. 37-47 ; (7) directive 2002/77/CE de la Commission européenne du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, JOCE, L 249, 17 septembre 2002, p. 21 à 26 et (8) décision n°676/2002/CE Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la communauté européenne, JOCE, L108, 24 avril 2002, pp. 1-6.

²⁹⁴ J.J. LAFFONT et TIROLE, *op.cit.*, p. 4.

²⁹⁵ D. LINOTTE et A. GRABOY-GROBESCO, *Droit public économique*, Dalloz, coll. mémentos, Paris, 2001. La dérégulation a pour synonyme « déréglementation ». Les auteurs précisent ceci : « Dans le domaine de l'économie, la déréglementation se destine à favoriser la libre entreprise et l'exercice d'une libre concurrence tout en maintenant certaines règles du jeu élémentaires par les moyens d'une régulation qui s'opère par les agents économiques privés eux-mêmes, soit par l'entrée en jeu de formes d'administration plus adaptées et plus souples (autorité administratives indépendantes) ».

²⁹⁶ I. CROCQ, *op.cit.*, p. 1.

critères généraux de la directive européenne 2000/31/CE, les lois de transposition française offrent une meilleure perception des aspects juridiques pouvant servir de modèle plus affiné d'inspiration pour l'adaptation du droit congolais. Mais, la comparaison des droits européens et français avec les droits positifs en Afrique et en RDC doit attendre²⁹⁷ : au préalable, les sources et les critères juridiques du commerce électronique doivent être décrits avec précision dans le millefeuille législatif européen, afin de disposer des éléments comparateurs stables avec le système juridique congolais.

²⁹⁷ Voir *infra*, Partie 2, Titres I et II de la présente thèse.

CHAPITRE 1 :

LES CRITÈRES ESSENTIELS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

DANS LE « MILLEFEUILLE LÉGISLATIF » EUROPÉEN FACE AU DROIT FRANÇAIS

70. Le « millefeuille législatif européen » est un phénomène cumulatif des règles de droit, en rapport aux textes complémentaires applicables au commerce électronique.²⁹⁸ La pluralité des sources s'amoncèle à travers le temps selon les besoins de construction du marché européen, afin de couvrir des aspects juridiques convergents sous le prisme des services de la société de l'Information (SSI). Le cadre réglementaire européen du commerce électronique est donc un modèle de compilation des normes juridiques, d'étape en étape, en fonction des évolutions technologiques ayant abouti à la révolution numérique. « Celle-ci a changé la vie des milliards d'individus dans le monde en s'inspirant des règles anciennes bien connues du théâtre classique : l'unité du temps, de lieu et d'action ». ²⁹⁹ Sans compter les défis de l'ère numérique, le millefeuille législatif est en soi un facteur de complexification du droit. En effet, la dynamique effrénée de l'innovation technologique entraîne constamment des pratiques économiques nouvelles. Ces dernières placent le droit face aux enjeux de réformes en vue du renouveau législatif ou des ajustements réglementaires conséquents. Comme l'amoncèlement des textes juridiques devient inévitable, l'ouvrage du législateur est fréquemment remis sur le métier. Il se crée un contexte de transition cumulative des normes, car « le phénomène de la mondialisation, dont les communications électroniques contribuent à l'accélération, n'est pas étranger à la diffusion d'une pluralité des sources normatives de nature protéiforme ». ³⁰⁰ Les problématiques de la pluri-normativité alimentent notre recherche de cohérence entre des normes éparses applicables à une même catégorie d'espèces juridiques. Elles constituent également le centre d'intérêt de notre thèse au regard de la temporalité saccadée caractérisant l'adoption des textes complémentaires sur le commerce en ligne européen. ³⁰¹

71. En l'absence de définition formelle du commerce électronique, les critères généraux du millefeuille législatif européen démontrent que la nouvelle forme de commercialité est inhérente à la révolution numérique, mais qu'elle dispose aussi des bases anciennes du téléachat, du contrat à distance et du commerce classique. La démarche d'« effeuillage » du cadre juridique européen est nécessaire : en parcourant le millefeuille législatif, l'objectif est de cerner l'objet du commerce électronique européen. Les institutions juridiques qui s'y rapportent sont des références de comparaison, de transposition ou d'inspiration tant en France qu'en RDC. Quels sont les éléments essentiels de la notion européenne du commerce électronique ? Quels sont les types de « dispositif technologique » à considérer, sachant que ce commerce est dit « électronique » ? Y-a-t-il relativisation ou impériosité des critères de définition ?

²⁹⁸ Cf. considérant n°11 et article 1, paragraphe 3, directive 2000/31/CE évoquant le « caractère complémentaire et non dérogatoire » de la « directive commerce électronique », en permettant son articulation avec d'autres directives européennes. Cf. aussi M. ANTOINE, A. CRUCQUENAIRE, PH. DE LOCHT, M. DEMOULIN, D. GOBERT, C. LAZARO, O. LEROUX et É. MONTERO, *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n°19, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 15.

²⁹⁹ I. BOUHADANA et W. GILLES (sous la dir.), *Cybercriminalité, Cybermenaces et Cyberfraudes*, IMODEV, Paris, 2012, p. 4.

³⁰⁰ É. A. CAPRIOLI, *op.cit.*, p. 5.

³⁰¹ [<http://www.conformementvotre.fr/un-millefeuille-legislatif-reglementaire/>] (consulté le 13 octobre 2013). Une étude se rapportant au secteur bancaire reste illustratif de l'assertion générale sur « un mille feuille législatif et réglementaire ». En effet, « [f]ace à la multiplicité de réglementations, [...] il n'est pas toujours évident de s'y retrouver pour identifier l'autorité compétente. [...] D'autant que les réglementations font l'objet de modifications qui engagent des processus de mise en conformité parfois difficiles. »

72. À l'analyse, il apparaît d'un côté des « critères qualitatifs » sans lesquels le commerce électronique n'existe pas en droit. D'un autre côté, il est avancé des « critères supplétifs » qui s'avèrent facultatifs quant aux conditions d'existence juridique du commerce en ligne. La directive 2000/31/CE rapproche le commerce en ligne avec les services de la société de l'information.³⁰² Or, ces derniers « sont *normalement* prestés contre rémunération à la demande individuelle des destinataires des services ».³⁰³ Le considérant n°18 de la même directive précise que « [l]es services de la société de l'information *ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à des conclusions de contrats en ligne*, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, *ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent* ». En évoquant tous les critères ci-dessus, le législateur européen les avait d'ores et déjà nuancés en employant l'adverbe « *normalement* » qui leur dénie leur caractère impératif. La nuance de l'acquis européen fonde la considération que ces critères sont facultatifs au commerce en ligne. Notre analyse se concentre uniquement sur les premiers critères indispensables du commerce électronique dans l'« acquis communautaire »³⁰⁴. **(Section I.)**

73. Le fait, pour le législateur européen, de n'avoir pas figé le concept « commerce électronique » dans une définition terminologique est un élément de difficulté, mais qui comporte aussi des avantages considérables pour les systèmes juridiques nationaux et étrangers. En ce sens, l'acquis européen offre à ces derniers des critères définitionnels, génériques pour leur transposition dans leurs lois du commerce électronique au sein l'Union, comme il en est le cas pour la France. Dans son devoir de mise en œuvre des dispositions législatives européennes, l'autorité du droit national connaît des degrés de transposition, selon que l'harmonisation voulue est « minimale » ou « totale ».³⁰⁵ Le domaine harmonisé est finalement une modification de l'existant pour une mise en cohérence avec une réforme nouvelle. En effet, le droit français fournit une définition législative et terminologique du commerce électronique, présentant des impacts nouveaux sur l'objet recomposé du commerce électronique européen. **(Section II.)**

³⁰² Considérant n°18, directive 2000/31/CE, préc. : « Les services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. [...] Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à des conclusions de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui le reçoivent, tels que les services qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données. »

³⁰³ Cf. directive 98/48, préc. et directive 2000/31/CE, préc.

³⁰⁴ J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire...op.cit.*, p. 1. Pour rappel, l'« acquis communautaire » est une appellation connotée d'histoire, telle que mise en exergue par le groupe de recherches en droit européen des obligations : CNRS-Paris 1, Panthéon- Sorbonne. Cette appellation, plutôt que « acquis communautaire de l'Union européenne », contient et exprime la logique de la sédimentation des règles européennes antérieures au Traité de Lisbonne. Elle fait référence au passé communautaire des règles encore en vigueur. Elle renvoie à la construction du droit du commerce électronique au sein de l'UE et de ses États membres. Cette formulation est encore employée par les instances européennes comme synonyme du droit positif européen, en héritage des directives communautaires relevant toujours du droit positif et qui en constituent la richesse.

³⁰⁵ G. CORNU, *op.cit.*, p. 445. Pour les sémantiques fondamentales, V. aussi *Verbo* « Harmonisation » : l'harmonisation est une technique qui permet aux États de disposer ou non d'une autorité législative résiduelle, pour prendre des mesures justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. En tant que technique de « droit communautaire », l'harmonisation comporte deux degrés. D'un côté, une harmonisation partielle ou minimale qui laisse aux États, la possibilité de maintenir des dispositions plus protectrices d'un intérêt donné, par exemple, l'intérêt des consommateurs ou de l'environnement. D'un autre côté, une harmonisation totale est la plus avancée puisqu'elle impose une substitution totale des règles posées par la directive aux règles nationales.

**SECTION I -
LES CRITÈRES GÉNÉRAUX QUALIFICATIFS
DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ACQUIS EUROPÉEN**

74. Dans l'acquis européen³⁰⁶, la directive 2000/31/CE³⁰⁷ fonde l'enjeu principal sur la notion du « commerce électronique », pour en avoir repris *in extenso* le terme en son intitulé, sans pour autant lui réserver de définition textuelle. « Cette lacune ne peut être imputée à la divergence des systèmes juridiques des États, car les systèmes de *Common law* [et romano-germaniques] exigent au moins à titre préliminaire, une définition terminologique. »³⁰⁸ Bien que l'article 2, a) de cette directive se consacre à l'énoncé des définitions législatives pertinentes, il se limite à opérer un renvoi explicite à la définition des « services de la société de l'information » (SSI). La définition de ces derniers est par ailleurs fournie par la directive 98/34/CE³⁰⁹ telle que modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998.³¹⁰

75. Ainsi, les services de la société de l'information sont la référence essentielle du commerce électronique européen. Le considérant n°18 de la directive 2000/31/CE ajoute que lesdits services « englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne ». ³¹¹ Il convient donc de préciser, d'une part, le sens de ce renvoi aux SSI, laissant entendre que le commerce électronique européen est un véritable produit de la révolution numérique, à travers les âges des techniques de communication à distance. (§1) D'autre part, les critères génériques liés aux SSI peuvent valablement servir à proposer, dans notre thèse, une définition juridique de l'objet du commerce électronique européen (§2).

**§1. Le renvoi aux « services de la société de l'information »
dans la directive européenne 2000/31/CE
sur le commerce électronique**

76. Le commerce électronique européen s'appréhende à travers les services de la société de l'information (SSI). Les maîtres-mots de leur définition révèlent trois principaux critères applicables, à savoir : la « distance », la « voie électronique » et la « demande individuelle ». Il convient de vérifier si ces critères relatifs aux SSI constituent des conditions d'existence juridique du commerce électronique (A). Par ailleurs, le terme générique « service de la société de l'information » semble limiter l'objet du commerce en ligne aux « services » uniquement. Étant donné le sens technique du terme « service » par opposition aux « biens », le vocabulaire juridique ne cède pas forcément aux néologismes liés à la technologie, en confondant l'objet et le sens de ces deux institutions juridiques. La sémantique juridique doit être précisée afin de déterminer l'application des régimes spécifiques du commerce électronique et de définir le champ de celui-ci par rapport au droit commun. (B).

³⁰⁶ Le terme « acquis européen » exprime la transformation du droit européen au vu de l'évolution de ses sources matérielles. Il répond à l'invitation à substituer au terme « acquis communautaire » les formulations renvoyant à « l'Union européenne ». Certains travaux épousent encore la formule contractée « acquis communautaire » pour désigner l'acquis de droit communautaire positif.

³⁰⁷ Directive 2000/31/CE, JOCE, L 178, 17 juillet 2000, p. 7.

³⁰⁸ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, Paris, 2002, p. 6.

³⁰⁹ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JO n° L 204, 21.7.1998, p. 37.

³¹⁰ Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE, L 217, 05 août 1998, pp. 18 et s.

³¹¹ Directive 2000/31/CE, préc., p. 6.

A./ LE CHAMP ESSENTIEL DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE EUROPÉEN
SOUS LE PRISME DES SERVICES DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

77. Dans la directive 2000/31/CE, les « services de la société de l'information » sont définis en rapport à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE³¹² du 22 juin 1998, telle que modifiée par la directive 98/48/CE³¹³ du 20 juillet 1998. De manière identique, l'ensemble de ces directives entendent de ce terme (SSI) : « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* ». Cependant, la difficulté est de saisir le champ du commerce électronique par le fait de son rapprochement définitionnel avec les services de la société de l'information.

78. Les mêmes directives ajoutent des précisions conséquentes quant aux mécanismes-maîtres qui sont propres aux SSI et qui sont applicables au commerce électronique. Il s'agit des termes suivants :

- « *à distance* » pour qualifier « un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes » ;
- « *par voie électronique* » pour qualifier « un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fil radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques » ;
- « *à la demande individuelle d'un destinataire de services* » pour qualifier « un service fourni par transmission de données sur demande individuelle ».

79. Ces deux directives 98/34/CE et 98/48/CE excluent d'emblée de leur champ d'application : les services de radiodiffusion sonore ainsi que les services de radiodiffusion télévisuelle, visés autrefois à l'article 1^{er}, a) de la directive 89/552/CEE.³¹⁴ Ces services n'entrent donc pas dans le cadre des services de la société de l'information. Il en est de même avec leurs annexes respectives³¹⁵ : leur liste indicative précise les services non visés par la définition que les articles 1^{er}-2, alinéas 2 (en tout point identiques) des directives 98/34/CE et 98/48/CE donnent des SSI au regard de leurs mécanismes-maîtres. Le droit a appréhendé dans son champ, les innovations technologiques pertinentes pouvant servir de critères qualificatifs pour l'objet du commerce électronique.

80. Ainsi, aux termes des trois points des annexes (tout à fait identiques) des directives précitées, les activités ci-après sont en principe à ne pas considérer comme SSI et donc comme *a priori* exclus du commerce électronique européen :

- les *services non fournis* « *à distance* », c'est-à-dire ceux prestés en présence physique du prestataire et du destinataire, même s'ils impliquent l'utilisation de dispositifs électroniques³¹⁶ ;

³¹² JOCE, L 204, 21 juillet 1998, p. 37.

³¹³ JOCE, L 217, 05 août 1998, pp. 18 et s.

³¹⁴ Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice de l'activité de radiodiffusion, JOCE, L 298, 17 octobre 1989, p. 23. Cette directive a été modifiée par la directive 97/36/CE (JOCE, L 202, 30 juillet 1997, p. 1).

³¹⁵ Il s'agit des Annexes V, en tout point, identiques des directives 98/34/CE et 98/48/CE, préc. (JOCE, L204, 21 juillet 1998, p.59 et JOCE, L 217, 5 août 1998, p. 25).

³¹⁶ Annexe V, directive 98/34/CE telle que modifiée par la directive 98/48/CE, préc. L'annexe cite à titre d'exemples : « a) examen ou traitement dans un cabinet de médecin au moyen d'équipements électromagnétiques, mais en présence physique du patient ; b) consultation d'un catalogue électronique dans un magasin en présence physique du client ; c) réservation d'un billet d'avion via un réseau d'ordinateurs dans une agence de voyage en présence physique du client ; d) mise à disposition des jeux électroniques dans une galerie en présence des utilisateurs ».

- les *services non fournis par « voie électronique »*, c'est-à-dire ceux dont le contenu est matériel même s'ils impliquent l'utilisation de dispositifs électroniques³¹⁷, ceux « *offline* » se rapportant à la distribution de CD-ROM ou de logiciels sur disquettes et ceux *qui ne sont pas fournis au moyen de systèmes électroniques de stockage et de traitement de données*³¹⁸ ;
- les *services non fournis « à la demande individuelle d'un destinataire de services »*, c'est-à-dire ceux fournis par l'envoi de données sans appel individuel et destinés à la réception simultanée d'un nombre illimité de destinataires (transmission « point à multipoint »)³¹⁹.

81. Toutefois, avec l'évolution des techniques numériques, le premier tiret ci-dessus ne se justifie plus obligatoirement, puisque l'utilisation de la « voie électronique » l'emporte sur la distance pour qualifier le commerce électronique, indifféremment de la présence physique et simultanée des parties durant l'activité en ligne ou la transaction électronique concernée. Les considérants n°17 et n°18 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique énoncent également des principes d'exclusion et d'inclusion des activités dans l'ordre des SSI. Ainsi, il s'avère que tout SSI ne relève pas du commerce électronique, car seulement certaines activités économiques en ligne en épousent les aspects généraux.

82. D'abord, au sens du considérant n°17 de la directive sur le commerce électronique, sa « définition couvre tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de service ». Le considérant n°18 précise que ces « services » englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne et qui peuvent consister en particulier à vendre des biens par la voie électronique. Ils ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion des contrats en ligne ; mais dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services non-rémunérés par ceux qui les reçoivent.

83. À titre d'exemple, ce considérant cite comme faisant partie du commerce électronique les services de fournitures de l'information en ligne, les communications commerciales ou encore les outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données en ligne. Les SSI comportent également les services techniques consistant à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire des services. En effet, les précisions ci-dessus de la directive 2000/31/CE font en même temps évoluer le champ du commerce à distance par rapport au commerce électronique. Dans les directives 98/48/CE et 98/34/CE sur les SSI, la distance impliquait *a fortiori* l'éloignement des parties. Dans la directive 2000/31/CE, c'est l'utilisation du dispositif électronique de traitement et de stockage qui détermine la qualification du commerce électronique.

84. Ensuite, de manière négative et en apportant davantage de précisions, le considérant n°17 de la directive 2000/31/CE rappelle les activités exclues du champ des SSI déjà définis

³¹⁷ *Ibidem*. L'annexe cite à titre d'exemples : « a) distribution automatique de billets (billet de banque, billet de trains) ; b) accès aux réseaux routiers, parkings, etc. payants même si à l'entrée et/ou à la sortie des dispositifs électroniques interviennent pour contrôler l'accès et/ou assurer le paiement correct ». (Annexe V, directive 98/34/CE, préc.)

³¹⁸ *Ibidem*. L'annexe cite à titre d'exemples : « a) services de téléphonie vocale ; b) services de télécopieurs : télex ; c) services prestés par téléphonie vocale ou télécopieur ; d) consultation d'un médecin par téléphone/télécopieur ; e) consultation d'un avocat par téléphone/télécopieur ; f) marketing direct par téléphone/télécopieur ». (Annexe V, directive 98/34/CE, préc.)

³¹⁹ *Ibidem*. L'annexe cite à titre d'exemples : « a) services de radiodiffusion télévisuelle (y compris la quasi vidéo à la demande) visés à l'article 1^{er}, point a), de la directive 89/552/CEE [...]; b) services de radiodiffusion sonore ; c) télétexte (télévisuel) ». (Annexe V, directive 98/34/CE, préc.)

par la directive 98/48/CE modifiant la directive 98/34/CE. Les activités ne procédant pas du traitement et du stockage des données sont ainsi exclues du commerce électronique. Le considérant n°18 de la même directive souligne que les activités qui par leur nature ne peuvent être réalisées à distance et par la voie électronique, tel que le contrôle légal des comptes d'une société ou la consultation médicale (nécessitant un examen physique du patient) ne sont pas des SSI. Le commerce électronique ne couvre ni les activités telles que la livraison des biens en tant que telle, ni la fourniture des services hors ligne. Enfin selon la directive 2000/31/CE, d'autres activités fussent-elles des SSI ou possiblement électroniques, sont par ailleurs exclues du champ de définition du commerce électronique. Il en est ainsi de la relation contractuelle entre employé et employeur, autant que de l'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communications individuelles par des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris pour la conclusion des contrats entre ces personnes. La directive sur le commerce électronique ne fournit toutefois pas la définition des moyens de communications individuelles.³²⁰

85. Si la notion de commerce électronique n'est guère précise ni définie dans l'acquis communautaire,³²¹ la législation européenne permet au moins de retenir les critères essentiels de son existence juridique. La qualification juridique du commerce électronique est indissolublement liée à l'utilisation d'un réseau de communications électroniques et donc au fait d'emprunter la « distance » et la « voie électronique » pour toute transaction économique entre un prestataire et un destinataire. C'est ce critère de réalisation des activités économiques qui fonde les faits et actes juridiques devant être retenus ou non comme relevant du commerce électronique.

86. Cependant, le seul rapprochement des négoce classiques avec les SSI ne donne pas un contour précis et clair de la notion juridique. L'analyse juridique doit permettre la catégorisation logique des activités économiques en ligne pour fixer un objet du droit du commerce électronique, sans le faire entièrement dépendre des aspects technologiques en perpétuelle évolution. En l'occurrence, les considérants n°17 et 18 de la directive 2000/31/CE citent les activités en ligne de manière empirique, tandis que beaucoup d'autres sont spécifiquement exclues malgré l'usage plausible des techniques de communication à distance pour les réaliser. Le législateur européen établit un lien entre le commerce électronique et les services de la société de l'information, sans délimiter précisément les activités faisant l'objet du commerce électronique. La réflexion doit conduire à définir sur le plan juridique le champ spécifique du commerce inhérent aux télécoms et aux nouvelles pratiques de la révolution numérique. Précisément, même si les services de la société de l'information traduisent de nouvelles pratiques commerciales de la révolution numérique, le terme « service » restreint apparemment l'objet traditionnel connu du commerce qui porte à la fois sur des négoce relatifs aux biens et aux services.³²²

³²⁰ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques, JOCE, L 201, 31 juillet 2002. Les communications individuelles sont définies avec l'aide de la doctrine, tandis que l'article 2 de la directive 2002/58/CE a fourni la définition du courrier électronique, compris comme « tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communication qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère »

³²¹ Considérants n°17 et n°18, Directive 2000/31/CE, préc.

³²² C. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit, le Droit à l'épreuve de l'internet*, 4^e éd., Dalloz, coll. Praxis-Dalloz, pp. 157 et s. T. VERBIEST, *Le nouveau droit du commerce électronique : la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, LGDJ/Larcier, coll. droit des technologies, pp. 112-119. C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, pp.141 et s.

*B./ LA TERMINOLOGIE « SERVICE » DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION
À L'ÉPREUVE DU VOCABULAIRE JURIDIQUE*

87. Le commerce des biens en ligne est une problématique indissociable de la définition des services de la société de l'information, vu la portée que ces derniers limitent à « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ».³²³ **(1)** Une fois la nouvelle commercialité électronique précisée, son champ peut présenter deux catégories d'activités : l'une est typiquement née de l'évolution des techniques électroniques, tandis que l'autre est classique mais transformée par l'usage commercial de la voie électronique. **(2)**

1. La problématique des biens du commerce électronique dans le champ des services de la société de l'information

88. Les directives 98/48/CE et 2000/31/CE accolent le terme « service » à « société de l'information », mais leurs définitions terminologiques ont trait au fondement originel de la notion de « prestations de services ». L'article 57 du TFUE (ex-article 50 TCE) les considère comme les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Sur ce point, le TFUE précise que les dispositions relatives à la libre circulation des services couvrent toutes les activités à caractère industriel, commercial, artisanal et des professions libérales.³²⁴

89. Cependant, l'expression « services de la société de l'information » est en réalité un générique qui comprend également des activités économiques de son considérant n°18 pouvant « *consister, en particulier, à vendre des biens en ligne* ».³²⁵ Selon l'énumération, la directive 2000/31/CE démontre bien que le commerce en ligne ne se limite pas uniquement au sens technique du terme en droit, car les ventes sont inhérentes aux biens. La portée générale des SSI dépasse donc l'acception juridique connue du terme « service ». Il s'avère que le vocabulaire juridique a du mal à donner une définition au concept³²⁶ « service »³²⁷, mais tout service, quel qu'il soit, diffère du sens juridique des « biens » faisant l'objet des opérations de vente. « En ce sens, la notion de vente de services que certains auteurs tentent de faire admettre ne paraît pas appropriée et relève de l'abus de langage ».³²⁸ La terminologie « société de l'information » affublée et précédée du concept « service » ne révolutionne pas forcément le sens des institutions juridiques classiques du droit civil ou commercial.

³²³ Article 1^{er}, par. 2, a), directive 98/48/CE, préc.

³²⁴ [www.europedia.org] (consulté le 17 décembre 2013), *Verbo* : « prestation des services ».

³²⁵ Considérant n°18, directive 2000/31/CE.

³²⁶ R. GUILLIEN et J. VINCENT (*sous la dir.*), *Lexique des termes juridiques*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2010, pp. 660-663. Le lexique des termes juridiques ne vise nullement le mot « service » tout court, ni n'en définit nulle part le sens. Le lexique abonde en définitions, en l'espèce sans intérêt, sur : le service volontaire civil, le service d'intérêt économique général, le service de documentation et d'études, le service fait, le service minimum, le service national, le service pénitentiaire, le service public, le service universel, le service volontaire, les services déconcentrés de l'État, les services extérieurs, les services sociaux ou encore les services votés. Cependant, jamais le lexique ne s'arrête sur le mot « service » tout court.

³²⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, Paris, 2011, pp. 959 et s. *Verbo* : « service ». D'une manière générale, il y a lieu d'exprimer toute la difficulté d'en saisir précisément l'acception juridique. Le vocabulaire juridique lui a réservé trois colonnes de définitions les unes s'écarter des autres au point où, en fin de lecture, l'on ne peut retenir du terme que « *le résultat de l'action [de servir], de cette activité ou de l'exercice de cette fonction. Ex. le service rendu, les prestations de services (subordonnés ou non), le service fait* ».

³²⁸ R. SAVATIER, « La vente à distance », *Dalloz*, Chronique 45, Paris, 1971, p. 225.

90. À ce propos, la critique avait déjà été formulée au cours des premières journées scientifiques internationales sur le commerce électronique.³²⁹ Elle avait objecté le fait que le droit franchirait, au mépris de l'état actuel de la technologie, le cap futuriste de la « *transmutation* » pour faire disparaître des biens d'un point du réseau et les faire réapparaître (au bout du fil) sur le terminal du destinataire. Et ce, comme si le commerce électronique devait transmuter littéralement les personnes et les objets dans un cybermonde détaché des réalités physiques. À ce sujet, il avait été observé que « par services », la directive 2000/31/CE fait état d'une « notion économique qui épouse mal les structures juridiques existantes ».³³⁰ En principe dans la définition des SSI, le sens juridique de « *service fourni* »³³¹ place hors du domaine des services (au sens technique du droit), les actes juridiques portant sur des biens et entraînant un transfert de droits réels ou une cession de droits intellectuels.³³²

91. Toutefois, malgré le renvoi effectué aux SSI par la directive 2000/31/CE, il n'est pas permis d'inférer que le commerce en ligne ne peut porter que sur des services. Le commerce électronique n'est pas limité aux seules prestations consistant à faire ou à ne pas faire, lesquelles font naître des liens personnels ou des créances. Il porte également sur les ventes des biens (en ligne) ; celles-ci consistent à des opérations portant sur des droits réels, à la différence des droits personnels, en entraînant un effet translatif de propriété.³³³

92. Par ailleurs, la directive 2000/31/CE pourrait laisser une impression trop restrictive sur les biens entrant dans le champ du commerce électronique. En effet, elle considère que « les activités telles que la livraison des biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne ne sont pas couvertes » par le commerce électronique.³³⁴ Elle ajoute que « les activités qui, par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique [...] ne sont pas des services de la société de l'information ».³³⁵ Cette formulation peut logiquement laisser deux impressions qui en conclusion ne se vérifient pas :

- la première considération de cette formulation peut suggérer à tort que tous les biens vendus dans le commerce électronique doivent être des biens en ligne, c'est-à-dire des

³²⁹ J. RAYNARD (sous la dir.), *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000 organisé par le Département Sciences Juridiques de l'EDHEC et école du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier sous la responsabilité scientifique de E. A. CAPRIOLI*, Litec, Paris, 2002.

³³⁰ D.-M. PHILIPPE, « Le contrat de prestations de services : tentatives de définition, perspectives de réglementation », in J. LAFFINEUR (éd.), *Les prestations de services et le consommateur*, Bruxelles, E. Story Scientia, 1990, p. 10, cité par W. D. KABRE, *La conclusion des contrats électroniques*, Th. Doct. en Droit, Univ. de Namur, Belgique, 2012, p. 37. (Il existe également une autre version de publication : W. D. KABRE, *La conclusion des contrats électroniques, Étude des droits africains et européens*, Préface d'Eric Montero, éd. L'Harmattan, Coll. Études africaines, Paris 2013, pp. 1-586. – version non exploitée dans la présente étude.)

³³¹ Cf. *in extenso* dans la directive 2000/31/CE, considérant n°17, préc.

³³² J. GHESTIN et Y. MARKOVITS, « L'adaptation à la responsabilité des prestataires de services de la directive de la Communauté économique européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux », *R.E.D.C.*, 1989, p. 148, cité par W. D. KABRE, *op.cit.*, p.38.

³³³ F. COLLARD DUTILLEUEL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2011, n° 627, p.538 : « Les services résultent généralement des contrats d'entreprise, des baux, des assurances, ... ». P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, éd. Défrénois, Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 1-2. Y. STRICLER, *Les biens*, éd. Thémis droit, PUF, 1^e éd. Paris, 2006, pp.47-50 : « le lien de droit [...] peut exiger [...] tant des obligations passives (une prestation) que négative (le respect du droit de son créancier ». J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, 2^e éd., Coll. Jacques Ghestin, LGDJ, Lextenso édition, Paris, 2010, p. 1 : « Il y a nécessairement des droits qui relient les choses à leurs titulaires et qui semblent plus importants que les choses sur lesquels ils portent ».

³³⁴ Considérant n°18, Directive 2000/31/CE, préc.

³³⁵ *Ibidem*.

biens dématérialisés ou des « "biens numériques" utilisés pour désigner les biens circulant sur les réseaux numériques, ouverts ou fermés »³³⁶ ;

- la seconde considération peut suggérer à tort l'impression que seuls doivent relever du commerce électronique les biens, dont la livraison ou la tradition matérielle se déroulent par voie électronique, ainsi que les services dont la prestation intervient uniquement dans le cyberspace même.

93. Les techniques à distance et de communications électroniques ont évidemment transformé les pratiques, en générant ainsi des nouvelles catégories des biens et services numériques. Si ces deux catégories du droit n'ont pas été transformées par la révolution numérique, le progrès technologique a tout au moins créé de nouvelles activités relevant conjointement ou séparément du commerce traditionnel et du commerce électronique. Cela recadre bien la portée d'existence des « biens numériques », telle que consacrée implicitement par la directive 2000/31/CE et, explicitement, par la Résolution du 5 février 2009 du Parlement européen. Celle-ci a « constaté que le marché numérique qui se développe dans le domaine des biens et des services immatériels est déjà plus important que les échanges et les approvisionnements traditionnels [...] et qu'il a, en outre, suscité une nouvelle gamme de concepts commerciaux et de valeurs économiques, comme le sont *les biens "immobiliers" numériques (noms de domaines)* et l'accès à l'information (moteurs de recherche) ». ³³⁷ Plus précisément, « [l]a notion de bien numérique est encore plus réductrice puisqu'elle vise, au pied de la lettre, les seuls *biens immatériels*, ou incorporels, ou *virtuels*, *constitués d'une suite de chiffres*, comme les adresses "IP" (composées de quatre nombres compris entre 0 et 255 séparés d'un point) ». ³³⁸ Les biens immatériels sont connus depuis longtemps du droit des biens, y compris en droit européen. L'immatérialité des biens et services ne constitue donc pas une nouvelle exclusivité au commerce électronique. Par exemple, la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs évoque, parmi les biens (immatériels), l'électricité dans la mesure de son conditionnement effectif. ³³⁹

94. De manière générale, « les biens virtuels sont présents dans trois types des sites : les sites des jeux virtuels, les sites mettant en ligne un monde virtuel, et les sites acceptant de la monnaie virtuelle ». ³⁴⁰ Outre les services et les biens numériques, le commerce électronique connaît également des ventes des biens matériels, des choses corporelles ³⁴¹, comme les habits, les parfums, dont la commande est passée en ligne, sur la base d'un contrat conclu par la voie électronique. Les ventes d'immeubles auraient pu aussi faire l'objet de contrats du commerce électronique, si l'article 9, paragraphe 2, a) de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique ne les avait pas formellement exclues. Cette exclusion requalifie l'acquis communautaire sur le plus ancien des contrats à distance, en l'occurrence, le télé-achat. Ce

³³⁶ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Droit@Litec, 1998, n°5, cité par C. ALLEAUME, « Chapitre IV : Les biens numériques (une notion au service du Droit) », in D. LE METAYER (éd), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Cahiers du Centre de Recherches, Informatique et Droit, n°32, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 69.

³³⁷ Alinéa 8, résolution du Parlement européen du 5 février 2009 sur les échanges commerciaux internationaux et l'internet (2008/2204(INI)), JOUE n° C67, 18 mars 2010.

³³⁸ C. ALLEAUME, *op.cit.*, p. 65.

³³⁹ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE, L 304, 22 novembre 2011, pp. 25, spéc. 72 et 73.

³⁴⁰ M. WEISS, « Les biens virtuels dans les mondes numériques », in P. MOURON et C. RICCIO (sous la dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, coll. Inter-normes, PUAM, Aix-en-Provence, 2015, p. 63.

³⁴¹ À la différence de choses perceptibles par l'intelligence (choses incorporelles), le parfum fait partie des choses corporelles, celles perceptibles par le sens (l'odorat, en l'occurrence).

dernier était régi et défini par la directive 89/552/CE modifiée à l'époque par la directive 97/36/CE qui portait expressément sur les activités mobilières et immobilières. Le commerce électronique ne porte pas sur des ventes d'immeubles.³⁴²

95. Une particularité des biens numériques concerne la notion de « *biens communs informationnels* » dits « *communs informationnels* ». Cette notion fut discutée lors du projet de « loi Axelle Lemaire » sur la République numérique.³⁴³ La loi promulguée le 7 octobre 2016 a abondé dans le sens des « *mesures visant à protéger les libertés fondamentales* », en considérant l'essentiel de l'innovation et de la croissance.³⁴⁴ Le « *domaine commun informationnel* », en abrégé « *communs* », a été défini à l'idée qu'il existe des biens communs appartenant à l'humanité et que la création de la recherche publique est un des éléments-clés du devenir des hommes. « Les communs informationnels sont définis comme n'appartenant à personne, leur protection étant dès lors justifiée au nom de l'intérêt général (par exemple, le ciel et l'espace). Les *digital commons* sont des ressources technologiques et scientifiques créées, gérées, distribuées et gouvernées par la communauté (par exemple, la *licence « creative commons »*) ». ³⁴⁵ Les questions en rapport à la valeur juridique de l'information et du fichier comme son « *enveloppe logique* » se rapportent à la valeur du clic à l'ère numérique, tout en amenant aux questions de propriété intellectuelle.³⁴⁶ Ces questions concernent spécifiquement la « *circulation des données et du savoir* » et spécialement l'« *économie de la donnée* ». ³⁴⁷

96. En somme, le commerce électronique comprend les biens (numériques) et les services (informationnels) faisant l'objet des transactions en ligne. S'agissant des « biens communs informationnels », ils seraient donc assimilables aux « *res communis* » (« chose commune ») ne pouvant être de propriété privative. Leur usage appartient à tous et nul ne peut s'en approprier individuellement (à la différence des « *biens vacants* » ou « *choses abandonnés* » dits « *res nullius* » ou « *res derelictae* » pouvant faire l'objet de réappropriation). Les « *communs* » sont utiles au service de tous et de l'intérêt général, d'autant que le cyberspace donne lieu à un espace collaboratif, dans lequel d'autres services numériques peuvent prendre appui sur les biens communs informationnels. Ceux-ci ne peuvent donc pas entrer dans l'objet d'un contrat translatif de propriété, eu égard à leur valeur hors-commerce et au principe « *nemo quod dat non habet* ». ³⁴⁸

³⁴² J. ROCHFELD, « La définition du contrat électronique », in J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire...op.cit.*, p. 18. Pour la définition du « contrat conclu à distance » : T. VERBIEST, *op.cit.*, p. 119.

³⁴³ Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n°0235 du 8 octobre 2016. Le Projet de loi sur la République numérique, défendue par la ministre française de l'économie numérique, Axelle Lemaire, a fait l'objet de plusieurs rapports. Il s'agit des documents préparatoires suivants : Rapport d'information n°3348 de Mme Catherine Coutelle, déposée par la délégation de l'Assemblée nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes. Rapport n°3366 de Mme Marietta Karamanli, déposé par la commission des affaires européennes. Rapport n°534 de M. Christophe-André Frassa (Tomes I et II). Rapport de M. Luc Belot (n°3902 à l'Assemblée nationale) M. Christophe-André Frassa (n°743 au Sénat). D'autres rapports (Lescure, CSPLA, CNN) et recommandations (OMPI) sont aussi du nombre. *Dossiers législatifs – Loi n°20167 du 7 octobre 2016, pour la république numérique.*

³⁴⁴ Dossier : [https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000031589829&type=general&legislature=14] (consulté le 26 décembre 2017).

³⁴⁵ A. BENSOUSSAN, « les communs informationnels, valeur du numérique » 23 décembre 2015 [https://www.alain-bensoussan.com/communs-informationnels-numerique/2015/12/23/] (consulté le 26 décembre 2016) A. TAILLET, A. VOORWINDEN et H. YAMAKAWA, « Le numérique a besoin de valeurs » - Entretien avec Maître Bensoussan, spécialiste du droit de l'informatique et des télécommunications », *Toute l'Europe.EU*, 12 novembre 2015 [http://www.touteleurope.eu/actualite/le-numerique-a-besoin-de-valeurs-entretien-avec-maitre-bensoussan-specialiste-du-droit-de-l-inf.html] (consulté le 26 décembre 2016).

³⁴⁶ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 56 et s.

³⁴⁷ Titre 1, chapitre 1, loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour la République numérique, préc.

³⁴⁸ G. CORNU, *op.cit.*, pp. 912-913. *Verbo* : « *res communis* » et « *res derelictae* ». Notre traduction : *nemo quod dat non habet*, nul ne peut donner ce qu'il n'a pas.

97. En définitive, les transactions du commerce électronique ne portent pas seulement sur des services, ni uniquement sur des biens et services numériques par nature, disposant des propriétés physiques leur permettant d'emprunter entièrement le réseau électronique d'un bout à l'autre. Dans un sens plus juridique qu'économique, la directive 2000/31/CE recentre les acquis communautaires précédents autour de l'objet du commerce électronique, en retenant que « les activités qui par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique [...] ne sont pas des services de la société de l'information ».³⁴⁹ Cette disposition n'est rien de plus qu'une exigence quant à la particularité d'offrir ou de fournir des biens et des services « au moyen d'équipements électroniques de stockage et de traitement des données »,³⁵⁰ comme critère déterminant du commerce électronique. Plusieurs activités économiques sont nouvellement nées de la révolution numérique, tout autant que d'autres d'entre elles sont des activités classiques utilisant la voie électronique. (2)

2. Les activités typiques du commerce électronique et les activités dérivées

98. Une catégorisation des activités du commerce électronique est utile pour mieux appréhender le champ de la nouvelle commercialité électronique. Il se dégage deux genres d'activités économiques en ligne : celles qui sont typiques de la révolution numérique et celles qui peuvent à la fois être rencontrées dans le commerce classique et dans le commerce électronique.

99. Premièrement, les activités du commerce électronique sont celles qui ne peuvent exister que par le fait des technologies de l'information et de la communication. Ce sont des activités nouvellement nées de la vie en réseau. Pour certaines, elles n'existeraient pas en dehors ou en l'absence des télécoms. Ainsi en est-il, par exemple, des moteurs de recherche d'informations, des outils informatiques de recherche en ligne, d'accès et de récupération des données en ligne, la fourniture des biens numériques, des plateformes électroniques de partage d'informations ou de ventes, les services d'hébergement³⁵¹, de *caching*³⁵², de transmission.³⁵³ Ceux-ci n'auraient jamais pu exister à défaut d'un dispositif électronique mis en ligne. Ce premier champ est formé d'activités économiques ayant fait leur entrée dans le commerce juridique avec l'avènement des réseaux informatiques ouverts et principalement avec l'apparition de l'Internet. Par essence, ils sont à considérer comme des « services typiques de la société de l'information ».

100. Deuxièmement, le commerce en ligne peut aussi regrouper la catégorie d'activités qualifiables de « services dérivés de la société de l'information ». Il s'agit des négoce classiques mais exercés dans le réseau, comme par exemple et « en particulier vendre des biens en ligne ».³⁵⁴ À titre d'illustration, la vente d'un livre, soit-il un livre électronique (*e-book*), peut se conclure sur Internet ou en présence physique en librairie. Au sens de la

³⁴⁹ Considérant n°18, directive 2000/31/CE, préc.

³⁵⁰ Considérant n°17, directive 2000/31/CE, préc.

³⁵¹ Article 14, paragraphe 1, directive 2000/31/CE, préc. « Hébergement » : SSI consistant à stocker (sur une plateforme informatique accessible par réseau de communication) des informations fournies par un destinataire de service, sans que le prestataire ne soit [en principe] responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire de service.

³⁵² Article 13, paragraphe 1, directive 2000/31/CE, préc. « *Caching* » ou « cache » (forme de stockage) : SSI consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire de service, sans que le prestataire ne soit [en principe] responsable, au titre de stockage automatique, intermédiaire et temporaire dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service.

³⁵³ Article 12, paragraphe 1, directive 2000/31/CE, préc. « Transmission » (simple transport ou « *Mere conduit* ») : SSI consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, sans que le prestataire ne soit responsable [en principe] des informations transmises.

³⁵⁴ Considérant n°18, directive 2000/31/CE.

directive 2000/31/CE, on comprend alors pourquoi les « activités telles que la livraison de biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne » ne relèvent naturellement pas du commerce en ligne, sauf lorsqu'elles sont exercées par la voie électronique.³⁵⁵

101. En définitive, la commercialité électronique des actes dépend essentiellement du recours à la technologie pour les accomplir. Ils restent sur le terrain du droit commercial classique à défaut d'une « *utilisation des techniques de communication à distance par la voie électronique* » pour leur fourniture et/ou accomplissement. La « distance » et la « voie électronique » assurent l'existence du commerce électronique. Les critères technologiques sont donc la base de différenciation caractéristique entre les services dits de la société de l'information et les autres activités du commerce classique. Leur analyse est indispensable étant donné leur valeur fondatrice pour le commerce électronique européen. (§2.)

§2. La détermination des critères technologiques fondamentaux du commerce électronique européen

102. En appréhendant par le droit les implications technologiques, le législateur européen témoigne d'une dynamique pour mettre au point un nouvel objet du commerce en ligne. Il associe à cet objet un régime répondant aux enjeux économiques de la révolution numérique. C'est l'évolution technologique qui a permis au grand public l'utilisation et l'optimisation des mécanismes électroniques facilitant les transactions économiques à l'aide des supports, terminaux et plateformes électroniques.

103. Mais, ces nouvelles pratiques ont également suscité des enjeux juridiques particuliers, nécessitant l'encadrement des activités économiques en ligne ainsi que de nouvelles problématiques. L'acquis européen permet d'étudier la construction juridique de l'objet du commerce électronique, en prenant en compte à travers le temps des critères technologiques pertinents, à savoir : la distance géographique en premier lieu, la distance technologique ensuite, et enfin la voie électronique. (A/). Il n'en demeure pas moins que, certaines spécifications techniques des équipements électroniques sont déterminantes pour qualifier les activités faisant l'objet du commerce électronique. À la différence des critères définitionnels impératifs, il apparaît des critères supplétifs, dont la synthèse est toutefois utile pour reconstituer l'objet du commerce électronique européen. (B/)

A./ LES MÉCANISMES-MAÎTRES DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

104. La détermination de l'objet du commerce électronique est une problématique importante en droit européen. En effet, l'« acquis communautaire »³⁵⁶ du droit de l'Union européenne n'en fournit pas de définition textuelle, aux termes de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite « directive sur le commerce électronique ».³⁵⁷ Il y a lieu de saisir et d'analyser, tout au moins les critères généraux de définition applicables dans les systèmes

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire, ... op.cit.*, pp. 1-2. Pour ce qui est de l'acquis communautaire, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 a entraîné la disparition des références à la « Communauté » européenne, ainsi qu'à tous les dérivés du terme. Ce changement invitait à substituer les formulations et terminologies renvoyant à l'« Union européenne ». L'usage du vocabulaire « acquis communautaire » recèle et révèle la réalité de la rémanence des sources actuelles du droit européen, antérieures au Traité de Lisbonne. Les sources européennes du commerce électronique sont situées à cheval entre la Communauté (CE) et l'Union (UE). Le terme actualisé correspondant est l'« acquis européen ».

³⁵⁷ Directive 2000/31/CE du Parlement et du Conseil, 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO CE n°178, 17 juillet 2000, pp. 0001-0016.

normatifs internes des États de l'Union européen. Au regard du millefeuille législatif européen, plusieurs autres directives s'ajoutent à celle précitée et constituent un ensemble de textes juridiques applicables en l'espèce. Cette couche successive des règles juridiques encadre les « mécanismes-maîtres »³⁵⁸ du commerce électronique européen à travers la définition des services de la société de l'information. C'est à travers ce millefeuille législatif qu'il faut déceler les critères généraux permettant de définir l'objet et par conséquent le champ *ratione materiae* du commerce en ligne en Europe. La « distance » et la « voie électronique » sont les mécanismes-maîtres du commerce électronique. L'acquis européen permet d'analyser ces deux critères technologiques que le droit retient pour définir l'objet du commerce électronique. La distance considérée implique la localisation du prestataire et du destinataire dans un espace- temps, mais celle-ci présente des distorsions face notamment à l'immatérialité du réseau. (1) L'utilisation de la voie électronique pour offrir ou réaliser l'activité économique. (2).

1. Le critère technologique de définition dit « à distance » et ses distorsions dans l'acquis européen du commerce électronique

105. Dans l'acquis communautaire, le critère dit « à distance » correspond à la définition de « technique de communication à distance ». Le sens de la distance est uniforme, qu'il s'agisse du commerce en ligne ou de la conclusion des « contrats à distance ». La distance est reprise dans la directive 2000/31/CE, mais elle relève initialement de la directive 97/7/CE (directive « contrat à distance »³⁵⁹ ou plus récemment encore de la directive 2002/65/CE sur la « commercialisation à distance » (dite directive « services financiers »).³⁶⁰ Ce critère s'entend de « *tout moyen qui, sans qu'il y ait présence physique et simultanée* » du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion d'un contrat à distance ou pour la commercialisation à distance d'un service (financier) entre ces parties.³⁶¹

106. Toutefois, les directives 97/7/CE, 98/34/CE et 98/48/CE voire 2002/65/CE avaient assimilé la distance aux techniques en présence à l'époque. La définition juridique de la distance était ainsi basée sur le défaut de présence physique et simultanée, mais celle-ci laisse apparaître des distorsions. Les générations des directives pré-rappelées ont considéré la distance comme impliquant une rupture de l'unité de temps et de lieu entre interlocuteurs dans un négoce. Ces directives fondaient les « *transactions entre absents* »³⁶² c'est-à-dire que

³⁵⁸ H. CAUSSE, « Le contrat électronique, technique du commerce électronique », in J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE, *Le Contrat électronique au cœur du commerce électronique – Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, Coll. Faculté de Droit et de sciences sociales, Poitiers, France, 2005, p.11-34, spéc. p.17 : « Les mécanismes maîtres sont au nombre de deux : proposer ou assurer (à distance et par voie électronique) la fourniture des biens ». En nous inspirant de cet auteur sans totalement calquer le sens, nous identifions la terminologie « mécanismes-maîtres » aux éléments « à distance et par la voie électronique », dont l'usage constitue en fait et en droit les critères impératifs et fondamentaux du commerce électronique.

³⁵⁹ La directive 97/7/CE a été modifiée par la directive 2002/65/CE, dans le sens de l'admission de la commercialisation (vente) à distance des services financiers; et l'annexe 2 de la directive 97/7/CE qui visait en particulier ces services a été abrogée. Notamment : « Article 18 [Directive 2000/31/CE] : La directive 97/7/CE est modifiée comme suit : 1) À l'article 3, paragraphe 1, le premier tiret est remplacé par le texte suivant : "- portant sur un service financier auquel s'applique la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE ».

³⁶⁰ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE, L 271, 09 octobre 2002, pp. 16 -24.

³⁶¹ Complément de la finalité contenue à l'article 2, paragraphe 4, directive 97/7/CE, préc. et à l'article 2, e), directive 2002/65/CE, préc., portant cette définition.

³⁶² Comme repris en détail au Chapitre 2, du présent titre. de la présente section, c'est plus tard dans la transposition française que la notion de « contrat entre non présents » a été introduite du fait que seul le moment de conclusion du contrat était déterminante à exécuter à distance, quand bien même les autres étapes préliminaires étaient réalisées en dehors des moyens de communication à distance.

l'ensemble du processus précontractuel et contractuel se déroulait avec un éloignement physique des parties. La définition de la distance excluait les « *services prestés en présence physique du prestataire et du destinataire, même s'ils impliquent l'utilisation de dispositifs électroniques* ». ³⁶³ La distance équivalait à l'absence totale des parties au contrat commercial ainsi qu'à toutes ses phases de formation. Aussi, cette vieille notion de distance considérait deux possibilités:

- soit, seule l'unité de lieu est rompue, c'est le cas d'un accord de volonté par téléphone ;
- soit, en plus de lieux différents, l'unité de temps est également rompue, dans le sens où l'offre est formulée à un instant T et l'acceptation est donnée à un instant T+1. ³⁶⁴

107. En droit européen, une des premières distorsions définitionnelles du critère « à distance » résultait de son calquage avec la « *distance géographique* ». ³⁶⁵ Cette distorsion de sens procédait de l'« Annexe I » de la directive 97/7/CE sur les contrats conclus à distance. Seul le critère métrique de la distance fondait la liste énumérative des moyens de communications à distance y reprise. Elle mêlait les moyens électroniques avec les techniques de communication à distance connues à l'époque, y compris la correspondance physique sur supports papiers empruntant la voie postale. En effet, l'annexe I de la directive contrats à distance citait le « *courrier électronique* » (sans le définir) à côté de l'« *imprimé adressé* », de la « *publicité presse avec bon de commande* » et de la « *lettre standardisée* ». En 1997, l'énumération des techniques de communication était non seulement hétéroclite, mais aussi orientée vers un but prospectif par rapport aux innovations et aux évolutions à ne pas exclure dans les perspectives de cette époque-là. ³⁶⁶

108. Pour le commerce électronique européen, la deuxième distorsion définitionnelle du critère « à distance » résultait de son assimilation à une finalité contractuelle, en laissant penser que ledit critère était toujours porté vers la conclusion d'un contrat de type particulier. Au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la directive 97/7/CE applicable au commerce électronique, il s'agit de tout moyen qui, entre parties physiquement absentes, « *peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre [ces] parties* ». Quoi de plus normal que de penser à une « *distance contractuelle* » *a priori*, puisque la directive 97/7/CE définissant ce critère se rapporte aux « *contrats conclus à distance* » ? Cependant, l'article 2, c) de la directive 2002/65/CE ajoute une nuance pertinente, en disposant « *pour la commercialisation à distance d'un service entre ces parties* ». ³⁶⁷ En effet, cette précision remplace la « *distance* » au-delà de son cadre initial qui la limitait au niveau d'un simple mode de contractualisation. Elle lui donne son véritable sens large pouvant qualifier même des négoce non-contractuels.

109. La troisième relativisation du critère de la « *distance* » découle du questionnement de la doctrine. ³⁶⁸ La distance est caractéristique du commerce électronique européen, mais

³⁶³ Annexe V, directive 98/48/CE, préc.

³⁶⁴ A. RAYNOUARD, « La formation du contrat électronique », in H. CAPITANT (travaux de l'Association), *Droit privé. Le contrat électronique*, éd. Panthéon Assas, Journées nationales, T.V, Toulouse, 2000, p.19.

³⁶⁵ C'est nous qui soulignons.

³⁶⁶ Voici la liste de l'annexe V de la directive 97/7CE, comme telle : « -Imprimé non adressé - Imprimé adressé - Lettre standardisée - Publicité presse avec bon de commande - Catalogue,- Téléphone avec intervention humaine, - Téléphone sans intervention humaine (automate d'appel, audio texte), - Radio, - Visiophone (téléphone avec image), - Vidéo texte (micro-ordinateur, écran de télévision) avec clavier ou écran tactile, - Courrier électronique, - Télécopieur, - Télévision (téléachat, télévente) ». C'est en effet, cinq ans plus tard que la directive 2002/58/CE est venue définir le courrier électronique, en européen.

³⁶⁷ Directive 2002/65/CE, sur la commercialisation à distance des services financiers, préc.

³⁶⁸ A. RAYNOUARD, *op.cit.*, pp. 19-20. S. POILLOT PERUZZETTO, « La loi applicable au contrat électronique », in H. CAPITANT (Travaux de l'Association), *op.cit.*, p. 35. O. BRUNAUX, *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, LGDJ, t. 524, Coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, 2010 p. 32. J. ROCHFELD, « La définition du contrat électronique », *op.cit.*, pp. 3-34. M. GUILLAUME, *Où vont les autoroutes de l'information ?*, cité par H. CAPITANT (Travaux de l'Association), *op.cit.*, p. 35.

elle avait été limitée entre personnes absentes et vue uniquement sous l'angle métrique, temporel et géographique. « *C'est-à-dire que [s]a spécificité [...] suppose avant tout un éloignement physique et éventuellement, temporel* »³⁶⁹ entre parties. L'acquis communautaire avait longtemps rattaché la notion de distance à une absence simultanée entre les parties au moment contractuel. En vertu de la directive 97/7/CE, la particularité intrinsèque du critère « à distance » résidait dans la rupture de l'unicité de lieu et de temps. Le critère était défini par rapport à un « *service fourni* » sans la présence des parties³⁷⁰ ou à un « *contrat (conclu) à distance* »³⁷¹ ou encore à la « *commercialisation d'un service à distance* »³⁷².

110. Cependant, le législateur n'avait pas défini la distance par rapport au type de technologie utilisée. « *Avec les réseaux télématiques, informatiques, l'espace géographique réel est double, voire parfois remplacé, par un monde virtuel aux distances abolies* ». ³⁷³ Dans le commerce en ligne, le critère « à distance » peut se référer à un lieu géographique parfois naturel, tandis que cette distance peut aussi être virtuelle. Lorsqu'il est fait usage des communications électroniques dans les transactions économiques, la distance est donc toujours présumée, même entre deux interlocuteurs non-absents. « De la sorte, même si le défaut de présence physique simultanée des parties ne constitue pas un élément exprès du contrat à distance, il apparaît néanmoins comme moyen de communication à distance ». ³⁷⁴ La distance dans les directives concernées (97/7/CE, 2000/31/CE, 2002/65/CE) n'est pas définie, mais ce sont plutôt les techniques de communication à distance qui l'ont été. Comme critère du commerce en ligne, la distance ne peut donc pas conserver obligatoirement le sens métrique d'absence physique et simultanée des parties. L'état actuel du droit et de la technologie de l'information dépasse la dimension empirique de la distance, considérée autrefois en fonction de l'espace-temps physique entourant le processus précontractuel et contractuel.

111. En considérant le sens métrique ou géographique de la distance, les politiques européennes tendent à encourager le commerce transfrontalier au sein du marché de l'Union. Mais la distance rend complexe les opérations et les règles, suite aux appréhensions qu'elle suscite de la part du consommateur en devenant une « source d'incertitudes, d'insécurité juridique et de remise en cause des protections nationales ». ³⁷⁵ Des enjeux de droit sont liés à la perception de l'éloignement physique d'accès à un bien ou un service. La peur des consommateurs de se procurer des services à distance au-delà de leurs zones géographiques avait donné lieu au « *constat d'un commerce transfrontière jugé décevant* ». ³⁷⁶ Il en fut ainsi dans les enquêtes d'Eurobaromètre, avec des chiffres se rapportant non seulement à la position des entreprises sur le commerce transfrontalier et la protection des consommateurs³⁷⁷, mais aussi aux achats transfrontaliers réalisés au cours de la période allant de février/mars 2005 à février/mars 2006³⁷⁸.

³⁶⁹ A. RAYNOUARD, *op.cit.*, p. 19.

³⁷⁰ Article 1^{er}, 2), premier tiret, Directive 98/48/CE, préc. : « Aux fins de la présente directive, on entend par : les termes « à distance » : *tout service fourni* sans que les parties soient simultanément présentes ».

³⁷¹ Article 2, directive 97/7/CE, préc.

³⁷² Article 2, e), directive 2002/65/CE, préc.

³⁷³ M. GUILLAUME, *op.cit.*, p. 35.

³⁷⁴ G. BRUNAUX, *op.cit.*, p. 32.

³⁷⁵ J.-M. SAUVÉ, *op.cit.*, p. 13.

³⁷⁶ J. ROCHFELD, « les nouveaux défis du droit des contrats : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales de l'Internet », in J. ROCHELD, *op.cit.*, p. 7.

³⁷⁷ Eurobaromètre, n° 186, enquête menée en octobre 2006 ; Commission européenne, *Livre vert*, COM (2006) 744, p. 7.

³⁷⁸ Eurobaromètre sur la protection des consommateurs dans le marché intérieur, enquête menée de février à mars 2006 et publiée en septembre 2006 [http://ec.europa.eu/consumers/topics/eurobarometer_09-2006_en.pdf] (consulté le 1^{er} janvier 2017).

112. Entre 2005 et 2006, si la vente à distance a été un phénomène en pleine expansion, seuls 6% des consommateurs avaient procédé à des achats sur Internet auprès d'entreprises établies à l'étranger. Dans la même période, seulement 1% de consommateurs en Grèce, en Hongrie et en Slovaquie achetait des biens dans d'autres États membres via Internet, contre 28% au Luxembourg et 19% au Danemark.³⁷⁹ Une des raisons de compréhension de ces chiffres réside dans le manque de confiance au commerce à distance transfrontalier avec des entreprises situées à l'étranger, allant dans certains États européens à des taux de 73% de manque de confiance.³⁸⁰ « Autre illustration de ce phénomène : 44% des personnes possédant internet à la maison ont effectué [au cours de la période 2005-2006] un achat électronique national, tandis que seulement 12% ont réalisé un achat électronique transfrontalier ». ³⁸¹

113. Pour d'autres cas en 2006, la Commission européenne avait recensé des cas où des professionnels refusaient de vendre à des clients d'autres États membres. 33% des consommateurs sondés ont dit avoir essuyé un refus de vente au motif qu'ils ne résidaient pas dans le même pays que le professionnel. Concernant la protection des consommateurs, la fragmentation de la législation communautaire était à la base de plusieurs freins au développement du commerce à distance transfrontalier, de la part des professionnels détaillants. L'expansion continentale du commerce en ligne avait notamment comme obstacle les frais supplémentaires pour la mise en conformité légale ainsi que les modifications des contrats, des supports informatifs ou promotionnels.³⁸² En 2007, alors que le secteur du commerce électronique explose, les échanges transfrontières n'y représentent que 7% (contre les 6% de 2006), les achats des biens et des services dans d'autres États membres étaient le fait de 25% des consommateurs les effectuant au cours d'un voyage de loisirs.³⁸³

114. Au vu de ces enjeux de confiance observés depuis 2005, les institutions européennes ont travaillé dans l'objectif de répondre aux craintes du consommateur, qui refrénaient le développement du commerce à distance. Ainsi, la directive 2005/29/CE³⁸⁴ est intervenue dans « la recherche d'une unification des conditions contractuelles et de la construction de la confiance du consommateur dans le marché européen ». Pour faire face à l'« éclatement réglementaire » entre États membres, la directive 2005/29/CE « tendait désormais à une harmonisation maximale confinant à l'unification des législations ». ³⁸⁵

115. En 2007, en réponse aux mêmes enjeux de confiance, le *Livre vert* sur la révision de l'acquis communautaire, note que « [l]a disparité des règles résultant d'une harmonisation minimale peut avoir une incidence négative sur le marché intérieur ». ³⁸⁶ Elle a donc pris en

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ *Ibid*.

³⁸¹ Commission européenne, *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, COM (2006) 744 final, Bruxelles, 8 février 2007, p. 7. « Globalement, 56% des consommateurs estiment qu'en cas d'achat de biens et services auprès d'entreprises situées dans d'autres États membres, il existe un risque plus élevé de non-respect de la législation relative à la protection des consommateurs. 71% pensent que les problèmes (plaintes, renvois, réductions de prix, garanties, etc.) sont plus difficiles à résoudre si l'achat a été effectué auprès d'entreprises situés dans d'autres États membres. 6% considèrent qu'il est plus problématique de retourner une marchandise achetée dans les limites du délai de réflexion si le produit provient d'un fournisseur établi dans un autre État membre. »

³⁸² *Eurobaromètre*, n° 186, enquête menée en octobre 2006 ; Commission européenne, *Livre vert*, COM (2006) 744, p. 7.

³⁸³ *Eurobaromètre*, octobre 2008, p. 3.

³⁸⁴ Directive 2005/29/CE du PE et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOUE, L 149, 11 juin 2005.

³⁸⁵ J. ROCHFELD, « Les nouveaux défis du droit des contrats : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales de l'Internet », in J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 6. P. REMY-CORLAY, « La directive 2005/29/CE sur les pratiques déloyales, directive d'harmonisation maximale », *RTD civ.* 2005, p. 746. A. GARDE et M. HARAVON, « Pratiques commerciales déloyales », *LPA*, n°153, 2 août 2006, p. 11 ; J. BIOLAY, « La nouvelle directive européenne relative aux pratiques déloyales : défense prioritaire du consommateur et pragmatisme », *Gazette du Palais*, 9 novembre 2005, p. 3.

³⁸⁶ Commission européenne, *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, COM (2006) 744 final, Bruxelles, 8 février 2007, pp. 7-8.

compte les nécessités d'asseoir la « confiance des consommateurs » dans les mécanismes de marché, en agissant sur les garanties de protection élevée et d'identité totale des règles appliquées.³⁸⁷ De nos jours, la « *stratégie européenne pour un marché unique numérique* », telle que présentée en mai 2015, oriente l'un de ses piliers d'action sur « l'amélioration de l'accès aux biens et services numériques dans toute l'Europe pour les consommateurs et les entreprises ».³⁸⁸ Effective depuis la fin de l'année 2016,³⁸⁹ la stratégie entend « établir des règles visant à faciliter le commerce électronique transfrontière ».³⁹⁰ Cet objectif dépasse le seul critère dit « à distance » ; il implique également les activités réalisées « par voie électronique ». « De nos jours, la transformation numérique emprunte des réseaux ramifiés de la globalisation, elle est transfrontalière dans ses effets et ses acteurs se singularisent par leur forte extranéité ».³⁹¹

2. *Le critère technologique de définition dit « par voie électronique » dans l'acquis européen du commerce électronique*

116. La « voie électronique » efface les distances et les localisations.³⁹² Sa prise en compte par le droit sert à définir l'objet du commerce électronique. En réalité, l'utilisation de la voie électronique implique toujours la « *distance de fait* », au regard de l'architecture des réseaux électroniques et indépendamment de la localisation physique des parties. À ce sujet, la directive 2000/31/CE reprend l'essentiel de la directive 98/48/CE sur services de la société de l'information, quant à la notion de la voie électronique. Cette dernière permet la réalisation d'un « service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fil, radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ».³⁹³ Les deux directives ont attaché leur définition au « service » qui emprunte la voie électronique comme moyen de réalisation.

117. Si la directive 97/7/CE est aussi applicable dans le champ du commerce électronique, elle avait uniquement fait allusion au critère de la distance pour instituer un type de contrat dit « contrat à distance ». Mais aujourd'hui, la directive 2000/31/CE impose sa combinaison avec la « voie électronique » pour toute activité devant relever du commerce en ligne dont la nature juridique est plus spécifique. La « voie électronique » est indispensable, en tant qu'« équipements électroniques de traitement et de stockage de données, [...] entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ».³⁹⁴ Elle est essentiellement un moyen de télécommunications à travers lequel la distance sera toujours supposée même en présence physique des parties (non absentes). Elle correspond aussi bien à un vecteur de communication à distance qu'à un média

³⁸⁷ J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010, pp. 8 et s.

³⁸⁸ ANDRUS ANSIP [vice-président de la Commission européenne, chargé du marché unique numérique] et GÜNTHER OETTINGER [commissaire européen à l'économie et à la Société numériques], *Présentation de la stratégie européenne pour un marché unique*, (#DigitalSingleMarket), Bruxelles, 6 mai 2015.

³⁸⁹ E. SUTTON, « La Commission européenne dévoile sa stratégie numérique en 3 axes », 7 mai 2015, in [www.idboox.com.] (consulté le 14 décembre 2017). Il s'agit notamment des « règles harmonisées de l'UE concernant les contrats et la protection des consommateurs lorsqu'on achète en ligne, qu'il s'agisse des biens physiques comme des chaussures ou du mobilier, ou de contenus numériques tels que des livres électroniques ou des applications. Les consommateurs devraient bénéficier d'un éventail plus large de droits et d'offres, tandis que les entreprises pourront vendre plus facilement dans d'autres pays de l'Europe ».

³⁹⁰ [www.idboox.com/economie-du-livre/la-commission-europeenne-devoile-sa-strategie-numerique-en-3-axes] (lu le 4 déc. 2017).

³⁹¹ J.-M. SAUVÉ, *op.cit.*, p. 13.

³⁹² G. BRUNAUX, *op.cit.*, p. 32.

³⁹³ Article 1^{er}, directive 98/34/CE, paragraphe 2, a) 2), 2^e tiret, préc. et considérant n°17, directive 2000/31/CE, préc.

³⁹⁴ Article 1^{er}, paragraphe 2, directive 98/48/CE, préc.

d'accès à l'information.³⁹⁵ Dans le commerce en ligne, les équipements électroniques sont connectés à « des réseaux numériques capables de transmettre n'importe quelle information (que ce soit la voix, une image animée ou non, des textes ou des données informatiques) ». ³⁹⁶

118. En effet, le terminal informatique est un équipement électronique, servant d'organe d'entrée et de sortie d'informations en réseau.³⁹⁷ Il est utilisé comme moyen de manifester le consentement en ligne. Même lorsque les parties sont physiquement et simultanément présentes, un processus automatique s'enclenche à l'aide des « protocoles de communication qui définissent de façon formelle et interopérable la manière dont les informations sont échangées entre les équipements du réseau.[...] Les services réseau se basent sur les protocoles pour fournir, par exemple : des transferts de textes (SMS...) ou de données (Internet...) ». ³⁹⁸ Dans un même espace géographique, les parties au commerce électronique peuvent ne pas sentir la distance métrique des équipements qui sont ainsi connectés à distance, car l'information circule à la vitesse de la lumière. Sur le plan technique, « le laps de temps de transmission de cette information est quasi nul ; il existe cependant et doit être distingué du laps de temps qui s'écoule parce que le vendeur doit prendre connaissance du message ». ³⁹⁹

119. En toute hypothèse et même en présence physique des deux parties, l'information parcourt l'architecture physique du réseau de télécoms. En tant qu'équipement de traitement liminaire, le terminal informatique opère la saisie de l'information qu'il transforme en signal électromagnétique ou en signal numérique, selon la technologie en présence. Le signal emprunte un routage invisible, mais passant par des nœuds de connexion ou d'interconnexion, physiques, distants entre eux. Les parties ont beau être géographiquement présentes, mais elles peuvent demeurer absentes, si elles ne sont pas connectées au réseau électronique en un même moment ou à des moments décalés. Par contre, la présence ou l'absence physique importe peu pour le commerce électronique, tant que les parties sont connectées à un réseau de télécoms par lequel ils effectuent leurs transactions. C'est le pointage du serveur ou du commutateur, selon réseau internet ou téléphonique, qui détermine la qualification du commerce électronique. Le droit particularise l'activité économique en ligne au regard de l'utilisation de la voie électronique par les parties, sans prépondérance pour leur localisation physique.

120. Par ailleurs, la directive 2000/31/CE considère les propriétés technologiques d'un dispositif automatique de passation de commande contre accusé-réception.⁴⁰⁰ Un tel dispositif « fonctionne en relation avec un autre par l'intermédiaire d'un réseau informatique ou de télécommunication ». ⁴⁰¹ La voie électronique est donc nécessairement un « réseau de

³⁹⁵ Cf. aussi T. VERBIEST, *op.cit.*, pp. 127-128. En répondant à la question comment (satisfaire à l'obligation de) fournir des informations préalables, l'auteur dit qu'il faut faire recours à « tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée : l'information doit être accessible par le même medium que celui utilisé pour présenter le produit ou le service ».

³⁹⁶ I. CROCQ, *op.cit.*, 2005, p.1.

³⁹⁷ Cf. aussi A. BENSOUSAN, J.-F. FORGERON et A.B.-AVOCATS, *Les arrêts-tendances de l'informatique*, éd. Lavoisier, Paris, 2003, p. 319.

³⁹⁸ J. GUALINO, *Dictionnaire pratique, informatique, Internet et nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Gualino éditeur, Paris, 2006, *Verbo* « réseau informatique ». Outre le protocole IP, pour le transfert des données, il existe deux autres protocoles de niveau supérieur UDP et TCP : l'un permet l'envoi de données d'une manière non fiable (aucune garantie de la réception du paquet par le destinataire), l'autre au contraire assure une transmission fiable de données (avec une garantie de réception du paquet par le destinataire contre accusé de réception).

³⁹⁹ A. RAYNOUARD, *op.cit.*, p.19.

⁴⁰⁰ Considérant n°18, directive 2000/31/CE, préc.

⁴⁰¹ J. GUALINO, *op.cit.*, p. 282. *Verbo* « en ligne ». Le Préfixe « e- » placé devant commerce pour dire « e-commerce » signifie le commerce en ligne, en connexion permanente. Le commerce électronique ne prend pas en compte les activités hors ligne (dites *offline*).

communication »⁴⁰² à travers lequel se réalisent les activités économiques de vente des biens ou de fourniture de services par connexion à distance entre personnes. Ainsi, le commerce électronique s'avère un commerce en ligne. L'exigence technique de l'acquis européen le restreint à une activité économique essentiellement connectée en réseau, dite *on-line*.⁴⁰³ Par conséquent, le commerce en ligne est un type plus particulier d'activités économiques réalisées à distance.⁴⁰⁴ Il concerne « également des services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire de services ».⁴⁰⁵

121. Dès lors, il est compréhensible que le droit européen ait exclu du commerce électronique certains services ne répondant pas au critère d'activités économiques en ligne. La directive 2000/31/CE cite deux exemples d'exclusion, à savoir :

- les services *offlines* comme la distribution des CD-ROM ou de logiciels sur disquette ;
- les services au contenu matériel même s'ils impliquent l'utilisation des dispositifs électroniques, notamment : la distribution automatique des billets (billets de banque, billets de trains), accès aux réseaux routiers, parkings, etc. payants même si à l'entrée et/ou à la sortie des dispositifs électroniques interviennent pour contrôler l'accès et/ou assurer le paiement correct.⁴⁰⁶

122. À la lumière de ce qui précède, l'Internet est la meilleure illustration d'un système de communication intégré offrant plusieurs moyens électroniques de communication à distance. « C'est un espace de communications et d'échanges qui efface les frontières grâce à des protocoles simples et universels renouvelant complètement les technologies des télécommunications ».⁴⁰⁷ L'Internet est « une chaîne technique et économique » reliant un producteur de contenu ou de service et un usager.⁴⁰⁸ La voie électronique est inhérente à l'Internet, mais elle peut être également considérée comme un type particulier de technique de télécommunication. Elle implique donc toujours la distance à l'instar de l'Internet. Mais l'inverse n'est pas toujours vrai, parce que la télécopie (fax classique) par exemple rencontre le critère de la distance, mais elle ne fait pas partie de la voie électronique. C'est ainsi que l'acquis européen détermine les spécifications techniques qui répondent aux exigences juridiques se rapportant aux moyens électroniques des télécoms admis pour le commerce électronique. **(B.)**

⁴⁰² *Ibidem*, p. 419. Par définition, le réseau est l'ensemble de moyens matériels et logiciels mis en œuvre pour assurer les communications entre ordinateurs, stations de travail et terminaux informatiques (réseau informatique) ou l'ensemble des lignes câblées et d'équipements de télécommunications assurant la transmission d'informations entre des points de distribution et ceux de connexion au réseau (réseau de télécommunication) ou encore l'ensemble formé d'un réseau de télécommunication et d'équipements d'accès, affecté à la transmission d'information (réseau de transport).

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ J. ROCHFELD, *L'acquis communautaire...op.cit.*, pp. 3-34, spéc. pp. 24 et 27. L'auteur parlait des « *contrats à distance conclus par voie électronique* », dans les perspectives d'évolutions européennes concernant la proposition de directive sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008. Il était souligné ce qui suit au considérant n°12 de ladite proposition : « la nouvelle définition du contrat à distance doit couvrir tous les cas dans lesquels des contrats de vente et de service sont conclus par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance (vente par correspondance Internet, téléphone ou fax) ».

⁴⁰⁵ Considérant n°18, Directive 2000/31/CE, préc. Il en est ainsi des services informationnels en ligne, des communications commerciales en ligne, des outils de recherche, d'accès et de récupération des données en ligne.

⁴⁰⁶ Annexe, directive 2000/31/CE, préc. Cette directive ne s'applique pas à « l'émission de la monnaie électronique par des institutions pour lesquelles les États ont appliqué une des dérogations prévues à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/46/CE. » Les billets de banque relèvent de la souveraineté des États et ne sont pas du domaine du commerce.

⁴⁰⁷ É. SCHERER, *La révolution numérique, glossaire, op.cit.*, pp. 106-107. Verbo « internet » : « L'Internet est une vaste infrastructure d'équipements informatiques et de logiciels à l'échelle planétaire ».

⁴⁰⁸ H. LE CROSNIER et V. SCHAFER, « Internet, une chaîne technique et économique », *La neutralité de l'internet, un enjeu de communication*, CNRS éd., Les essentiels d'Hermès, Paris, 2011, pp. 75-77.

B./ LES SPÉCIFICATIONS DES CRITÈRES TECHNOLOGIQUES POUR UNE SYNTHÈSE DE L'OBJET DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE EUROPÉEN

123. L'acquis européen précise la nature des équipements, nécessairement reliés à distance et à un réseau électronique, comme condition d'existence juridique du commerce en ligne. **(1.)** Lorsque ces spécifications techniques sont rencontrées, les régimes se singularisent davantage en fonction des utilisations **(1)** des communications individuelles ou des celles de masse dans le commerce électronique **(2)**. Ces dernières particularités sont à l'image plus globale des changements que la révolution numérique suscite dans les domaines des « ego medias » et des « mass medias »⁴⁰⁹ **(3)**, avec le cas de la VoD **(4)**. L'analyse globale permet de présenter une synthèse de définition pour l'objet du commerce électronique européen **(5)**.

1. La nature juridique des équipements de communications à distance et électroniques admis dans le commerce électronique européen

124. Au départ, les médias électroniques étaient utilisés dans les négoce entre entreprises. Les premières plateformes du commerce électronique étaient des réseaux fermés, gérés par une autorité centrale. Ils étaient accessibles uniquement aux personnes autorisées.⁴¹⁰ Dans le commerce, les premiers réseaux informatiques étaient destinés aux usages entre entreprises, c'est-à-dire limités d'accès à des commerçants désignés et préalablement identifiés. Les personnes autorisées devaient y accéder en s'identifiant dans le système, au moyen des noms d'utilisateurs et des mots de passe.⁴¹¹ Le « droit du commerce international électronique » avait reconnu dès 1996 la valeur juridique des « messages de données » informatisés.⁴¹² La loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique entend par ces types de messages « l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment mais non exclusivement l'EDI, la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie ». ⁴¹³ Le cas de l'EDI désigne l'« Échange de Données Informatisé » en tant que terme générique pour l'échange d'informations automatique entre deux entités à l'aide de messages standardisés, transmis de machine à machine.⁴¹⁴

125. Ensuite, un secteur important des services en ligne concernait ce que l'on appela la « télématique grand public », autrement dit le « Minitel ». Ce dernier bénéficiait d'une énorme base installée jusqu'à son retrait total.⁴¹⁵ Les services Télétel et télématiques grand public sont aujourd'hui détrônés par les réseaux ouverts, tel que l'Internet. En effet, l'Internet accueille des « galeries marchandes virtuelles » sur lesquelles s'effectue le commerce

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 78-81. Verbo « ego media vs mass media ».

⁴¹⁰ D. GOBERT et E. MONTÉRO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », DA/OR, avril 2000, n°53, pp. 17 et s.

⁴¹¹ D. G. MASSE, « La preuve des inscriptions informatisées », *Congrès Annuel du Barreau du Québec*, n°232, mai 1997, p. 429 [http://www.masse.org] (consulté le 26 novembre 2013).

⁴¹² É. A. CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique*, op.cit, pp. 81 et s.

⁴¹³ Article 2, a), loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, adoptée le 12 juin 1996.

⁴¹⁴ L'EDI a permis aux entreprises d'émettre leurs commandes, leurs avis d'expédition, leurs factures. Ce dispositif électronique émet des messages électroniques normalisés qui sont transmis vers les ordinateurs entre partenaires commerciaux (fournisseurs, clients, banques). Leurs ordinateurs sont capables d'interpréter et d'intégrer automatiquement les données correspondantes dans les systèmes d'information respectifs sans papier ni intervention humaine.

⁴¹⁵ J. HARIVEL, « Le Minitel, une exception française », *Revue de l'Institut du Monde et du Développement*, n°4, Les éditions IMODEV, Hiver, 2013, Paris, pp. 93 à 106. « Le 30 juin 2012 [à minuit], Orange a mis fin au fonctionnement du Minitel après plus de trente ans de service. Né d'une expérimentation en Bretagne, le Minitel a été rapidement adopté par les Français qui ont, dès 1985, pu accéder au premier réseau de télécommunications. La fin du Minitel a été plusieurs fois annoncée en vain. Si, pour certains, le Minitel a été accusé de freiner le développement d'Internet, il a pour d'autres, familiarisé les Français à l'utilisation de services interactifs et préparé la diffusion de l'Internet dès que les conditions matérielles ont été propices à cette diffusion. »

électronique.⁴¹⁶ L'Internet a apporté au commerce traditionnel le particularisme de son environnement de prédilection, sachant néanmoins que des auteurs ont relativisé l'impact de la révolution numérique sur le droit.⁴¹⁷ En tant que « réseau des réseaux », l'Internet offre des possibilités multimédias de production, de circulation, de diffusion et d'échange des sons, textes et images. En effet, l'« Internet repose sur la mise en place des liens physiques entre les réseaux pour assurer l'acheminement des messages et des informations mais aussi des relations contractuelles pour gérer l'échange de trafic entre les réseaux. Si ces liens ou ces relations entre les réseaux n'existent pas, les messages acheminés doivent trouver des routes alternatives ».⁴¹⁸

126. Enfin, la « neutralité technologique »⁴¹⁹ a été à la base de la convergence des médias informatiques. Cette convergence exprime la fusion des industries des télécoms, de l'informatique et des contenus sous l'effet de la numérisation. Celle-ci a permis de matérialiser l'idée, récurrente depuis 1980, de la fusion des terminaux, des marchés ou des acteurs. Mais avec la généralisation de l'Internet, la convergence numérique marque le tournant ci-après des réseaux à intégration des services : « celui d'une plateforme haut débit raccordant des terminaux hétérogènes à des services diversifiés au moyen d'une passerelle ».⁴²⁰ Ainsi, « la convergence et la digitalisation révolutionnent l'offre, les couleurs, les modes de consommations, entraînant les médias historiques [...] dans une phase de mutation profonde qui devrait conduire à la définition d'un nouveau modèle de communication. Il n'y a plus aujourd'hui un appareil dédié à un même usage ».⁴²¹

127. Toutefois, le commerce par la voie électronique a pu faire l'objet de distinction d'après la nature du réseau utilisé. Le terme « commerce électronique » ou « *e-commerce* » est couramment utilisé lorsqu'il s'agit d'activités économiques menées par le biais des réseaux EDI et de l'Internet. Dans le commerce en ligne, le terme « *commerce mobile* » ou « *m-commerce* » tient de la singularité des terminaux mobiles et des communications par SMS, MMS grâce à l'Internet mobile, à l'exclusion de la communication orale. Selon l'OCDE, le m-commerce « désigne les transactions commerciales et activités de communication conduites par le biais de services et réseaux de communication hertziens au moyen de messages de texte (ou SMS – Short Message Service), de messages multimédia (MMS – Multimedia Messaging Service), ou de l'internet sur de petits terminaux mobiles de poche, en général utilisé pour les communications téléphoniques ».⁴²²

⁴¹⁶ O. CACHARD, *op.cit.*, p. 5. A. HOLLANDE et X. LINANT DE BELLEFONDS, *Pratique du droit de l'informatique et de l'internet*, 6^e éd., Delmas, Paris, 2008, n°1302- 1319, p. 201. P. TRUDEL, « le cyberspace, réseaux constitutants et réseau des réseaux », *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis*, Actes du colloque du Centre Jacques Cartier organisé du 5 au 8 décembre 1995, Université de Montréal, Centre de Recherche en droit Public, 1996, p.137. Pierre Trudel évoque six principes directeurs de construction des réseaux informatiques qui sont autant des défis lancés à la réglementation étatique, à savoir : métamorphose, hétérogénéité, multiplicité et emboîtement des échelles, extériorité, topologie et mobilité des centres.

⁴¹⁷ V. FAUCHOUX et P. DEPREZ, *op.cit.*, pp. 3-10. L'automobile a été une révolution de la locomotion, mais elle ne s'est pas fait suivre de la création du droit de l'automobile.

⁴¹⁸ I. CROCQ, *op.cit.*, p. 31.

⁴¹⁹ N. CURIEN et W. MAXWELL, *La neutralité d'internet*, La découverte, repères, 2011, p. 3. La neutralité se rapporte à « l'accès égal des internautes à tous les contenus, services et applications de la toile » et s'étend au mode d'accès qui ne peut être limité à un type de technologie, de médias ou de support.

⁴²⁰ V. SCHAFER et H. LE CROSNIER, *La neutralité de l'Internet, un enjeu de communication*, CNRS éditions, Les Essentiels d'Hermès, Paris, 2011, p. 86. A. RALLET, « Une économie de la communication ? », Hermès, n°44, 2006, p. 169.

⁴²¹ F. JOST, « Où va la TV, De l'influence de la TV numérique sur les programmes et la programmation », in G. DELAUAUD (sous la dir.), *Permanence de la TV*, Paris, édition Apogée, 2011, pp. 23-24, cité par P.-F. DOCQUIR et M. HANOT, *op.cit.*, p. 9.

⁴²² OCDE, *Rapport de réunion ministérielle sur le futur de l'économie de l'internet, Orientations de l'OCDE pour les politiques pour la prise en compte des questions de protection et d'autonomisation des consommateurs dans le commerce mobile*, Séoul, 17-18 juin 2008, [<http://www.oecd.org/dataoecd/51/60/40883688.pdf>] (consulté le 25 novembre 2013).

128. Le développement du *m-commerce* fait partie des questions contemporaines du droit du commerce électronique. Ces questions concourent à adapter le commerce mobile par rapport aux règles qui étaient initialement conçues sur la base des sources matérielles dominées à l'origine par le Minitel et l'Internet sur ordinateur. Comme ces règles juridiques demeurent d'application, les *designs* des téléphones intelligents et de l'internet mobiles s'y conforment quant à leurs fonctionnalités techniques. La difficulté pratique du *m-commerce* est d'assurer, sur téléphones, tablettes ou par SMS, certaines obligations informationnelles pré- et post-contractuelles prescrites par le législateur européen, autant que cela s'effectue sur écran d'ordinateur (de type *PC desktop*).⁴²³ La réalisation de l'obligation informationnelle peut paraître complexe pour des contrats en ligne conclus sur des terminaux portatifs, précisément en ce qui concerne l'archivage des clauses et des conditions générales des contrats sur support durable. Le législateur européen l'exige dans le commerce électronique.⁴²⁴ Néanmoins, les capacités et fonctionnalités des terminaux et médias mobiles y répondent sans difficulté, à l'aide des versions de logiciels compatibles, qui sont dans le marché courant.

129. En effet, le commerce en ligne se développe actuellement à travers les réseaux de téléphonie cellulaire GSM 3G/4G et des téléphones intelligents. Le *m-commerce* désigne le commerce électronique par terminaux mobiles. En pratique, plusieurs réseaux mobiles ainsi que de nombreux téléphones portables-multifonction (Smartphone ou, en français, téléphone intelligent) peuvent servir à accéder valablement au commerce électronique. Ces appareils sont de véritables ordinateurs et les types de réseaux, fixes ou mobiles, auxquels ils se connectent sont indifférents. Sur ce point, les fabricants ont amélioré le *design* des téléphones. Ils ont optimisé leurs capacités fonctionnelles et mémorielles, leur permettant de stocker des données ou de télécharger les conditions générales des offres en ligne. L'industrie de l'Internet mobile s'est adaptée par rapport aux normes législatives requises pour la réalisation du commerce en ligne à travers les réseaux et terminaux mobiles. Ainsi, des cartes-mémoires auxiliaires permettent de rendre les téléphones portables aptes à assurer les fonctionnalités nécessaires aux obligations informatives et mnésiques légalement requises pour le commerce électronique européen.

130. À cet effet, l'article 10 paragraphe 3 de la directive 2000/31/CE a imposé, au profit des destinataires des services de la société de l'information, la fourniture de certaines données contractuelles « *d'une manière qui permette de les conserver et de les reproduire* », mais sans autre précision. C'est aussi dans un sens utilitaire pour les consommateurs des services financiers à distance, que l'on retrouve une notion plus précise dans la directive 2002/65/CE : celle du « support durable ».⁴²⁵ Les réseaux de télécoms et l'Internet adoptent des protocoles adaptés pour des personnalisations automatiques (d'une « version mobile ») devant permettre la réalisation des services de la société de l'information. Cela explique valablement que les téléphones portables permettent, aujourd'hui et de mieux en mieux, de nombreuses opérations relevant tout aussi du commerce en ligne, notamment : « téléchargement de sonneries, jeux, concours, services financiers... Les messages courts, les SMS et les MMS, sont alors le plus souvent utilisés, notamment pour réaliser les paiements ».⁴²⁶

⁴²³ Section 5, directive 2000/31/CE, préc.

⁴²⁴ Article 10, paragraphe 3, directive 2000/31/CE.

⁴²⁵ Article 2, f) directive 2000/31/CE, préc. Il faut entendre par « support durable » : « tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ».

⁴²⁶ A. RABAGNY-LAGOA, *Droit du commerce électronique*, Ellipses, Paris, 2011, p. 68.

131. Par ailleurs, l'acquis européen précise les aspects juridiques du dispositif « électronique »⁴²⁷, retenus au titre de condition d'existence du commerce électronique. La nature concernée de l'« équipement »⁴²⁸ électronique s'identifie à tout matériel informatique, disposé à l'extrémité d'une ligne de communication et pouvant traiter, recevoir ou émettre des informations.⁴²⁹ Il s'agit d'un dispositif intelligent capable d'effectuer le traitement des données, compris comme un ensemble d'opérations complexes. Il permet de capter, de transmettre et de rendre intelligible le signal électronique et informatique, en automatisant les systèmes d'information ainsi que l'accès aux données pour les utilisateurs. À juste titre, les données sont la représentation sous forme conventionnelle d'un élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions et protocoles informatiques dans le but d'être conservées, traitées et communiquées.⁴³⁰

132. En outre, la « *compression numérique* »⁴³¹, telle qu'évoquée par la directive 2000/31/CE, fait appel à un traitement technique relevant de la « *téléinformatique* »⁴³² dans le déroulement du commerce électronique. La compression des données ou codage des codes sources consiste à transformer une suite de bits A en une suite plus courte de bits B, pouvant restituer les mêmes informations d'un point X à un point Y du réseau. Si les résultats finaux produits par les processus de traitement automatisé sont destinés à des humains, le traitement assure le dialogue des machines en vue de la présentation des données dans les formes lisibles essentielles pour en apprécier la valeur. C'est bien-là la valeur même d'une information, comme message communicable dans une forme compréhensible de l'interlocuteur. Les liens *html* ou les fichiers numériques constituent l'enveloppe logique de l'information, tout en permettant la liaison entre les éléments invisibles connus du langage de la machine et les éléments perceptibles des sens humains.

133. En droit, la question avait déjà été posée de savoir si la « propriété de l'information est une éternelle chimère ».⁴³³ La difficulté se pose au juriste du fait que « sur les réseaux numériques, tout ce qui circule est information » et que cette dernière est un « objet difficile à saisir s'il en est ».⁴³⁴ Pierre Catala l'a décrite comme « tout message communicable avec autrui par un moyen quelconque ou encore comme un élément de connaissance susceptible d'être présentée à l'aide de conventions pour être conservée, traitée, communiquée ». De ce fait, « une information n'existe que si elle est exprimée dans une forme qui la rende communicable ».⁴³⁵ D'où l'importance et la nécessité de leur conservation sur un support durable. Celui-ci peut-être un terminal (appareil permettant l'accès à distance à un système informatique) ou un serveur informatique.⁴³⁶ « Indépendamment de son support

⁴²⁷ Dictionnaire Larousse, [www.larousse.fr] (consulté le 26 novembre 2013). Verbo « Electronique », sens n°1,

⁴²⁸ Ibidem. Verbo « équipement » sens n°6.

⁴²⁹ C. LAMOULINE et Y. POULLET, *Des autoroutes de l'information à la « démocratie électronique » : de l'impact des technologies de l'information et de la communication sur nos libertés*, Rapport présenté au Conseil de l'Europe, Bruylant, Bruxelles, 1997, p.46.

⁴³⁰ A. BENSOUSSAN, J-F. FORGERON et A.B - AVOCATS, *op.cit.*, pp. 310 et 320.

⁴³¹ Verbo « compression numérique » [http://fr.wikipedia.org] (consulté le 25 novembre 2013).

⁴³² L'usage du terme « compression numérique » rentre dans la téléinformatique : exploitation automatisée de systèmes informatiques utilisant des réseaux de télécommunications.

⁴³³ Selon la formule de N. MALLET-POUJOL, « L'appropriation de l'information, éternelle chimère », Recueil Dalloz, 1997, p. 330, cité par V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 52 et s.

⁴³⁴ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 52 et s.

⁴³⁵ P. CATALA, *Des transformations du droit par l'informatique. Émergence du droit de l'informatique*, éd. de parques, 1983, p. 264 et s, cité par V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 52 et s. La formulation de l'information est une condition nécessaire de sa réalité comme objet de droit.

⁴³⁶ A. BENSOUSSAN et al., *op.cit.*, p.319. « Serveur : organisme exploitant un système informatique permettant à un demandeur la consultation et l'utilisation directes d'une ou plusieurs banques de données ».

matériel [...], elle est un produit et possède, quand le commerce n'est pas interdit une valeur marchande ».⁴³⁷

134. Parmi toutes les machines inventées par l'homme, l'ordinateur est celle qui convient au concept d'« équipement électronique » répondant aux exigences de la directive 2000/31/CE, comme composante qualificative du commerce électronique. Il est le seul à permettre les fonctionnalités requises et décrites ci-dessus, sachant qu'il en existe plusieurs variétés : ordinateur portable (ultraportable, tablette tactile, ordinateur portable), ordinateur de bureau (mini PC, desktop de bureau, station de travail), ordinateur intermédiaire (mini-ordinateur), ordinateur géant (*mainframe*, superordinateur du type de la NASA). Avec les évolutions technologiques, notamment la miniaturisation des microprocesseurs, les fonctionnalités d'un ordinateur se retrouvent dans plusieurs types d'appareils. Elles peuvent être réunies non seulement dans les ordinateurs de type *desk top* de bureau, mais aussi et surtout dans les téléphones portables intelligents de type *Smartphone*, voire dans certains écrans de télévision (*tv connectée*).⁴³⁸ Les moyens de communications présentent une variété quant à leur appropriation individuelle et quant à leur portée par rapport à un public ciblé ou indifférencié. L'acquis européen du commerce en ligne détermine des régimes particuliers au regard des singularités respectives des moyens de communications privées et de ceux dits « grand public ». (2)

2. La spécificité juridique des « moyens de communications individuelles » dans le commerce électronique européen

135. Avec un grand intérêt juridique, la directive susdite différencie les régimes de certaines activités, suivant la typologie juridique des moyens de communication utilisés pour les réaliser. Elle distingue celles utilisant les « *moyens de communication individuelles* » ou « *moyens de communications privées* », par opposition aux « *moyens de communication grand public* », sur des réseaux ouverts. Même si ladite directive n'en fournit pas de définition terminologique, leur spécificité découle du progrès technologique et entraîne des conséquences juridiques majeures par rapport à l'objet du commerce électronique. Le considérant n°18 de la directive 2000/31/CE tire les conséquences particulières de « *l'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communications individuels, y compris leur utilisation dans les contrats par des personnes physiques* ». Les articles 10-4, et 11-3 de la directive 2000/31/CE attachent des régimes spécifiques aux activités réalisées par courrier électronique ou autres communications individuelles équivalentes. La finalité d'usage des types de communications est prise en compte, dans le cas où leurs utilisateurs agissent « *à des fins qui entrent dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles* ».

136. Des conséquences juridiques sont attachées à cette différenciation. Ces incidences sont relatives à la différenciation européenne entre moyens de communications individuelles et grand public. L'intérêt de la distinction est de particulariser les institutions « *contrats électroniques* » et « *contrats à distance* » par rapport aux contrats classiques, en leur réservant des charges informatives et des obligations précontractuelles différentes du droit commun. Les échanges de courriels entre particuliers (non-commerçants) ne relèvent pas du commerce électronique, ni les contrats passés par ce procédé ou des moyens individuels équivalents. Les moyens de communications individuelles sont définis par la doctrine, par opposition aux

⁴³⁷ P. CATALA, *op.cit.*, p. 264 et s.

⁴³⁸ M. CULOT, « *télévision connectée : un débat enrichi par l'approche des usages* », in P.-F. DOCQUIR et M. HANOT, *op.cit.*, pp. 137-152. Il s'agit de cette télévision interactive connectée au réseau Internet et qui fonctionne par flux délinéarisé, permettant de disposer d'un contrôle sur le contenu et le temps de diffusion, contrairement à la TV traditionnelle.

moyens publics de communication. Les communications individuelles ou communications privées sont utilisables dans le commerce électronique, mais elles se distinguent par leurs contenus et par leurs fonctions. Un critère fondamental est celui que l'émetteur souhaite donner à son expression autant qu'à la voie de diffusion : « *l'utilisation de certains médias de masse va nécessairement présumer la portée publique du message transmis* ». La communication privée est celle dont le contenu n'est pas normalement destiné à être rendue publique. Leur fonction leur confère la pleine liberté d'anonymat, de cryptage et d'expression dans le cadre privé, sous réserve de la légalité.⁴³⁹

137. Ainsi, le courrier électronique est dans la catégorie des moyens équivalant aux communications individuelles, qui sont spécifiées par la directive 2000/31/CE et définies par la doctrine. L'annexe I de la directive 97/7/CE a cité le courrier électronique dans le lot des techniques de contractualisation à distance, mais c'est la directive 2002/58/CE qui l'a défini cinq ans plus tard comme « tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communication qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère ».⁴⁴⁰ L'avis du « Groupe article 29 »⁴⁴¹ assimile au titre de courrier électronique : le courrier SMTP (*Simple Mail Transport Protocol*), le courriel classique, les services de messages courts (SMS), les services de messages multimédias (MMS), les messages laissés sur répondeurs, les systèmes de messagerie vocale, y compris sur les services mobiles, les communications « *net send* » adressées directement à une adresse IP.

138. Par ailleurs, les conséquences de droit encore plus spéciales découlent de l'utilisation des moyens de communication individuelle dans le commerce électronique européen. Ces conséquences concernent les régimes juridiques applicables à différents cas de figure se rapportant à la conclusion des contrats à distance. Quoique de telles incidences intéressent les contrats électroniques, abordés plus loin⁴⁴² comme type particulier de conclusion de contrat à distance, il convient d'en dire un mot à titre liminaire.⁴⁴³ Dans le commerce en ligne européen, les courriels peuvent être utilisés seulement pour la conclusion des « contrats à distance » autres que les « contrats électroniques », sauf exception.⁴⁴⁴ Ils peuvent également servir pour des messages publicitaires, en tenant compte des « prohibitions »⁴⁴⁵ de la directive 2000/31/CE. En tout état de cause, le commerce en ligne couvre l'activité économique réalisé par courriel ou de moyens équivalents communication, uniquement si « les personnes qui en font usage agissent à des fins qui entrent dans le cadre de leurs activités commerciales ».⁴⁴⁶

139. D'une manière générique, les moyens de communications individuelles désignent donc ceux qui ne peuvent atteindre qu'une personne à la fois, à chaque utilisation. Il s'agit des communications qui ne peuvent se référer qu'à des personnes joignables par soi-même ou

⁴³⁹ C. LAMOULINE et Y. POULLET, *op.cit.*, pp. 46-47.

⁴⁴⁰ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (« directive vie privée et communications électroniques »), JOCE, L 201, 31.07.2002.

⁴⁴¹ Le Groupe 29 a été créé au niveau européen, par l'article 29 de la directive 95/46/CE, en tant qu'organe consultatif européen indépendant. L'avis concerné date du 27 février 2004 (Cf. T. VERBIEST, *op.cit.*, p.50).

⁴⁴² Cf. section 2, paragraphe 2 de la présente thèse.

⁴⁴³ Le cadre de développement présent de notre thèse se limite à l'aspect de définition des critères technologiques de la distance et/ou de la voie électronique pour le commerce en ligne.

⁴⁴⁴ À titre exceptionnel, les contrats par courriers électroniques entre professionnels sont des contrats du commerce électroniques (Considérant n°18, directive 2000/31 /CE).

⁴⁴⁵ Il est question des règles d'*opt-in* et d'*opt-out* imposant le consentement préalable tout au moins le droit d'opposition à tout destinataire d'un courrier électronique (publicitaire) non sollicité à sa demande.

⁴⁴⁶ Considérant n°18, directive 2000/31/CE, préc.

qu'on peut atteindre à partir de son combiné, d'une adresse ou d'un groupe d'adresses de son répertoire. Il en est ainsi, par exemple, de toute expression effectuée par le biais d'une missive (vecteur papier exclu de la définition du commerce électronique) ou des messageries électroniques (vecteur de télécommunications) de type téléphonie vocale ou courrier électronique. Ces vecteurs sont protégés⁴⁴⁷ à titre de communication privée comme moyen individuel de communication, sans préjudice de répression pénale sanctionnant des coups de téléphones intempestifs ou l'envoi de lettres anonymes.⁴⁴⁸

140. En outre, l'usage des moyens de communications individuelles dans le commerce juridique en ligne peut relever d'une valeur fondatrice, pour emporter ou non le qualificatif de commerce électronique. D'une part, au sens de la directive 98/48/CE⁴⁴⁹, l'utilisation de ces moyens de communications individuelles exclut du champ du commerce électronique les services qui ne sont pas fournis au moyen de systèmes électroniques de stockage et de traitement des données, à savoir : les services de téléphonie vocale, les services de télécopieur/fax, les services prestés par téléphonie vocale ou télécopieur, la consultation d'un médecin par téléphone et télécopieur, le *marketing* direct par téléphone/télécopieur. À titre d'illustration : « Le fax (télécopie) est un moyen de communication, qui du point de départ au point d'arrivée, ne transforme pas le support papier en document électronique. La télécopie permet, tout au moins, la dématérialisation d'un écrit sur support papier d'un point et sa réimpression sur papier de l'autre. Il s'agit d'une copie imprimée sur papier, en empruntant un réseau de télécommunication ».⁴⁵⁰

141. D'autre part, il est de principe que des moyens de communications individuelles, comme le téléphone ou la télécopie (fax), le courriel entre particuliers sont, hors-critère pour faire partie du commerce électronique. Cependant, aujourd'hui *relookés* par le *high-tech*, certains d'entre eux sont acceptés dans le champ du commerce électronique. Il en est ainsi des « téléphones intelligents » (Smartphones) ou des « systèmes de fax sur Internet », justifiant des fonctionnalités *applicatives* d'un ordinateur pour valablement servir au commerce en ligne. L'évolution technologique amène à l'inclusion de nombreux médias informatiques (supports, mécanismes, équipements ou moyens de communication), considérés jadis dans leur fonctionnement limité, comme ne pouvant pas relever du commerce électronique. Les effets conjugués des inventeurs, des producteurs, des usagers et des normes construisent la « *mutation des médias* ».⁴⁵¹

142. En somme, l'évolution des aspects fonctionnels de certains moyens de communications individuelles ne rend pas caduc le *distinguo* législatif entre moyens de communications individuelles et ceux dits grand public. Bien au contraire, l'évolution des médias le confirme. En l'espèce, la télécopie dite « fax », qui est à la base une communication individuelle, peut maintenant être reçue par ordinateur. Aussi, le fax par Internet via l'ordinateur devient-il alors un équipement électronique de traitement et de stockage de données, répondant à l'exigence de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Le fax *high-tech* ne déroge pas à la propriété obligatoire pour que l'activité qui l'utilise fasse partie du commerce électronique, mais il s'identifie bien aux spécifications juridiques fondant les critères nécessaires de la « voie électronique ». Le fax *high-tech* entre bien dans le

⁴⁴⁷ Le considérant n°15, de la directive 2000/31/CE, préc., rappelle que « [l]e secret de communication est garanti par l'article 5 de la directive n°97/66/CE ».

⁴⁴⁸ C. LAMOULINE et Y. POULLET, *op.cit.*, p.46.

⁴⁴⁹ Annexe V, Directive 98/48/CE, préc.

⁴⁵⁰ A. RAYNOUARD, *op.cit.*, p. 22, 60-61.

⁴⁵¹ M. HAMOT, « Prendre le temps et le temps de la mutation », Introduction et Chapitre 1, in P-F. DOCQUIR et M. HAMOT, *op.cit.*, pp. 9-22.

critérium technique requis pour réaliser le commerce électronique européen, eu égard au dépassement du fonctionnement traditionnel du fax.⁴⁵²

3. *La spécificité juridique des moyens de communication grand public dans la définition du commerce électronique européen.*

143. Les moyens de communications individuelles se distinguent des techniques de l'information dans la presse (sur papier ou en ligne), dans la radiotélévision ou directement dans un espace public grâce aux télécoms. Ceux-ci sont par nature destinés à être transmis à un public. Ils sont des moyens de communications électroniques grand public, auquel l'Internet peut s'identifier, car ce dernier assume la fonction de communication publique comparable aux médias de la presse ou audiovisuels. Mais, la comparaison s'arrête là quant à cette fonction, puisque le média électronique grand public du *Web 2.0* est le plus à même de disposer d'un caractère interactif.⁴⁵³ Les propriétés du *Web 2.0* font de ce média le seul capable de répondre à une demande de l'utilisateur et de créer une synergie d'échanges entre lui et le site informationnel ou transactionnel de son choix. L'enjeu de ces types de médias est très important, particulièrement en droit du commerce électronique, même s'il est possible de voir plus réellement et plus prospectivement la réalité d'un « *Droit 2.0.* » dans la révolution du droit lui-même.⁴⁵⁴

144. Aujourd'hui, le commerce en ligne est empreint des propriétés des réseaux de télécoms, comme une des applications économiques du *Web 2.0*. « C'est un web contributif de socialisation hyper active où, grâce à l'essor de la bande passante et très haut débit, le public est en mesure, dans un processus itératif, de collaborer activement, de partager, d'éditer, de publier ». ⁴⁵⁵ L'Internet diffère des *médias de masse* classiques du fait que ces derniers se caractérisent par un continuum linéaire dans le mode de communication de masse. Les « mass medias » relevaient de la directive 89/552/CEE et désormais de la directive 2010/13/UE. Les « médias linéaires » sont exclus du domaine des communications admises dans la pratique du commerce électronique, suivant le considérant n°18 de la directive 2000/31/CE.⁴⁵⁶ En outre, le *Web 2.0* a fait apparaître plusieurs nouvelles fonctionnalités des plateformes électroniques, notamment : la messagerie publique⁴⁵⁷, la recherche, délivrance ou l'échange de l'information en ligne⁴⁵⁸, les transactions multiformes à distance⁴⁵⁹ et le télétraitement des données⁴⁶⁰. Ces fonctions différencient les moyens électroniques grand public, avec les communications individuelles et aussi avec des mass-médias traditionnels.⁴⁶¹ Les moyens de communication 2.0 concernés sont ceux qui demeurent ouverts au public,

⁴⁵² W. D. KABRÉ, *op.cit.*, p. 63.

⁴⁵³ La télévision est de plus en plus interactive. Elle ne permet pas cependant pas encore aux téléspectateurs de générer et de diffuser leurs propres contenus par la même voie, comme cela est le cas avec les techniques de l'Internet *Web 2.0* : *You Tube*, *Daily Motion*, etc.

⁴⁵⁴ B. DONDERO, *Droit 2.0, Apprendre et pratiquer le Droit au XXI^e siècle*, LGDJ, Lextenso-édition, pp. 1-512. L'auteur réfléchit : « Le développement du numérique et de l'Internet joue bien sûr un rôle important, mais la manière dont fonctionne aujourd'hui l'enseignement supérieur et la complexification du droit, sans oublier les nouvelles exigences des clients des professionnels du droit, sont autant de phénomène qui transforment profondément la manière dont nous apprenons le droit, la manière dont nous le pratiquons, et plus largement la manière dont nous le vivons ».

⁴⁵⁵ É. SCHERER, *op.cit.*, p. 181.

⁴⁵⁶ Cf. Section II, §1, point A/ du présent chapitre. Ce cas précis est davantage explicité dans l'examen du critère de définition du commerce électronique, dit « *à la demande individuelle* ».

⁴⁵⁷ Il s'agit des forums ou espaces publics d'expression et d'échange d'idées, les newsgroups, les conférences, que ne peuvent offrir les mass-médias ni les communications individuelles.

⁴⁵⁸ L'Internet, par exemple, est une grande bibliothèque de savoir, qui ne relève pas d'un monopole éditorial, ni d'horaires, ni de grilles de programmes. Tel est le cas des contributions collaboratives de *Wikipedia*, encyclopédie collaborative en ligne.

⁴⁵⁹ Le commerce électronique s'y pratique, sans difficulté par accès du public au site d'information à tout moment.

⁴⁶⁰ C. LAMOULINE et Y. POULLET, *op.cit.*, p.59.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 46-50 et 63-65.

c'est-à-dire à « *un ensemble d'individus indifférenciés* »⁴⁶², auquel ils s'adressent 24h/24. Tel est le cas des sites web, des forums de discussion sur Internet, des blogs, de l'EDI⁴⁶³ (car quoiqu'étant un réseau fermé de type Intranet, il demeure ouvert au public y autorisé d'accès), etc.

145. En somme, les moyens de communications grand public sont ceux qui atteignent tout le monde par la vertu de leur automatisme. Ils ne sont pas limités à un annuaire personnel du destinataire au moment où il actionne les touches de son combiné téléphonique ou son clavier alphanumérique. Il n'en demeure pas moins que « [l]es fonctions de télétraitement peuvent combiner les aspects de communication publique et privée, mais la frontière entre la nature publique de l'offre et sa transformation en offre privée est souvent difficile à tracer. Si l'offre informationnelle est publique dans le cas de la vidéo à la demande, par exemple, le service final naît d'une interaction entre le "demandeur" et le "fournisseur", qui tend à le personnaliser et à faire de l'offre publique indifférenciée, une offre qui s'adresse en fait à un public déterminé, voire à une personne déterminée ». ⁴⁶⁴

146. Contrairement aux moyens de communications individuelles, seuls ceux de communication grand public emportent dans leur utilisation, la plénitude du régime du commerce électronique européen. En définitive, la directive 2000/31/CE n'applique les dispositions de sa section 3, aux activités réalisées par des moyens de communications individuelles. En d'autres termes, celles-ci ne sont pas soumises aux exigences informatives préalables à la conclusion des contrats par voie électronique. Ainsi, lorsque les particuliers emploient des courriels pour leurs échanges, leurs contrats ne sont pas des « contrats électroniques », ni tout à fait des « contrats à distance », au sens technique de l'acquis européen. Mais la qualification juridique est contraire lorsque les mêmes courriels sont employés par des professionnels pour leurs contrats.⁴⁶⁵ Si ces contrats de type particuliers sont étudiés à la section 2 du chapitre de la directive précitée, l'intérêt de distinction exprime d'ores et déjà le caractère supplétif de certains critères d'existence du commerce en ligne en droit européen.

147. En définitive, le commerce électronique a pour critères essentiels la distance et la voie électronique. Leur utilisation est indispensable tant pour la réalisation des activités économiques en ligne que pour leur reconnaissance juridique. Ce sont des « mécanismes-maîtres » du commerce en ligne. Le législateur européen en distingue néanmoins les effets à la fois selon leurs typologies de communications privées ou publiques et selon la qualité de particulier ou de professionnel pour celui qui en fait usage. Cependant, d'autres critères juridiques irriguent la notion du commerce électronique dans l'acquis communautaire. La directive 2000/31/CE a établi la correspondance systématique⁴⁶⁶ de sa notion avec les services de la société de l'information. À la lumière des critères juridiques impératifs, sans ignorer les critères supplétifs, la synthèse de l'objet du commerce électronique européen est possible, après l'examen du cas particulier de la VoD dans son champ de définition.

⁴⁶² Définition du mot « public », empruntée au droit français. Cf. Circulaire du 17 février 1988, prise en application de l'article 43 de la Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication concernant le régime déclaratif applicable à certains services de la communication audiovisuelle.

⁴⁶³ A. RAYNOUARD, *op.cit.*, p.23. Par EDI (sigle de « Échange de documents informatisés »), on entend : « le programme qui commande à une liste fermée préenregistrée des marchandises automatiquement et au fur et à mesure que le stock diminue ».

⁴⁶⁴ C. LAMOULINE et Y. POULLET, *op.cit.*, p.59.

⁴⁶⁵ J. ROCHFELD, « La définition du contrat électronique », in J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, *op.cit.*, pp. 3-34.

⁴⁶⁶ Le terme « systématique » est à prendre dans la logique systémique, comme un ensemble d'éléments formant un corps dans lequel l'interaction entre ces éléments influe sur les uns et les autres.

4. Le cas particulier de la vidéo à la demande (VoD) dans le commerce électronique européen

148. La directive 2000/31/CE a construit un ensemble juridique formé d'activités économiques diverses et sensiblement marquées du sceau des technologies électroniques. L'acquis européen présente un objet hétéroclite du commerce en ligne, dans lequel la VoD se retrouve, alors que d'autres services audiovisuels en sont exclus. Selon la pensée de Serge Proulx, « des valeurs liées à la rationalité technique sont inscrites dans les dispositifs pour communiquer, ce qui entraîne une valorisation de certains aspects de la communication au détriment d'autres (par exemple dans certains dispositifs, la transmission d'information au détriment des modalités de l'expression) ».⁴⁶⁷ Bien que les services audiovisuels paraissent identiques quant à leur aspect, ils diffèrent toutefois dans leurs modes d'accès aux contenus en ligne c'est-à-dire par rapport aux modalités que les technologies offrent au destinataire pour la sélection desdits contenus. En fait, « [u]ne technologie n'est jamais neutre. Elle véhicule toujours en soi des représentations, des valeurs parce qu'elle s'inscrit dans un contexte d'usages rendu possible par divers rapports de force économiques et symboliques ».⁴⁶⁸

149. Ainsi, la VoD relève du commerce en ligne au détriment d'autres activités audiovisuelles en ligne, car elle préserve la demande individuelle du destinataire. La technique sous-jacente de la VoD est celle qui donne au destinataire le plein pouvoir de sélection des contenus en ligne. En droit européen, la VoD se rapportera donc toujours à « *un service fourni par transmission de données sur demande individuelle* ».⁴⁶⁹ Il est acquis que la directive 98/34/CE est applicable au commerce en ligne ; la liste en son Annexe V avait déjà exclu « *les services fournis par l'envoi de données sans appel individuel et destinés à la réception simultanée d'un nombre illimité de destinataires (transmission « point à multipoint* » ». Par conséquent, les services ci-après sont naturellement en dehors du commerce électronique : le télétexte (télévisuel), la radiodiffusion sonore et la radiodiffusion télévisuelle (y compris la quasi-vidéo à la demande) telle que visée à l'article 1^{er}, point a), de la directive 89/552/CEE.⁴⁷⁰

150. Le considérant n°18 de la directive 2000/31/CE rappelle le même principe selon lequel les services de télévision et de radiodiffusion de la directive n°89/552/CEE ne sont pas des services de la société de l'information « car ils ne sont pas fournis sur demande individuelle ». Evoquée jadis par le *considérant* n°18 de la directive 2000/31/CE et codifiée aujourd'hui par la directive 2010/13/UE⁴⁷¹, la directive 89/552/CE du 5 mai 1989, initialement dite « télévision sans frontière », avait été remaniée par la directive 97/36 du 30 juin 1997. Elle a été bouleversée, du point de vue éditorial (sélection des programmes), par la directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007, qui a étendu son champ d'application à tous les services de médias audiovisuels. Ces services ont notamment pour objet principal d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques, par une émission télévisée ou par un service de média à la demande. Ainsi, on est

⁴⁶⁷ S. PROULX, « Penser les usages des TIC aujourd'hui : enjeux, modèles, tendances », in L. VIEIRA et N. PINÈDE, (sous la dir.), *Enjeux et usages des TIC : aspects sociaux et culturels*, t. 1, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2005, pp. 7-20 [<http://sergeproulx.uqam.ca/wp-content/uploads/2010/12/2005-proulx-penser-les-usa-43.pdf>] (consulté le 26 décembre 2016).

⁴⁶⁸ M. CULOT, « Télévision connectée : un débat enrichi par l'approche des usages », in P.-F. DOCQUIR et M. HANOT, *op.cit.*, pp.137-152, spéc. p. 147,

⁴⁶⁹ Article 1^{er}, paragraphe 2, spéc. 3^e tiret, directive 98/34/CE, modifiée par la directive 98/48/CE préc.

⁴⁷⁰ Article 1^{er}, paragraphe 2, in fine, directive 98/34/CE (sur les services de la société de l'information), préc.

⁴⁷¹ Considérant n°1, directive 2010/13/UE, préc.

successivement passé de la « télévision sans frontière » aux « services de médias audiovisuels ».⁴⁷²

151. Bien que les évolutions des techniques audiovisuelles intéressent le commerce en ligne, les deux domaines ne se confondent pas. C'est seulement les services audiovisuels transmis de point à point qui constituent les services de la société de l'information, en l'occurrence : les services de vidéo à la demande ou la fourniture des communications commerciales à la demande par courrier électronique. Toutefois, de nouveaux acteurs ont émergé dans le commerce électronique des contenus vidéo. Selon Perriault, « Les transformations qui affectent l'audiovisuel à l'ère du web sont la résultante d'un mouvement complexe qui fait évoluer dans le temps quatre dimensions : les technologies, le droit, les usages de consommateurs et les acteurs économiques impliqués, dans leur positionnement et dans leurs stratégies. »⁴⁷³.

152. En effet, le téléviseur conçu autrefois comme un appareil souverain et isolé est de plus en plus connecté, en *wifi* ou par câble, à une série d'autres appareils qui décuplent ses capacités : PC, décodeur, box internet/ADSL, disque dur, enregistreur numérique (PVR). À l'ère du *Web 2.0* et de la télévision numérique, les écrans sont devenus multiples et multi-usages, y compris pour solliciter des contenus ludiques.⁴⁷⁴ À juste titre, *Le Livre vert* de la Commission européenne du 23 mars 2011 poussait à porter un « regard [sur] des indices de croissance relatifs au commerce électronique, spécialement les jeux en ligne, à travers la télévision par Internet (en anglais, IPTV pour *Internet TV Protocole*). Selon l'étude de l'Institut suisse de droit comparé (SICL), [avec] 320 millions d'euros de revenu brut des jeux [en 2010], la tendance prévisionnelle pour 2012 était de 1,33 milliards d'euros, soit 451% de croissance. Ces chiffres permettent de prendre la mesure du changement et de prouver, si besoin en est, la vitalité du commerce électronique au travers des services interactifs de la télévision sur le web ».⁴⁷⁵

153. Sur le plan de la technologie, la « *délinéarisation* » de la télévision répond au critère de la demande individuelle. Le « *linéaire* » relève de la télévision traditionnelle, en soumettant le large public au temps et à la grille de programmes voulus par le fournisseur. Le « *non-linéaire* » caractérise l'audiovisuel innovant (la VoD, la TVR). Son mode de fourniture de contenu se fait au moment voulu par le destinataire, en l'occurrence, le téléspectateur. Les acteurs télévisuels principaux ont redéfini leur offre autour de leurs marques et ont amorcé des redéploiements stratégiques de sorte que la « tv » n'est plus pensée en termes de chaîne, mais plutôt en termes de contenus multimédias à la demande. Ainsi, un élan grandissant des consommateurs a permis d'organiser la maîtrise du moment et du support de visionnage des films ou d'autres contenus visuels. À cet égard, la communication audiovisuelle a atteint l'« *âge du contrôle de la vidéo par le spectateur* ».⁴⁷⁶ En effet, « la vidéo à la demande [VoD] ou encore la télévision de rattrapage [TVR] permettent de visionner sur le poste de télévision

⁴⁷² C. GAVALDA et G. PARLEAMI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, LexisNexis, 6^e édition à jour du Traité de Lisbonne, Paris, 2010, p. 237.

⁴⁷³ J. PERRIAULT, *Mémoires de l'ombre et du son, Une archéologie de l'audiovisuel*, Paris, Flammarion, 1981, Th. Paris, p.49.

⁴⁷⁴ Cf. §2 de la présente section de notre thèse, pour les détails sur les jeux en ligne:

⁴⁷⁵ Commission européenne, *Livre vert, sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur*, du 23 mars 2011, COM(2011) 128 final, p. 19.

⁴⁷⁶ [www.cnc.fr] (consulté le 23 décembre 2013). Le centre national de cinéma et de l'image animée, en sigle CNC, est l'établissement public français dont les missions principales sont de réglementer, soutenir et promouvoir l'économie du cinéma en France et à l'étranger.

ou l'ordinateur, de manière gratuite ou payante, des programmes audiovisuels au moment choisi par l'utilisateur », contrairement à la Tv classique.⁴⁷⁷

154. Plus simplement, Internet a rencontré le potentiel du média Tv et a changé peu à peu l'objet de la télévision.⁴⁷⁸ Les progrès technologiques ont favorisé la prise de contrôle sur la vidéo par le spectateur, qui peut facilement commander (le direct), enregistrer, conserver, transférer des contenus avec une grande liberté. Les mutations en cours présentent de nouvelles tendances qui se poursuivent inexorablement. Par exemple, l'essor de la vidéo « à la demande » marque de plus en plus l'initiative du spectateur. La tendance se renforce vers une télévision « sur mesure » avec une préférence pour les offres de mini-bouquets ou de chaînes à l'unité, différentes de gros bouquets Tv. La technologie offre de nouvelles possibilités de contrôle du direct et d'enregistrement ou encore de visionnage différé. En d'autres termes, les techniques numériques ou celles du Web TV offrent des options et la liberté au destinataire de choisir le moment de visionner un programme télévisé ou encore de rattraper une émission manquée. Cette flexibilité de choix illustre bien le critère de la demande individuelle des spectateurs dans la VoD.

155. En définitive, la VoD est un service de communication du public en ligne, relevant du commerce électronique, dans le cadre des services de médias audiovisuels à la demande (SMAD). Pour une prospective au-delà de la VoD, « le phénomène de réalignement s'opère aussi pour la TVR (télévision par rattrapage) malgré sa proximité éditoriale avec les chaînes de télévision classiques. [...] Le régime de la TVR reste encore prétorien suite à son exploitation actuelle en France sur un accord entre l'Opérateur historique des télécommunications et les chaînes de télévision ».⁴⁷⁹ De l'avis des régulateurs des médias, « la TVR [était] perçue comme un service délinéarisé, mais restant dans un certain continuum linéaire et finalement complémentaire de la télévision ». Pendant longtemps avant 2009, les SMAD avaient ainsi échappé, en droit interne français, à la régulation du CSA et au régime relatif à l'audiovisuel.⁴⁸⁰ Tel n'est plus le cas.

156. Notre intérêt pour les SMAD se rapporte au principe de « *la demande individuelle du destinataire* », qui se vérifie et se maintient dans le champ du commerce en ligne. Si ledit critère ne fait l'objet d'aucune relativisation pour la VoD, il est facultatif pour les communications commerciales non sollicitées. Il faut aussi apprécier la portée d'autres critères de définition du commerce en ligne, à savoir : la rémunération et le débouché contractuel des activités en ligne.

5. L'objet recomposé du « commerce électronique » dans le sens restitué du droit de l'UE

157. À défaut de définition législative, commerce électronique européen englobe tous services de la société de l'information, tels que définis dans la directive 98/34/CE, modifiée par la directive 98/48/CE. La large acception des « services » de la société de l'information a permis de dégager des critères généraux de définition du commerce électronique. La directive 2000/31/CE a précisé des exclusions et autres restrictions de certaines activités, sans remettre

⁴⁷⁷ [http://www.csa.fr/Services-interctifs/Services-de-medias-audiovisuels-a-la-demande-SMAD] (consulté le 8 juillet 2017).

⁴⁷⁸ P.-F. DOCQUIR et M. HANOT, *op.cit.*, p. 9 et s.

⁴⁷⁹ CNC, « Les nouvelles formes de consommation des images: TNT, TVIP, VOD, sites de partage, piraterie... », *Analyse qualitative*, novembre 2007, pp. 7 et 14 [www.cnc.fr/doc.pdf] (consulté le 23 décembre 2013).

⁴⁸⁰ Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2009, les éditeurs de services de médias audiovisuels à la demande (SMAD) relèvent désormais de la compétence du CSA. Tels que définis à l'article 2, alinéa 6 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, les SMAD sont soumis à la déclaration auprès du CSA, selon le nouveau principe introduit par la loi n°2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public dans la loi de 1986. Ainsi, leur régulation est mieux assurée ainsi que la vérification de leurs obligations.

en question les critères essentiels qui sont de plusieurs natures autour de l'utilisation des techniques électroniques de communication à distance dans le commerce.

158. Les éléments ci-après ont donc été retenus pour la définition finale du commerce électronique en droit européen :

- la géométrie variable du terme « "service" de la société de l'information », regroupant à la fois la fourniture des biens et des services en ligne ;
- les critères indispensables de définition attenants à l'utilisation à distance des techniques de communications électroniques ;
- le caractère facultatif de rémunération du service ou de l'activité économique en ligne de la part du destinataire qui le reçoit ou en bénéficie ;
- le caractère facultatif de l'aboutissant contractuel du service de la société de l'information ;
- l'absence de préalable contractuel entre prestataire et bénéficiaire d'une activité économique en ligne ;
- le critère non-obligatoire de la « demande individuelle du destinataire de service » ;
- les exclusions et restrictions légales du champ du commerce électronique, de certaines activités, malgré leurs possibilités de réalisation à distance et par a voie électronique. En matière des jeux d'argent en ligne, l'évolution de leur état de prohibition vers leur permission par le droit européen, puis par les États, est à prendre en compte dans l'objet du commerce électronique.

159. La reconstitution de l'objet du commerce en ligne nécessite la synthèse de tous les aspects analysés jusqu'ici dans l'acquis européen. Ainsi, le commerce électronique peut être défini sous réserve des activités exclues expressément par le législateur européen. En rattachant sa définition à celle des services de la société de l'information, l'acquis communautaire regroupe finalement toutes les activités réalisées par un prestataire, pour offrir des biens et/ou des services, normalement contre rémunération, à la demande individuelle ou non d'un destinataire de service mais nécessairement à distance au moyen d'équipements électroniques de traitement et de stockage des données (y compris la compression numérique). Il correspond à un ensemble d'activités économiques, assurées nécessairement à distance et par la voie électronique, dans certains cas à la demande individuelle d'un destinataire des services, pouvant donner lieu ou non à de conclusions des contrats en ligne sans être forcément rémunéré par ceux qui le reçoivent.

160. Pour la doctrine, « il suffit de proposer (offrir) un bien ou un service à distance et par voie électronique, sans qu'il soit exigé que l'acceptation se fasse par la voie électronique pour que les règles du commerce électronique s'appliquent. Il suffit que l'opérateur se présente sur les réseaux ouverts comme offrant un bien ou un service pour faire du commerce électronique. Le champ d'application des dispositions du commerce électronique est donc large. »⁴⁸¹ Elle considère que « *[l]e commerce électronique regroupe l'ensemble des activités reposant sur des transactions commerciales à distance réalisées par un média électronique : Internet, téléphonie mobile, téléshopping...* »⁴⁸² Le formalisme électronique du commerce en ligne est également à la base d'une mode particulier de conclusion de contrat. En tant qu'un produit de l'évolution technique, économique et juridique, le contrat électronique mérite d'être défini en fonction des sources *ratione temporis*, afin de démontrer comment son institution juridique s'est réalisée à travers le temps en Europe.

⁴⁸¹ C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, 2010, p. 141.

⁴⁸² A. RABAGNY-LAGO, *Droit du commerce électronique*, Ellipses, Paris, 2011, p. 5.

161. Précisément, des conditions juridiques entourent la définition du commerce électronique européen, en mettant en exergue des conditions essentielles, supplétives et cumulatives. Il s'agit d'un type particulier de commerce à distance, réalisé par la voie électronique, sans exiger une interaction consentie en ligne, mais pouvant résulter à des contrats dont l'objet peut être restreint par des lois de police. Le formalisme électronique particularise le commerce en ligne, mais procure également une singularité aux contrats qui en découlent. Sans être des services de la société de l'information, les contrats électroniques sont une modalité de conclusion du contrat grâce à un service consistant à offrir un dispositif électronique pour passer commande en ligne contre accusé de réception automatique sur le même support durable. Le régime spécifique attaché à ces institutions juridiques forme alors le droit européen du commerce électronique. Le commerce en ligne reste l'une de meilleures expériences de la façon dont l'Europe a appréhendé dans le champ du droit les mutations des technologies numériques ainsi que les transformations de l'économie à l'échelle mondiale.

162. L'ensemble de ces acquis européens a été transposé sous l'autorité du droit national français. L'expérience juridique de la France apporte une originalité particulière aux principes généraux d'harmonisation européenne en précisant l'objet, les typologies d'activités numériques ainsi que les régimes du commerce et du contrat électroniques. (**Section 2**)

SECTION II -

LES IMPACTS NOUVEAUX DU DROIT FRANÇAIS

SUR L'OBJET ET LA TEMPORALISATION DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE EUROPÉEN

163. Si la directive européenne 2000/31/CE n'a fourni aucune définition textuelle du commerce électronique, la loi française de transposition en a fourni une et sans équivoque. L'article 14 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (dite « LCEN ») dispose : « Le commerce électronique est l'activité par laquelle une personne propose ou assure à distance et par la voie électronique la fourniture des biens ou des services ».⁴⁸³

164. De manière globale, les directives européennes sur le commerce électronique formulent des règles juridiques selon des objectifs de politiques législatives, précises et structurelles. Toutefois, contrairement aux Traités, règlements et décisions, elles n'ont pas, par définition, d'effet immédiat sur les États destinataires le temps de les transposer dans leurs droits internes. Le retard de transposition, la conciliation mal opérée d'une directive est possible : un droit national incompatible, lacunaire ou contraire peut devenir source de difficulté pour l'harmonisation des règles du marché unique.⁴⁸⁴ L'enjeu de passer du droit européen au droit français est important à noter pour la suite d'analyse sur le commerce en ligne, car les deux autorités des systèmes communautaire et national cumulent des solutions législatives relatives aux aspects juridiques des services de la société de l'information.

165. En comblant l'absence de définition législative du commerce en ligne au niveau européen, le droit français applique à l'économie numérique ses règles territoriales.⁴⁸⁵ Son droit positif identifie les acteurs du commerce électronique sous une dénomination générique,

⁴⁸³ Article 14, al. 2° et 3°, loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF, n° 143, 22 juin 2004, p. 11168. La LCEN dispose comme suit : « Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui le reçoivent. [...] ».

⁴⁸⁴ *Ibidem*, pp. 369-374.

⁴⁸⁵ Article 14, LCEN, préc.

à savoir : la « personne ». Le législateur français replace les règles de la personnalité juridique comme un préalable normal dans le commerce en ligne, pour l'exercer ou en bénéficier. Toutefois, en nivelant ses sujets au statut de la personne, la transposition française semble occulter les mutations *ratione personae* que l'acquis européen apporte au commerce traditionnel. Les commerçants et les consommateurs agissent variablement en ligne en tant que prestataires et destinataires des services de la société de l'information. Il s'agit d'un impact nouveau du droit français sur le commerce électronique. Mais, nous avons choisi d'analyser particulièrement l'originalité de l'objet du commerce électronique français au regard de l'acquis européen.⁴⁸⁶ Sur le plan *ratione materiae*, la transposition française laisse entrevoir une complémentarité entre les actes du commerce classique et l'objet du commerce électronique.

166. Il s'avère qu'« outre la délocalisation possible des prestataires de services de l'économie numérique (fournisseurs d'accès et d'hébergement de données ou de serveurs), il reste que les individus eux-mêmes deviennent nomades grâce à la portabilité des terminaux de communication. On peut désormais échanger et contacter de n'importe quel point du globe et à n'importe quel moment (24h/24, 7j/7) ».⁴⁸⁷ La LCEN fixe un principe localisateur du commerce électronique, à travers son prestataire. En tant que loi de police, elle se situe entre l'harmonisation et la coordination des sources européennes. En nous appuyant sur la pensée de François Ost⁴⁸⁸, la législation française s'inscrit dans une logique de temporalisation de sources de transposition, qui alimentent les adaptations qu'elle a opérées en partant de l'objet du commerce électronique européen. En fonction du millefeuille législatif européen,⁴⁸⁹ les textes nationaux français conservent la possibilité d'adapter les règles européennes, tant qu'ils ne s'écartent pas des objectifs législatifs au sein de l'Union.⁴⁹⁰

167. La législation française répond à des enjeux qu'il convient d'appréhender au regard des règles ayant encadré à travers le temps, les finalités d'usage des techniques de communication à distance pour le commerce. (§1) Les techniques électroniques caractérisent la nouvelle typologie du commerce électronique, dont le cadre juridique comporte des nouveautés par rapport au droit commun. (§2)

§1. Les sources de définition française du commerce électronique dans l'évolution des transpositions de l'acquis européen

168. En France, les principales sources formelles du commerce électronique sont des lois de transposition des règles européennes. Étant intervenue en 2004 à la suite de la directive européenne 2000/31/CE, la LCEN dénote d'une temporalité particulièrement espacée de

⁴⁸⁶ En optant pour le terme moniste de la « personne » dans le commerce électronique, la LCEN contraste avec l'acquis européen de la directive 2000/31/CE, dont les qualificatifs variés distinguent systématiquement le « prestataire » du « destinataire » et le « professionnel » du « consommateur ». En outre, le législateur français accole à sa définition terminologique des hypothèses de contrats en ligne ainsi que des paradigmes d'activités numériques, afin de fournir davantage de précisions sur le champ *ratione materiae* et la portée *ratione personae* de son commerce en ligne. Au regard de la directive européenne (2000/31/CE), le droit français du commerce électronique présente des originalités appréciables à deux niveaux d'ordonnement. Il faut apprécier l'impact du droit français tant au niveau communautaire par rapport aux objectifs globaux de construction du marché européen qu'au niveau interne notamment quant aux ajustements du droit commun par rapport aux activités économiques en ligne.

⁴⁸⁷ É. A. CAPRIOLI, *op.cit.*, p. 5.

⁴⁸⁸ F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999, pp. 4 et s. Selon l'auteur, un temps propre au droit participe de sa « force instituante » afin de réaliser la construction sociale, à travers la fiction opératoire de la « temporalisation ».

⁴⁸⁹ Considérant n°11, directive 2000/31/CE, préc. Cette directive est d'harmonisation minimale et donc d'ordre complémentaire à d'autres directives applicables au commerce électronique, par rapport aux règles de l'acquis communautaire de l'Union européenne.

⁴⁹⁰ J. ROCHFELD, « La définition du contrat électronique », *op.cit.*, p. 10.

quatre ans qui a valu à la France des rappels de la Commission de l'Union européenne, mais qui démontre toute la difficulté de légiférer les aspects multiformes de l'activité économique en ligne.⁴⁹¹ La transposition française maintient la norme dans la passerelle entre le droit européen dans ses objectifs de politique législative et le droit interne dans son applicabilité territoriale. Entre l'Europe et la France, il apparaît une dimension d'« espace-temps » et un temps d'« action-réaction », qui renforce l'encadrement juridique du commerce en ligne, car législateur national dispose du recul nécessaire face aux mutations effrénées des technologies électroniques transfrontières.⁴⁹²

169. Le champ d'application de la législation française mérite d'être situé entre la coordination et l'harmonisation du droit de l'Union européenne. (A/.) Aussi, le droit français précise-t-il l'objet du commerce en ligne européen, sachant que la transposition ne crée pas des disparités mais comporte des spécificités par rapport à l'acquis européen. (B/.)

*A./ LES FONDEMENTS DE LA TRANSPOSITION FRANÇAISE
DES DIRECTIVES EUROPÉENNES APPLICABLES
AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE*

170. Le millefeuille législatif européen a son mérite dans la mosaïque des sources du commerce électronique en France. La temporalité des sources permet de distinguer les temps des faits et celui du droit, mais aussi d'apprécier l'évolution de la législation face aux mutations du marché et des technologies. (1)

171. En France, l'insertion des règles du commerce en ligne s'est réalisée « en épingle » dans plusieurs branches du droit classique à travers différentes codifications du droit positif. Il en résulte un phénomène de temporalisation des règles successives ainsi qu'un éclatement des sources⁴⁹³ et des régimes⁴⁹⁴ ayant permis d'appréhender les transitions entre commerce classique et commerce électronique dans l'ordre interne français. (2) Les enjeux de la territorialité sont importants, afin d'assurer l'effectivité du droit étatique face aux activités dématérialisées et déterritorialisées du commerce électronique. (3) La jurisprudence européenne et française ont identifié des critères localisateurs du droit à l'ère numérique. (4)

1. La temporalité des sources françaises du commerce électronique

172. Le rapprochement des droits étatiques demeure la pierre angulaire dans la construction du bloc économique et politique européen. C'est ainsi que, notamment, « [l]a directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». ⁴⁹⁵ Cette marge de manœuvre enrichit aussi bien le droit européen, les droits nationaux que le droit comparé, selon que les transpositions internes sont « discrétionnaires » ou « encadrées ». ⁴⁹⁶ En

⁴⁹¹ C. FÉRAL-SCHUHL, *op.cit.*, p. 278.

⁴⁹² L'Afrique et la RDC pourraient capitaliser cette expérience européenne et française d'élaboration du droit.

⁴⁹³ La pluralité des sources françaises du commerce électronique est exposée au fur et à mesure, en précisant leur enjeux d'adoption ainsi que les finalités pratiques afin d'évitant de dresser des catalogues.

⁴⁹⁴ Comme cela est analysé plus loin, il est, par exemple, demandé plus d'obligations de transparence et de loyauté (information sur l'identification du professionnel) selon qu'on se trouve en face d'un internaute « consommateur » et/ou « non professionnel » ou selon qu'on fait face à un « commerçant » et/ou un « professionnel ». Il en sera de même des règles de la preuve qui est libre en matière commerciale et qui est hiérarchisée en matière civile.

⁴⁹⁵ Article 288, TFUE.

⁴⁹⁶ E. POILOT, « L'exécution du contrat électronique », J. ROCHFELD (sous la dir.), « L'acquis communautaire, contrat électronique », préc., p. 233. S'agissant des termes « transposition encadrée » et « transposition discrétionnaire », l'auteur explique que « [l]à où les textes européens ont laissé libre cours aux initiatives des législateurs nationaux, par inclusion en leur sein d'une clause de renvoi aux compétences des États membres dans une matière, cette réception peut être qualifiée de discrétionnaire, la détermination des "sanctions" étant laissée à la discrétion des États membres. À l'inverse, là où les textes

l'occurrence, la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique étant d'harmonisation minimale, les régimes juridiques dans les systèmes nationaux des États sont plus affinés et comportent quelques particularités locales, sans créer une disparité de logique d'ensemble. De ce fait, il est question de dégager les aspects spécifiques que les lois de transposition française apportent à l'acquis communautaire de l'Union européenne en rapport au commerce en ligne.⁴⁹⁷ Comme élément capital d'harmonisation des règles, le dialogue du droit européen s'effectue avec les droits nationaux des États membres (et avec le droit international).

173. En France⁴⁹⁸, plusieurs lois de transposition des directives européennes s'appliquent spécialement au commerce électronique :

- la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 sur la preuve électronique et la signature électronique qui transposait la directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999⁴⁹⁹, désormais abrogée avec effet au 1^{er} juillet 2016 par le règlement 910/2014 du 23 juillet 2014⁵⁰⁰ ;
- la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) qui transpose la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 ;
- la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communications audiovisuelles qui transpose notamment la directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 du « paquet télécom »⁵⁰¹.

174. À celles-ci, s'ajoutent la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ainsi que la loi n°2008-476 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, chacune transposant partiellement la directive 2005/29/CE⁵⁰² relatives aux pratiques commerciales déloyales. D'autres sources à considérer couvrent certaines matières du commerce électronique (courriel, par exemple). Il en est ainsi de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés, modifiée et complétée par la loi n°2004-801 du 6 août 2004, qui transpose la directive 2002/58/CE⁵⁰³, cette dernière ayant été modifiée par la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009⁵⁰⁴ aujourd'hui supplantée par le « règlement général sur la protection des données » n°(UE) 2016/679 du 27 avril 2016, applicable à partir du 25 mai 2018.⁵⁰⁵ La loi n°2010-476 du 12 mai 2010 est également concernée, car en levant la prohibition des jeux d'argent en ligne, elle intéresse le commerce électronique.⁵⁰⁶ La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation importe également au commerce en ligne pour sa protection des consommateurs face aux

européens contiennent des sanctions déterminées, la réception des sanctions peut être qualifiée d'encadrée, la marge de manœuvre des États membres se limitant à l'adoption des sanctions prévues au contexte du droit national. »

⁴⁹⁷ Cf. Chapitre 1 du présent titre de thèse, ayant procédé à la « recomposition des sources et des critères du commerce électronique dans le " millefeuille législatif " européen ».

⁴⁹⁸ C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, p.143. C. FÉRAL-SCHUHL, *op.cit.*, p. 278.

⁴⁹⁹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 (abrogée), directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE, L13, 19 janvier 2000.

⁵⁰⁰ Règlement 910/2014 du PE et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, JO UE, L 257, 28 août 2014.

⁵⁰¹ 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 »), JO CE, L 108/7, 24 avril 2002.

⁵⁰² Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005, relatives aux pratiques commerciales déloyales qui vise à harmoniser les règles relatives aux pratiques déloyales au sein du marché intérieur, préc.

⁵⁰³ Directive 2002/58/CE du Parlement et du conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

⁵⁰⁴ JOCE, L 337, 18 décembre 2009.

⁵⁰⁵ JOUE, L 119, 4 mai 2016.

⁵⁰⁶ N. CONTIS, « Présentation critique de la loi du 12 mai 2010 ouvrant à la concurrence le secteur des jeux et paris sportifs en ligne », in G. JULIANA, *op.cit.*, p. 61. En effet, auparavant, « l'organisation de ces jeux était confiée à un nombre très restreint d'opérateurs dotés de droits exclusifs ».

vendeurs.⁵⁰⁷ La loi n°2016-1321 pour une République numérique du 7 octobre 2016 intéresse le commerce en ligne, en ce qu'elle régit l'économie de la donnée et fixe des règles de loyauté sur les plateformes électroniques.⁵⁰⁸

175. En outre, plusieurs ordonnances antérieures complètent spécialement le dispositif légal français en matière de commerce électronique,⁵⁰⁹ mais désormais supplantées par l'ordonnance n°2016-131 du 19 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.⁵¹⁰ Celle-ci est applicable au 16 octobre 2016.

176. Ainsi, la législation française a ajusté plusieurs institutions juridiques du commerce électronique, en fondant des trajectoires d'analyse quant à ses impacts nouveaux sur l'acquis européen.

2. *L'insertion de la LCEN dans plusieurs branches du droit commun français*

177. La LCEN définit le commerce électronique, sans néanmoins réserver de définition textuelle à certaines matières particulières, comme par exemple, la publicité en ligne.⁵¹¹ Les aspects du commerce électronique français, non spécifiquement régis par la LCEN ou d'autres lois spéciales, restent donc régis par des règles classiques relevant du tronc commun des droits civil, commercial, des sociétés, de la consommation, de la distribution, des communications électroniques.⁵¹² Notamment, les dispositions visant clairement le consommateur sont transposées dans le Code de la consommation. Une partie de la transposition a été faite dans le Code civil, pour la preuve numérique et le contrat électronique par exemple, et une autre dans le Code des postes et des communications électroniques pour les intermédiaires techniques du commerce électronique ou prestataires techniques de l'économie numérique.⁵¹³

178. Comparativement aux dispositions classiques du Code général du commerce⁵¹⁴, la LCEN pose des règles spéciales de la commercialité électronique. « Quelques deux cents ans après le Code napoléonien de 1807, l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000, suivie du décret n°2007-3-431 du 25 mars 2007 et de l'Arrêté du 14 janvier 2009 – donnant le jour au nouveau code de commerce, a redonné au droit commercial son homogénéité en réunissant dans neuf livres, les règles fondamentales qui régissent la matière ». ⁵¹⁵ Les règles de la

⁵⁰⁷ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon », JORF, 8 octobre 2016

⁵⁰⁸ Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour la République numérique, dite « loi Numérique » ou « loi Axelle Lemaire », JORF, 8 octobre 2016.

⁵⁰⁹ Ordonnance 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, JORF, n°140, 17 juin 2005, p.10342. Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 (ayant transposé la directive 97/7/CE sur les contrats à distance), JORF, 25 août 2001. Ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, transposant la directive 2002/65/CE.

⁵¹⁰ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, 0035, 11 février 2016, texte n° 26.

⁵¹¹ T. VERBIEST, *op.cit.*, pp. 27-28. À titre illustratif, « La loi française ne fournit aucune définition légale de la publicité. Les contours de ce concept ne se dessinent qu'indirectement, dans le cadre des articles L.121-1 et suivants du Code de la consommation et de quelques dispositions spécifiques. [...] Étrangement, le législateur français n'a pas jugé utile de consacrer une définition légale de la publicité à l'occasion de l'adoption de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Il a toutefois introduit une définition de la prospection qui en est directement inspirée ».

⁵¹² C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, p.142. L'auteur précise que « [p]our d'autres dispositions à l'inverse, le législateur précise qu'elles s'adressent aux relations professionnelles. Dès lors, on peut considérer que la loi s'adresse à tous (une partie de la transposition s'est faite dans le code civil), sous réserve de dispositions particulières concernant les seuls professionnels ou consommateurs. »

⁵¹³ En France, c'est le Code des postes et des communications électroniques qui donne la définition de la « voie électronique », élément nécessaire de définition du commerce électronique.

⁵¹⁴ *Code de commerce*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2016, pp. 1-3686.- Addendum, pp. 1-93.

⁵¹⁵ *Ibidem*. Cf. « Livre I : commerce et commerçants ; fonds de commerce – Livre II : sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique – Livre III : ventes particulières (au déballage, aux enchères, soldes) et clauses d'exclusivité – Livre IV : concurrence et prix – Livre V : Effets de commerce et garanties – Livre VI : Difficulté des entreprises (prévention, sauvegarde, redressement et liquidation) – Livre VII : Juridictions commerciales et organisation du commerce ; Livre VIII :

LCEN ont été insérées dans plusieurs *corpus juris*, elles se greffent aussi au commerce en général. Elles constituent un bon marqueur des transformations des bases et des institutions juridiques concernées par les enjeux économiques de la révolution numérique. Notamment, l'article 14 *in fine* de la CEN rattache expressément le prestataire et son établissement en France. Il détermine ainsi la portée *ratione loci* des règles juridiques nationale sur les activités économique en ligne.⁵¹⁶

3. *Le champ ratione loci de la loi de transposition française dans les enjeux de territorialité à l'ère numérique*

179. L'article 14 de la LCEN est la source de définition du commerce électronique français. Mais, sa teneur fait référence *in fine* à la notion du « prestataire établi » sur le territoire français. En effet, « [l']activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'État membre sur le territoire national duquel la personne qui l'exerce est établie. L'activité est donc rattachée à la loi de l'État membre de la personne [qui l'exerce] ». ⁵¹⁷ Au-delà du principe de la territorialité des lois nationales, « les critères technologiques sont trop instables pour permettre de localiser à eux seuls l'opérateur du marché électronique ». ⁵¹⁸ Le problème sous-jacent que pose la définition française du commerce électronique est de fixer la personne sur un lieu d'établissement et d'exercice de son activité. Sinon, la loi française ne lui sera pas applicable.⁵¹⁹ À cet effet, elle fixe l'angle de son appréciation, en la situant non pas du côté du destinataire mais plutôt du prestataire.

180. L'article 3 de la directive 2000/31/CE⁵²⁰ fonde le principe que les opérateurs dans le marché électronique européen et les intermédiaires de l'Internet sont soumis à la loi de l'État membre où ils sont établis. C'est le principe de compétence de la loi du pays d'origine. Cette directive européenne, transposée en France par la LCEN, vise à la fois deux mécanismes : la coordination et l'harmonisation, en énonçant en plus la clause du marché intérieur. Si l'harmonisation a un sens technique précis, la coordination s'explique en revanche au regard de la clause du marché intérieur ou du principe de la compétence du pays d'origine, dit aussi « principe d'origine ». ⁵²¹ Leur compréhension nécessite d'aborder la question de la clause du marché intérieur européen.⁵²²

Professions réglementées (administrateurs et mandataires judiciaires, experts en diagnostic, commissaires aux comptes) – Livre IX : Outre-mer. »

⁵¹⁶ Article 14, al. 2° et 3°, LCEN dispose : « Une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social

⁵¹⁷ O. CACHARD, *op.cit.*, p. 109.

⁵¹⁸ *Ibidem.*

⁵¹⁹ H. CAUSSE, « Le contrat électronique, technique du commerce électronique », in J-C HALLOUIN et H. CAUSSE, *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique, le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, Coll. . Faculté de droit et des sciences sociales, Université de Poitiers, 2005, p. 19-20.

⁵²⁰ L'article 3 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique correspond à la « clause de marché intérieur » avec deux volets d'application traduits par ses deux paragraphes. Premièrement, l'État d'établissement veille à la conformité des services fournis par un prestataire de « services de la société de l'information » par rapport à sa propre législation nationale, sa loi assurant la police du marché (paragraphe 1). Les autres États membres ne doivent pas restreindre la libre circulation des services de la société de l'information fournis par un prestataire établi (conformément à la loi en vigueur) dans un autre État membre (paragraphe 2).

⁵²¹ M. FALLON, « Variations sur le principe d'origine entre le droit communautaire et droit international privé », *Nouveaux itinéraires du droit, Mélanges en l'honneur de François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.189, cité par O. CACHARD, *op.cit.*, p.101.

⁵²² Le domaine de la coordination ne règle pas la question des conflits des lois mais plutôt celle du conflit d'autorité entre lois du pays d'origine du prestataire et du pays de destination des prestations des services de la société de l'information. Encore moins, le domaine d'harmonisation ne règle pas la question des conflits de loi : il sert à fixer les limites de manœuvre dans la transposition des règlements et directives européens.

181. Afin d'éviter une interprétation divergente de la notion d'établissement, la directive 2000/31/CE se fonde sur la jurisprudence de la Cour de justice européenne. La directive définit le « prestataire de service établi » sur les critères qualitatifs de l'effectivité et de la stabilité économique et non sur les critères formels (simple boîte aux lettres) ou technologiques (emplacement des moyens techniques) qui permettraient aux prestataires d'échapper à tout contrôle. En effet, dans l'« affaire *Factort* », la CJCE avait jugé que « [l]a notion d'établissement au sens des articles 52 et suivants du traité [TCE] comporte l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée ».⁵²³ L'emplacement des technologies utilisées (hébergement de pages *web*), le fait qu'un site soit accessible dans un autre État membre, ne peuvent constituer des critères pour la détermination du lieu d'établissement. Lorsqu'un prestataire a plusieurs lieux d'établissements, le « lieu d'établissement » au sein des marchés sera celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour la prestation du service considéré.⁵²⁴

182. Le prestataire établi est ce « prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée ». La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies, requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que tel un établissement du prestataire. Dans le cas où les activités définies sont celles des prestataires du commerce électronique établis en France, le régime d'accès et d'exercice d'activité, attaché à la définition française triomphera au sein des autres États européens de destination (loi de police). Les lois de police sont des dispositions impératives « dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat ».⁵²⁵

183. Toutefois, à titre dérogatoire, si le principe est celui de la liberté d'exercice de l'activité, un prestataire au sein du marché européen ne peut pas l'imposer face aux raisons de l'ordre public, de la protection de la santé publique, de la sécurité publique ou de la protection des consommateurs des pays de destination. Ainsi, les règles du pays d'origine sont d'application, en ce qui concerne l'accès à l'activité : les exigences d'autorisation, de qualification ou de notification. Elles le sont aussi en ce qui concerne l'exercice de l'activité, devant répondre aux exigences nationales sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire.⁵²⁶ En effet, ces principes ne connaissent de dérogations que dans des cas restrictifs⁵²⁷ ou en cas des risques sérieux et graves d'atteinte aux objectifs d'ordre public. À cet effet, une procédure précise doit être suivie sur une prise de mesures restrictives dérogeant, en urgence ou en procédure préalable, à la libre circulation des services de la société de l'information.⁵²⁸

⁵²³ CJCE, affaire *Factort*, arrêt du 25 juillet 1991, C-221/89, *Rec.*, 1991, p. 1-3905, point 20.

⁵²⁴ Considérant n°19, directive 2000/31/CE, préc. M. ANTOINE, A. CRUCQUENAIRE, et AL, *op.cit.*, p. 17-18

⁵²⁵ Article 9, règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit Rome I).

⁵²⁶ Article 2, h), directive 2000/31/CE, préc.

⁵²⁷ Les cas sont déjà cités en ce qu'ils se rapportent à l'ordre public, la protection de la santé publique, de la sécurité publique et à la protection des consommateurs.

⁵²⁸ Ainsi, en France, dans les conditions prévues par décret du Conseil d'État, des mesures restreignant, au cas par cas, le libre exercice de leur activité par les personnes mentionnées à l'article 16 de la LCEN peuvent être prises par l'autorité administrative lorsqu'il est porté atteinte ou qu'il existe un risque sérieux et grave d'atteinte au maintien de l'ordre et de la sécurité publics, à la protection des mineurs, à la protection de la santé publique, à la préservation des intérêts de la défense

184. Il en est ainsi, par exemple, de la coopération renforcée entre autorités judiciaires et, en amont, entre autorités administratives et les firmes de l'Internet. Dans le cadre de leurs missions de protection de la sécurité nationale⁵²⁹, l'autorité administrative peut obtenir auprès des opérateurs et hébergeurs (prestataire technique du commerce électronique), la communication des métadonnées de leurs utilisateurs, qu'ils sont tenus de conserver et de transmettre⁵³⁰, de même que s'agissant de l'autorité judiciaire⁵³¹. Il importe de préciser les fondements localisateurs de la législation nationale face au commerce électronique transfrontière.

4. Les ajustements localisateurs de la dématérialisation du commerce électronique

185. S'agissant de l'application de la loi de police, des ajustements localisateurs ont pu être effectués dans deux domaines précis, par l'autorité du système juridique français au regard des activités liés aux technologies électroniques ou numériques en Europe.

186. Dans un premier temps, par l'application d'une « territorialité directionnelle », en droit pénal, il trouve, en effet à appliquer la loi de police aux sites, mêmes établis hors des frontières, qui dirigent leurs activités vers la France au regard d'une pluralité d'indices (langue et monnaie utilisées, terminaison du nom de domaine, publicités visibles par les internautes français, etc.).⁵³² Grâce à une ordonnance du juge des référés et pionnière en son genre, la jurisprudence française a confirmé ces indices d'ajustement. Dans l'*affaire LICRA et UEJF contre Yahoo !*, en 2000, le TGI de Paris avait enjoint à la société *Yahoo !* de rendre inaccessible un site vendant des objets de propagande nazie⁵³³ ; au point de voir la justice américaine rejeter à deux reprises les recours exercés par *Yahoo !* contre ladite injonction⁵³⁴. En 2008, un autre exemple se réfère à l'affaire *Max Mosley contre Google*, dans laquelle le TGI de Paris a instruit la firme *Google* de cesser son affichage d'images attentatoire à la vie privée.⁵³⁵ Dans ses études en 2014, le Conseil d'État a relevé la considération que « la France était en droit en tant que nation souveraine d'adopter des lois contre la distribution de propagande nazie, en réponse à sa terrible expérience des forces nazies durant la seconde guerre mondiale ».⁵³⁶

187. Dans un second domaine, les règles de territorialité en matière d'obligation contractuelle peuvent être librement déterminées par les parties à un contrat. Mais, même en ce cas, toute clause évasive de territorialité ne peut avoir pour effet de priver le consommateur des protections impératives prévues par la loi de son pays de résidence.⁵³⁷ Il peut aussi se prévaloir des règles spécifiques, dès lors que son cocontractant exerce ses activités dans l'État de l'Union où le consommateur a élu domicile ou que ce prestataire « dirige ses activités vers

nationale ou à la protection des personnes physiques qui sont des consommateurs ou des investisseurs autres que les investisseurs appartenant à un cercle restreint définis à l'article L. 411-2 du code monétaire et financier.

⁵²⁹ Article L. 246-1, Code de la sécurité intérieure, créé par la loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

⁵³⁰ Décret n°2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.

⁵³¹ Article 6, II, LCEN, préc.

⁵³² Cour Cass., crim., 9 septembre 2008, *Giuliano*, n°07-87281.

⁵³³ TGI, Paris, Ordonnance, Juge des référés, 22 mai 2000.

⁵³⁴ Cour d'appel fédérale du 9^e circuit, 23 août 2004 et 12 janvier 2006 et 12 janvier 2006, *LICRA and UEJF v. Yahoo !*, n° 01-17424.

⁵³⁵ TGI, Paris, *Max Mosley c. Google Inc. et Google France*, RG 11/07970.

⁵³⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, études, Paris, 2014, p. 138.

⁵³⁷ Article 6, § 2, Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit Rome I).

cet État ». ⁵³⁸ Pour déterminer si le professionnel dirige ses activités vers l'État de domiciliation du consommateur, la CJUE a retenu en 2010 plusieurs critères, notamment : « la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou celui de son intermédiaire [...] En revanche, la simple accessibilité du site Internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante. Il en va de même de la mention d'une adresse électronique ». ⁵³⁹

188. En conclusion, la communautarisation n'exclut pas l'application des règles nationales des États, ni l'expression des juges pour dire le droit dans les faits concernant le commerce électronique. Il apparaît que les manières de commercer peuvent différer d'un État à un autre. La disparité des régimes est donc possible, comme cela fut le cas pour les jeux d'argent en ligne avant l'évolution et l'harmonisation de leur libéralisation au sein de l'Europe. ⁵⁴⁰ Sur ce point, l'enjeu juridique de la transition numérique s'illustre au niveau de la mise en adéquation des droits internes entre États sur les mêmes matières, qui pourraient présenter des différences de standards ou des disparités de régimes.

189. En 2015, le Conseil d'État a mené une étude sur « *la France dans la transformation numérique* ». ⁵⁴¹ L'enjeu de territorialité du droit national amène à réaffirmer les garanties de protection des États au profit de leurs résidents face à une forme de « *promotion d'une extraterritorialité conquérante du droit national ou européen* », liée au commerce en ligne. ⁵⁴² L'affaire *Google Spain* du 13 mai 2014 illustre les aspects d'ajustement du droit, à l'épreuve du commerce en ligne, puisque le traitement des données litigieuses était réalisé par la société-mère établie aux États-Unis et non par sa filiale européenne établie en Espagne. ⁵⁴³ Comme un « véritable changement de paradigme », « C'est vers ce nouveau progrès de l'État de droit que s'est engagée l'Union européenne » ⁵⁴⁴ en vue d'assurer la primauté du droit dans les activités transfrontières et dématérialisées du cyberspace. L'enjeu (de la territorialité

⁵³⁸ Article 17, 1-c), Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁵³⁹ CJUE, *Affaire Peter Pammer et Hôtel Alpenhof GmbH*, C-585/08 (jointe à C-144/09), 7 décembre 2010, RJ, 2010, I-12527, spéc., paragraphes 93 et 94.

⁵⁴⁰ C. BLOUD-REY, « La régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard sous le prisme des régulateurs belge et français » in G. JULIA (sous la dir.), *Jeu, Argent et Droit*, Coll. Actes, IRDA, Dalloz, Paris, 2013, p.76. M. BÉHAR-TOUCHAIS, J. ROCHFELD, A. DE GUILLENCHMIDT-GUIGNOT et (avec collab.) A. FOURNIER, *Les jeux en ligne en France et en Europe : quelles réformes trois ans après l'ouverture du marché ?*, Société de Législation comparée, vol.7, Coll. Trans Europe experts, Paris, 2013, pp. 21 et s. Aujourd'hui, la libéralisation de la prestation des services de jeux d'argent, de paris, de pronostics et de hasard en ligne est acquise en Europe, grâce à l'œuvre du juge européen constant dans sa jurisprudence envers les États membres de l'Union. (Pour le cas de l'Allemagne : CJUE Arrêt du 8 juillet 2010 C-316/07, pour le cas de la Suède : C-447/08 et 488/08 ; pour le cas néerlandais : C-203/08 et C-258/08, pour le cas de l'Italie : C-72/10 et 77/10 et celui de l'Autriche : C-64/08 et C-347/09) Mais, au-delà de l'inscription évolutive des jeux d'argent dans l'objet du commerce électronique européen, des « difficultés rencontrées proviennent [encore] du caractère de nature transfrontière du jeu en ligne et de l'impossibilité pour les pays démocratiques de se couper de cette réalité sociologique et technologique » (C. Bloud-Rey). En la matière, la CJUE a fixé des conditions drastiques pour justifier des restrictions à la liberté de prestation de service dans le secteur des jeux ou pour légitimer le monopole public dans ledit secteur. Sont désormais seuls à restreindre cette liberté : l'existence des motifs impérieux d'intérêt général (protection des consommateurs ou de l'ordre social), et le respect des principes de nécessité, de proportionnalité, de non-discrimination et de cohérence entre prestataires dans les États membres.

⁵⁴¹ CONSEIL D'ÉTAT, *La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?*, La documentation française, Colloque du 6 février 2015, Paris, 2015, p. 15.

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ CJUE, *Affaire Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de protección de Datos et Mario Costeja González*, C-131/12, Arrêt (grande chambre), 13 mai 2014.

⁵⁴⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *op.cit.*, p. 15.

intellectuelle, eu égard au cyberspace) devient donc un défi majeur de la souveraineté des États.

190. Ainsi, le droit français du commerce électronique s'inscrit dans l'ordre des transformations adoptées par le droit européen. L'harmonisation européenne trace les lignes de rapprochement des législations nationales autour des critères de définition de l'objet du commerce électronique. Comment la législation européenne en assurer la transposition ? **(B./)**

*B./ LES LIGNES DE RAPPROCHEMENT DE L'OBJET
DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE FRANÇAIS ET EUROPÉEN*

191. Alors que le droit européen a préféré englober le commerce électronique dans le concept plus large de « services de la société de l'information », la doctrine a pensé que « [l]e législateur français n'a toutefois pas été si prudent »⁵⁴⁵ en le définissant. À l'analyse, la définition de l'article 14 de la LCEN a opté d'inscrire, en droit français, certains critères de définition du droit européen et pas d'autres. La transposition française présente l'avantage de précision, car elle s'est départie de l'ambiguïté du renvoi aux services de la société de l'information.

192. En abandonnant la référence à la société de l'information datant de la directive 98/34/CEE de 1998, le législateur français clarifie la définition juridique du commerce en ligne. Ces améliorations tirent avantage de l'expérience accumulée avec le temps, par rapport à l'acquis communautaire et se rapportant à l'utilisation des technologies de l'information dans la pratique économique. **(1)** La législation française a écarté les critères de définition, qui ne sont pas essentiels pour la définition juridique du commerce électronique.⁵⁴⁶ **(2)**

1. La clarification française de l'ambiguïté européenne des « services de la société de l'information »

193. Le législateur français fait preuve de pertinence dans sa définition du commerce électronique, en différenciant sans équivoque les biens et les services. L'article 14 de la LCEN a ajusté la lacune et l'inadéquation de l'acquis européen, en évoquant « la fourniture des biens et des services » à distance et par la voie électronique, dans sa définition du commerce en ligne. En identifiant ce dernier aux services de la société de l'information, la directive 2000/31/CE semblait restreindre le champ de l'activité numérique aux services. Elle n'avait pas corrigé le vocabulaire juridique de la directive 98/38/CE et 98/48/CE qui plaçait la vente des biens et la fourniture des services en ligne sous l'appellation générique inappropriée de « services de la société de l'information ». Et pourtant, les activités économiques en ligne ne se limitent pas seulement aux obligations de faire ou de ne pas faire auxquelles le terme « service » renvoie juridiquement parlant. La volonté de clarté et d'exactitude de la LCEN ne s'illustre pas uniquement dans sa formulation plus correcte que dans l'acquis européen, mais aussi dans les exemples concrets d'activités qui complètent à l'alinéa 2 la définition fournie à son article 14.

194. Dans cette disposition de la LCEN, l'exemple des « moteurs de recherche » rencontre l'aspect des services en ligne non-rémunérés par leurs destinataires, autant que

⁵⁴⁵ A. RABAGNY-LAGOA, *Droit du commerce électronique*, Ellipses, Paris, 2011, p.67.

⁵⁴⁶ Le chapitre 1 du présent titre de thèse a démontré que plusieurs critères de l'acquis européen n'étaient pas déterminants. Il en est ainsi par exemple de la « demande individuelle du destinataire du service de la société de l'information », qui n'est pas applicable avec rigueur au regard de l'Internet dont la technologie fait de chaque terminal un client/serveur avec le protocole TCP/IP. De ce fait, l'origine et la destination en sont brouillées. Cf. V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 25 et s.

l'avait déjà consacré l'acquis européen.⁵⁴⁷ Les internautes consomment des services qu'ils ne paient pas forcément ou qu'on les encourage à ne pas payer. Cette situation tranche avec les actes de commerce traditionnel, dont le but lucratif commande leur nécessaire rémunération selon le principe du donnant-donnant.⁵⁴⁸ Dans la pratique commerciale classique, il semble difficile de concevoir la consommation d'un bien ou d'un service sans en rémunérer le prestataire. À l'inverse du commerce électronique, les destinataires ne rémunèrent pas forcément les biens et les services qu'ils consomment en ligne, car ils ne sont pas toujours les véritables clients du cybercommerçant. Le plus souvent, ils forment seulement son fond de commerce. De ce point de vue, le commerce électronique se distingue du commerce traditionnel.⁵⁴⁹

195. Généralement, les activités économiques en ligne sont financées par la constitution d'un « fond de commerce électronique ».⁵⁵⁰ Le « *modèle d'affaire* » du commerce électronique s'avère particulier, car la gratuité pour la clientèle du réseau fait justement l'économie numérique et le succès de son « *business model* » au sens pratique de cet anglicisme. Il existe plusieurs moyens de financement alternatifs de l'offre et de la consommation des biens et des services de la société de l'information. La publicité en ligne⁵⁵¹, par exemple, en constitue une modalité. Par exemple, les VoD de *You Tube* sont gratuits, mais accessibles après quelques secondes de publicité. La collecte des données de navigation des internautes en est également une modalité quant à l'exploitation réalisée par l'administrateur de la plateforme électronique à partir des « traces informatiques »⁵⁵² générées par l'accès gratuit des internautes. « Le "consommateur" se retrouve ainsi au cœur de la création de nouveaux services, dont il profite en même temps qu'il les alimente ».⁵⁵³

196. Par conséquent, d'autres enjeux apparaissent à cause de la marchandisation des « données personnelles » ou de l'atteinte à la vie privée des consommateurs en ligne.⁵⁵⁴ Ils entraînent un réalignement des aspects du droit public et du droit privé, pour garantir la protection des intérêts et valeurs légitimes qui pourraient être mis en péril par des objectifs

⁵⁴⁷ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 37 et 38. « Les raisons de cet état de fait sont multiples : elles tiennent tout à la fois des principes idéologiques et à des obstacles techniques [...] ; l'intention altruiste de certains internautes, mus par la seule envie de faire progresser l'innovation ou la connaissance, sans espoir de contrepartie immédiate, autre qu'une éventuelle reconnaissance symbolique. [...] la difficulté historique de mettre en place les instruments techniques sécurisés permet de réaliser en confiance des micropaiements. Devant le retard pris, les agents économiques ont souvent préféré se tourner vers un modèle de gratuité apparente pour les utilisateurs finaux ou de rémunération indirecte par des contributions financières spontanées. Plus classiquement, ils ont misé sur la publicité et, dans cette époque, sur la monétisation des données personnelles collectées à l'occasion des transactions. Si la technologie a depuis évolué et est aujourd'hui capable d'accompagner de manière plus efficace et rentable les microtransactions, l'habitude de la gratuité est prise ; ce qui rend plus difficile le passage "payant" »

⁵⁴⁸ Même quand il y a paiement par autrui ou stipulation pour autrui, l'acte de commerce classique est nécessairement rémunéré pour ce qu'il est.

⁵⁴⁹ Cf. à ce sujet T. VERBIEST, *le nouveau droit du commerce électronique*, *op.cit.*, p. 36. La gratuité apparente, offerte au destinataire en ligne peut s'avérer un plan d'affaires pour un « *financement alternatif* ». De même, l'internaute qui accède « gratuitement » à une base de données informatique n'est pas toujours au courant du fichage ou du profilage (*profiling*). Les masses d'internautes sur des sites gratuits permettent l'analyse statistique en masse (*datamining*), pour l'envoi des publicités ciblées. L'accès gratuit des masses au bénéfice de commerce électronique est devenu un mode majeur de financement des services Internet « gratuit » à la consommation.

⁵⁵⁰ PH. LE TOURNEAU, *op.cit.*, p. 339.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² CH. JALBY, *La police technique et scientifique*, PUF, 3^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris 2014, pp. 95-96.

⁵⁵³ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p.33.

⁵⁵⁴ C. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet*, *op.cit.*, pp. 1-185. J. EYNARD, *Les données personnelles, quelle définition pour un régime de protection efficace ?*, *op.cit.*, pp. 31-335. M.-L. LAFFAIRE, *Protection des données personnelles...*, *op.cit.*, pp. 17-390. M. MARINO et R. PERRAY, « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in J. ROCHFELD (sous la dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, préc., pp. 55 et s.

uniquement économiques.⁵⁵⁵ L'équilibre doit être assuré entre l'intérêt général et celui du marché,⁵⁵⁶ entre le commerce électronique et les droits extrapatrimoniaux de la personne humaine.⁵⁵⁷ Ce sont des « nouveaux défis du commerce électronique »⁵⁵⁸ : ils font toutefois l'objet d'analyses spécifiques dans la seconde partie de notre thèse.⁵⁵⁹ Pour le moment, il est question de définir l'objet du commerce électronique français.

2. L'efficacité des critères légaux du commerce électronique français

197. La définition française du commerce électronique a tenu compte des avancées technologiques, afin de remédier aux distorsions caractéristiques de la distance. La notion française effectue une conjonction immédiate du critère de la « distance » physique entre les parties avec la « voie électronique ».⁵⁶⁰ Il n'en demeure pas moins que la voie électronique peut être employée à elle-seule même en présence du commerçant (dans sa boutique) à l'aide d'un de ses ordinateurs. Dans ce cas, elle reste toujours déterminante pour qualifier d'électronique le commerce réalisé.

198. Il peut advenir que la distance et les communications électroniques soient utilisées pour faciliter la conclusion d'un contrat physique sur support papier. Les courriels peuvent aussi servir à conclure des contrats entre non-commerçants.⁵⁶¹ Les branches classiques du droit civil et du droit commercial concernent ces hypothèses, car elles n'appellent pas l'application des régimes spécifiques du commerce électronique.⁵⁶² Mais, l'usage d'un dispositif électronique durant le processus d'achat donne lieu à un « contrat électronique ». Si le contrat à distance ne paraît pas évident dans cette hypothèse, car il est censé être réalisé entre absents, il s'analyse toutefois comme « un type particulier de contrat électronique ».⁵⁶³

199. Par ailleurs, à l'antipode de la directive 2000/31/CE, la LCEN n'a plus repris dans sa définition le critère européen dit « *sur demande individuelle du destinataire de service* », tel qu'il a été rattaché à l'acquis européen des services de la société de l'information.⁵⁶⁴ Les explications se trouvent dans « [l']architecture même d'Internet, à savoir le protocole TCP/IP (client/serveur) [qui] autorise la décentralisation des liaisons entre les internautes, chacun étant tour à tour émetteur et récepteur d'information : tout individu constitue un nœud de connexion et peut devenir producteur de valeur économique ; le renversement permanent des rôles efface progressivement les frontières entre les émetteurs professionnels et les récepteurs passifs ».⁵⁶⁵ À juste titre pour le commerce électronique, il a été noté que l'échange de la valeur du clic à l'ère numérique est tout un phénomène. « Ce phénomène n'est pas propre à la

⁵⁵⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux, un colloque organisé par le conseil d'État le 6 février 2015*, La documentation française, Paris 2016, p. 4-202.

⁵⁵⁶ Cf. Titre 2, Chapitre 1, de la présente thèse quant aux enjeux et objectifs de transition des services publics des télécoms vers l'économie des marchés. Dans tous les cas, la confrontation des lois du marché avec les lois de source parlementaire reste l'enjeu fondamental pour assurer la primauté du droit étatique, comme garantie face aux intérêts économiques.

⁵⁵⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *op.cit.*, p. 11. L'étude du Conseil d'État préconise à cette fin d'inscrire dans notre droit positif le principe d'autodétermination informationnelle, plutôt qu'un droit de propriété sur les données à caractère personnel.

⁵⁵⁸ J. ROCHFELD (sous la dir.), « Les nouveaux défis du commerce électronique », *préc.*, pp. 3 et s.

⁵⁵⁹ Cf. Partie 2, Titre 1, chapitre 2, section 2, §2 et Titre 2, Chapitre 1, section 2 de la présente thèse.

⁵⁶⁰ La LCEN a laissé le soin de la définition de la « voie électronique » au Code des postes et des communications électroniques.

⁵⁶¹ Considérant n°18, directive 2000/31/CE, *préc.* Il en est ainsi « des contrats conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes » en dehors de toute activité professionnelle ou commerciale.

⁵⁶² Article 10, paragraphe 4, directive 2000/31/CE, *préc.* Cette disposition sort de tels contrats du champ des obligations inhérentes au contrat électronique, telles que prévues en ses paragraphes 1 et 2.

⁵⁶³ J. ROCHFELD, « La définition du contrat électronique » ..., *op.cit.*, p. 8.

⁵⁶⁴ Cf. Considérant n°18 et article 2, a), directive 2000/31/CE, *préc.* – Cf. aussi article 1^{er}, paragraphe 2, directive 98/34/CE modifiant la directive 98/48/CE et son annexe V.

⁵⁶⁵ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 25.

création artistique et concerne tous les modes de production de "contenus numériques", nouvelle notion juridique floue, située quelque part entre les biens et les services. Les individus sont des sources passives et actives de contenus informationnels ».⁵⁶⁶

200. En outre, la LCEN ne fait pas non plus allusion au critère de la « rémunération » des biens et services proposés ou offerts du commerce électronique, en s'évitant d'inutiles sinuosités de l'acquis européen. En droit commun, le caractère lucratif des actes de commerce par nature demeure fondateur parmi tous les critères de commercialité dont la trame peut être discutée. Néanmoins, sans renier totalement le caractère rémunéré des activités du commerce électronique l'article 14 de la LCEN, transposant la directive 2000/31/CE, ne l'évoque pas. Seulement, en restant silencieux sur l'exigence de rémunération, la définition du législateur français ajuste implicitement l'acquis européen. Celui-ci disposait que les activités économiques en ligne même si elles ne sont pas rémunérées par ceux qui les reçoivent, demeurent dans le commerce électronique.⁵⁶⁷

201. Ainsi, le commerce en ligne n'efface pas l'héritage du terme « *commercium* »⁵⁶⁸, venant du droit romain, qui conserve son aspect inhérent aux droits patrimoniaux. Cependant, la logique de commercialité en ligne va au-delà de ce seul critère lucratif, qui n'est pas une de ses conditions *sine qua non*. À l'ère numérique, la « difficulté est liée à l'obscurantisme des frontières entre professionnel et amateur, entre activité commerciale et non commerciale, entre intention lucrative et motivations altruistes. En effet, nombre des relations qui s'établissent sur Internet le sont sous le sceau d'une apparence de gratuité ou, tout le moins, n'emportent pas d'échange monétaire direct. [...] Le droit actuel est mal à l'aise avec ces nouveaux rapports économiques complexes qui tricotent un maillage inédit de gratuité apparente et de gains commerciaux, de posture altruiste et de but lucratif ».⁵⁶⁹

202. En définitive, le droit français a clairement abandonné les critères de définition non déterminants qui étaient nuancés en droit européen.⁵⁷⁰ Ce constat confirme le caractère supplétif et non-indispensable de certains aspects de l'acquis communautaire européen. La LCEN reprend les deux critères technologiques fondamentaux du commerce électronique européen, à savoir : l'utilisation d'une technique de communication à distance et le recours à la voie électronique. Au même sens que la directive 2000/31/CE, le droit français confirme leur caractère essentiel comme condition juridique d'existence du commerce électronique. En faisant état de la « distance » dans la fourniture ou la proposition des biens et des services, la

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁶⁷ Considérant n°18, Directive 2000/31/CE, préc.

⁵⁶⁸ J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI, L. MERLAND et N. TAGLIARINO-VIGNAL, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit International*, 29^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2012, pp. 19-20, 58-69 et s. Par « *Commercium* » les auteurs rappellent l'entendement connu de façon très large du commerce romain, comme « tous les rapports juridiques que les individus entretenaient relativement à l'utilisation de leurs biens ». Dans l'acception contemporaine, « le commerce s'entend tout aussi bien de la distribution des produits que de leur fabrication, de l'industrie au sens économique que du négoce et couvre même des activités connexes telles que celles de la banque, du transport et des assurances ».

⁵⁶⁹ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 36 et 38.

⁵⁷⁰ Cf. Section 1 du présent Chapitre de thèse. Le considérant n°18 de la directive 2000/31/CE/ dispose que « [l]es services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion des contrats en ligne, mais dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent ». Et la consommation de la valeur en ligne s'effectue sans engagement bilatéral, ni paiement de contrepartie forcément. [Cf. aussi : V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 19-20. Le commerce en ligne relativise l'aspect lucratif du commerce classique. Aujourd'hui avec l'Internet, « "si c'est gratuit, vous êtes le produit", martèle un traditionnel mantra de l'économie numérique ». Les auteures dénoncent l'usage fait des données personnelles par les GAFA/GAFTAM « à l'insu de l'individu qui en est à l'origine, [pour] dégager des profits colossaux ».]

LCEN corrobore les acquis européens plus anciens sur le « téléachat »⁵⁷¹ et le « contrat à distance »⁵⁷², qui étaient déjà connus du droit français.⁵⁷³

203. Le commerce électronique français présente une double originalité aussi bien face à l'acquis européen que face au commerce traditionnel. (§2)

§2. Les esquisses d'originalité de l'objet du commerce en ligne électronique français face aux typologies du droit classique

204. Les mutations des techniques électroniques sont à la base de la transformation de certaines institutions juridiques. En tant que tel, le commerce en ligne en est une illustration. Il est composé d'une mosaïque d'activités économiques pouvant s'apparenter aux actes de commerce traditionnel, mais aussi à des faits et actes juridiques, unilatéraux ou bilatéraux.

205. À plusieurs égards, la logique d'actes de commerce irrigue la commercialité électronique, mais sans que les deux aspects ne se mélangent totalement. Le contrat électronique illustre bien l'originalité des activités économiques en ligne. (A) Notre analyse du millefeuille législatif européen avait déjà permis de reconstituer l'objet du commerce électronique européen.⁵⁷⁴ La transposition française conserve la même typologie générale au sein du marché de l'Union. Toutefois, quelques spécificités concernent les activités numériques et d'intermédiation technique caractérisant le commerce en ligne. (B).

A./ LES ESQUISSES D'ORIGINALITÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE FACE AUX TYPOLOGIES DU COMMERCE TRADITIONNEL

206. Les activités numériques en ligne ont suscité l'enjeu de leur encadrement juridique, sans abolir l'existence du droit commercial classique. Un fort intérêt se ressent du nombre d'études juridiques autour du contrat électronique, au point de pouvoir occulter l'importance des analyses sur la composante non-contractuelle du commerce en ligne.⁵⁷⁵ En réalité, l'objet du commerce électronique s'oppose-t-il ou se juxtapose-t-il le commerce traditionnel ? Leurs logiques de commercialité respectives se confrontent-elles ou se confortent-elles ? Toute l'activité économique en ligne n'aboutit pas à des contrats en ligne. Aussi, notre analyse essaie de rapprocher la commercialité électronique avec les bases du commerce traditionnel pour en esquisser l'originalité, sans remettre en cause les fondements du droit classique.

207. Cependant, il n'y a pas de commerce sans contrat, ni de commerce électronique sans contrat électronique. Les contrats en ligne sont des institutions juridiques *sui generis* marquant la transformation du droit des contrats. Ils se présentent sous forme d'un écrit

⁵⁷¹ Directive 89/552/CEE du Conseil européen du 3 octobre 1989 visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres, relatives à l'existence d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE, L 298, 17 octobre 1989, p. 23.

⁵⁷² Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE, L 144 du 4 juin 1997, p. 21.

⁵⁷³ L'ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 avait déjà transposé en France la directive 97/7/CE sur les contrats à distance (abrogée).

⁵⁷⁴ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, section 1 de la présente thèse.

⁵⁷⁵ J. ROCHFELD, « la définition du contrat électronique », pp. 3-34 ; M. BLANCHARD, « La phase précontractuelle – La communication commerciale électronique », pp. 35-70 ; G. BUSSEUIL, « La phase précontractuelle – La formation du contrat électronique », pp. 71-132 ; C. BAKER-CHISS, « Le droit de rétractation du contrat électronique », pp. 134-199 ; E. POILLOT, « L'exécution du contrat électronique », pp. 201-254, A. PENNEAU, « La forme et la preuve du contrat électronique », pp. 255-356 ; L. USUNIER, « La loi applicable au contrat électronique », pp. 357-408 ; L. MARINO, « La protection des données personnelles et le contrat électronique », pp. 409-438 ; L. GRYNBAUM, « Les services financiers à distance par voie électronique », pp. 439-466 ; in J. Rochfeld (sous la dir.), *L'acquis communautaire : Le contrat électronique*, préc.

électronique tenant lieu de preuve d'obligations contractées à travers un dispositif automatisé de commande contre accusé-réception. Ainsi, leur particularité est d'être non seulement une source d'obligation (*negotium*) et en principe de nature commerciale, mais aussi de tenir lieu de preuve en tant qu'*instrumentum*.⁵⁷⁶ À l'analyse, le contrat en ligne est essentiellement un contrat commercial, puisque l'acquis européen exclut du commerce électronique les contrats passés à des fins autres que professionnelles à l'aide des moyens de communications individuelles.⁵⁷⁷ Quelle typologie retenir pour l'étude de l'objet du commerce électronique ? Les activités contractuelles et non contractuelles forment les catégories du commerce en ligne, vu les régimes et effets juridiques formant l'intérêt de leur distinction. (2)

1. Les activités du commerce électronique au regard du Code de commerce

208. La LCEN a défini le commerce électronique, alors que « [l]e droit commercial classique n'avait pas su inviter le législateur à définir le commerce » lui-même.⁵⁷⁸ Le terme « commerce », du latin *commercium*, *merx*, *mercis*, *merchandise*,⁵⁷⁹ se définit encore par les actes de commerce et par la qualité des personnes faisant profession d'actes de commerce ; ce qui renvoie toujours et encore aux actes de commerce eux-mêmes. La notion de commerce se comprend à travers ces deux éléments objectifs (actes) et subjectifs (commerçants). Cependant, le droit européen et français du commerce électronique ne se structure pas autour de la logique de définition ci-dessus du commerce classique. Leurs règles ne donnent pas une liste exhaustive des activités économiques en ligne. Au contraire, elles déterminent seulement les critères généraux du commerce en ligne, en les orientant dans une logique propre pour éviter de les assimiler uniquement aux actes de commerce traditionnel.⁵⁸⁰

209. Néanmoins, en insérant les innovations de la LCEN dans le code de commerce, le législateur réaffirme l'attachement au commerce classique. L'acquis européen en reconnaît déjà les bases, puisqu'il fait référence aux finalités commerciales ou professionnelles dans les usages économiques des techniques électroniques.⁵⁸¹ Le législateur n'a pas catégorisé les activités du commerce en ligne, dans le même genre de typologie que les actes de commerce par nature. Pour rappel, le commerce classique connaît trois grandes catégories d'actes de commerce : ceux par nature, ceux par la forme et ceux par accessoire. En premier lieu, le « sommaire »⁵⁸² des *actes de commerce par nature* de l'article L.110-1 du Code français de commerce concerne : 1° l'achat pour revente ; 2° les activités financières : banque et opérations de bourse, les opérations d'entremise (le courtage et l'assurance) ; 3° les actes faits

⁵⁷⁶ Article 1127-2, Code civil, tel que modifié par l'article 2 de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, n°0035, 11 février 2016, texte n°26. O. BELOUIN et S. DEGEZ, « Quelques petites particularités du contrat électronique... », 7 mars 2016, in [www.degez-kerjean.fr] (consulté le 17 mars 2017). Dans leur commentaire, les deux avocats rappelle que l'article 1127-2, C.civ. prévoit que l'internaute doit avoir la possibilité « du double-clic. L'internaute valide et/ou corrige sa commande (1^{er} clic), puis accepte l'offre (2^{ème} clic). La conclusion du contrat n'aura lieu qu'au second clic ». Cf. aussi : Articles 1316, 1316-1, 1316-2, 1316-3, 1316-4 du code civil, insérés par l'article 1, loi n°2000-230 du 13 mars 2000, JORF, 14 mars 2000. Pour commentaire : J. ROCHFELD, « La définition du contrat électronique », in J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire...*, préc., pp. 30. « À cet égard, il se concentre, tout d'abord, sur l'écrit électronique, exigé pour la validité d'un acte juridique : à l'instar des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil actuel, l'article 1127-2 de l'avant projet [de droit des obligations et du droit de la prescription] prévoit l'équivalence de l'écrit électronique et de celui papier ». Cf. Sur cet avant-projet : *Rapport à Monsieur le garde des Sceaux*, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, La documentation française, 2006.

⁵⁷⁷ Directive 2000/31/CE, préc.

⁵⁷⁸ H. CAUSSE, *op.cit.*, pp.16-17.

⁵⁷⁹ I. JEUGE-MAYNART (sous la dir. gén.), *Le petit Larousse illustré 2017*, Paris, 2016, p. 274.

⁵⁸⁰ H. CAUSSE, *op.cit.*, p. 17.

⁵⁸¹ Directive 2000/31/CE, préc.

⁵⁸² Pour ce sommaire, cf. P. PÉTEL (dir.), S. BENILSI, S. CABRILLAC et AL, *Code de commerce annoté*, 28^e éd., LexisNexis, Paris, 2016, pp. 3-12.

en entreprise (du domaine légal⁵⁸³ et des extensions jurisprudentielles⁵⁸⁴). En deuxième lieu, les *actes de commerce par la forme* de l'article L.110-1 du Code français de commerce concernent généralement la lettre de change.⁵⁸⁵ En troisième lieu, les *sociétés commerciales* répertoriées à l'article L-210-1, alinéa 2, du même Code sont toujours commerciales même si leur activité est civile.⁵⁸⁶

210. De plus, tous les actes passés par une société commerciale sont commerciaux, en vertu d'une présomption irréfragable. Aussi, le droit commercial assure-il l'unicité de régime de tous les actes du commerçant en vertu de l'adage « *accessorium sequitur principale* », « l'accessoire suit le principal ». dès lors, un acte effectué de manière accessoire par un commerçant devient-il commercial, même si ce n'est pas un acte de commerce par nature.⁵⁸⁷ Or, « Il n'existe [en réalité] aucune raison d'exclure le site internet de la réglementation qui est générale et ne comporte en l'état aucune exception en la matière ». ⁵⁸⁸ Le commerce électronique est tout aussi constitué d'actes de commerce et d'actes juridiques que de simples faits juridiques, techniques et économiques.⁵⁸⁹ Si d'une part l'originalité du commerce en ligne est acquise, les institutions juridiques du commerce classique n'en sont pas pour autant transformées, ni chamboulées d'autre part. Le commerce classique et commerce électronique ne sont pas opposés, le second étant complémentaire avec ses espèces autonomes et ses régimes spécifiques, qui se greffent au premier. Le commerce en ligne ne découle pas d'une énumération exhaustive d'actes de commerce par nature comme en droit classique mais son objet tient d'« *un bouleversement lié au couplage de la technique de numérisation et de l'Internet* ». ⁵⁹⁰ Il est à considérer que les services de la société de l'information qui composent le commerce électronique ne résultent pas forcément de la conclusion d'un contrat, entre le prestataire et le destinataire du service concerné. Néanmoins, les contrats du commerce

⁵⁸³ À savoir : Location, y compris sous-location ; commission ; transport sauf « artisans chauffeurs taxis » (Aix-en-Provence, 6 juin 1961 : RTD, *Com.* 1961, 883. Cass. Com., 4 déc. 1968 : Bull. civ. IV, n°345) ; Agence et bureau d'affaire, y compris le généalogiste (Paris, 1^{er} mai 1937 : DH 1937, 368) et non compris la société des auteurs (Cass. civ., 8 déc. 1913 : gaz. Pal., 1914, 1, 93) par exemple la SACEM, société civile et organisme professionnel d'auteurs (Cass.com., 5 nov. 1985 : Bull. civ., IV, n°263)

⁵⁸⁴ Notamment : Cliniques (Cass. Civ., 12 nov. 1923 : S. 1925, 1, 53 – Paris, 13 févr. 1902 ; Entreprises de construction des travaux publics (Cass. Civ., 3 fév. 192, DP 1902, 1, 294) ; activités hôtelières, Cafés ou restaurants, cercle (Paris, 21 nov. 1812 : Dalloz jurispr. gén., V^e Actes de commerce, n°130 – Paris, 5 janv. 1888 : DP 1889, 2, 140) ; Entreprise de personnel temporaire (Cass. com., 18 janv. 1966 : JCP 1966, I, 14714) ; Entreprise de pompes funèbres comme entreprise de fournitures (Paris, 3 mai 1881 : DP 1881, 2, 193) ; Expert en diagnostic immobilier à titre habituel et lucratif (Cass. com. 5 déc. 2006 : RJDA 4/2007, n°419 ; D. 2007, p.89., obs. chevrier) ; Entreprise de publicité et d'information (Cass. Com., 9 nov. 1970 : Gaz. pal. 1971, 1, 126)

⁵⁸⁵ À savoir : billet à ordre, warrants agricoles, chèques sans oublier que le simple fait du règlement par un chèque ne saurait lui seul justifier la compétence commerciale (Colmar., 27 mars 1977 : RJAL 1977, 187).

⁵⁸⁶ Cass. Com., 18 févr. 1975 : Bull. civ. IV, n°48, pour des sociétés anonymes d'expertise comptable.

⁵⁸⁷ J. AZEMA et al., *op.cit.*, p. 114 et s. La catégorie d'actes de commerce renferme des actes déterminés qui ne sont commerciaux que s'ils sont répétitifs, par habitude ou par profession. Ces actes peuvent être passés à distance et par la voie électronique dans la mesure des possibilités techniques et de leur comptabilité à l'objet du commerce électronique. Leur répétition à titre professionnel confère la qualité de commerçant à celui qui réalise ces actes. La deuxième catégorie est celle des actes qui sont commerciaux en toutes circonstances, quelle que soit la personne qui les accomplit. La forme utilisée entraîne la commercialité de l'acte.

⁵⁸⁸ TGI, Mulhouse (France), Jugement correctionnel, n°122/2006, du 12 janvier 2006 ayant condamné un revendeur d'objets mobiliers sur Internet à une amende délictuelle de 3800,00 euros (trois mille huit cents), pour l'infraction d'exécution d'un travail dissimulé et pour l'infraction de non tenue du registre. [...] « Le caractère intentionnel de l'infraction résulte de la volonté de l'intéressé de se soumettre à la fois aux limites imposées aux non professionnels et aux règles encadrant l'activité des professionnels. », Commentaire du site [<http://www.davidtate.fr/>] (consulté le 22 février 2016) : « L'activité de vente d'objets mobiliers usagers ou acquis à des personnes autres que celles qui les fabriquent ou qui en font le commerce impose au vendeur sur internet de biens mobiliers qui se comporte comme un professionnel de tenir un registre contenant une description des objets acquis ou détenus en vue de la vente ou de l'échange en permettant l'identification de ces objets ainsi que les personnes qui les ont vendus ou apportés à l'échange. »

⁵⁸⁹ Il suffit de considérer les ventes en lignes (acte de commerce et acte juridique), la publicité en ligne (fait juridique pour son destinataire et recevoir sans accord) ou encore les moteurs de recherche (fait économique ou technique pour faciliter l'utilisation ou le visionnage d'un contenu en ligne).

⁵⁹⁰ *Ibidem.*, p. 30.

électronique sont de la nature des contrats commerciaux, c'est leur particularisme technologique de conclusion qui fait d'eux des contrats électroniques, en tant qu'institution juridique spécifique.⁵⁹¹

2. La typologie contractuelle et non-contractuelle du commerce électronique

211. Au sens de l'acquis européen, « [l]es services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion des contrats en ligne ».⁵⁹² Un genre particulier des SSI est celui consistant à proposer des conclusions de contrats en ligne. Les contrats électroniques sont un type de contrats perçus au regard de la spécificité de leur mode de conclusion par la voie du réseau.

212. Les typologies contractuelles et non-contractuelles ressortent de la définition du commerce électronique, à l'article 14 de la LCEN évoquant la personne qui « propose » et « assure » à distance par la voie électronique, la fourniture des biens et des services. « Proposer » comporte le sens premier d'une offre (contractuelle), tandis qu'« assurer la fourniture des biens » découle naturellement d'un contrat de vente (en ligne). Il en est ainsi également quant à « proposer », qui n'est pas un acte bilatéral car, les acteurs restent à ce stade en dehors de la sphère contractuelle. Et, il a déjà été conclu que la simple proposition de contrat dans le commerce électronique est un service de la société de l'information à part entière, à valeur non-contractuelle. Par ailleurs, l'article 14, alinéa 2 de la LCEN cite des services comme « fournir des informations en ligne [...] et des outils de recherche » qui sont des faits juridiques, donc non-contractuels, entre le prestataire et le destinataire du service. De manière pertinente, la LCEN démontre une séparation *a rubrica* entre ces deux typologies.

213. Ainsi, la « publicité par voie électronique » est l'emblématique paradigme d'activités non-contractuelles en ligne, faisant l'objet du chapitre II de la LCEN. En revanche, les « contrats sous forme électronique » ont été insérés par le « Chapitre III : les obligations souscrites sous forme électronique » de la LCEN, désormais inséré au titre du chapitre VII du titre III du livre III du code civil français.

214. Premièrement, la typologie contractuelle des activités du commerce électronique est illustrée par l'article 1369 du code civil français. Inséré par la LCEN, cet article consacre un nouveau « formalisme propre qui atteint tous les contrats conclus dans l'orbite du commerce électronique ».⁵⁹³ Des règles de fond et de forme particularisent le contrat passé par voie électronique.⁵⁹⁴ En substance le formalisme électronique est manifesté par les éléments suivants :

- une phase précontractuelle préalable : obligation d'information consécutive à une offre de contracter en ligne⁵⁹⁵ ;

⁵⁹¹ Dans certains cas de figure, il est vrai, ces activités peuvent être la conséquence d'un contrat conclu hors ligne, mais exécutées sur le réseau ou à travers la voie électronique. Il peut ainsi s'agir d'un contrat d'abonnement ou d'achat de journaux en ligne conclus sur papier, dans les installations d'une agence de presse, mais dont la fourniture consiste en l'accès en ligne des livraisons ou des éditions publiées par voie électronique. Même si le service d'édition de journaux en ligne est un service de la société de l'information et relève en soi du ressort du commerce électronique, le contrat à sa base, lui, n'est pas électronique au sens de la directive 2000/31/CE.

⁵⁹² Considérant n°18, Directive 2000/31/CE, préc.

⁵⁹³ C. CASTETS-RENARD, « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée », Defrenois, octobre 2006, n°20/06, p. 1529.

⁵⁹⁴ Article 1127-1, C.civ., préc. Cet article réforme le droit des contrats à l'ère numérique. Il exige le « double clic » pour la vérification des éléments essentiels de l'offre (1^{er} clic) et pour leur validation contre accusé-réception sur la même plateforme (2^e clic).

⁵⁹⁵ Art. 1369-4, C.civ. Pour exception au principe : art. 1369-6, C.civ. : « il est fait exception aux obligations visées aux 1° et 5° de l'article 1369-4 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-5 pour les contrats de fourniture de biens ou de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques ». Tout autant ; « il peut, en outre [y] être dérogé [...] dans les conventions conclues entre professionnels ».

- la formalité du double clic pour l'échange de consentement contre accusé-réception automatique et « sans délai injustifié »⁵⁹⁶ ;
- l'obligation post-contractuelle d'archivage du contrat électronique.⁵⁹⁷

215. C'est ainsi qu'il peut aussi être lu à l'article 1369-1 du Code civil inséré par la LCEN : « Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens et des services, *met à la disposition les conditions contractuelles* applicables d'une manière qui permettent leur conservation et leur reproduction ». Cette obligation ne peut être réalisée que par la mise à disposition d'une plateforme technologique.

216. Deuxièmement, la directive 2000/31/CE avait cité des activités du commerce électronique n'aboutissant pas nécessairement⁵⁹⁸ en des contrats électroniques.⁵⁹⁹ L'article 14, alinéa 2, de la LCEN paraphrase l'acquis européen en ajoutant, comme exemple de tels services : « des outils [...] d'accès à un réseau d'information ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui le reçoivent ». En rallongeant ainsi l'acquis communautaire européen, ce supplément de la liste française réinscrit les opérateurs des télécoms à la liste des prestataires techniques du commerce électronique. « *Nous vivons [en effet] dans une économie de l'accès qui valorise le messenger* ». ⁶⁰⁰ Les prestataires techniques assurent l'accès en gérant les maillons de l'architecture du réseau, sans lequel les requêtes d'utilisateurs ne sauraient parvenir aux extrémités de production et de consommation des biens et des services du commerce en ligne. L'espace numérique est peuplé d'intermédiaires techniques, dits « infomédiaires »⁶⁰¹ qui « tous sont nécessaires au stockage et au transport de l'information. Si beaucoup de ces acteurs ont été identifiés assez précocement par le système juridique, qui leur a d'ailleurs conférés au passage un régime de responsabilité allégée propice à leur éclosion (au sein de directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 et de sa transposition française, la [...] LCEN de 2004) d'autres opérateurs spécialisés [...] occupent désormais une place croissante dans l'économie numérique ». ⁶⁰²

3. Le contrat électronique dans les évolutions de la transposition française de l'acquis européen

217. À l'ère numérique, la LCEN a amené en 2004 une transformation juridique en instituant le contrat électronique, sans cependant le définir. À propos, les éléments génériques

⁵⁹⁶ Art. 1369-5, C.civ.

⁵⁹⁷ Art. 134-2, C. consom., créé par la LCEN et exécuté désormais par décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation (JORF, n°0151, 30 juin 2016, texte n°62). Il abroge le décret n°2005-137 du 16 février 2005 pris en application de l'article L.134-2 du C. consom. Pour tout contrat d'une valeur de 120 euros, le contractant professionnel par voie électronique doit conserver l'écrit (*instrumentum*) pendant un délai de 10 ans et en garantit l'accès à tout moment à son cocontractant s'il en fait la demande. L'article 8 du décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 fait courir le délai de conservation à compter du jour de la conclusion du contrat en cas de livraison ou d'exécution immédiate, sinon à dater de la livraison du bien ou de l'exécution de la prestation.

⁵⁹⁸ À titre de rappel, il est possible que ces services, dans certains cas, donnent lieu à des contrats d'adhésion, avec des cases à cocher pour marquer son acceptation aux conditions générales d'un site avant l'accès aux services d'accès aux données ou au moteur de recherche. Il s'agit des contrats d'adhésion auxquels certains sites web d'abonnement gratuit ou de courrier électronique soumettent leur usager, mais encore là cela ne constitue pas en réalité des contrats électroniques au sens complet du terme.

⁵⁹⁹ Considérant n°18, directive 2000/31/CE, préc. À titre d'exemple, il en est ainsi des « services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données ».

⁶⁰⁰ A. STROWEL, « Introduction », *Google et les nouveaux services en ligne. Impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, Larcier, 2008.

⁶⁰¹ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 39 et s.

⁶⁰² *Ibidem*, pp. 39-40 et 42. Notamment : « Ces prestataires dont le statut demeure incertain [...] d'une part, agrègent les contenus pour donner corps à la multitude dans un ensemble organisé, d'autre part, ils référencent et hiérarchisent l'information de telle sorte qu'elle soit visible sur les réseaux. »

du « contrat par voie électronique » européen, restent les mêmes qu'en droit français pour le « contrat électronique ».

218. La transposition française de l'acquis européen du contrat électronique est tributaire des enjeux de transition du téléachat (1989), des contrats à distance (1997) jusqu'aux activités numériques ayant influé sur le droit, y compris la commercialisation des services financiers à distance (an 2002). À l'ère numérique, la « loi Hamon » de 2014 a enrichi l'acquis européen du commerce électronique.⁶⁰³ Elle a innové avec le « contrat hors établissement » (2014). Elle a aussi fusionné des régimes auparavant distincts entre le démarchage à domicile, donnant lieu au « contrat hors établissement »,⁶⁰⁴ et la vente à distance donnant lieu au « contrat à distance »⁶⁰⁵ auquel s'attache le « contrat électronique ». Sachant qu'ils ne sont pas applicables aux contrats conclus avant le 13 juin 2014, leurs régimes spécifiques portent sur les obligations d'informations précontractuelles et le droit de rétractation post-contractuelle,⁶⁰⁶ en excluant les contrats notamment ceux portant sur les services financiers et les jeux d'argent.⁶⁰⁷ L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016⁶⁰⁸ ne donne pas de définition du contrat électronique, si ce n'est que de façon « elliptique ». ⁶⁰⁹ Ainsi, malgré les évolutions du droit français, la définition textuelle du « contrat électronique » n'est pas fournie et son sens précis reste laconique. Sur les traces de la doctrine, une définition de synthèse doit être approchée.

219. Partant du droit européen, la « section 3 : contrat par voie électronique » de la « directive sur le commerce électronique » du 8 juin 2000 constitue la rubrique centrale de la matière. La directive retient une approche, orientée vers la source des obligations, à savoir : le « contrat », en ajoutant la particularité du formalisme technologique de sa conclusion « par la voie électronique ». En France, en revanche, le « *Chapitre III: les obligations souscrites sous la forme électronique* » (articles 25 à 27 de la LCEN^o) s'oriente vers la valeur de l'écrit électronique et les effets obligatoires dont le contrat est la source en précisant la voie de souscription à ces obligations, à savoir : la voie électronique. De plus, à l'article 25 de ce même chapitre de la LCEN, « chapitre VII : Des contrats sous forme électronique » regroupe les articles 1369-1-2 et -3 du code civil français. dans sa formule, l'intitulé législatif ne prend pas seulement en compte la source contractuelle des obligations entre parties, mais aussi leur source extracontractuelle ou légale. Cette compréhension rejoint finalement celle de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Sous le titre des contrats par voie

⁶⁰³ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (« loi Hamon »), JORF, n°0065 du 18 mars 2014, texte n°1, p.5400.

⁶⁰⁴ Article L. 121-16-1, C. consom. Notamment (le contrat de vente) est conclu dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial du professionnel ou conclu dans l'établissement après que le consommateur ait fait l'objet d'une offre dans un lieu différent de celui où le professionnel exerce son activité habituellement, et en particulier lors d'une excursion organisée par le professionnel. »

⁶⁰⁵ Article L. 121-16-1, C. consom. Le Contrat à distance « est un contrat entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance »

⁶⁰⁶ A. N'DOUBA, « Loi Hamon : le nouveau régime des contrats conclus à distance et hors établissements », in *Village de la justice, La communauté des métiers du Droit*, étude d'avocat, 10 juin 2014 [<http://www.village-justice.com/articles/loi-hamon-nouveau-regime-des,17093.html>] (consulté le 11 janvier 2017). J. CALAIS-AULOY, *op.cit.*, pp. 555- « Titre 3 : Règlements particuliers des contrats à distance et hors établissement » ; « Chapitre 1 : Contrats à distance » ; « Chapitre 2 : Contrats hors établissements ».

⁶⁰⁷ Article L. 121-16-1, 1° C. consom.

⁶⁰⁸ JORF, n°0064, 16 mars 2016, texte n°29.

⁶⁰⁹ Ordonnance, n°2016-131 du 19 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, 11 février 2016. L'ordonnance est applicable dès le 1^{er} octobre 2016. Pour le qualificatif « définition actuelle, elliptique » : J. ROCHFELD, « la définition du contrat électronique », *op.cit.*, p.30. L'auteur envisageait l'article 1128 du projet de réforme du code civil : « Quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique la fourniture des biens ou la prestation de service me à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction ».

électronique, elle aborde à la fois les obligations découlant du contrat et les obligations découlant des sources extérieures au contrat, à savoir : régime légal pré- et post-contractuel en ligne.

220. Il y a bien là une évidente mise en avant-plan de deux types de sources classiques des obligations : celles découlant du contrat, loi des parties, et celles provenant de la loi, œuvre du législateur institué. Contracter en ligne est donc une modalité particulière dans les formes et étapes prescrites par la loi. Il fait naître des obligations légales particulières. Les sources et les régimes du contrat électronique sont clairs, mais sa définition reste à déceler et à clarifier. En effet, la définition de l'article 14, alinéa 1^{er} de la LCEN parle d'« activité par laquelle une personne propose ou assure à distance et par la voie électronique la fourniture des biens ou de services ».⁶¹⁰ L'article 1368-1 du Code civil français dispose : « quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction ».⁶¹¹

221. Si les deux dispositions ci-dessus n'avancent guère une véritable définition du contrat électronique, elles démontrent néanmoins le particularisme unanime du contrat formé par la voie électronique. Le contrat en ligne s'assimile bien au profil du contrat à distance, sans jamais perdre leur fondement commun du code civil.⁶¹² Mais, sa marque spécifique d'identification réside dans le mode technologique de sa conclusion (qui lui confère un régime spécial). En effet, « la passation à distance des contrats par l'intermédiaire de systèmes informatiques, donnée essentielle du commerce électronique, implique tout à la fois la dépersonnalisation du processus et la dématérialisation du contrat, au sens instrumentaire du terme ».⁶¹³ La condition *sine qua non* du contrat en ligne (et d'application de son régime spécial) s'attache au schéma technique de passation/acceptation des commandes en ligne, c'est-à-dire par voie électronique grâce au « double clic ».

222. Aujourd'hui, les sources européennes et françaises des contrats à distance et des contrats électroniques se recoupent totalement dans leurs définitions. L'article 121-16 a réhabilité en France le sens de l'acquis européen « par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ».⁶¹⁴ Les contrats « entre absents » comblent l'ancienne distorsion des « contrats entre non-présents » qui différenciait l'acquis européen du droit français. L'éloignement des parties est exigé durant tout le processus contractuel en ligne, y compris pour la phase précontractuelle. Auparavant, la transposition de la directive 97/7/CE était faite par l'ancienne ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 se rapportant aux contrats à distance.⁶¹⁵ Sous l'ancien régime, il découlait deux critères cumulatifs qui particularisaient la transposition française : l'utilisation de la technique

⁶¹⁰ La teneur de l'article 14 de la LCE dépasse la spécialité de la définition du contrat électronique parce qu'elle recouvre l'ensemble du commerce électronique. La LCEN fait juste comprendre l'objet possible du contrat qui est la « fourniture de biens ou de services ».

⁶¹¹ Les codifications du code civil, on ne peut que saisir les obligations légales spécifiques qui s'attachent à de telles conventions.

⁶¹² Cf. article 1101, C.civ. Cet article couvre le contrat électronique, en tant que tout contrat est une « convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

⁶¹³ F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t.437, Paris, 2005, p. 291.

⁶¹⁴ Article 121-16, 1°, *in fine*, C. consom.

⁶¹⁵ Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JORF 25 août 2001, p. 13645. La loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de concurrence au service des consommateurs modifie notamment cette Ordonnance en introduisant des changements aux dispositions intéressant l'information précontractuelle, les délais de livraison et l'exercice du droit de rétractation.

de communication n'était autrefois exigée qu'à la conclusion du contrat à distance. Par apport à l'acquis européen, le revirement du législateur français efface sa divergence du « *contrat entre parties non présentes* », en adoptant le sens de la directive 97/7/CE consacrant le « *contrat entre parties absentes* ». Cette transition juridique est importante du moment qu'elle prend en compte une distance plutôt technologique (liée au cyberspace) en relation avec une distance géographique (liée à l'éloignement physique entre parties).

223. Ainsi, la doctrine doit être ajustée sur le contrat électronique qui reste un type particulier de contrat à distance. Selon Florence Mas, « *le contrat à distance se définit comme le contrat conclu par l'utilisation d'une technique de communication à distance, impliquant le défaut de présence physique simultanée des parties* ». ⁶¹⁶ En 2005, Geoffray Brunaux avait évoqué la grande différence entre « *la conception communautaire du contrat à distance plus théorique* » ⁶¹⁷ en soutenant que « *l'approche du législateur français est plus pragmatique* ». ⁶¹⁸ Le législateur français n'avait pas régi la « *circonstance d'utilisation* » ⁶¹⁹ précontractuelle des outils de communication « *conçus essentiellement pour combler les lacunes de l'éloignement géographique et surpasser les obstacles matériels se dressant* » entre elles. ⁶²⁰ Aujourd'hui encore l'utilisation d'une technique de communication à distance est concevable malgré la présence physique des parties, mais ce qui importe est que « *l'articulation communautaire des éléments constitutifs du contrat à distance* » est réalisée. ⁶²¹ La doctrine proposait déjà une définition qui s'éloigne davantage des conditions d'éloignement géographique du « *contrat entre absents* », pour ressortir en avant-plan la condition d'utilisation d'une technique de communication à distance. Les communications électroniques permettent de surmonter les obstacles géographiques, tout autant qu'elles peuvent ignorer la présence simultanée. Le contrat à distance est finalement celui qui se déroule entièrement depuis son offre, jusqu'à sa conclusion à l'aide des techniques de communication à distance, y compris les moyens électroniques.

224. Toujours est-il qu'il subsiste la distorsion *ratione personae* entre contrat électronique et contrat à distance. La définition française du « *contrat à distance* » distinguait en 2001 entre « *toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation* », ⁶²² mais l'article 34 de l'ordonnance n°2016 du 14 mars 2016 l'a redéfini comme « *tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur* ». ⁶²³ En intervenant comme type particulier de contrat à distance, le contrat électronique reste néanmoins lié au commerce en ligne. Contrairement au monisme des parties B2B du premier, ce dernier ne concerne pas uniquement les rapports B2B, mais aussi B2C et C2C. ⁶²⁴ Son régime s'apprécie au vu de son objet et des parties à sa conclusion, comme en droit commercial des contrats. L'objet du contrat électronique peut correspondre à un acte de commerce par nature, à un acte juridique ou encore plus classiquement en obligation de donner, de faire, de ne pas faire, peu importe que les parties soient commerçantes ou de simples particuliers. L'acception du contrat électronique déborde

⁶¹⁶ F. MAS, *op.cit.*, p. 149.

⁶¹⁷ G. BRUNAUX, *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, LGDJ, coll. thèses, Paris, 2010, pp. 148 et s.

⁶¹⁸ *Ibidem*, pp. 148-149.

⁶¹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ *Ibid.*

⁶²² L'ordonnance n°2001-741 (préc.), autrefois insérée à l'article L. 121-16, C. consom., avait défini le contrat à distance comme « *toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communications à distance* ».

⁶²³ Article 121-16, 1°, C. consom.

⁶²⁴ Pour détails *ratione personae* des contrats électroniques : section 2, du présent chapitre de thèse.

encore quelque peu de celle des contrats à distance, tout autant que ces derniers peuvent ne pas être électroniques s'ils sont conclus par la voie postale.

225. En toute hypothèse, la voie électronique reste de mise pour conclure le contrat en ligne. Elle fonde également la singularité de certaines activités économiques, qui sont uniques au commerce électronique. L'intermédiation technique et les communications commerciales font partie des typologies spéciales des activités numériques. **(B.)**

*B./ LES TYPOLOGIES SPÉCIALES DES ACTIVITÉS NUMÉRIQUES
D'« INTERMÉDIATION TECHNIQUE » ET DE « COMMUNICATIONS COMMERCIALES »
DANS LA TRANSPOSITION FRANÇAISE DE L'ACQUIS EUROPÉEN*

226. Le commerce électronique est rapproché en droit européen des « services de la société de l'information ». Il a l'information comme valeur centrale « pour dépendre de la nature de l'objet envisagé : les informations, les données personnelles, les fichiers ». ⁶²⁵ Comme l'avait déjà perçu le Professeur Pierre Catala, ⁶²⁶ les techniques numériques opèrent la mise en donnée des réalités et le commerce en ligne est inhérent à l'économie informationnelle, dont le contenu est une combinaison binaire des 0 et 1, organisée dans une logique cybernétique pour l'intelligence de la machine. L'information arrive aux organes sensoriels de la personne humaine, via un média, en tant qu'« élément de connaissance susceptible d'être conservé, traité ou communiqué ». ⁶²⁷ Elle est « tout message communicable à autrui par un moyen quelconque ». ⁶²⁸ Elle est « indépendamment de son support matériel [...], [...] un produit et possède, quand le commerce n'en est pas interdit, une valeur marchande ». ⁶²⁹ Ainsi, « la formulation est une condition nécessaire de sa réalité comme objet de droit ». ⁶³⁰

227. « [L]e développement des échanges électroniques [est] inévitablement couplé à l'échange de données. [...] Aujourd'hui, tous les traitements ont alors tendances à être présentés comme nécessaires. » ⁶³¹ En tant que telle, l'information a besoin d'être traitée, stockée, conservée et rendue disponible. Dans le réseau, elle peut avoir la forme d'un signal électronique, transporté, accessible ou disponible d'un point à un autre sans en modifier le contenu. À sa récupération, elle peut être de nature informative ou commerciale. « Dans ce contexte, ce ne sont plus seulement les radiodiffuseurs classiques ou les éditeurs de presse qui maîtrisent la diffusion de l'information, mais des géants économiques à la tête d'incommensurables réseaux de données. » ⁶³²

228. En Europe et en France, le cadre juridique du commerce électronique s'est construit progressivement, en posant des fondements qui demeurent encore solides face aux évolutions d'enjeux de l'économie numérique. ⁶³³ En transposant la directive 2000/31/CE, la LCEN a établi un statut et un régime spécifiques pour deux typologies juridiques d'activités, à savoir :

⁶²⁵ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 41 et 52.

⁶²⁶ P. CATALA, *op.cit.*, p. 264 et s. Selon le professeur Catala, « une information n'existe que si elle est exprimée dans une forme qui la rende communicable ». (Cf. V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 41 et 52.)

⁶²⁷ *Ibidem.*

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ L. MARINO, « La protection des données personnelles et le contrat électronique », *op.cit.*, pp. 410, 424

⁶³² V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 41 et 52.

⁶³³ Sur ce point, l'aspect d'analyse est objectif, car il porte sur l'objet de l'activité informationnelle à l'intérieur des maillons du réseau et à sa forme extérieure de récupération par les médias. D'autres aspects d'encadrement du marché électronique portent sur les personnes en tant qu'acteurs. Ils sont abordés à la section 2 du présent chapitre.

l'intermédiation technique par opposition aux éditeurs (1) et les communications commerciales par opposition aux messages informatifs. (2)

1. La typologie particulière des prestataires techniques du commerce électronique entre fourniture de moyens techniques et fourniture de contenus dans ses enjeux, statuts et régimes en droits européen et français

229. L'infrastructure des télécoms et le travail technique sont la base indispensable du commerce électronique. Les « fournisseurs de moyens techniques »⁶³⁴ assurent une intermédiation dans la circulation, l'accès et la disposition de l'information qui est le moyen, l'objet ou la finalité des transactions économiques en ligne. Les prestataires techniques sont en principe non-responsables du contenu numérique, puisqu'ils restent neutres et étrangers aux tractations des parties dans le commerce juridique. Leur catégorie est constituée par opposition aux « fournisseurs de contenus ».⁶³⁵

230. Cependant, dans les faits, les géants prestataires techniques, comme Google, avec près de 90% des parts de marché des moteurs de recherche généraliste en France (contre 67% aux États-Unis)⁶³⁶, commencent eux-mêmes à proposer des types de services offerts par ceux pour qui ils sont censés opérer, en influençant voire en discriminant certains modes d'intermédiation technique.⁶³⁷ Les services techniques qu'ils proposent à leurs utilisateurs sur le versant « contenant » du commerce électronique, affectent le versant « contenu » dont ils ne sont ni prestataires, ni créateurs, ni consommateurs. Leur puissance et leur emprise sur le marché sont très significatives, suite à l'effectivité de leurs conditions d'offre contribuant à renforcer leur position dominante ou leurs politiques de concentration.⁶³⁸ À l'analyse, leur attitude d'omnipuissance intéresse le droit de la concurrence, mais, elle démontre que les typologies juridiques peuvent être fusionnées dans la réalité du marché électronique. « Dans une économie libérale, la production de la valeur passe certes par le marché, mais se nourrit également d'instruments juridiques qui organisent [...] sa captation ».⁶³⁹

231. Aussi, les fondements juridiques de l'an 2000 doivent-ils faire face aux évolutions du marché électronique. Avec la directive 2000/31/CE et la LCEN de 2004, les enjeux primordiaux étaient la catégorisation des fournisseurs techniques et l'organisation juridique de leurs rôles dans le commerce électronique. Au fil du temps, « la concentration de l'information et le contrôle dans la main d'acteurs puissants constitue un danger démocratique majeur, une menace pour le pluralisme et la liberté d'expression ».⁶⁴⁰ Aujourd'hui, « [l]a toute puissance s'affiche là et pourtant, la réponse du droit tarde à venir pour réguler ces nouveaux acteurs et leurs comportements ».⁶⁴¹

⁶³⁴ V. FAUCHOUX, P. DEPEZ, J.-M. BRUGUIÈRE, *Le droit de l'Internet, lois, contrats et usages*, 2^e éd. Lexis/Nexis, coll. Communication et commerce électronique, Paris, 2013, pp. 377-396. Les fournisseurs de moyens techniques sont appelés : « intermédiaires techniques », « prestataires intermédiaires », « prestataires techniques » ou encore « infomédiaires ». Ce sont : les opérateurs télécoms, les fournisseurs d'accès à internet et les hébergeurs.

⁶³⁵ *Ibidem*, pp. 396 et s. Parmi les « fournisseurs de contenus », l'article 6, III, LCEN distingue deux catégories d'éditeurs, avec deux régimes différents : les éditeurs professionnels (dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne) et les éditeurs amateurs (le faisait à titre non-professionnel)

⁶³⁶ J. ROCHFELD, « Les géants d'internet et l'exploitation des données personnelles : l'activation du droit « à l'oubli » numérique à l'égard des moteurs de recherche », in M. BÉHAR-TOUCHAIS, *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, vol.1, IRJS éd., Paris, 2015, p. 90. « Google, car ce moteur est un acteur super-dominant du marché, intervenant dans près de 90% des recherches (contre 67% aux États-Unis). »

⁶³⁷ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 43-44. « Il suffit d'un changement des paramètres de l'algorithme, décidé de manière unilatérale par les concepteurs du moteur. »

⁶³⁸ O. ITEANU, *op.cit.*, p. 27-28. M. BÉHAR-TOUCHAIS, *op.cit.*, p. 90.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁴⁰ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 57.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 44.

232. Pour les intermédiaires techniques, la politique législative en Europe et en France visait principalement à ne pas freiner l'élan de l'offre des moyens techniques d'accès aux valeurs marchandes du commerce électronique, tout en suscitant la croissance des investissements, dans l'économie numérique. « Le législateur européen a rapidement compris la nécessité de mettre hors de cause ces acteurs essentiels dans la société de l'information. Il est évident que si un hébergeur engage sa responsabilité en raison de l'illicéité du contenu qu'il héberge, il abandonnera rapidement cette activité à risque, au détriment du développement de l'Internet et de l'économie. »⁶⁴² L'objectif primordial du législateur européen était d'affirmer un principe de responsabilité allégée, allant dans le sens de la construction du marché intérieur et de la confiance.

233. Le droit français, conformément à l'acquis européen, distingue aux articles 6 et 9 de la LCEN, les « intermédiaires techniques »⁶⁴³ : fournisseurs de moyens techniques⁶⁴⁴ et les « éditeurs professionnels et amateurs »⁶⁴⁵ : fournisseurs de contenus⁶⁴⁶. Dans le commerce en ligne, la catégorie des prestataires techniques est donc opposée donc à celle des fournisseurs de contenu, sur la base du principe de neutralité technologique. Les premiers font profession d'activités structurant le commerce électronique, en opérant sous le régime du droit du cyberspace.⁶⁴⁷ Les seconds produisent et éditent des informations, dont ils ont le contrôle de la teneur, comme en droit de la presse. En d'autres termes, les premiers n'interviennent pas sur le contenu qu'ils transportent ou hébergent, tandis que les autres sont justement les éditeurs desdits contenus. Par conséquent, leurs sources de définition ainsi que leurs régimes de responsabilité diffèrent. Si le chapitre 2, section 4 de la directive 2000/31/CE est consacrée aux activités de « *fourniture de moyens techniques d'accès au réseau ou de diffusion* », cette directive ne régit cependant pas les activités de « *fournitures de contenus [en ligne]* ».⁶⁴⁸

234. Les prestations techniques sont consubstantielles et indispensables au commerce électronique, pour lui servir de contenant, de support et de véhicule. En droit, ce sont des « services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire de services ».⁶⁴⁹ Dans l'acquis européen, les services électroniques concernés sont : le transport dit « *mere conduit* »,⁶⁵⁰ le stockage dit « *caching* »⁶⁵¹ et l'hébergement⁶⁵² de l'information en ligne. En France, ils sont définis et insérés par la LCEN aux articles L32-3-3 et L32-3-4 du CPCE, en ajustant l'acquis européen

⁶⁴² C. CASTET-RENARD, *op.cit.*, p. 322 (Les idées fondamentales de protection des acteurs et du développement conséquent de l'économie numérique demeure, même si l'exemple ici est celui des hébergeurs.)

⁶⁴³ Art. 6, I, LCEN.

⁶⁴⁴ A. HOLLANDE et X. LINANT DE BELLEFONDS, *op.cit.*, pp. 336-348. L'auteur aborde la responsabilité des fournisseurs des moyens, à la différence de celle des fournisseurs de contenus. En matière de responsabilité pénale, il distingue les fournisseurs de moyens complices, les fournisseurs des moyens receleurs. Dans ses typologies générales, il parle de fourniture de logiciels d'échanges « *peer to peer* », la fourniture d'outil de recherche en plus de la fourniture d'accès et d'hébergement.

⁶⁴⁵ Art. 6, III, LCEN.

⁶⁴⁶ J. HUET et E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, Paris 2011, pp. 74-75. A. HOLLANDE et AL., *op.cit.*, pp. 336. Cf. pour l'appellation : « responsabilité du détenteur des moyens informatiques de diffusion »

⁶⁴⁷ K. NDUKUMA ADJAYI, *op.cit.*, p.53. Le Droit des télécommunications, le Droit de l'Internet et le Droit du multimédia font partie du Droit du cyberspace qui les englobent tous, convergence oblige.

⁶⁴⁸ Le Chapitre 2, section 4 de la directive 2000/31/CE, réservé aux « prestataires intermédiaires » (sous leur aspect organique), fournit plutôt des définitions de l'objet de leurs activités (sous leur aspect matériel). Dans tous les cas, seuls les prestataires intermédiaires bénéficient du régime favorable d'irresponsabilité sous condition, à condition que l'activité demeure matériellement dans les domaines de définition respectifs.

⁶⁴⁹ Considérant n°18, directive 2000/31/CE, préc.

⁶⁵⁰ Article 12, directive 2000/31/CE, préc.

⁶⁵¹ Article 13, directive 2000/31/CE, préc.

⁶⁵² Article 14, directive 2000/31/CE, préc.

par le terme « *transmission* » pour « transport » et par l'ajout du régime des « *fournisseurs d'accès à Internet (F.A.I.)* » non-explicitement dénommés dans la directive 2000/31/CE.

235. En considération des trois types d'activités d'intermédiaires techniques qu'elle définit, le droit leur applique ce régime de responsabilité conditionnelle.⁶⁵³ Le principe est celui d'exonération de leur responsabilité, sauf dans deux cas. Ils sont responsables en cas de contribution active ou passive aux faits litigieux ou à défaut de promptitude d'action à mettre fin à une violation ou à un fait illicite lorsqu'ils en sont requis.⁶⁵⁴ De même, la transposition française a adopté le régime d'irresponsabilité de principe des intermédiaires techniques, quant aux contenus qu'ils hébergent, transportent ou stockent. La LCEN a donc eu pour fonction d'instituer un régime de responsabilité autonome, avec des dispositions communes pour les fournisseurs d'accès, les hébergeurs, les opérateurs de transport et de *caching* (articles 6 et 9 de la LCEN, codifiés et insérés à l'article L.32-3-4 du CPCE) et des dispositions plus spécifiques pour les opérateurs de transmission et des fournisseurs d'accès (article L.32-3-3, CPCE).⁶⁵⁵

236. En restant silencieux quant aux fournisseurs de contenus, la *ratio legis* de la directive 2000/31/CE et la LCEN a été la même en remplacement du Chapitre VI de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication qui encadrait la responsabilité des prestataires des services de l'internet. Le nouvel objectif législatif était d'aménager un régime favorable aux « prestataires intermédiaires »⁶⁵⁶, en vue d'encourager le développement de leurs activités sans leur faire craindre des responsabilités trop lourdes. Cette politique entendait stimuler l'innovation et les investissements dans le réseau sans lequel le commerce en ligne n'est pas possible, tout en protégeant les consommateurs.⁶⁵⁷

237. Ainsi, la responsabilité des fournisseurs de contenus est moins allégée que celle des fournisseurs de moyens techniques dans le commerce électronique. Ce régime (moins allégé) consiste en une obligation générale de surveillance sur le contenu publié ou édité, sous peine de sanctions civiles et pénales du droit commun.⁶⁵⁸ C'est le droit de la presse⁶⁵⁹ qui reste

⁶⁵³ C. FÉRAL-SCHUHL, *op.cit.*, p. 754. Cette solution et cette méthodologie de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique est « à l'exemple de la loi allemande du 1er août 1997 relatives aux « téléservices » et de la loi américaine (*Digital Millenium Copyright Act* du 28 oct. 1998) »

⁶⁵⁴ Considérant n°46, directive 2000/31/CE, préc. La solution posée est la suivante : « afin de bénéficier d'une limitation de responsabilité, le prestataire d'un service de la société de l'information doit, dès qu'il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités, agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».

⁶⁵⁵ Dans le CPCE, le terme « télécommunication(s) » a été remplacé par le terme « communications électroniques », tel que modifié par l'article 1, de la Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JORF, 10 juillet 2004.

⁶⁵⁶ Cf. intitulé de la section 4 : Responsabilité des prestataires techniques, Directive 2001/31/CE, précitée.

⁶⁵⁷ C. CASTET-RENARD, *op.cit.*, pp. 331-332.

⁶⁵⁸ Exemples : usurpation d'identité en prenant le nom d'un tiers dans des circonstances entraînant pour lui des poursuites pénales (art. 434-23, Code pénal français) ; droit au respect de la vie privée avec possibilité de réparation civile et de mise sous séquestre, d'empêchement ou de cessation d'atteinte liée à la publication sans le consentement d'une personne de sa photo dans un lieu privé (art.9 C.civ. français), sans préjudice des poursuites pénales.

⁶⁵⁹ Exemples : 1) obligation de tenir à disposition du public le non du directeur ou du co-directeur de la publication. 2) Droit de réponse dans la presse écrite avec le seul fait générateur d'avoir été « nommé ou désigné » dans une périodique avec faculté de demande des corrections ou des suppressions (art. 13 de la loi de 1881) et dans la communication audiovisuelle avec la condition de subir une « atteinte à son honneur ou à sa réputation » (art.6 de la loi de 1982 sur l'audiovisuel et décret du 6 avril 1987). Le régime du droit de réponse de l'audiovisuel est celui applicable aux communications informationnelles en ligne (communication numérique) depuis que la Cour de cassation française en a jugé ainsi (Crim. 6 mai 2003, *D.* 2003, p. 2192, note E. DREYER, CCE 2003, comm. n°89, obs., cité par J. HUET et al., *op.cit.*, p. 76 et 100). 3) Faculté de garder l'anonymat en ne s'identifiant pas sur le service proposé ou, plus précisément, pour les non-professionnels, sur le site de publication, sous réserve d'avoir donné connaissance de votre identité à l'hébergeur pour conservation (loi du 1^{er} août 2000 et LCEN, art. 6 §III, 2°). 4) Délits de presse : images ou propos dont la publication est de nature à troubler l'ordre public ; diffamations ; injures publiques ; offense au Chef de l'État ; provocation ou apologie de certains délits et crimes (au mobiles de haine et ségrégationnistes), des crimes de guerre, de négations des crimes contre l'humanité ; diffusion de fausses nouvelles susceptibles de troubler la paix publique ; diffusion de photographies montrant une personne menottée ou

applicable pour les éditeurs en ligne. En effet, la LCEN ne consacre pas non plus, pour les fournisseurs de contenus en ligne, un régime spécial, hormis certaines obligations et sanctions. Il s'agit d'une obligation d'identification stricte dans un standard ouvert.⁶⁶⁰ Et, les sanctions pénales sont relatives, notamment à l'apologie des crimes contre l'humanité et à la fausse dénonciation de contenus prétendument illicites.⁶⁶¹

238. Comme enjeu, il est nécessaire de fixer les statuts des intermédiaires techniques du commerce électronique européen et français. Il en découle l'attribution des régimes distincts : une « responsabilité allégée »⁶⁶² pour les prestataires techniques et une « *responsabilité plus lourde* »⁶⁶³ de droit commun ou du droit de la presse pour les éditeurs. Dans la pratique économique, le cumul d'activités est source de difficulté, car elle crée de possibles confusions quant aux statuts d'acteurs prédéfinis par la loi.

239. Au sens de la loi, si l'opérateur de télécoms ne peut être qu'un professionnel d'offre et fourniture de moyens d'accéder à Internet, un arrêt assez isolé de la Cour d'appel de Paris en avait attribué la qualité à une société autre que celle des télécoms, en l'occurrence BNP Paribas. Le juge l'avait soumise aux obligations subséquentes comme FAI, compte tenu du fait qu'elle offrait à ses employés des adresses de courriers électroniques. Le pragmatisme de la décision visait d'obtenir l'identification des auteurs de contenus, sans davantage apporter une extrapolation générale et constante à la catégorie légale d'opérateur technique.⁶⁶⁴

240. Sur le plan technique, l'activité de *caching* s'associe à celle de transport, de fournisseurs d'accès et d'hébergement.⁶⁶⁵ En effet, le « simple transport » correspond aux activités de transmission et de fourniture d'accès, qui peuvent englober le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises.⁶⁶⁶ Dans le transport, le

accidentée au risque de porter atteinte à sa dignité, etc. avec mise en œuvre de responsabilité en cascade (art. 23 à 29, loi du 29 juillet 1881).

⁶⁶⁰ Article 6, III, 1°, LCEN : « Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de la société de communication au public en ligne mettent à disposition du public, dans un standard ouvert : a) s'il s'agit de personnes physiques, leur nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ; b) s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ; c) le nom du directeur de publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 précitée ; d) le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au 2° du I ».

⁶⁶¹ Article 6, I, 4, -7 et VI, -1, -2, LCEN, préc.

⁶⁶² J. HUET et E. DREYER, *op.cit.*, p. 120. Selon les auteurs, la « Directive [du 8 juin 2000 sur le commerce électronique] précise que la responsabilité dérogatoire dont bénéficient ces prestataires constitue une responsabilité allégée, c'est-à-dire une responsabilité ne pouvant être déclenchée que s'ils ont été préalablement avertis du contenu illicite de ce qu'ils transportent ou stockent : ils n'ont pas l'obligation de vérifier a priori la rectitude, mais seulement de régir (sic) a posteriori. Ils peuvent donc attendre qu'on leur signale le caractère illicite des informations en cause (diffamation, contrefaçon, contrariété à l'ordre public) »

⁶⁶³ *Ibidem*, p.32. Etant soumis au Droit de la presse, les éditeurs en tant que fournisseur de contenu doivent veiller *a priori* au respect de l'ordre public, à la défense de la dignité des personnes et des institutions, à lutter contre les discriminations, à l'honnêteté de l'information (etc.) sous peine d'encourir les incriminations et les sanctions du droit pénal de la presse, comme détaillé par la loi française du 29 juillet 1881 dans ses articles 23 et s.

⁶⁶⁴ V. FAUCHOUX et P. DEPREZ, *op.cit.*, p. 230. Cour d'appel de Paris, 4 février 2005, inédit. En cause, la *société World Press Online* requerrait à BNP Paribas « de communiquer l'identité et plus généralement toute information de nature à permettre l'identification de l'expéditeur du message litigieux », suite aux courriels préjudiciables des employés BNP aux siens. Il a été jugé en date du 4 février 2005 par la Cour d'appel de Paris, face au refus de la société de s'exécuter à l'amiable, que ladite société était un prestataire technique, fournisseur d'accès, au sens de l'article 43-7 de la loi (ancienne) du 1^{er} août 2000 et était tenue des obligations légales afférentes à ce statut « de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de la personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elle est prestataire ».

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 332. Au sens de l'article 9, alinéa 1 de la LCEN, codifié à l'article L.32-3-4 du CPCE, le prestataire de « cache » est : « Toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet ».

⁶⁶⁶ Inséré par l'article 9 de la LCEN et l'article 1^{er} de la loi 2004-669 du 9 juillet 2004, l'article L. 32-3-3 du CPCE fixe d'abord le statut de l'opérateur de réseau comme des « personnes assurant une activité de transmission de contenu sur un

caching sert de stockage exclusivement pour l'exécution de la transmission sur le réseau de communications, sans que sa durée n'excède le temps raisonnablement nécessaire à celle-ci.⁶⁶⁷ Selon Luc Grynbaum, l'explication tient du fait que « l'activité de simple stockage intermédiaire est soit d'un fournisseur d'accès qui pour les besoins de son activité utilise la technique de stockage temporaire, soit d'un fournisseur d'hébergement ou hébergeur qui stocke les données pendant la durée souhaitée pour son client ».⁶⁶⁸

241. Dans le réseau, la fonctionnalité de « *caching* » permet un temps très court de traitement de requête, grâce à l'enregistrement, dans une mémoire accessible par l'unité de traitement, des données et des instructions les plus fréquemment utilisées dans le programme en cours, selon les estimations du système d'exploitation.⁶⁶⁹ À la différence, l'hébergeur accueille les données des auteurs et n'a aucune maîtrise sur ce contenu.⁶⁷⁰ Il peut, le cas échéant, en rendre l'accès impossible ou les supprimer de sa plateforme, en vue de faire cesser une violation dûment signalée et/ou sur réquisition administrative ou judiciaire.⁶⁷¹

242. Par ailleurs, un fournisseur de contenu reste un éditeur responsable des images, sons et textes qu'il produit sur le réseau ou qu'il fait héberger à destination d'un public : à défaut pour ce dernier de supprimer un contenu illicite, une responsabilité en cascade peut permettre de remonter la requête en cessation ou en suppression de telle violation à l'échelon de l'hébergeur. En fait, « [s]i les éditeurs de site sont soumis à un régime de responsabilité analogue à celle des éditeurs de presse, les hébergeurs voient, quant à eux, leur responsabilité civile et pénale limitée, dès lors qu'ils ne jouent qu'un rôle passif d'intermédiaire et qu'ils n'ont aucune connaissance des données qu'ils stockent ».⁶⁷²

243. Toutefois, le Web 2.0. a popularisé les outils d'édition en faveur des particuliers et a aussi permis l'expansion de nouveaux métiers de l'Internet.⁶⁷³ Ces phénomènes mettent à l'épreuve les bases initiales de distinction entre prestataires techniques et éditeurs en ligne, sachant que l'hébergement est l'activité la plus glissante entre les deux lignes de démarcation. Les nouveautés de l'économie du Net qui brouillent les frontières d'activités forment une longue liste : fournisseurs de liens hypertextes, moteurs de recherche, forums de discussion, blogs (hébergeurs de blogs et blogueurs), sites de partage, plateformes de commerce en ligne ("*e-market place*").⁶⁷⁴ Plusieurs agrégats électroniques de contenus sont aussi apparus dans le commerce en ligne, notamment : les "*wikis*", encyclopédie des connaissances mutualisées évolutives en ligne, les *flux RSS*⁶⁷⁵, les liens Internet des articles accessibles à souhait avec un

réseau de communication électronique », sans être, en principe, à l'origine des contenus, ni de la sélection du destinataire, ni de la sélection ou de la modification du contenu.

⁶⁶⁷ Article 12 paragraphe 2, Directive 2000/31/CE, préc.

⁶⁶⁸ L. GRYNBAUM, « LCEN : Une immunité relative des prestataires de services Internet », *CCE*, septembre 2004, p.36.

⁶⁶⁹ J. GUALINO, *op.cit.*, p.73. Verbo « *Cache* ».

⁶⁷⁰ C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, p. 345.

⁶⁷¹ Au sens de l'article 6, I, 2 de la LCEN, il s'agit de l'activité des « personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communications au public en ligne, le stockage des signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires des services ». Il n'apparaît pas, dans cette définition, l'aspect spécial de mise à disposition du public, ni des précisions sur le type d'informations (sons, images, écrits). Le fournisseur d'hébergement met à disposition d'un utilisateur des capacités de stockage, moyennant un contrat.

⁶⁷² CONSEIL D'ÉTAT, *La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?*, Un colloque organisé par le Conseil d'État le 6 février 2015, La Documentation française, Paris, 2016, p. 12.

⁶⁷³ V. FAUCHOUX et P. DEPREZ, *op.cit.*, p. 241. Dans les faits, « le Web 2.0. se caractérise essentiellement par la participation croissante de l'internaute dans la création des contenus mis à sa disposition sur Internet, que l'on définit en anglais par "*User Generated Content*" (UGC) également appelé "*Consumer Generated Media*" (CGM) ou "*User Created Content*" (UCC) ».

⁶⁷⁴ V. FAUCHOUX et P. DEPREZ, *op.cit.* pp. 222-257. J. HUET et E. DREYER, *op.cit.*, pp. 92-136. C. FÉRAL-SCHUHL, *op.cit.*, pp. 827-899.

⁶⁷⁵ RSS : *Really simple Syndication* (« souscription vraiment simple ») ou *Rich Site Summary* (« résumé d'un site enrichi »). Il permet de connaître le contenu sommaire d'un site avec possibilité de s'y rendre.

court "*chapo*", etc. Vu la complexité, plusieurs jurisprudences retiennent des qualifications différentes des nouveaux métiers du Web au regard des faits débordant du droit. La fluctuation des décisions de justice entraîne de lourdes conséquences sur la responsabilité des acteurs.

244. À ce propos, le Conseil d'État a estimé en 2015 que « *cette summa divisio entre hébergeur et éditeurs apparaît désormais en partie obsolète* ». ⁶⁷⁶ Les sites de partage ou des moteurs de recherche, disposant du statut d'hébergeurs, « opèrent en réalité un traitement actif et profond sur des données personnelles, du fait qu'elles les indexent, les référencent ou les classent ». ⁶⁷⁷ En tenant compte des effets de référencement et de leurs effets sur la vie privée des personnes, tel qu'effectué par l'hébergeur, celui-ci doit être en mesure d'assumer les obligations incombant à un « *responsable de traitement* », au sens de la directive 95/46 ⁶⁷⁸ du 24 octobre 1995, tel qu'abrogé au 25 mai 2018 par le règlement (UE) 2016/679 sur la protection des données du 27 avril 2016. ⁶⁷⁹

245. Dans son arrêt de 2014 « Google Spain », la CJUE a décidé en 2014 qu'« en explorant de manière automatisée, constante et systématique Internet à la recherche des informations qui y sont publiées, l'exploitant du moteur de recherche procède à un traitement dont il définit les finalités et les moyens. Or, « dans la mesure où l'activité d'un moteur de recherche est susceptible d'affecter significativement et de manière additionnelle par rapport à celle des éditeurs de sites web les droits fondamentaux de la vie privée [...], l'exploitant de ce moteur de recherche [...] doit assurer, dans le cadre de ses responsabilités, de ses compétences et de ses possibilités, que [son activité] satisfait aux exigences [...] d'une protection efficace et complète des personnes concernées ». ⁶⁸⁰

246. Ainsi, ces règles prétoriennes renforcent les précisions législatives permettant d'écarter le régime de responsabilité, mis en place pour les éditeurs de presse par la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, en cas de litiges mettant en cause les hébergeurs. ⁶⁸¹ En droit, par ailleurs, l'activité d'hébergeur de l'article 6, I, 6° de la LCEN est toujours différente de la notion de « producteur » au sens de la loi de 1982, même si dans l'économie numérique les activités peuvent être associées.

247. En outre, pour les activités de production et d'édition de contenus en ligne, le commerce électronique distingue les activités publicitaires avec celles qui sont simplement informatives. L'acquis européen régit la typologie particulière des « communications commerciales », que le droit français fait correspondre à la « publicité ». Celle-ci se déroule en ligne dans des formes variées, mais produisent des enjeux que le droit a su encadrer.

2. *La typologie européenne de « communication commerciale » dans les enjeux français de la « publicité par voie électronique » ou « e-publicité »*

248. Sans aucun doute, la publicité sur Internet va de pair avec l'émergence du commerce électronique et en fait partie intégrante. ⁶⁸² La transition du droit en Europe

⁶⁷⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *op.cit.*, p. 12.

⁶⁷⁷ *Ibidem*.

⁶⁷⁸ Directive 95/46 du 24 octobre 1995 sur la protection par rapport aux personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à leur libre circulation, JO, L 281 du 23 novembre 1995, p. 31-50.

⁶⁷⁹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016, « règlement général sur la protection des données », préc.

⁶⁸⁰ CJUE, *Aff. Google Spain SL, Google Inc. c Agencia Espanola de proteccion de Datos (AEDP)*, Mario Costeja Gonzalez, 13 mai 2014, C-131/12, Gde Chambre, paragr. 38.

⁶⁸¹ V. FAUCHOUX et P. DEPREZ, *op.cit.*, p. 236.

⁶⁸² L. BOCHURBERG, *Internet et commerce électronique, site web. Contrats. Responsabilité. Contentieux*, 2^e éd., Delmas, Paris, 2001, p. 163.

s'illustre par la consécration d'une typologie particulière dite des « communications commerciales » en droit européen et de « publicité par voie électronique » en droit français. Ces nouvelles institutions juridiques répondent aux enjeux de prospection et d'offres commerciales en ligne, pouvant tendre à « travestir » les aspects informatifs de l'Internet.

249. Près d'une trentaine de dispositions réparties dans onze directives européennes, recensées à l'annexe 2 de la directive 2009/25/CE sur les pratiques commerciales déloyales,⁶⁸³ traitent de la publicité et des communications commerciales. L'enjeu juridique est réel de distinguer le rôle neutre des communications en ligne, avec la portée publicitaire de certaines pratiques, messages ou informations.

250. Dans ce contexte, la publicité électronique mérite d'être définie en tant que telle, en vue d'appréhender les régimes spécifiques qui en Europe et en France la distingue de la presse ou de la simple information. Ce triple exercice illustre les transformations juridiques de la publicité à l'« e-publicité » dans le cadre juridique français, en partant de l'acquis européen des services de la société de l'information.

251. *Premièrement*, compte tenu de leur importance dans le commerce électronique, les communications commerciales ont fait l'objet de la section 2 de la directive européenne 2000/31/CE.⁶⁸⁴ En somme, L'acquis européen du commerce électronique est clair dans ses définitions des vocables « *communication commerciale et publicité* » indifféremment employés par la directive 97/55/CE modifiant celle 84/450/CEE du 10 septembre 1984⁶⁸⁵, relative à la publicité trompeuse et comparative.⁶⁸⁶ Celle-ci leur donne le sens de « *toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations* ». ⁶⁸⁷ Sans allusion limitée à un type de support utilisé, cette définition demeure applicable aux activités du commerce électronique.⁶⁸⁸

252. D'ailleurs, « l'existence d'une telle définition n'a pas pour effet de créer deux catégories autonomes de publicités, celles se faisant sur Internet et réglementées comme telles, et les autres. Toute communication commerciale au sens de la directive [2000/31/CE sur le commerce électronique] relève plus largement de la catégorie de publicité dans sa définition classique ». ⁶⁸⁹ Le *Livre vert* de 1996 de la Commission européenne sur les communications commerciales dans le marché intérieur recouvrait la même notion de communication commerciale comme « toutes les formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques destinées à promouvoir des produits et des services ». ⁶⁹⁰ Néanmoins, la définition précitée de la directive 2000/31/CE a une portée plus large. Cette dernière ainsi que la directive 97/55/CE coïncident quant à la publicité sur les biens et les services, mais la directive 2000/31/CE est celle qui étend son

⁶⁸³ « Annexe II : dispositions communautaires établissant des règles en matière de publicité et de communication commerciale », directive 2010/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, JOUE, n° L 149, 11 juin.2010, p. 38-39.

⁶⁸⁴ Articles 6 et 7, directives, préc.

⁶⁸⁵ Considérant n°18, Directive 2000/31/CE qui dispose englober entre autres la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse et comparative, JO L 250 du 19 septembre 1984, p. 17.

⁶⁸⁶ Directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil, JO L 290 du 23 octobre 1997, p.18.

⁶⁸⁷ Article 2, §1, directive n°97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997, modifiant la directive n°84/450/CE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité trompeuse, JOCE L 290, 23 octobre 1997, p.18.

⁶⁸⁸ M. BLANCHARD, « La phase précontractuelle, la communication commerciale », in J. ROCHFELD (sous la dir.), *op.cit.*, p. 40.

⁶⁸⁹ C. MANARA, *Droit du commerce électronique*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. systèmes Droit, Paris, 2013, pp. 109-110.

⁶⁹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert sur les communications commerciales dans le marché intérieur*, 8 mai 1996, COM (1996)192 final.

champ à la promotion « *de l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'un professionnel* ». ⁶⁹¹

253. En droit européen, l'article 6 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique précise que « *la communication commerciale doit être clairement identifiée comme telle* ». Cette obligation n'était imposée, ni par la directive n°84/450/CEE ⁶⁹² sur la publicité trompeuse du 10 septembre 1984, ni par la directive n°97/7/CE relative aux contrats à distance du 20 mai 1997, commentée ci-dessus. ⁶⁹³ Un principe "nouveau" de transparence et de loyauté par obligation d'identification est donc posé en matière de publicité en ligne, en droit européen. D'une manière particulière concernant spécialement la publicité par courrier électronique, la directive 2000/31/CE rappelle le principe de la claire identification de la publicité par courriel et consacre, par défaut, le système dit d'« *opt-out* » comme une mesure rétractive de protection des internautes, face aux courriels publicitaires non sollicités. ⁶⁹⁴

254. Du point de vue des sources françaises, la même importance est accordée par la LCEN à la « publicité par la voie électronique » à laquelle elle consacre longuement son chapitre II, avec cinq articles qui ont été insérés dans le Code de la consommation et dans le CPCE. ⁶⁹⁵ En droit français, appréhender la notion de publicité sur internet est d'autant plus difficile que la publicité ne fait pas l'objet de définition claire, de la part du législateur français. Ce sont, pour l'essentiel des textes européens et la jurisprudence qui apportent des éléments de réponse. Et ce, même si plusieurs textes nationaux français en font bien référence pour sanctionner la publicité trompeuse, ⁶⁹⁶ les sources législatives internes ne définissent pas la communication commerciale, pour désigner la particularité de la publicité exécutée en ligne, comme l'a fait le législateur européen. ⁶⁹⁷

255. Cependant, en transposant l'acquis européen, la LCEN avait ajouté à la confusion, suite à un mélange de genres en ses articles 1^{er} et 20 entre la « *communication au public en ligne* » ⁶⁹⁸ et la « *communication audiovisuelle* » ⁶⁹⁹. Dans leurs terminologies littérales, ces deux notions ne présentaient qu'une distinction quasi-nulle entre elles, sauf par l'emploi des termes « *demande individuelle du destinataire* » et « *échange réciproque d'information* » pour la première notion. Elles étaient censées transposer l'acquis européen des services de la société de l'information. Un « débat houleux » ⁷⁰⁰ avait été lancé au point de dire que la

⁶⁹¹ Article 2, f) de la directive européenne 2000/31/CE, préc. : « communication commerciale : toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale ».

⁶⁹² Directive 84/450/CEE, telle que modifiée par la directive 97/55/CE, préc.

⁶⁹³ Section 1 du présent chapitre de thèse, en rapport au critère de la distance.

⁶⁹⁴ Article 7, paragraphes 1 et 2, directive 2000/31/CE, préc.

⁶⁹⁵ Ainsi, l'article 21 de la LCEN a inséré dans le Code de consommation les articles L121-15-1 et 2. L'article 22 de la LCEN a rédigé l'article L33-4-1 du Code des postes et des télécoms. L'article 23 a complété l'article L121-20-4 du Code de consommation par un alinéa rédigé qui remplace les anciennes références par celles insérées aux articles L 121-18, L 121-19, L 121-20, L 121-20-, L 121-20-1 et L 121-20-3 du Code de consommation.

⁶⁹⁶ Exemple : art. 44-1, Loi dite Royer du 27 décembre 1973 ; art. L 121-1, Code français de consommation, ou encore Décret n° 92-280 du 27 mars 1992).

⁶⁹⁷ C. FÉRAL-SCHUHL, *op.cit.*, p. 295

⁶⁹⁸ Art. 1^{er}, LCEN : « On entend par communication au public en ligne toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur ».

⁶⁹⁹ Art. 20, al.1, LCEN : « On entend par communication audiovisuelle toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ».

⁷⁰⁰ T. VERBIEST, *op.cit.*, p. 29 : « Nul doute que ces définitions continueront à alimenter le débat houleux sur la convergence des médias et la définition des régimes applicables. En effet, comment qualifier, par exemple, un service de télévision interactive ou de « vidéo à la demande » ? S'agira-t-il d'un service de communication au public en ligne au motif qu'il serait

« France est le seul pays européen à connaître deux définitions des services de la société de l'information, dont aucune n'est parfaitement conforme à l'original ». ⁷⁰¹

256. À ce sujet, Jérôme Huet et Emmanuel Dreyer ont apporté les explications nécessaires : la désormais réglementation de la communication en ligne s'avère autonome. Le législateur avait utilisé des termes inadaptés pour rassembler, sous le même chapeau de « *communication au public par voie électronique* » ⁷⁰², deux institutions juridiques liées à l'usage des réseaux. Les auteurs ont donc distingué : d'une part, la « *communication audiovisuelle* », où le contenu est diffusé, c'est-à-dire la radiodiffusion et la télévision, et d'autre part, la « *communication en ligne* », qui est interactive et dont l'utilisateur interroge un service, pour recevoir en retour uniquement les éléments demandés. ⁷⁰³ En droit des médias, ⁷⁰⁴ la séparation est très fine entre l'audiovisuel et le Web 2.0., ce qui constitue un enjeu à l'ère de l'émergence de la télévision en ligne. ⁷⁰⁵ L'enjeu présent vise à fixer le sens nouveau de la « *publicité par voie électronique* », sachant que la communication audiovisuelle linéaire ne fait pas partie du commerce électronique. ⁷⁰⁶

257. À cet effet, en France, l'article 2 du décret du 27 mars 1992 réfère la publicité à « *toute forme de service télévisé diffusé contre rémunération ou contrepartie* », et n'entre donc pas le champ du commerce électronique. Car, les services télévisuels de type linéaire de l'ancienne directive 89/552/CEE (actuelle directive 2010/43/UE) ne font pas partie du commerce électronique, en vertu du *considérant* n°18 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. En plus, le commerce en ligne n'exige pas de contrepartie (rémunérée), au vu du critère non-obligatoire de rémunération qui caractérise ce dernier. La définition d'approche pour la publicité par la voie électronique ne peut donc pas être clairement trouvée dans la communication au public en ligne qui renferme à la fois les deux types de communications : audiovisuelle et en ligne. ⁷⁰⁷

258. Avec plus de clarté, la Cour de cassation française a jugé que « constitue une publicité, tout moyen d'information destinée à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé » et « sur les caractéristiques des biens ou des services proposées ». ⁷⁰⁸ De même, le Conseil d'État français dans son rapport « *Internet et les réseaux numériques* » a dégagé deux critères essentiels de qualification de la publicité, à savoir : la finalité promotionnelle et l'adresse au

fourni de point à point, à la demande individuelle de l'utilisateur ? Il appartiendra en premier lieu au CSA d'établir sa jurisprudence à cet égard. ».

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 29-30.

⁷⁰² En droit français, on sait que jadis la communication en ligne était considérée comme un sous-ensemble de la communication audiovisuelle. Certes, on lui reconnaissait quelques spécificités (régime de simple déclaration, plutôt que d'autorisation du fait de la loi du 1^{er} août 2000). Mais elle n'en demeurerait pas moins intégrée dans le corpus de la loi du 29 juillet 1982 d'abord puis de celle du 30 septembre 1986 qui lui a succédé. Puis, la télématique eut son propre article 77 dans la loi de 1982 et un article 43 dans la loi de 1986, avant que celle-ci et l'Internet furent soumis à des règles regroupées, depuis la loi du 1^{er} août 2000, dans un Chapitre VII de la loi du 30 septembre 1986 intitulé « *Des services de communications en ligne autres que de correspondance privée* ».

⁷⁰³ J. HUET et E. DREYER, *op.cit.*, p.92-93.

⁷⁰⁴ E. DERIEUX, *Le droit des médias*, *op.cit.*, p. 3. Les médias sont en lien avec le commerce électronique, comme moyen d'accès. Mais sur le plan du droit, il y a des aspects distincts. « Par le droit des médias, il s'agit, dans la société démocratique, de permettre le libre exercice des ces activités et fonctions multiples (d'information, de culture, de distraction...), d'en fournir et d'en déterminer les limites. [...] Le droit régit l'usage qui peut être fait des médias. Il y apporte certaines restrictions, dans le souci du respect de droits et de libertés, individuels ou collectifs, apparemment opposés ».

⁷⁰⁵ P. DOQUIR et M. HANOT, *op.cit.*, p.1.

⁷⁰⁶ Cf. Section I, §2, B., point 4. du présent chapitre de thèse, traitant du « cas particulier de la VoD dans le commerce électronique européen ».

⁷⁰⁷ *Ibidem*.

⁷⁰⁸ Cass. crim., 12 nov. 1986, Bull. crim., n°861. – Cass. Crim., 14 oct. 1998, D. 1999, inf. Rap., p.7, JCPE 1998, Panor, p. 1904. Voir aussi Section du Rapport et des études, étude générale adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État, 2 juillet 1998, Paris, *La documentation française*, 1998.

public.⁷⁰⁹ Ainsi sur la base de ces deux critères, il a été jugé, dans une ordonnance de référé rendue par le TGI de Paris le 8 juillet 2005 : « L'utilisation des images de Messieurs Zinedine Zidane et David Beckham consistant à l'évidence dans la reproduction d'une photographie d'un match disputé par eux, n'est pas directement associée par les sociétés mises en cause à promouvoir leur activité de paris, qu'elle sert de présentation du match sur lequel le pari est organisé ». ⁷¹⁰ La Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement en février 2008. ⁷¹¹

259. Par ailleurs, la jurisprudence française rappelle les règles classiques, entre droit de la presse (information) et droit commercial (publicité), applicables aux activités en ligne. Ainsi, il a été jugé qu'« un journal exploite une activité commerciale si en dehors de quelques articles rédigés par l'auteur, le nombre des annonces dépasse celui des articles rédactionnels ». ⁷¹² La Cour de cassation a également retenu la nature professionnelle dans le cas de « l'insertion des publicités avec un caractère habituel et principal ou non, ou encore constituant, pour le journal, le but de son exploitation d'annonces ou réclames ». ⁷¹³

260. *Deuxièmement*, l'évolution des techniques numériques est à la base de nouvelles pratiques de publicité sur Internet et, par conséquent, de nouvelles représentations des formes d'institutions juridiques pour le commerce en ligne. En effet, la « communication commerciale semble pouvoir consister en n'importe laquelle des techniques publicitaires utilisées par les technologies électroniques : sites web, bandeaux publicitaires, liens hypertextes, messages interstitiels, e-mails, SMS (Short Message System), forums de discussion, chats (dialogues écrits en direct sur le net), etc. ». ⁷¹⁴ Des catégories de publicités en ligne sont possibles : d'une part, celles citées dans la législation française et européenne, et d'autre part, les formes usuelles rencontrées sur le Net, entrant dans les critères généraux des communications commerciales. Parmi ces dernières, l'article 21 de la LCEN vise, sans les définir, les « jeux », « offres » ou « prospection directe » et « concours promotionnels », au titre de « publicité par voie électronique ». Auparavant, la directive 2000/31/CE avait fait de même en les considérant comme tels ⁷¹⁵ et en disposant, ⁷¹⁶ sans toutefois les définir en ses

⁷⁰⁹ É. WÉRY, « Le Rapport du Conseil d'État français sur l'internet et les réseaux numériques : la bible ! », *Actualité*, 1^{er} octobre 1998 [www.droit-technologie.org] (consulté le 23 novembre 2014).

⁷¹⁰ [http://www.berenboom.be/pdf/NoteReal.pdf] (consulté le 21 octobre 2014.) TGI Paris, 8 juillet 2005, Real de Madrid Football club c/ Zinedine Zidane, David Beckham, Raul G. et al. c/ Hilton Group PLC, *sporting Exchange TD*, William H., *sportingbet PLC* et al. Cf. Note de synthèse « Sur la compétence *ratione materiae* en matière de droit à l'image et sur les limites du droit à l'information face au droit à l'image », in *Revue de Droit des Technologies de l'Information*, n°27/2007.

⁷¹¹ [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2815] (consulté le 3 novembre 2014). En appel de cette décision devant la Cour d'appel de Paris en 2008, les parties défenderesses ont soulevé l'exception d'incompétence territoriale du TGI de Paris au regard du lieu du fait dommageable et au regard de l'application de l'article 14 du Code de procédure civile d'office sans la demande des parties. La Cour d'appel de Paris 11^e Chambre « – Dit que le tribunal de grande instance de Paris n'est pas compétent pour statuer sur les demandes formées à l'encontre des sociétés *Unibet Ltd*, *Ladbroke's Betting and Gaming Ltd*, *Sporting Exchange Ltd*, *Sportingbet Plc*, *William Hill Credit Ltd*, *Internet Opportunity Entertainment Ltd* ; – Renvoie Zinedine Z., et al., à mieux se pourvoir ; – Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires ; – Condamne in solidum Zinedine Z., et al., à payer à chacune des sociétés défenderesses la somme de 2000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile ; – Condamne in solidum l'association Real Madrid Club de Fútbol, Zinedine Z., David B. Raul Gonzalès B. dit Raul, Ronaldo Luiz Nazario de L., dit Ronaldo, et Luis Filipe Madeira C., dit Luis Figo, aux dépens de première instance et d'appel. »

⁷¹² Cass. Com., 9 novembre 1970, Bull. IV, n° 298, in M.-J. CAMPANA, *Code de commerce*, 20^e éd., Litec, Paris, 2008. Colmar., 29 mai 1963 : RJAL, 1964, 126, in P. PÉTEL (sous dir.) et AL, *Code de commerce annoté*, préc., pp. 3-12.

⁷¹³ Cass. Civ., 23 mai 1870 ; D.1870, 135 in *Ibidem*.

⁷¹⁴ D. GOBERT, « La publicité sur Internet en pleine (r)évolution », *Ubiquité*, n°7, décembre 2000, p. 71, cité par M. BLANCHARD, *op.cit.*, p. 40.

⁷¹⁵ Considérant n°16, directive 2000/31/CE, : « [...] Elle ne couvre pas les concours ou jeux promotionnels qui ont pour but d'encourager la vente de biens ou de services et pour lesquels les paiements, s'ils ont lieu, ne servent qu'à acquérir les biens ou les services au promotion ». Considérant n°29, directive 2000/31/CE, préc. : « [...] Dans l'intérêt de la protection des consommateurs et de la loyauté des transactions, les communications commerciales, y compris les rabais, les offres, concours et jeux promotionnels, doivent respecter un certain nombre d'obligations relatives à la transparence ».

« considérants » n°16, n°29 et en son article 6, d). Ces formes de publicités ne sont cependant pas suivies de définitions législatives.

261. Dans la pratique, Internet donne lieu à des formes les plus usuelles de publicités, grâce aux « outils numériques ou l'annonce-minute ».⁷¹⁷ Parmi les plus fréquentes, les « *pop-ups* » sont des messages interstitiels, sous forme de bannières, s'affichant à l'écran de manière impromptue lors de la navigation sur Internet. Ce sont des fenêtres qui s'ouvrent automatiquement lors de la consultation d'un site web et contiennent une information ou, plus souvent, une publicité. Le « *marketing viral* » est une campagne publicitaire en « boule de neige » à effet « viral », fonctionnant sur le principe du bouche-à-oreille dans l'environnement numérique et procédant d'une idée simple. Son point départ est la diffusion d'un message, contenant une image, une animation, une vidéo, à caractère humoristique, ludique ou même thématique, qui suscite l'envie chez ses premiers destinataires (ou les incite selon un canular bien réglé) de le transmettre à d'autres de leur liste d'amis, collègues ou autres.⁷¹⁸ Il apparaît aussi des pratiques publicitaires identifiées avec des acronymes comme, par exemple : le « *splog* » (néologisme issu de la contraction des mots « *spam* » et « *blog* », pour qualifier un blog, créé dans le seul but de favoriser le recensement de certains sites dans le moteur de recherche, mais en réalité, c'est un pseudo-blog dans lequel l'on trouve un contenu factice et surtout une collection de liens hypertextes, pointant vers les sites à promouvoir) ; le « *spim* » (acronyme de « *Spam over Instant Messaging* », il désigne une nouvelle forme de publicité non-sollicitée, qui vise non plus les courriels, mais les utilisateurs de messagerie instantanée du genre : *chat*, *twit*, ...) ; le « *spit* » (acronyme de « *Spam over Internet Telephony* », il désigne l'envoi massif de messages vocaux non sollicités par le biais de la téléphonie sur Internet (VoIP, Voice over Internet Protocol).⁷¹⁹

262. Spécifiquement, les « moteurs de recherche » et « liens sponsorisés » figurent dans la même catégorie de publicités usuelles. Au-delà des services neutres de simple « *annuaire informatif* »,⁷²⁰ la nature publicitaire des mots-clés sur moteur de recherche comme moyen de publicité a été retenue plusieurs fois et rappelée dans l'abondante jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.⁷²¹ De même, il faut relever la nature publicitaire de certains

⁷¹⁶ Article 6, d), directive 2000/31/CE, préc. : « Lorsqu'ils sont autorisés dans l'État membre où le prestataire est établi, les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque ».

⁷¹⁷ L. CHOMARAT, *La publicité*, PUF, 1^{re} éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, 2013, pp. 67 et 68.

⁷¹⁸ Les premiers internautes ciblés sont à leur tour pris dans la spirale du jeu ou de la logique dominante. Ils font alors suivre le message à d'autres et ainsi de suite. Par un effet « viral » ou « boule de neige », le message en vient à faire le tour du monde. Il arrive qu'il soit demandé que dans tous les transferts, soit copiée au courriel une adresse de base, qui va en définitive collecter toutes les adresses dans une base de données pour l'envoi massif de messages publicitaires.

⁷¹⁹ E. MONTÉRO, *op.cit.*, pp. 36-48. M. VIVANT et C. LE STANC, *op.cit.*, n°2563, p. 1473. S'agissant des types de publicité en ligne, la structuration et le contenu que nous avons adaptés sont inspirés des travaux des auteurs cités ici.

⁷²⁰ En principe, l'outil de recherche permet l'accès à l'information par un mot-clé sans positionnement tarifé. Dans le but d'attirer sur son site des visiteurs qui étaient en quête d'autres ressources sur le net, le moteur de recherche fait appel à deux applications du web : les outils de recherche ou instruments de localisation de l'information sur le net (annuaires et moteurs de recherche) et les « cookies » ou « méta tags » (en français, *balises méta tags*), sont des mots clefs insérés dans la version html (c'est-à-dire le code source) d'un site web, invisibles pour les visiteurs de la page web.

⁷²¹ Arrêt CJUE du 12.07.2011, Affaire C-324/09, L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Limited contre eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Limited, Recueil de la jurisprudence 2011 I-06011. Sur une question préjudicielle, cet Arrêt de la Cour (paragraphe 86) a retenu : « Concernant la publicité affichée sur Internet à partir de mots clés correspondant à des marques, la Cour a déjà jugé qu'un tel mot clé est le moyen utilisé par l'annonceur pour déclencher l'affichage de sa publicité et fait donc l'objet d'un usage « dans la vie des affaires » au sens des articles 5 de la directive 89/104 et 9 du règlement n° 40/94 (arrêts du 23 mars 2010, *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08, non encore publié au Recueil, points 51 et 52, ainsi que du 25 mars 2010, *BergSpechte*, C-278/08, non encore publié au Recueil, point 18) » (nldr : La directive 89/104 et le règlement n° 40/94 ont été abrogés, respectivement, par la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, rapprochant les législations des États membres sur les marques (version codifiée) (JO L 299, p. 25), entrée en vigueur le 28 novembre 2008, et par le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (version codifiée) (JO L 78, p. 1), entré en

« hyperliens », « liens html » ou « liens hypertextes ». ⁷²² Avec le référencement payant, ces hyperliens constituent des cas de publicité particulièrement nombreux en ligne, mais sont également indispensables à la facilité de navigation sur l'Internet. Ils cessent d'être un « référencement naturel » ⁷²³ et deviennent publicité au sens de liens sponsorisés ou de référencement payant ou encore de liens promotionnels, dès que le référencement a été établi moyennant contrepartie d'un prix payé par l'annonceur. Ainsi, pour ces deux derniers cas abordés, la facilité est grande pour un titulaire de site web d'introduire parmi ses *méta tags* des mots fréquemment utilisés dans les recherches par mot-clé (le nom d'un grand sportif ou d'une star, un nom commercial ou la marque d'un concurrent prestigieux, une approximation de nom proche d'un autre très célèbre...) afin d'optimiser son indexation au sein des moteurs de recherche.

263. Au sens de la directive sur le commerce électronique, le référencement en ligne (annuaire informatif) relève en principe de la simple information, en tant qu'annuaire informatif. En règle générale, il a valeur de mention informative, lorsqu'il se borne à assurer la mise en liaison avec une personne ou une entreprise, à l'instar d'une adresse physique et de liens référencés par les moteurs de recherche. ⁷²⁴ Néanmoins, à défaut d'être une information promotionnelle s'inscrivant dans le cadre d'une activité commerciale, artisanale ou de profession libérale, elle reste une communication informative. ⁷²⁵ Cette règle et ses exceptions découlent de l'article 2, f) de la directive 2000/31/CE. ⁷²⁶

264. *Troisièmement*, les enjeux de la publicité sont notables sur le plan économique ⁷²⁷ et juridique. La publicité en ligne nécessite une protection juridique adéquate des internautes, voire du réseau lui-même, contre des pratiques intrusives, insidieuses, souvent agressives et déloyales, dans le commerce électronique. Le considérant n°29 de la directive 2000/31/CE rappelle que « dans l'intérêt de la protection des consommateurs et de la loyauté des transactions, les communications commerciales, y compris les rabais, les offres, concours et jeux promotionnels, doivent respecter un certain nombre d'obligations relatives à la transparence ». Cet enjeu de protection est de taille d'autant que la frontière entre la publicité et la simple information n'est toujours pas simple à appréhender. « La nature de l'internet et les techniques publicitaires déployées dans ce cadre expliquent aisément la raison d'être de cette obligation. En effet, l'internaute ignore souvent que certains messages, tels que les "bannières personnalisées" proviennent non pas du site consulté, mais plutôt d'un annonceur publicitaire avec des risques de confusion qui s'en suivent. Par ailleurs, nombre de messages

vigueur le 13 avril 2009. Néanmoins, le litige au principal demeure régi, compte tenu de la date des faits, par la directive 89/104 et le règlement n° 40/94.)

⁷²² Dictionnaire Larousse, [http://www.larousse.fr] (consulté le 25 novembre 2013), *Verbo* « Hyperlien ». Composés d'un titre et d'un descriptif sommaire, ces liens apparaissent dans les pages de résultats des moteurs de recherche chaque fois qu'un lien est établi entre la requête de l'internaute et le ou les mot(s)-clé(s) choisi(s) par l'annonceur. En informatique : « Hyperliens : Lien associé à un élément d'un document hypertexte, qui pointe vers un autre élément textuel ou multimédia ».

⁷²³ C. FÉRAL-SCHUL, *op.cit.*, p. 281.

⁷²⁴ M. BLANCHARD, *op.cit.*, p. 41.

⁷²⁵ T. VERBIEST, *op.cit.*, pp. 26-27.

⁷²⁶ Article, 2, f), directive 2000/31/CE, préc. Cette disposition définit les communications commerciales, qui exclut exceptionnellement : « les coordonnées permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, l'organisation ou la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique » ; « les communications relatives aux biens, services ou à l'image de cette entreprise, organisation ou personne, élaborées d'une manière indépendante de celle-ci, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière ».

⁷²⁷ Cf. pour enjeux économiques : L. CHOMARAT, *La publicité*, *op.cit.*, pp. 91-92. Selon les chiffres de « 2011, l'ensemble des dépenses publicitaires mondiales dépassait les 450 milliards de dollars », à raison de : 150 milliards pour les États-Unis, 45 milliards pour le Japon et 30 milliards pour la Chine. L'Allemagne est le premier marché européen avec 24 milliards de dépenses. La France arrive au 7^e rang mondial avec 12 milliards ». Internet pèse pour 72 milliards sur le total dépensés dans les médias dont 190 milliards par la Télévision et 93 milliards par la presse quotidienne.

commerciaux peuvent être adressés à l'internaute, à son insu dans les différents espaces qu'il choisit de visiter (forums, chat...) ».⁷²⁸

265. Face à l'enjeu de la publicité par courriel⁷²⁹, la directive 2000/31/CE entend protéger la vie privée⁷³⁰, le réseau lui-même⁷³¹ et des internautes⁷³². L'envoi massif, souvent récurrent, des courriels non sollicités, à ranger parmi les courriers indésirables, constitue ce qui est communément appelé « pourriels » et que certains ont qualifié de fléau d'Internet ou de « *plaie du spamming* ».⁷³³ Les communications non-sollicitées sont régies par la directive 2000/31/CE, qui a mis en avant-plan, le critère de « *demande individuelle du destinataire* ». Ce critère reste général au sens des services de la société de l'information, mais il reste supplétif par rapport à la définition du commerce en ligne en Europe. À cet effet, la directive a envisagé, pour ce genre d'activités informationnelles dérangeantes, une règle, tout au moins, d'opposition *a posteriori* (*opt-out*), à défaut de consentement préalable (*opt-out*) à figurer sur la liste de distribution. Au regard de cette possibilité de choix en droit européen, l'article 22 de la LCEN consacre en France, le régime de l'*opt-in*.⁷³⁴ Toutefois, ce régime s'applique uniquement pour les destinataires personnes physiques.

266. Par ailleurs, le système *opt-in* français englobe « toute forme de promotion des ventes, y compris la prospection directe réalisée pour les associations caritatives et les organisations politiques (par exemple, la collecte des fonds, etc.) ».⁷³⁵ En France, cet avis du « Groupe 29 » a contrasté, avec les observations de la CNIL sur l'article 22 de la LCEN. La CNIL avisait que « pour le démarchage autre que de nature commerciale comme la prospection à caractère politique, associative, religieuse ou caritative (p.ex. collecte de dons), seules les règles suivantes, celles de la CNIL, sont d'application : information préalable sur l'utilisation de l'adresse électronique à de telles fins ; droit de s'opposer à cette utilisation ».⁷³⁶ Par ailleurs, la règle de l'*opt-in* connaît des exceptions : si la prospection se fait dans le cadre des services analogues⁷³⁷ ou si l'adresse a été prélevée dans le cadre de prestations antérieures ou encore si l'adressage de destination est un référent lié à la fonction exercée dans une organisation.

⁷²⁸ E. MONTÉRO, « La publicité sur Internet », in T. DE COSTER, M. DEMOULIN, H. JACQUEMIN, E. MONTÉRO, M. VANDERCAMMEN et T. VERBIEST, *Les pratiques du commerce électronique*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 26.

⁷²⁹ Dans son article 1^{er} la LCEN définit le courrier électronique, comme couvrant aussi bien le texte, le SMS, envoyé par téléphone que le courriel envoyé par ordinateur, en ces termes : « [...] tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère ».

⁷³⁰ E. MONTÉRO, *op.cit.*, p. 26. Il y a atteinte à la vie privée « car il est réalisé dans un contexte de collecte "sauvage" et non consentie des adresses de courrier électronique, au mépris des principes posés par les législations relatives aux données à caractère personnel ».

⁷³¹ *Ibidem*. Pour les fournisseurs d'accès à Internet, il engendre de nombreux inconvénients : hausse des coûts liés à la nécessité d'élargir la bande passante et d'accroître la mémoire disponible pour stocker l'augmentation du volume des messages ; baisse de qualité du service offert due à l'encombrement provoqué par l'afflux massif de messages, atteinte à l'image du FAI.

⁷³² *Ibidem*. Pour l'internaute, le spam a pour conséquences : engorgement des boîtes aux lettres, coûts supplémentaires de connexion, affaiblissement des capacités des navigateurs, déguisement des approches commerciales en courrier amical.

⁷³³ *Ibidem*, pp. 26-27.

⁷³⁴ Il s'agit du consentement préalable par « toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel le concernant soit utilisé à des fins de prospection ».

⁷³⁵ Groupe de travail au niveau européen indépendant créé par l'article 29 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE, L 281, 23 novembre 1995, pp. 31-50.

⁷³⁶ T. VERBIEST, *op.cit.*, p. 49

⁷³⁷ CPCE (France), art. L. 33-4-1(III), mais sans définition des services analogues, il y a une glissante marge d'interprétation entre, par exemple, les « produits bancaires et les produits financiers »- Cf. MATTHIEU, *Les services financiers et bancaires en ligne*, Revue Banque Edition, Coll. « Droit Fiscalité », 2005, par C. FÉRAL-SCHUHL, *op.cit.*, p. 318-319.

267. Ainsi, en Europe, la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 a considéré comme pratique commerciale agressive, le fait de se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par tout moyen de communication à distance (y compris le courrier électronique).⁷³⁸ Quel que soit le contenu du message, la caractéristique retenue est celle de sa répétition et donc de son agressivité. Avec un élan nouveau, des instruments spécifiques de protection des internautes contre des pratiques intrusives, insidieuses, souvent agressives et déloyales, ont été édictés dans le commerce électronique. S'agissant des « *pourriels* » ou « *spams* », il est établi la règle « *que la réception de communications indésirables ou choquantes peut s'analyser en une ingérence dans la vie privée* ». ⁷³⁹ Le maquillage insidieux d'une communication commerciale est aussi une pratique abusive.⁷⁴⁰

268. En France, sous peine de lourdes sanctions civiles et pénales⁷⁴¹, la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 « loi Chatel »⁷⁴² avait inséré la définition des « pratiques commerciales déloyales », en disposant à l'article L.122-11 du Code de la consommation qu'« une pratique commerciale est agressive lorsque du fait des sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale : 1° elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur ; 2° elle vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur ; 3° elle entrave l'exercice des droits contractuels d'un consommateur ». ⁷⁴³

269. Dans l'ordre de ces pratiques de « *e-publicités* » proscrites, figure en premier lieu le « spamming ». ⁷⁴⁴ Selon la définition de la CNIL, il s'agit de « l'envoi massif, et parfois répété, de courriers électroniques non sollicités, à des personnes avec lesquelles l'expéditeur n'a jamais eu de contact et dont il a capté l'adresse électronique de façon irrégulière ». ⁷⁴⁵ En second lieu, le « *mail bombing* » : l'envoi massif et simultané d'un même message vers une seule et même adresse. En dernier lieu, le « *phishing* » est un acronyme provenant de la contraction de *fishing* (« pêcher ») et *phreaking* (« piratage en ligne téléphonique »). Cette pratique publicitaire en ligne est traduite par « hameçonnage » ou « filoutage », pour ce « qui désigne le fait d'imiter partiellement ou entièrement la présentation d'un site Internet connu, en reproduisant notamment les marques et autres signes distinctifs d'un tiers, afin d'obtenir frauduleusement des informations à caractère personnel ou confidentiel des internautes visitant le site en question ».

⁷³⁸ Directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOCE, L 149, 11 juin 2005, pp. 22-39.

⁷³⁹ J. HUET et E. DREYER, *op.cit.*, p.137.

⁷⁴⁰ E. MONTÉRO, *op.cit.*, p. 26.

⁷⁴¹ V. FAUCHOUX et P. DEPREZ, *op.cit.*, p.159-163. Le « *phishing* » sanctionné souvent sous le coup de la contrefaçon, cf. TGI, Paris, Jugement, 21 septembre 2005, contre une personne ayant imité entièrement la page d'accueil du site International Hotmail de Microsoft afin de recueillir les adresses et mot de passe des internautes. Le « *mail bombing* » sanctionné sous le coup de l'article 323-2 du Code pénal, TGI Lyon, jugement, 20 février 2001, contre envoi de courriers électroniques vides visant à encombrer la bande passante de la victime et pour une condamnation de son émetteur à huit mois de prison avec sursis, à 3000 euros d'amendes et 76.224,51 de dommages-intérêts à verser au fournisseur d'accès. Le spamming a été sanctionné, notamment sur le fondement de l'article 1147 du Code civil français, TGI de Paris, sur Ordonnance de référé du 15 janvier 2002, jugeant que l'émetteur qui se plaignait contre la partie défenderesse, Liberty Surf et Free.fr son FAI, pour la suspension de son abonnement, est un *spammeur* en le déboutant de son action contre le FAI et à verser à la défenderesse Liberty Surf, la somme de 1.524 euros de dommages-intérêts, à titre provisionnel, pour procédure abusive contre elle. [inédits]

⁷⁴² Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 « loi Chatel » pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

⁷⁴³ [Nouvelle] Section 5, Chapitre II, Livre 1^{er}, C. consom., relative « aux pratiques commerciales agressives ».

⁷⁴⁴ V. FAUCHOUX et P. DEPREZ, *op.cit.*, p. 160. De son étymologie, « spam » est sorti d'un sketch anglais des *Monty Python*, dans lequel l'on parodiait une publicité radiophonique pendant laquelle l'on ne cessait de répéter le mot « spam », une sorte de jambon épicié. Cf.

⁷⁴⁵ [www.cnil.fr] (consulté le 13 août 2014).

270. En conclusion [du Chapitre], la définition française tient compte de l'objet du commerce électronique européen, tel que recomposé à la section précédente du présent chapitre. Si, en droit français, cet objet diffère de certains aspects lucratifs et limitatifs répondant de la logique du droit commercial classique, ledit objet le complète néanmoins. Le droit commercial sert comme le droit commun. À défaut d'actes de commerce par nature dûment énumérés, les activités économiques en ligne conservent le critère indispensable d'utilisation de la distance et de la voie électronique pour leur réalisation. À la différence de l'acquis européen, la définition française ne reprend plus les critères de définition non-déterminants, comme la rémunération et la demande individuelle desdites activités. Toutefois des typologies juridiques particulières permettent de catégoriser les activités et de leur appliquer des régimes spécifiques. Il en est ainsi des activités contractuelles et non-contractuelles en ligne. Mais avec l'utilisation de l'électronique, des institutions juridiques nouvelles intéressent l'analyse pour leur particularité : contrats électroniques, communications commerciales ou publicités en ligne, VoD, etc.

271. Pour la doctrine, « il suffit de proposer (offrir) un bien ou un service à distance et par voie électronique, sans qu'il soit exigé que l'acceptation se fasse par la voie électronique pour que les règles du commerce électronique s'appliquent. Il suffit que l'opérateur se présente sur les réseaux ouverts comme offrant un bien ou un service pour faire du commerce électronique. Le champ d'application des dispositions du commerce électronique est donc large. »⁷⁴⁶ Elle considère que « *[l]e commerce électronique regroupe l'ensemble des activités reposant sur des transactions commerciales à distance réalisées par un média électronique : Internet, téléphonie mobile, téléshopping...* »⁷⁴⁷ Le formalisme électronique du commerce en ligne est également à la base d'une mode particulier de conclusion de contrat. En tant qu'un produit de l'évolution technique, économique et juridique, le contrat électronique a mérité d'être défini ci-dessus en fonction des sources *ratione temporis*, afin de démontrer comment son institution juridique s'est réalisée à travers le temps en Europe.

272. En outre, le caractère dématérialisé et transfrontière du commerce en ligne ne doit pas occulter les métiers d'intermédiation juridique à sa base : les transporteurs de signaux, les opérateurs de cache, les fournisseurs d'accès à l'Internet ainsi que les hébergeurs assurent la circulation et la consommation de l'information qui est la valeur centrale du commerce électronique. La catégorie formée par ces prestataires techniques est originale pour le commerce en ligne, sans toutefois ignorer les cumuls de leurs activités qui rendent difficile leur démarcation avec les éditeurs en ligne. En principe, les premiers ne sont pas responsables des contenus électroniques qu'ils hébergent ou véhiculent, tandis que les autres parce qu'ils le produisent ou les fabriquent en sont pleinement responsables.

273. À la lumière de ce qui précède, le droit du commerce électronique a des sources, un objet, des sujets, des typologies d'institutions juridiques et des régimes spécifiques. Le droit n'a su, ni voulu énumérer avec exhaustivité les activités économiques en ligne, contrairement aux actes de commerce traditionnel. Il a structuré autour d'une nouvelle forme de commercialité des typologies d'institutions juridiques, en leur attachant des régimes juridiques particuliers par rapport au droit commun. L'utilisation des techniques de communication à distance est la *condition sine qua non* du commerce en ligne. Ainsi, les activités d'intermédiation technique lui sont essentielles, pour transporter, traiter, héberger,

⁷⁴⁶ C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, 2010, p. 141.

⁷⁴⁷ A. RABAGNY-LAGO, *Droit du commerce électronique*, Ellipses, Paris, 2011, p. 5.

stocker des informations dans l'espace numérique et/ou à les rendre disponibles à l'aide des médias dans la forme compréhensible par l'humain.

274. Grâce à la voie électronique, la conclusion des contrats électroniques est possible, tout autant que la réalisation d'activités non-contractuelles en ligne. Il en est ainsi des communications commerciales ou publicité par voie électronique. Les sujets du commerce en ligne prestent ou consomment les biens et services en ligne, mais les fonctionnalités des outils numériques brouillent non seulement leurs frontières d'activités, mais aussi leurs statuts en rendant complexes les règles d'application. Par exemple, les hébergeurs et les éditeurs ne se démarquent plus suffisamment à cause des nouveaux métiers du web 2.0., au point que même la jurisprudence a du mal à appliquer le régime de responsabilité allégée ou plus lourde. Les consommateurs et les professionnels, les destinataires et les prestataires voient également leurs statuts se rapprocher au point que des sous-catégories apparaissent entre eux avec des attributions de leurs statuts et de leurs régimes au cas par cas, à défaut de les loger de plein droit dans les catégories des règles préexistantes.

275. Pour autant, les sources législatives et les sources secondaires se complètent, s'ajustent et s'améliorent à travers le temps et à l'épreuve des évolutions des technologies électroniques (y compris l'Internet). Ces transformations permettent de construire des cadres juridiques disposant de règles appropriés et des mécanismes proches, pour répondre aux enjeux juridiques du commerce électronique. L'objectif d'analyser le droit européen et français est de répondre aux enjeux auxquels le droit congolais n'est pas encore adapté, en utilisant les références juridiques analysées en droit comparé. Sur cette base, la RDC peut adapter et encadrer la pratique mondiale du commerce électronique sur son territoire.

276. Dans tous les cas, le commerce en ligne ne peut exister sans la disponibilité d'accès aux communications électroniques. À juste titre, le droit en Europe régit le commerce en ligne comme un aspect juridique des services de la société de l'information.⁷⁴⁸ Les communications électroniques en sont également un aspect à part entière. Leur évolution est la base d'autres transformations du droit au sein de l'Union européenne et en France. **(Chapitre 2)**

⁷⁴⁸ À ce sujet, nous soulignons la clarté de l'intitulé de la directive: « Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, *relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique*, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique") », JOCE, L 178, 17 juillet 2000, pp. 00010-00016.

CHAPITRE 2 : LES TRANSITIONS DU DROIT DES TÉLÉCOMS ET DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES EN EUROPE ET EN FRANCE

277. L'« ascension de l'Internet » se caractérise par la croissance des flux électroniques du réseau planétaire. Celle-ci est largement rendue possible grâce à la libre entreprise de l'économie numérique.⁷⁴⁹ Cependant, ces évidences des technologies de l'ère numérique ne peuvent pas occulter le laborieux processus de libéralisation des télécoms, ayant permis l'abandon du monopole des « services publics »⁷⁵⁰ pour adopter un système d'économie de marché.⁷⁵¹ L'expérience de la « déréglementation » des télécoms s'est imposée en Europe pour la modernisation de l'État et de l'économie. Elle traduit l'anglicisme « *deregulation* » dont l'origine se situe aux États-Unis dans le début des années 1980.⁷⁵² Son étymologie économique ne signifie aucunement l'effacement de la réglementation.⁷⁵³ Elle signifie plutôt le processus de promotion de la libre entreprise et d'exercice de la libre concurrence avec une marque caractéristique de régulation, comme nouvelle forme d'intervention de l'État sur un secteur public libéralisé. Le « *big-bang de la déréglementation* »⁷⁵⁴ est à l'origine du jeu de la concurrence sur le marché numérique mondial. La « dérégulation » a engagé un processus de suppression des « carcans législatifs et administratifs »⁷⁵⁵ qui plombaient le développement des marchés territoriaux.

278. Ainsi, les services publics des télécoms ont été ouverts à l'économie des marchés, en transformant la puissance publique de l'État-entrepreneur en État-régulateur.⁷⁵⁶ Avec la mondialisation des marchés, cette restructuration de l'intervention de l'État a été effectuée graduellement dans les domaines des équipements, services et infrastructures de télécoms. Les règles élémentaires de droit sont maintenues par le recours au droit étatique (*hard law*, régulation *ex post*), mais les agents économiques privés opèrent eux-mêmes le jeu du marché (autorégulation, *soft law*), sous des formes d'administration étatiques, adaptées et souples

⁷⁴⁹ F. BANHAMOU, « L'irrésistible ascension de l'Internet », in *Cahiers français*, préc., p. 3. « La croissance du trafic est spectaculaire. Au niveau mondial, en août 2012, on compte 628 millions de sites Web et plus de deux milliards d'internautes. On estime que le trafic croît de près d'un tiers chaque année. Les prévisions de l'entreprise informatique américaine Cisco font ainsi apparaître une explosion du trafic qui atteindrait 1,3 zettabyte en 2016 [...]. En France, en 1996, 0,5% des foyers étaient connectés à Internet, contre 73,2% au troisième trimestre 2011 ». [<http://news.netcraft.com/>], [<http://www.pcinpact.com/news/66793-ordinateurs-foyers-francais-equipement-netbooks-tablettes.html>] (tous consultés le 30 juin 2016).

⁷⁵⁰ J. CHEVALLIER, *Le service public, une administration citoyenne ?*, 10^e éd., PUF, coll. Que sais-je ? Droit-Politique, Paris (1987) 2015, p. 3. « La notion de service public relève à première vue de l'évidence. [...] Le service public évoque cette sphère des fonctions collectives, nécessaires à l'existence même du social. Faisant écho aux thèmes du "Bien commun", de l'"Intérêt général", de l'"Utilité publique", avec lesquelles elle forme une configuration idéologique complexe, la notion a donc des racines anciennes et apparaît comme inhérentes à l'organisation des sociétés modernes. »

⁷⁵¹ TRUCHY, *Economie politique*, t. I, p. 289, cité par O. CACHARD, *op.cit.*, p. 8. « Le commerce éveille l'idée de marché. Le marché est le lieu où se rencontrent les acheteurs et les vendeurs de telle ou telle catégorie de marchandises ; par extension, on a pris l'habitude d'appeler marché l'ensemble même des offres et des demandes qui sont en situation de se rencontrer et de donner lieu à des échanges ». Cf. aussi G. CORNU, *op.cit.*, Verbo « marché ». « Le marché est traditionnellement défini en droit comme un lieu public ou comme un rassemblement périodique de vendeurs et d'acheteurs. Il peut aussi être entendu comme un lieu d'échanges commerciaux ou, plus spécialement comme un emplacement où s'assemblent à date fixe ou périodiquement les vendeurs de marchandises (... pour la vente au public). »

⁷⁵² D. LINOTTE et A. GRABOY-GROBESCO, *Droit public économique*, Dalloz, coll. mémentos, Paris, 2001.

⁷⁵³ I. CROCQ, *op.cit.*, p. 2. Nous préférons le terme « libéralisation » au terme traduit de l'anglais au français par « dérégulation », d'autant plus que, dans les faits, comme le souligne Isabelle Crocq, « *on n'assiste pas à une dérégulation (c'est-à-dire à la suppression de la régulation) mais à une réforme de la régulation*. [G. Majone, 1990] ».

⁷⁵⁴ P. MUSSO, *Les télécommunications*, éd. La Découverte, Coll. Repères Économie, Paris, 2008, p. 75 et s. L'auteur pense que « Cette révolution numérique provoque un *big bang* (sic) amplifié par les politiques de dérégulation ». R. GILARDIN, *La « libéralisation » des télécommunications en France (1981-1996)*, Mémoire 4^e année, Séminaire : Histoire de la France au XX^e siècle sous la direction de Gilles Richard, Sciences Po, Rennes, 2009-2010, p. 64. Cf. un des chapitres du mémoire s'intitulant : « le *big-bang* de la déréglementation étasunienne ».

⁷⁵⁵ P. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance, une gestion idéale ?*, 5^e éd., coll. Que sais-je ? Droit-Politique, PUF, Paris, (2003) 2015, p. 63.

⁷⁵⁶ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, coll. droit et société, n°35, Paris, 2014, pp. 59-64.

(organe indépendant, régulation *ex ante*).⁷⁵⁷ En effet, « [l]a *régulation* se distingue des modes classiques d'intervention de l'État dans l'économie. Elle suppose l'existence des marchés ouverts, dans lesquels des opérateurs disposant d'une capacité d'action autonome, déploient des stratégies d'ensemble par l'établissement de certaines règles et une intervention permanente pour amortir les tensions ». ⁷⁵⁸

279. Dans son « projet politique »⁷⁵⁹, l'Europe a largement recouru à l'instrument du droit, en vue de construire son marché intérieur des télécoms. Depuis la décennie 80 jusqu'à ce jour, les institutions européennes ont successivement adopté des mesures de libéralisation et d'harmonisation des règles d'encadrement des télécoms. Au fil du temps, des réajustements du cadre réglementaire ont été effectués en fonction du développement du marché et de la transition numérique. Les transitions des règles européennes traduisent la prise en compte des enjeux évolutifs des télécoms. Entre 1987 et 1996, le droit communautaire engage la réforme sectorielle des télécoms, en vue de réaliser la démonopolisation des segments du marché régulé. En 2000-2002, les règles de régulation renforcée se transforment en principes de régulation minimale, pour favoriser la pleine concurrence du marché des communications électroniques.⁷⁶⁰ Celles-ci s'insèrent désormais dans la convergence technologique, l'économie numérique et la société de l'information.⁷⁶¹ Depuis 2009, le réexamen de l'acquis réglementaire de l'Union européenne se fait à intervalle régulier afin de tenir compte de l'évolution rapide du marché numérique. Les réformes de 2016-2017 ouvrent de nouvelles perspectives sur la « société du Gigabit ». **(Section 1.)**

280. Toutefois, les règles de l'Union européenne ont pour finalité de s'appliquer dans le droit national de ses États membres. Ces trente dernières années, la France a engagé une politique législative, en opérant les transpositions des règles européennes, sans ignorer les spécificités et les priorités de son droit interne. En 1982 et 1986, ses lois sur la communication (audiovisuelle) avaient précédé les règles d'harmonisation européenne, afin de suivre la dérégulation des télécoms amorcée à l'étranger.⁷⁶² C'est à partir de 1990 et 1996, que le droit français des télécoms s'aligne sur les mesures des institutions européennes.⁷⁶³ Mais, l'originalité de la transition juridique des télécoms implique la transformation de son service public. En instituant par ailleurs une autorité de régulation des télécoms (ART), la France a systématiquement associé les réformes de sa réglementation sectorielle à celle de son administration des PTT (y compris « France Télécom »). Depuis 1996, l'action des autorités réglementaires nationales (ARN) évolue sans un « système vertical de régulation » à l'échelle

⁷⁵⁷ P. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance ...*, préc., p. 63. La dérèglementation est aussi située dans le cadre de « L'action publique et l'économie », au titre des « mutations de l'action publique », sur le chapitre du « désengagement dans l'action publique » quant à « l'expansion contestée des marchés ». *Droit public économique*, Master 1, droit public – droit privé, Univ. des Antilles et de la Guyane, Fac. de droit et d'économie de la Martinique 2008-2009 [Inédit].

⁷⁵⁸ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne...*, préc., p. 63.

⁷⁵⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, PUF, coll. Que sais-je ? Les mots du régulateur, Paris, 2011, p. 67. « L'Europe est un projet politique, conçu à la sortie de la seconde guerre mondiale dans le but que n'advienne plus jamais de guerre entre les pays européens. Pour cela Jean Monnet eut l'idée de construire dans un premier temps un marché économique, et dans un second temps un gouvernement politique ».

⁷⁶⁰ D. BOULAUD, *Le nouveau cadre européen des communications électroniques : quelle régulation pour quels équilibres ?*, Rapport d'information, n°3048, Assemblée nationale, onzième législature, DIAN 16/2001, Paris 2001, p. 29-33.

⁷⁶¹ D. POPOVIC, *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, LGDJ, Paris, 2009, p. 11.

⁷⁶² R. GILARDIN, *La « libéralisation » des télécommunications en France (1981-1996)*, op.cit. pp. 10 et s.

⁷⁶³ *Ibidem*. V. FAUCHOUX, P. DEPREZ et J.-M. BRUGUIÈRE, op.cit. pp. 3 et s. En abordant la « construction progressive du droit de l'Internet », les auteurs situent à partir de 1996 l'effort de la jurisprudence. Ils évoquent la directive 97/7/CE comme résultat le 20 mai 1997 du « vaste mouvement d'harmonisation communautaire, grâce à d'importantes directives désormais intégrées au droit français ». Mais, ils signalent que la France l'a transposé avec plusieurs années de retard (en 2001), tandis que la règle du droit communautaire avait déjà entamé la protection des consommateurs en cas de vente à distance c'est-à-dire en employant des techniques de télécommunications et de communication audiovisuelle notamment.

européenne,⁷⁶⁴ pour le secteur des communications électroniques. En 2003 et 2004, les lois françaises de transposition inscrivent le droit de l'accès aux infrastructures et services de télécoms, dans les objectifs de confiance en l'économie numérique.⁷⁶⁵ Par rapport au modèle européen de dérégulation des communications électroniques, la privatisation de France télécom reste une originalité française dans la transformation de son droit de service public. De même, la « loi pour la République numérique » du 7 octobre 2016⁷⁶⁶ est en avant-garde de la transition numérique de la France, après l'adoption des lois de modernisation de son économie en 2008 et en 2011 pour transposer les dernières règles européennes du « paquet télécom 2009 ».⁷⁶⁷ **(Section 1.)**

281. Notre approche permet une analyse du millefeuille législatif européen et français, en vue d'appréhender les enjeux juridiques de la transition numérique du marché, de l'économie et de la société. Notre étude s'intéresse aux acquis communautaires, car ils sont indispensables à la compréhension du droit positif français, dans ses sources et ses politiques législatives. La « mondialisation de la dérégulation »⁷⁶⁸ situe les systèmes juridiques européens et français à un stade d'historicité plus avancé quant à leurs transformations par rapport aux évolutions de leur marché et des marchés étrangers.⁷⁶⁹ Notre analyse de droit comparé va plus loin : elle a pour finalité la comparaison de l'expérience européenne et française avec l'état des droits des télécoms en Afrique et en RDC.⁷⁷⁰

SECTION I - LA CONSTRUCTION JURIDIQUE DE L'« EUROPE DES TÉLÉCOMS » DANS LES ENJEUX DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

282. Durant les années 1980-90, les États du monde ont engagé des réformes politico-juridiques qui s'attaquent aux monopoles réglementaires, d'origine naturelle ou publique.⁷⁷¹ Ainsi, les secteurs des télécoms sont déréglementés officiellement d'abord aux États-Unis (1974-1982), puis en Grande-Bretagne (1982). Pour l'« Europe des télécommunications »⁷⁷² en 1984, la première directive de libéralisation intervient en 1988, en engageant le processus de transformation du cadre juridique sectoriel. Il se poursuit jusqu'à ce jour. « Par conséquent le droit des télécommunications peut être défini comme un ensemble de règles spécifiques qui correspondent à des politiques de télécommunications. Dès 2002, on emploie le terme "Droit des communications électroniques". Le présent terme est [adopté] en conséquence de la numérisation de l'ensemble des industries et des médias qui recouvrent les télécommunications, la communication audiovisuelle et l'informatique ».⁷⁷³

⁷⁶⁴ D. BOULAUD, *op.cit.*, pp. 29-33.

⁷⁶⁵ Cf. notamment : Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JORF, 10 juillet 2004.

⁷⁶⁶ Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour la république numérique (dite « Loi Numérique » ou « Loi Axelle Lemaire », JO RF, 8 octobre 2016.

⁷⁶⁷ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 7. Il s'agit de plusieurs textes concernant les communications électroniques [...] Ils sont regroupés sous la forme d'un "paquet Télécom" présenté par la Commission européenne le 12 juillet 2000 ». Ils ont été adoptés en 2002 avant d'être modifiés en 2009. Cf. les développements de la présente section de notre thèse.

⁷⁶⁸ P. MUSSO, *op.cit.*, p. 75.

⁷⁶⁹ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1 de la présente thèse.

⁷⁷⁰ Cf. Partie 1, Titre II, chapitres 1 et 2 de la présente thèse.

⁷⁷¹ D. POPOVIC, *Le droit communautaire de la concurrence et des communications électroniques*, LGDJ, Paris, 2009, p. 11.

⁷⁷² Face aux mouvements des réformes du marché libéral, les Chefs d'États européens s'étaient réunies en France, le 20 juin 1984, au Sommet de Fontainebleau sur l'« Europe des télécommunications ». L'intitulé de ce sommet et son caractère extraordinaire traduit sans nul doute l'ambition de la mission constructive de l'Europe face à l'internationalisation des marchés américains. Dès lors, l'Europe s'est positionnée dans ce mouvement de mondialisation du marché des télécommunications.

⁷⁷³ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 45.

283. L'Europe des télécoms a défini ses propres finalités des réformes, en fonction des enjeux politiques de diffusion des technologies et de construction de son marché intérieur (§1).

284. À cet effet, les institutions européennes ont adopté les premières mesures de libéralisation et d'harmonisation du « droit communautaire ». Deux étapes de transition du cadre réglementaire ont permis le passage du droit sectoriel des télécoms à celui des communications électroniques. (§ 2.)

§1. Les enjeux de construction du marché européen des télécoms et des communications électroniques

285. À la genèse, la dérégulation américaine a enclenché un déferlement des processus similaires dans le reste du monde. Les enjeux juridiques en Europe se fondent sur la même idée de restructuration du secteur des télécoms qu'aux États-Unis dans les années 1980. (A)

286. Cependant, le droit communautaire a permis de définir ses propres mesures de libéralisation du marché intérieur. Les institutions européennes ont opéré, de manière autonome, l'encadrement et l'orientation des enjeux technologiques par des règles d'harmonisation des marchés nationaux des États membres. Ainsi, entre 1997 et 2002 (jusqu'à ce jour), les objectifs de concurrence guident la régulation sectorielle du secteur des télécoms. (B)

A. / LA FINALITÉ DES TRANSFORMATIONS JURIDIQUES DU SECTEUR DES TÉLÉCOMS

287. Le pragmatisme américain constitue le point de départ de la dérégulation du marché des télécoms à l'échelle mondiale.⁷⁷⁴ Conformément aux lois antitrust 1890,⁷⁷⁵ le ministre américain de la justice intenta en 1974 un procès contre la mastodonte compagnie AT&T, dont l'issue en 1982 permit le démantèlement de son monopole au 1^{er} janvier 1984 sur le marché national américain.⁷⁷⁶ L'accord obtenu le 8 janvier 1983 l'autorisait de développer ses

⁷⁷⁴ A. BEATTIE, « *Why is the 1982 AT&T breakup considered one of the most successful spinoffs in history ?* », [http://www.investopedia.com/ask/answers/09/att-breakup-spinoff.as] (consulté le 05 avril 2017). « *AT&T had a history reaching back to 1885 and, as a government-supported monopoly, was a highly profitable company. Colloquially known as Ma Bell, the communication giant lost its governmental backing in the 1880s when charges were filed against it under the Sherman Antitrust Act. This was the second yime that AT&T found itself in an antitrust suit. In 1949, AT&T was excused from antitrust laws because it was believed that a single company providing nationwide service was a vital part of national security and any deregulation might interrupt service.* » (Notre traduction : L'histoire de AT&T remonte à 1885. Sa rentabilité était liée à son monopole soutenu par le gouvernement américain. Familièrement connu sous le nom de Ma Bell, le géant des communications a perdu son soutien du gouvernement dans les années 1980 lorsque des accusations ont été déposées contre elle en vertu de la Sherman Antitrust Act. Ce fut la deuxième fois pour AT&T de se trouver dans une affaire d'Anti-Trust. En 1949, AT&T avait été dispensé des lois antitrust, car l'idée dominante considérait que le monopole de fourniture de service par une seule société à l'échelle nationale était une composante essentielle de la sécurité nationale et que toute déréglementation pourrait interrompre le service. Le deuxième verdict n'a pas été du même avis autour du Sherman antitrust Act.)

⁷⁷⁵ *Ibidem.* The Sherman Anti-Trust Act was proposed in 1890 by senator John Sherman From Ohio and was passed in the same year by 51st U.S. Congress (Notre traduction : La loi Sherman antitrust a été proposée en 1890 par le sénateur John Sherman de l'Ohio et adoptée la même année par le cinquantième congrès américain).

⁷⁷⁶ A. BEATTIE, « *Why is the 1982 AT&T breakup considered one of the most successful spinoffs in history ?* », [http://www.investopedia.com/ask/answers/09/att-breakup-spinoff.as] (consulté le 05 avril 2017). « *The second time under Sherman's hammer AT&T was not so lucky. The case began in 1974, was decided against AT&T on January 8, 1982, and the breakup plan was formalized throughout 1983. Ma Bell was ordered to give up local calling services to smaller regional spinoffs dubbed the Baby Bells. The parent company would hold on to its long distance businesses. Brought into existence on January 1, 1984, the Baby Bells were some of the most successful spinoffs in history as AT&T had already paid the infrastructure layouts and their business were established and producing cash from day one.* (Notre traduction : Se trouvant pour une seconde fois sous le coup de la loi Sherman, AT&T ne fut plus aussi chanceuse. L'affaire a commencé en 1974 et a connu son verdict le 8 janvier 1982, tandis que le plan de démonopolisation a été officialisé tout au long de 1983. Ma Bell a

activités internationales, en ouvrant le marché local à la concurrence.⁷⁷⁷ Cette expérience américaine porte les premiers enjeux de transition des normes monopolistiques et de réorganisation du marché à l'échelon américain, puis international.

288. La construction de l'Europe des télécoms s'inscrit dans cette dynamique des changements structurels et normatifs du secteur. L'abandon des fondements monopolistiques constitue en lui-même un enjeu de transition : l'abandon des « dogmes colbertistes »⁷⁷⁸ de la part de plusieurs États européens illustre ce laborieux processus. La Grande-Bretagne fut le premier État à mettre fin entre 1982 et 1984 au monopole public. Dans un élan néolibéral pionnier, *British Telecom* perdait en effet ses privilèges exclusifs et exorbitants : tout un symbole ! Ensuite, l'Europe a bâti progressivement son marché intérieur des télécoms par l'instrument du droit, avec l'apport « ordo-libéral allemand ».⁷⁷⁹ Les services publics nationaux ont été remodelés sous la pensée « néolibérale »⁷⁸⁰ et l'influence française.⁷⁸¹

289. Ces principes refondateurs ont aussi influé sur les systèmes juridiques du monde entier dans le secteur des télécoms. La Commission européenne a adopté entre 1987 et 1996 des mesures de politiques législatives en supprimant les monopoles, qui fondaient antérieurement le secteur des télécoms. (1) Les objectifs législatifs européens comportent une historicité utile des enjeux juridiques, pour appréhender les fondements de son cadre réglementaire des communications électroniques. (2)

1. Les monopoles publics face à la libéralisation des télécoms en Europe

290. « Les télécommunications ont été longtemps considérées comme un secteur économique présentant les caractéristiques d'un monopole naturel.⁷⁸² [...] les opérateurs en charge de monopole naturel bénéficiaient dans un grand nombre de cas, d'un statut privilégié et d'une protection de leur monopole par la loi. Le monopole devient ainsi un monopole de

été enjoint de laisser les services d'appels locaux et régionaux aux Baby Bells. La société mère devrait rester sur le segment des appels internationaux et était habilitée à déplacer ses activités sur le domaine de l'informatique et de l'Internet. Les Baby Bells sont entrées en activité au 1^{er} janvier 1984, avec une préparation de leurs infrastructures par AT&T, leur ayant permis d'être productif dès le premier jour.)

⁷⁷⁷ E. HOLSENDOLPH, « U.S. settles phone suit, drops I.B.M. case ; A.T.&T. to split up », *New York Times*, 8-9 janvier 1982.

Le Ministère de la justice intente un procès contre la compagnie American Telephone and Telegraph qui accepte de renoncer aux 22 compagnies Bell System qui fournissent la plupart des services téléphoniques locaux de la nation. Si l'Accord avec AT&T est finalement approuvé par un tribunal fédéral, il serait le plus important règlement antitrust depuis des décennies.

⁷⁷⁸ J. CHEVALLIER, *Le service public*, op.cit., pp.77 et 97. « L'État a sans doute toujours été, en France, fortement présent dans la vie sociale : dès l'absolutisme, il a été conduit à assumer des fonctions étendues et diversifiées, non seulement régaliennes, mais encore, sociales, culturelles et économiques ("le colbertisme") ». – Cf. aussi I. CROCQ, op.cit., p. 2. « Il est nécessaire de savoir si l'État peut et doit continuer d'être un entrepreneur dans une logique « colbertiste » ou si son intervention doit se limiter aux fonctions régaliennes traditionnelles (la défense nationale, la justice, la police et l'ordre public, la diplomatie, l'énoncé des lois et des règles) ».

⁷⁷⁹ F. DENORD, R. KNAEBEL, P. RIMBERT, « L'ordolibéralisme allemand, cage de fer pour le vieux continent », *Le Monde diplomatique*, août 2015, pp. 20 et 21. « Contrairement aux libéraux classiques, les ordolibéraux ne considèrent pas le marché ou la propriété privée comme des produits de la nature, mais comme des constructions humaines, et donc fragiles. L'État doit rétablir la concurrence si elle ne fonctionne pas. »

⁷⁸⁰ F. DENORD, « "Néo-libéralisme" et "économie sociale de marché" : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950) », in *Histoire, économie et société*, n°1, 2008, pp. 24-33, avec les commentaires de R. GILARDIN, op.cit., p. 79-80. La politique de la concurrence européenne trouve sa généalogie intellectuelle dans une branche de la pensée néolibérale, l'ordo-libéralisme allemand. En relation l'un l'autre, le néo-libéralisme entend de l'État néolibéral « régulateur de conflits, abstentionniste dans la sphère de la production et des échanges, mais prêt à sanctionner les écarts de conduite par le droit et la justice [...] restreindre le périmètre de l'action étatique sans revenir au laissez-faire ». En partage au caractère de ce dernier, l'ordo-libéralisme allemand reste pragmatisme et social, pour un État fort au-dessus des intérêts privés capables d'intervenir systématiquement contre les entraves au principe de concurrence sur les marchés au moyen d'outils économiques et juridiques mais qui a aussi à sa charge d'assurer une politique sociale. La construction d'un cadre juridique de régulation des mécanismes du marché est un objectif ordo-libéral afin que les distorsions au principe de concurrence puissent être sanctionnées et que l'activité de la sphère économique bénéficie à tous.

⁷⁸¹ J. CHEVALLIER [2015], op.cit., pp. 98, 99. Nous allusionnons notamment le fait de « [l']apparition au niveau européen de la notion de service universel [...] Ce qui a conduit souvent à estimer que le service universel n'était en fin de compte que la transcription de la conception française du service public ».

⁷⁸² D. POPOVIC, op.cit., p.11.

droit ». ⁷⁸³ Traditionnellement, deux raisons justifient le monopole : l'une est économique l'autre est stratégique.

291. En général, « [u]n secteur économique présente les caractéristiques d'un monopole naturel lorsqu'une seule entreprise peut assurer la production nécessaire à la satisfaction de la demande à un coût moindre que celui qui résulterait de la présence de deux ou plusieurs entreprises. [...] Les coûts de construction et de maintien de cette infrastructure sont tels qu'il n'existe pas d'incitation économique à la duplication du réseau. » ⁷⁸⁴ D'une manière spécifique, l'influence stratégique des techniques de communications à distance avait déjà convaincu les États de s'approprier le contrôle des deux premières inventions aux 18^e et 19^e siècles. Le monopole devait être mis à profit des prérogatives de souverainetés nationales, en instaurant un « contrôle exclusif des éléments matériels de son exercice » ⁷⁸⁵ sur le Télégraphe de Chappe (1793) ⁷⁸⁶ et le Téléphone (1876) ⁷⁸⁷ et à travers les premiers réseaux de télécom. ⁷⁸⁸

292. En effet, les expériences des grandes guerres de 1914-1918 et de 1940-1945 ont démontré l'importance des télégraphes, radars et radiotéléphonies portatives comme des dispositifs stratégiques pour la puissance militaire des États. ⁷⁸⁹ Tel est le cas depuis l'origine des premières et des dernières inventions des techniques de communications automatisées. D'abord, « [l]e télégraphe est né en temps de guerre, grâce à l'octroi de crédits militaires en tant qu'arme défensive au service de la République. [...] Les télécommunications ont été [ensuite] considérées comme un outil du gouvernement, qui donne aux États des moyens supérieurs, à ceux de ses ennemis, (intérieurs et extérieurs), ce qui a dénoté son caractère stratégique ». ⁷⁹⁰ Enfin, dans les années 1950, les débuts de l'Internet sont particulièrement liés au programme ambitieux de recherche initié par le ministère américain de la défense (Pentagone) en impliquant les universités. En somme, « On comprend ainsi la double origine d'Internet : à la fois une communauté universitaire et l'armée intéressées ensemble par ce mode d'échanges en réseau. La circulation libre de l'information par opposition au réseau secret, du moins très strictement encadré, constitue les deux faces d'Internet ». ⁷⁹¹ Les télécoms et l'Internet forment des enjeux de puissance pour tout ordre étatique. ⁷⁹² Le monopole était censé doter l'État d'instrument de contrôle direct et exclusif.

⁷⁸³ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p.11.

⁷⁸⁵ J. CHEVALLIER, *op.cit.* p. 78.

⁷⁸⁶ [<http://museedutelephone.narbonne.pagesperso-orange.fr/telegraphe.htm>] (consulté le 16 juin 2016). Il s'agit du « Télégraphe de Chappe », dont le premier essai en juillet 1793, par son inventeur Claude Chappe, fait naître le réseau des télécommunications en France (avec sa première ligne entre Lille et Paris en août 1793). Le Ministère des Postes et Télégraphe français créé en 1878 connaît en 1889 le rattachement du téléphone, nationalisé en 1889, au sein du « service du matériel et de l'exploitation électrique ». Avec l'invention du télégraphe électrique de Morse 1837 (arrivée en France en 1844), le Télégraphe optique de Chappe est abandonné.

⁷⁸⁷ Le téléphone est d'invention plus ancienne que sa commercialisation coïncidant au 16 février 1876, date de dépôt du brevet par Graham Bell auprès des autorités américaines. La nouvelle technique du téléphone démontra son importance stratégique durant la seconde guerre mondiale avec le développement des radars ou de la radiotéléphonie portative.

⁷⁸⁸ P. CHARDON, « Genèse du vote de la Loi de 1837, origine du monopole des télécommunications », in C. BERTHO-LAVENIR (sous la dir.), *L'état des télécommunications en France et à l'étranger – 1837- 1987, Acte du colloque organisé à Paris les 3 et 4 novembre 1987 par l'École Pratique de Hautes études et l'Université Paris V*, Librairie Droz, Genève, 1991, pp.11-21, cité par R. GILARDIN, *op.cit.*, p.16-18. En France le « Télégraphe de Chappe » fut placé sous tutelle du Ministère de la Guerre. « Ainsi le financement était assuré par les Ministères de la Guerre, de la Marine et de l'Intérieur ».

⁷⁸⁹ M. DE CHEVEIGNÉ, « Les techniques, la guerre et la liberté : 1939-1947 », in C. BERTHO (sous la dir.), *op.cit.* pp.148-165.

⁷⁹⁰ WAEL EL ZEIN, *Les aspects juridiques de la libéralisation des télécommunications*, *op.cit.* p. 44.

⁷⁹¹ L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAÏDARA, *op.cit.* pp. IX-X. Les auteurs rappellent que « [l]es universitaires et les militaires américains qui sont à l'origine de la création de la communication en réseau d'un ordinateur à un autre n'avaient sans doute pas prévu que leur construction ferait bientôt partie de nos vies. En effet, il s'agissait à l'origine de permettre dans le réseau ARPANET, établi entre ordinateurs de quelques d'universités, d'échanger des données et des informations. Or, ce projet entre institutions universitaires était soutenu par l'armée ».

⁷⁹² Pour les justificatifs du monopole comme éléments de sécurité, voir notes *supra* : P. CHARDON, *op.cit.* pp. 11-12. Pour un exemple plus contemporain : K. SWISHER, « White House. Red Chair. Obama Meets Swisher », *Recode.net*, 15 février 2015.

293. En réalité, les monopoles publics de télécoms en occident étaient fonction des idées politiques et économiques ambiantes. Ils apparaissaient sous deux modèles différents, mais présentant les mêmes finalités.⁷⁹³ En effet, « [l']intervention publique est justifiée lorsqu'une industrie se caractérise par une situation de monopole naturel. Elle prend alors soit la forme de monopole public, soit d'un monopole privé régulé ». ⁷⁹⁴ D'une manière générale, pour les fonctions de service public de nature régaliennne, le monopole public demeurait le primat de l'administration, tandis que le « monopole de fait » dépendait de la taille économique pour les « grandes fonctions collectives et structurées en réseau ». ⁷⁹⁵ La taille de l'entreprise laissait l'impression de « surprofit injustifié » et justifiait par conséquent son transfert au secteur public pour des raisons d'efficacité économique. ⁷⁹⁶ Il s'ensuivait soit une « attribution de monopole de droit », soit l'« institution d'une protection légale » par le mécanisme de nationalisation qui, dans tous les cas, soustrayait à la concurrence l'activité jugée d'intérêt général. ⁷⁹⁷ C'est ainsi qu'il a été dit que les modèles des monopoles américain et européen des télécoms étaient non seulement de constitutions différentes, mais de même finalité et aussi de même profil d'enjeux dans la libéralisation de leurs secteurs de télécoms. ⁷⁹⁸

294. Premièrement, le monopole américain des télécoms faisait état d'une « logique économique pragmatique » ⁷⁹⁹ avec un marché national contrôlé, dans ses différents segments, par le « monopole naturel » ⁸⁰⁰ de la firme américaine AT&T. À la veille de son démantèlement le 1^{er} janvier 1984, AT&T se trouvait à 80% dans une situation de contrôle du trafic téléphonique national et à 100% du trafic international aux États-Unis. Elle exerçait un monopole en tant qu'équipementier dans la production et la fourniture sur le marché national, non seulement des structures des réseaux (à travers sa filiale, *Western electric*), mais aussi des terminaux et/ou combinés téléphoniques à ses usagers. En revanche depuis 1925, le marché international des équipements revenait à sa firme rivale ITT (*International Telegraph and Telephone*).

295. Le procès antitrust des autorités américaines contre la firme AT&T de 1974 à 1982 aboutit à l'accord signé entre celles-ci le 24 août 1982. Ce dernier fixait au 1^{er} janvier 1984 la date du démantèlement de la firme AT&T. Son application entraîna la restructuration d'AT&T en cinq filiales, dont *AT&T international*. La firme AT&T perdit également son exclusivité d'équipementier au niveau national américain, mais elle obtint le droit de développer son business international. Cette restructuration « conduisit à des pressions

[www.recode.net/2015/02/15/white-house-red-chair-obama-meets-swisher/] (consulté le 3 août 2017) Lors de son interview en 2015, le Président américain Barack Obama a dit : « Nous avons possédé Internet. Nos entreprises l'ont créé, l'ont étendu, l'ont perfectionné, de telle manière qu'ils [les Européens, ndlr] ne peuvent pas lutter ». (Notre traduction : *We have owned the Internet. Our companies have created it, expanded it, perfected it in ways that they can't compete.*)

⁷⁹³ WAEL EL ZEIN, *Les aspects juridiques de la libéralisation des télécommunications (étude comparée)*, LGDJ, éd. Alpha, Paris, 2012, p. 20.

⁷⁹⁴ I. CROQ, *op.cit.*, p. 81.

⁷⁹⁵ J. CHEVALLIER, *Le service public, op.cit.*, p. 78.

⁷⁹⁶ *Ibidem*.

⁷⁹⁷ *Ibidem*.

⁷⁹⁸ WAEL EL ZEIN, *op.cit.*, pp. 40-44. Cf. pour les fondements économiques, stratégiques, économiques et techniques du monopole. J. CHEVALLIER, « Le pouvoir du monopole et le droit administratif français », *RDP*, 1974, p. 23. V. LEROUX, « Les fondements économiques de la monopolisation du réseau téléphonique », in *L'État et les télécommunications en France et à l'étranger 1837-1987*, Droz, 1991, p. 12.

⁷⁹⁹ J. CHEVALLIER, *Le service public, op.cit.*, p. 78.

⁸⁰⁰ L. BANCEL-CHARENSOL, *La déréglementation des télécommunications dans les grands pays industriels*, ENSTPTT-Economica, Paris, 1996, p. 31, cité par R. GILARDIN, *op.cit.*, p. 37. —I. CROQ, *op.cit.*, p. 81-82 : « La théorie du monopole naturel repose sur les concepts de rendement d'échelle croissant et de sous-additivité de la fonction coût. Les rendements d'échelle [« en termes d'économie d'échelle »] sont croissants (décroissants) lorsque le coût moyen diminue (augmente) avec l'accroissement de la quantité produite ». Cf. P. PICARD, *Éléments de microéconomie. Théorie et applications*, Monchrestien, 2^e éd., 1990. W.W. SHARKEY, *The theory of natural monopoly*, Cambridge University Press, 1982.

constantes de la firme et de ses concurrents (Sprint, MCI et ITT) auprès des pays européens pour que ceux-ci ouvrent leurs marchés⁸⁰¹ » à leur tour également. La loi américaine en vigueur demeurait le *Communication Act* de 1934, avant d'être remplacé par le *Telecommunication Act* de 1996.⁸⁰²

296. Deuxièmement, les monopoles publics européens étaient fondés sur les dogmes du service public, résultant de l'affirmation du droit ou de la nationalisation des activités jugées d'intérêt général. « À l'aube du XX^{ème} siècle, on trouvait un secteur public économique d'État non négligeable en partie hérité du colbertisme, mais qui avait continué par la suite à se développer : [...] alors que les entreprises privées, bien que soumises à certaines contraintes, sont insérées dans l'économie de marché, les services publics constituent des îlots à part, échappant très largement à l'application normale des lois de marché publiques. [...] Le monopole est inhérent à la conception française traditionnelle du service public [...] censé être soustrait à l'application de la logique marchande. Tous les services publics ont ainsi été dotés sinon d'un monopole de droit, du moins d'un statut monopolistique les mettant à l'abri de la pression de la concurrence ».⁸⁰³ En sus, les enjeux de rareté des ressources stratégiques fondaient aussi la mise des secteurs d'activités sous gestion publique. L'État se positionnait sur des intérêts qu'une personne privée ne pouvait gérer de manière équitable.⁸⁰⁴

297. Cependant, si une « idée de monopole imprègne donc profondément la conception classique du service »,⁸⁰⁵ la doctrine libérale présente la concurrence comme une source d'innovation, de compétitivité et d'efficacité. L'idée du monopole d'État laissait persister une ancienne vision « parfois angélique, voire naïve : elle ne prête de défaut qu'au marché et l'intervention publique est supposée bénéficier à la collectivité ».⁸⁰⁶ Dans les années 1980, plusieurs évolutions économiques et progrès techniques pressèrent les États européens (et tiers) à saisir l'enjeu stratégique des télécoms dans l'ordre de la mondialisation. Ils ont réformé leurs cadres juridiques en conséquence.

298. Sur le plan économique, les éléments principaux de changement furent : l'accroissement des échanges internationaux, l'émergence d'un raisonnement de conquête des marchés à l'échelle mondiale et la remise en question des péréquations tarifaires.⁸⁰⁷ Sur le plan technique, en dépit des efforts de « colbertisme high-tech »⁸⁰⁸, le monopole s'essouffait. La mutabilité des services publics ne convenait plus à des droits exclusifs, face au train des innovations et aux besoins des usagers. Selon les « lois de Rolland », l'« idée qui sous-tend le principe de mutabilité, encore appelé parfois "principe d'adaptation", est simple, c'est elle qui conduit à postuler que le service public doit rendre, à tout moment, le meilleur service possible à la population ».⁸⁰⁹ Le monopole ne pouvait plus à lui seul assurer la diversification des offres, ni répondre à la demande accrue de nouveaux services de télécoms, notamment :

⁸⁰¹ Y. BOUVIER, « Construire l'Europe industrielle par les entreprises. La politique de concurrence et les fusions industrielles dans les télécommunications européennes dans les années 1980 », *Histoire, Economie et Société*, n°1, p. 79-80.

⁸⁰² R. GILARDIN, *op.cit.*, spéc. pp. 34-39 et s.

⁸⁰³ J. CHEVALLIER, *op.cit.*, pp. 62, 77 et s.

⁸⁰⁴ WAEL EL ZEIN, *op.cit.*, p. 45.

⁸⁰⁵ *Idem*, p. 81.

⁸⁰⁶ I. CROCQ, *op.cit.*, p. 3. L'auteur cite à propos : A. PIGOU, *The Economics of Welfare*, Macmillan, Londres, 4^e éd., 1932 ; P. A. SAMUELSON, « The pure theory of public expenditures », *Review of Economics and Statistics*, vol. 36, pp.387-389 ; R. A. MUSGRAVE, *The theory of public finance*, McGraw-Hill, New York, 1959.

⁸⁰⁷ La péréquation tarifaire était comme un principe d'organisation des services publics à perte sur certaines activités et à surfacturation sur d'autres.

⁸⁰⁸ E. COHEN, *Le colbertisme «high-tech»*. *Économie des Télécoms et du Grand Projet*, Hachette, Coll. Pluriel, 1992. Il s'agit des efforts de mutabilité des services publics par l'investissement public à la modernisation des services publics face aux besoins et tendances des usagers, en référence au secteur des télécoms, marqué par l'innovation privée.

⁸⁰⁹ E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, 2^e éd., coll. Droit public, Science politique, précis, Dalloz, paragraphe 604.

nouveaux modes de transmissions (satellites, fibre optique), passage de l'analogique au numérique, télématique (Minitel) associant informatique et télécommunication.⁸¹⁰

299. Face à toutes ces pressions du progrès, l'Europe devait répondre aux enjeux de dérégulation du marché américain et britannique. Première en Europe à capitaliser ces enjeux, la Grande-Bretagne sépara dès 1981 la gestion de sa poste et de ses télécoms en deux organismes publics distincts. Elle abolit en 1982 le monopole de *British Telecom*, son exploitant public, en le mettant en concurrence avec l'opérateur *Mercury* à qui elle attribua une licence d'exploitation des télécoms. La réforme britannique fut complétée par la privatisation de *British Telecom* (avec la vente de 51% de son capital) et par la création d'une autorité indépendante chargée de la régulation et de la concurrence, en l'occurrence *OFTEL*, *Office of Telecommunications*, actuel *OFCOM*, *office of Communications*.⁸¹¹ L'expérience communautaire a organisé le marché intérieur sur les principes de dérégulation et de démonopolisation des services publics de l'État.

2. Les enjeux politiques de base dans la dérégulation des télécoms

300. Au niveau communautaire, l'importance des enjeux de déréglementation motiva le Sommet de Fontainebleau du 20 juin 1984. Il réunit pour la première fois en France les Chefs d'États sur le thème de l'Europe des télécoms.⁸¹² Il était question d'ouvrir les services publics des États à un ensemble des marchés plus vastes à l'échelle internationale, sans pour autant éroder leur propre manne de survie sur leurs marchés territoriaux. L'absence de concurrence et d'harmonisation technique constituait les premiers éléments bloquant le développement général de ces marchés. Ainsi, les institutions européennes entreprirent de développer le marché communautaire à travers les mesures de libéralisations et des directives d'harmonisation.

301. En ce sens, le premier *Livre vert* du 30 juin 1987 définit la trame politique de ce processus « sur le développement du marché commun des [...] télécoms ».⁸¹³ La construction de l'Europe des télécoms requérait de démanteler les cartels territoriaux qui empêchaient la diffusion des technologies à cause des monopoles verticaux nationaux. En effet, la situation antérieure des marchés territoriaux de télécoms intégrait non seulement les monopoles des infrastructures et des services, mais aussi l'exclusivité des équipements territoriaux de télécoms. Aussi, fallait-il en finir avec des empires industriels fermés, contrôlés au niveau national par des équipementiers et des réseaux tout aussi exclusifs. Il en fut ainsi des opérateurs téléphoniques comme *Siemens* pour l'Allemagne, *Ericsson* pour la Suède, *Phillips* pour les Pays-Bas, *Alcatel* et *Thomson* pour la France.⁸¹⁴ La publication et l'harmonisation des spécifications techniques des réseaux territoriaux étaient nécessaires, afin d'assurer l'interopérabilité et l'interconnexion des réseaux territoriaux au niveau européen. Cette

⁸¹⁰ J. HARIVEL, « Le Minitel, une exception française », *Revue de l'Institut du Monde et du Développement*, n°4, Hiver, 2013, Paris, pp. 93 à 106.

⁸¹¹ E. BRENNAC, « De l'État producteur à l'État régulateur, des cheminements nationaux différenciés. L'exemple des télécommunications », in B. JOBERT (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe*, L'Harmattan, 1994, p.276.

⁸¹² Pour les développements spécifiques à la déréglementation en France, cf. le §2 de la présente section.

⁸¹³ Commission de la Communauté européenne, *Vers une économie européenne dynamique, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications*, COM (87) 290 final, 30 juin 1987.

⁸¹⁴ Y. BOUVIER, « Construire l'Europe industrielle par les entreprises. La politique de concurrence et les fusions industrielles dans les télécommunications européennes dans les années 1980 », in *Histoire, Économie et Société*, n°1, 2008, p. 79 - La recommandation sur l'ouverture des marchés dénonça cette situation bloquant l'émergence d'un grand marché européen. (Quant aux opérateurs français qui se procuraient les matériels chez les équipementiers américains, il leur était vendu des technologies déjà dépassées au prix fort. Ainsi, l'Europe marqua le pas en faveur des politiques de fusions des entreprises européennes et des programmes de recherche.)

logique politique a été maintenue plus tard, dans le deuxième *Livre vert* de 1997 sur la convergence des secteurs des télécommunications⁸¹⁵

302. En effet, le droit « communautaire »⁸¹⁶ fait précéder l'élaboration de ses règles par une définition des objectifs politiques, dans ses « livres verts ».⁸¹⁷ En l'espèce, les réformes sectorielles des télécoms se fondent sur des objectifs précis, notamment : la construction du marché intérieur, la diffusion des technologies, l'innovation, l'optimisation de l'accès des utilisateurs aux réseaux et aux services des télécoms. La réglementation a été « simplement [perçue comme] un outil, au côté de l'utilisation des forces du marché, pour l'achèvement des objectifs plus vastes de politique sociale, économique et générale ».⁸¹⁸ Ainsi, les politiques législatives s'expriment dans les règlements, directives et autres décisions des institutions européennes. Pour l'essentiel, la construction du marché unique européen a imposé l'application des principes économiques néolibéraux et ordo-libéraux aux secteurs des télécoms des États membres. À cet effet, les trois outils classiquement utilisés par les institutions européennes ont permis d'assurer les objectifs de libéralisation du secteur dans le sens d'un marché régulé. Il s'agit de l'emploi coordonné en Europe des mécanismes d'élaboration d'instruments juridiques, de leur suivi et de la coopération.⁸¹⁹

303. Les directives européennes servent efficacement à encadrer la transition du cadre réglementaire du marché ouvert des télécoms, tout en tempérant le *laisser-faire* sans verser dans le *laisser-aller*. Pour autant, l'adoption d'une réglementation *ex ante* a été choisie avec l'instauration d'une régulation sectorielle *ex post*.⁸²⁰ La particularité des télécoms est de faire intervenir cette dernière (*ex post*) « parce qu'il faut construire la concurrence et maintenir en permanence des équilibres non naturels » dans l'ordre artificiel du marché.⁸²¹ Les autorités de régulation nationales établies dans les marchés ouverts de télécoms utilisent « des outils que l'on pourrait dire "sur page blanche", essentiellement des réglementations [...] de l'*ex ante* ».⁸²² En définitive, « [l]es ARN doivent pour l'impartialité de leur décision demeurer indépendantes des fournisseurs de réseaux, de services ou d'équipements de communications électroniques ».⁸²³ Elles doivent également être indépendantes de l'État, si ce dernier conserve

⁸¹⁵ Commission européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation*, COM (97) 623 final, 3 décembre 1997.

⁸¹⁶ L'usage à dessein du terme « Communautaire » est effectué pour restituer le contexte européen d'avant le Traité de Lisbonne sur l'Union et aussi pour ressortir l'idée de mutualisation des efforts et des systèmes juridiques.

⁸¹⁷ F. REY, « Livre vert, livre blanc, ça sert à quoi ? », *www.metiseurope.eu*, 1^{er} mai 2007. L'origine des livres verts (et des livres blancs) est britannique. Elle remonte au dépôt en 1967 à la Chambre des Lords d'un document de proposition pour l'élaboration des politiques. Les journalistes ont appelé ledit document livre vert au vu de sa couverture. Les « livres verts » publiés par la Commission européenne offrent un éventail d'idées dans le but de lancer, dans l'ensemble des pays, une consultation et un débat sur un thème précis. En pratique, les livres verts contiennent des « idées destinées à alimenter un débat ou une consultation publique sur un thème donné. En réponse à une présentation de la thématique, les parties prenantes ou individus intéressés par le sujet sont invités à exprimer leur avis sur les propositions émises, avant une date limite ». (L. DARMON, « Livre vert, livre blanc », *europeplusnet.com*, 2005.) En revanche, les livres blancs contiennent un ensemble argumenté de propositions d'actions communautaires dans un domaine spécifique.

⁸¹⁸ J. CATTAN, *op.cit.*, pp. 19-22, 24 et 27.

⁸¹⁹ S. TURGIS, « Les valeurs du Conseil de l'Europe appliquées à Internet », in A. BLANDIN-OBERNESSER (sous la dir.), *op.cit.*, p.17. L'Europe mobilise les mêmes outils pour promouvoir l'émergence de ses valeurs fondamentales : droit de l'homme, démocratie et prééminence du droit dans l'environnement (numérique) européen, voire international.

⁸²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...* *op.cit.*, p. 69. L'*ex ante* et l'*ex post* sont des expressions usuelles en économie qui correspondent respectivement en droit d'*a priori* et d'*a posteriori*. Ainsi, la loi ou la réglementation est un acte *ex ante*, qui régira les situations postérieures à son adoption (cas du règlement général d'une autorité). En revanche, les décisions individuelles de sanction, de règlement de litige ou de médiation relèvent de l'*ex post* (cas des actes juridictionnels). Le droit de la concurrence intervient *ex post* puisque le marché est établi et que l'autorité de la concurrence réagit en cas de pratique anticoncurrentielle, susceptible d'être sanctionnée, donc *ex post*.

⁸²¹ *Ibidem*.

⁸²² *Ibidem*.

⁸²³ Cf. A. DE STREEL, R. QUECK, « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe », *JTDE*, n°101, septembre 2003, p. 195. L'article 3 de la directive « cadre » prévoit l'obligation de la séparation structurelle

le contrôle d'un fournisseur. Les ARN doivent collaborer étroitement avec les autorités nationales de concurrence (ANC) dans la mesure où elles sont amenées à utiliser les principes du droit de la concurrence ».⁸²⁴

304. Il s'avère que les objectifs politiques sont à la base d'adoption des règles européennes. Ils permettent de comprendre la cohérence du millefeuille législatif européen, sans se limiter uniquement à leur texture purement juridique. Les acquis du droit de l'Union européenne se forment à travers le temps pour anticiper ou traiter les enjeux, en l'occurrence ceux des télécoms. Les mesures d'ordre juridique du processus de dérégulation ont débuté en 1988 et se poursuivent encore, en fonction des étapes d'évolution technologique et du marché. L'étape fondamentale de la démonopolisation a porté sur des segments de marché, pour réaliser finalement la pleine concurrence. C'est en ce sens que des directives successives ont été adoptées concernant les « terminaux de télécommunications » (1988), ensuite les « services de télécommunications » (1990) et enfin la « pleine concurrence » (1996). Ces mesures graduelles ont pu rendre possible la libre fourniture des services de télécoms, entourée des garanties de régulation sur le marché européen.⁸²⁵ Elles ont fondé les bases de l'économie numérique actuelle.

B. / LES MESURES POLITIQUES ET JURIDIQUES DE DÉMONOPOLISATION DE L'EUROPE DES TÉLÉCOMS

305. En Europe, l'ouverture des marchés territoriaux est le fruit de la dérégulation des télécoms, ayant entraîné le déclin des monopoles publics. Dans cette démarche, la suppression des droits exclusifs a porté successivement sur les marchés des équipements, des services et des infrastructures. Cependant, ce sont à la fois des préalables politiques et des mesures juridiques qui ont fondé en Europe les bases de la concurrence. Les textes nécessaires sont intervenus en quatre étapes fondamentales, en faisant usage d'instruments d'une valeur obligatoire croissante : d'une part, les recommandations, les *livres verts*, les concertations avec les groupements professionnels, (1) et d'autre part, les directives notamment. (2)

1. Les préalables politiques de la libéralisation du marché européen

306. Premièrement, des recommandations de la CEE publiées en 1984 indiquaient les objectifs visés à long terme par la Commission européenne. Il était question de disposer d'une approche commune dans le domaine des télécoms, en lançant la première phase d'ouverture des marchés. D'un côté, il était recommandé que les administrations en charge des télécoms harmonisent les normes, les matériels et les services en leur possession ou utilisation.⁸²⁶ D'un autre, il était préconisé le lancement du processus de rapprochement des industriels du secteur avec les services européens contre les monopoles publics.⁸²⁷ Deuxièmement, un réseau de soutien a été constitué auprès des industriels et du secteur public concerné. Troisièmement, la publication du *Livre vert* du 30 juin 1987 sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications avait repris et approfondi les indications

effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises, d'autre part. Cet objectif pouvant être réalisé de plusieurs manières.

⁸²⁴ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 57-58.

⁸²⁵ L'étude des directives européennes de libéralisation de 1988, 1990, 2002 et 2009 (jusqu'à ce jour) est menée au point B du présent paragraphe (§1).

⁸²⁶ Recommandation 84/549/CEE du 12 novembre 1984 concernant la mise en œuvre d'une approche commune dans le domaine des télécommunications, Doc.384X0549, JOCE, L298, 16 nov. 1984, p.0049-0050. [http://admin.net/eur/loi/leg-euro/fr_384X0549.html], consulté le 13 juillet 2016.

⁸²⁷ Recommandation 84/550/CEE du 12 novembre 1984 concernant la première phase d'ouverture des marchés des télécommunications, Doc. 3198H0550, JOCE, 16 nov. 1984, pp. 0051-0052.

données dans les recommandations.⁸²⁸ Le *Livre vert* de 1987 proposait les mesures suivantes : « (i) l'ouverture progressive et totale de la concurrence du marché des équipements et des terminaux de télécom ; (ii) l'ouverture à la concurrence du marché des services de base (téléphonie vocale) et de la gestion des infrastructures de réseaux, (iii) la séparation entre les fonctions de réglementation et les fonctions d'exploitation des entreprises privées ou publiques gérant les réseaux de télécommunications ; (iv) le principe d'accès ouvert aux réseaux et de leur interconnexion ; (v) l'application des règles de concurrence au secteur des télécommunications. »⁸²⁹

307. Plus précisément, le *Livre vert* traçait une ligne de consultation, pour définir la politique législative portant sur les mesures de la libéralisation du marché. Il prévoyait un bilan en 1992 sur les limites du principe de concurrence (droits exclusifs et réservés) face à l'évolution rapide de la technologie dans le secteur des télécoms. L'Europe organise donc la restructuration de son système juridique en fonction des évolutions du marché électronique. Le « Programme d'action »⁸³⁰ assorti au dit livre encadrait le suivi de sa mise en œuvre, dans le souci de maîtriser les enjeux d'une déréglementation trop rapide.

308. Trois axes furent définis à ce propos. D'abord, le *Livre vert* fixait de grands axes réformateurs concernant la protection juridique des opérateurs publics en place. Les États leur ont reconnu certains « droits spéciaux » à titre transitoire. Le privilège et avantage d'exclusivité temporaire portait sur l'établissement des infrastructures de télécoms (réseaux) et sur la fourniture des services de base (téléphonie vocale, en l'occurrence).⁸³¹ Ensuite, il fut question de l'énumération des services non reconnus comme libéralisés, dits « réservés » susceptibles d'être ouverts à la concurrence (avec possibilité d'autorisation pour les opérateurs non historiques). Enfin, il fut organisé un marché hybride, sur le modèle dual des normes techniques communes aux différents opérateurs en concurrence, en vue de leur assurer l'accès équitable aux infrastructures, qui demeureraient réservées de manière exclusive et temporaire à ses détenteurs.⁸³²

309. En définitive, le *livre vert* envisageait l'instauration de la régulation sectorielle des télécoms. La restructuration du marché motivait la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation entre acteurs du secteur autrefois monopolistique. L'équilibre du jeu concurrentiel était nécessaire, pour le fonctionnement du marché, à plusieurs égards : cohabitation des services à régime concurrentiel et des monopoles sur les infrastructures ; limitation des subventions croisées afin d'éviter que le segment monopolistique résiduel de l'opérateur historique (droits spéciaux) dans une économie de marché n'avantage son segment concurrentiel ; évitement des abus de position dominante.⁸³³ Malgré les évolutions conjoncturelles, la grille des objectifs de législation est demeurée la même dans la politique de structuration du marché des télécoms, à savoir : « équilibre entre monopole et concurrence, équilibre entre approche *ex ante* et *ex post*, équilibre entre lois de marché et lois de service

⁸²⁸ COMMISSION DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE, *Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications*, Bruxelles, COM (87) 290, 30 juin 1987.

⁸²⁹ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 29. Autre source anglaise : P. LAROCHE, « Telecommunications », in D. Geradin (dir.), *The liberalization of state monopolies in the European Union and beyond*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, pp. 15-47.

⁸³⁰ Commission de la Communauté européenne, *Programme d'action : vers un marché communautaire compétitif en matière des télécommunications en 1992 – Mise en application du livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications* (état des discussions et propositions faites à la Commission, tel qu'approuvé), Communication de la Commission, 9 février 1998, COM/88/48/FINAL.

⁸³¹ Cette formule de l'Europe de 1988-1990 est celle adoptée par le Droit congolais (RDC) depuis la réforme des télécoms de 2002, sans aucune autre réforme de ce régime juridique quatorze-ans après en 2016. Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse quant à la mise en œuvre de la déréglementation des télécoms en RDC.

⁸³² R. GILARDIN, *op.cit.*, p. 43.

⁸³³ *Ibidem*.

public, équilibre entre court terme et long terme, et équilibre entre intervention et régulation ».⁸³⁴

310. À la suite de ces préalables sur le plan politique, les directives sont intervenues en quatrième position. Les directives qui ont été édictées par la suite ont contraint les États à adopter les mesures préconisées par la Commission européenne (CEE) s'ils ne l'avaient pas fait.⁸³⁵

2. La portée politique des directives fondatrices de la libéralisation du marché européen des télécoms

311. La première des directives fondatrices de la libéralisation a été adoptée en 1988 par la Commission européenne. Elle instaurait la concurrence dans les marchés des terminaux.⁸³⁶ Les secondes émanant d'elle (et aussi du Conseil) en 1990 se rapportaient à l'établissement d'un marché intérieur des services des télécoms.⁸³⁷

312. La Commission européenne avait mis en œuvre sa compétence d'application de l'article 86, paragraphes 1, 2 et 3 du Traité instituant la communauté européenne (TCE). Elle était juridiquement habilitée à adresser des directives ou des décisions aux États membres. En effet, ces dispositions du Traité l'autorisent à exiger la suppression des droits spéciaux ou exclusifs accordés à des entreprises nationales, lorsque ceux-ci s'apprécient comme une violation d'autres règles du Traité, sous réserve de la limitation du juge européen.⁸³⁸ Sur cette base, la Commission adopta sept directives entre 1988 et 1999.⁸³⁹

313. Toutefois, l'ampleur des réformes impulsées par les politiques d'ouverture du marché européen des télécoms souleva quelques résistances nationalistes et des relents protectionnistes auprès des États membres. En effet, le législateur européen devait moduler les transformations du marché, en adoptant un rythme moins extrême dans ses mutations à pas forcés. Des enjeux de pouvoir entre institutions européennes entre elles (Commission et Conseil), d'une part, et avec les États, d'autre part, se faisaient sentir. Face aux enjeux de transition du secteur des télécoms en Europe, les États membres de se dressaient en deux camps.

⁸³⁴ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 9.

⁸³⁵ R. GILARDIN, *op.cit.*, p. 42 et s. PH. RIVAUD, « Leadership et gouvernance communautaire : la Commission européenne et l'idée de service universel des télécommunications (1987-1998) », *European issue*, n°11, juillet 2001, Fondation Robert Schuman.

⁸³⁶ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3A124119a>], consulté le 1^{er} juillet 2016.

⁸³⁷ Directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications.

⁸³⁸ CJCE, affaire C-69/91, 27 octobre 1993, *Procédure pénale contre Francine Decoster, épouse Gillon*, *Rec.* 1993, p. I-5335, spéc. les « considérants » n°17 et s. Il a été jugé que la Commission ne pouvait pas, sur le fondement de l'article 86 du Traité instituant la Communauté européenne, créer de nouvelles obligations matérielles, mais seulement identifier des obligations déjà existantes selon les dispositions générales du Traité.

⁸³⁹ (1°) Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3A124119a>], consulté le 1^{er} juillet 2016. (2°) Directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications. (3°) Directive 94/46/CE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particuliers les communications par satellite, JOCE L 268, 19 octobre 1994, p. 15. (4°) Directive 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 modifiant les directives 98/388/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévisions pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, JOCE L 256, 26 octobre 1995, p. 49. (5°) Directive 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles, JOCE L 20, 26 janvier 1996, p. 59. (6°) Directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, JOCE L 74, 22 mars 1996, p. 13. (7°) Directive 1999/64/CE de la Commission du 23 juin 1999 modifiant la directive 90/388/CEE en vue de garantir que les réseaux de télécommunications et les réseaux câblés de télévision appartenant à un seul et même opérateur constituent des entités juridiques distinctes, JOCE L 175, 10 juillet 1999, p. 39.

314. D'un côté, les États dits « libéraux » – qualifiés ainsi à la faveur de leurs prises de position avec la Grande-Bretagne en tête, la RFA, le Danemark, les Pays-Bas – soutenaient une fin rapide des monopoles publics nationaux en faveur d'un marché totalement ouvert. D'un autre côté, les États dits « constructivistes »⁸⁴⁰ défendaient le maintien des opérateurs publics solides, nécessaires à un service public fort, parce qu'étaient-ils attachés sans doute à la conception traditionnelle des services publics selon les « lois de Rolland ».⁸⁴¹

315. À ce propos, la France introduisit un recours devant la CJCE contre la Commission, sur la base de l'article 90-3 du Traité de Rome. Elle prenait argument sur l'empiètement du pouvoir législatif du Conseil par la Commission. La France arguait un vice de procédure du fait de l'édition par le Conseil de la directive 90/387/CE du 28 juin 1990, au détriment de la Commission qui avait déjà émis auparavant la directive 88/301/CEE du 16 mai 1988.⁸⁴² L'arrêt de la CJCE du 19 mars 1991 réaffirma le pouvoir supranational européen contre le pouvoir national des États, tout en contribuant au renforcement des pouvoirs des deux institutions européennes.⁸⁴³

316. De même, la directive 90/388/CEE de la Commission relative à la concurrence dans les marchés des services de télécoms fut attaquée par les États membres, cette fois par l'Espagne, la Belgique et l'Italie. La CJCE confirma encore que la Commission disposait du pouvoir de surveillance de l'article 86, paragraphe 3 du TCE et que celle-ci était fondée à préciser des obligations aux États membres face en respect du Traité (TCE). Il lui était autorisé d'exiger d'eux l'abolition des droits spéciaux et exclusifs. Une autre jurisprudence confirme la compétence de la commission pour fixer les conditions d'effectivité de cette suppression des droits spéciaux en matière des télécoms dans les marchés nationaux.⁸⁴⁴ Ces différents compromis obtenus par l'Europe avec les États dits « libéraux » et « constructivistes »⁸⁴⁵ ont été d'un apport important également pour l'adoption de la série des directives dites ONP de 1990 pour la fourniture des réseaux ouverts.⁸⁴⁶

317. Au niveau européen, une autre étape est engagée avec les directives des années 1990. Elles marquent une transition dans le processus de libéralisation. Elles imposent en effet des principes harmonisés de base pour la « fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications », plus connus sous ce sigle ONP. « Le concept ONP vise à promouvoir le marché unique dans les télécoms en harmonisant les conditions d'accès et d'utilisation des

⁸⁴⁰ *Dictionnaire Larousse illustré*, 2017, préc., p. 292. « Constructiviste : relatif au constructivisme, qui s'y rattache [...] qui privilégie une construction plus ou moins géométrique des formes ». R. GILARDIN, *op.cit.*, p. 46. Cet auteur rattache ce qualificatif aux États européens qui étaient favorables et actifs dans la dynamique de transformation du secteur des télécoms, aux débuts de la déréglementation.

⁸⁴¹ J. CHEVALLIER, *Le service public*, *op.cit.*, p. 55 et s. E. ZOLLER, *op. cit.*, par. 604. M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *op.cit.*, p. 523, 554 et s. « Les « Lois de Rolland », dans leur formulation classique et initiale, sont au nombre de trois, elles s'expriment sous forme de principes « d'égalité », de « continuité » et d'« adaptation ». Il s'agit bien des « lois », au sens physique du terme, en ce sens que ces principes sont censés découler d'un rapport de nécessité régissant le fonctionnement normal et *quasi* naturel du service noyau dur de leur régime juridique. »

⁸⁴² R. GILARDIN, *op.cit.*, p.46. La RF tendait à « signifier à la Commission que les questions relatives à l'aménagement du territoire, à l'étendue et à la disponibilité effective du service public, aux conditions de la compétitivité internationale de ses industries, devrait relever d'un processus politique fût-il communautaire et non d'une décision administrative fût-elle une interprétation du Traité de Rome ».

⁸⁴³ CJCE, *République française c/ Commission*, C-202/88, 19 mars 1991, concurrence dans les marchés des terminaux de télécoms [<http://eur-lex.europa/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61988CJ0202>] (consulté le 4 juillet 2016). Pour l'arrêt voir aussi : *Recueil* 1991, pp. I-1233. F. BLUM, A. LOGUE, *State monopolies under EC law*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd, 1998, pp. 45-46, cité par D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 37.

⁸⁴⁴ CJCE, 17 novembre 1992, *Royaume d'Espagne, Royaume de Belgique et République indienne c/ Commission*, aff. Jointes C-271/90, C-281/90 et C-281/90, *Recueil* 1992, pp. I-5833.

⁸⁴⁵ Le compromis fut obtenu lors du Conseil des Ministres de la Communauté européenne du 7 décembre 1989, présidé par la France, représentée par son ministre des PTT.

⁸⁴⁶ A. VALLEE, « Les États pourront-ils faire l'Europe de Télécommunications ? », in *Réseaux*, vol.8, n°40, 1990, p.103.

services et des réseaux accessibles au public ».⁸⁴⁷ La gestion de la puissance sur le marché est aussi un principe fondamental de l'ONP, soumettant à une réglementation plus stricte que les autres certains opérateurs en raison de leur puissance sur le marché. Une distinction a également été faite du point de vue régime entre la téléphonie fixe et la téléphonie mobile, cette dernière bénéficiant d'obligations moins onéreuses. Il avait été tenu compte du degré de concurrence de ce segment de marché, par rapport à l'existence d'opérateurs historiques anciennement monopolistiques sur l'autre segment.⁸⁴⁸

318. Les dernières étapes de transition législative relèvent des directives du « paquet télécom » de 2002 et de 2009. Elles imposent en effet de nouveaux principes sur le marché, compte tenu également de l'évolution des communications électroniques. D'où l'adoption de la terminologie officielle : « communications électroniques », en lieu et place des « télécoms ». Les réaménagements du cadre réglementaire européen interviennent à un niveau plus avancé de libéralisation et d'harmonisation des règles du marché intérieur. Le « paquet télécom » réduit les quelques vingt-cinq instruments qui avaient été adoptés durant les années 1990 à cinq directives de base. Il « comprend une directive "cadre", quatre directives sectorielles, un règlement relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale⁸⁴⁹, une décision sur le cadre réglementaire du spectre radioélectrique et une directive sur la concurrence ».⁸⁵⁰

319. Les principes d'« une bonne réglementation » sont principalement adressés sur la base de l'article 8, paragraphe 1 de la directive « cadre », aux autorités réglementaires nationales dans l'accomplissement de leurs tâches. Il s'agit du principe de la régulation minimale, selon laquelle « la réglementation étatique doit être maintenue au niveau le plus bas possible permettant l'accomplissement des objectifs politiques proclamés ».⁸⁵¹ Les autres principes concernent la régulation technologiquement neutre⁸⁵², la régulation flexible alliée à la recherche de la sécurité juridique⁸⁵³ et la régulation harmonisée au niveau européen.^{854 855}

320. De 2009 à ce jour, les règles du « paquet télécom » visent les objectifs d'accès universel au numérique, la création d'un « marché unique numérique » en supprimant au niveau européen les disparités tarifaires de l'itinérance mobile entre utilisateurs voyageant au

⁸⁴⁷ D. POPOVIC, *op. cit.*, p.39.

⁸⁴⁸ *Ibidem*, p. 38-44.

⁸⁴⁹ Règlement (CE) n°2887/2000 du Parlement et du Conseil du 18 décembre 2002 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JOCE, L 336, 30 décembre 2000, pp. 0004-0008. Au terme du considérant n°3 du Règlement : « L'expression "boucle locale" désigne le circuit physique à paire torsadée métallique du réseau téléphonique public fixe qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente ».

⁸⁵⁰ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 15

⁸⁵¹ *Ibidem*, pp. 47-60.

⁸⁵² D. GERADIN, « Regulatory issues raised by network convergence : the case of multi-utilities », *J Network Industries*, n°2, 2001, pp. 113-126. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=49007] (consulté le 4 avril 2017). Le principe de neutralité technologique fait une application horizontale des règles semblables à toutes les infrastructures utilisées pour la transmission de signaux électromagnétiques. Il est tempéré par des choix technologiques précis dans le cas de la rareté du spectre des radiofréquences ou de promotion de certains services. Il en est le cas par exemple de l'encouragement de la TNT pour l'effet de rationalisation de l'utilisation des fréquences par rapport à la télévision par câble ou satellite.

⁸⁵³ Les nouvelles règles ont été conçues de manière à ne pas ralentir le développement continu des technologies, tout en s'adaptant facilement à celles-ci, quoique ce fait rende imprévisible sur les marchés la situation concurrentielle. La flexibilité reconnue aux règles ne doit cependant pas menacer ou mettre en danger les investissements considérables dans le secteur des communications électroniques.

⁸⁵⁴ Article 7, directive « cadre », préc. Le nouveau cadre de 2002 octroie aux ARN une flexibilité plus importante que le cadre de 1998, afin qu'elles puissent appliquer les règles d'une manière adaptée à la situation des marchés et des technologies, notamment en ce qui concerne les obligations imposées aux opérateurs puissants dit SMP. Toutefois, cette flexibilité est encadrée pour une approche cohérente, par le biais d'un mécanisme de coordination renforcée entre les autorités nationales et d'un droit de veto de la Commission. Ils visent à assurer une application harmonisée de la régulation sectorielle ainsi que l'intégrité du droit de la concurrence.

⁸⁵⁵ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 51.

sein de son marché. La réforme en cours (2016-2017) du cadre réglementaire européen travaille à l'élaboration d'un véritable « Code des télécommunications » pour l'Europe. Un des objectifs du futur Code est d'assurer la transition numérique du marché sur le plan des infrastructures de nouvelle génération (5G). La perspective est de concrétiser la « société du Gigabit ».⁸⁵⁶

321. Les développements ci-dessus ont mis en évidence les objectifs politiques, pour chacune des étapes de transition du cadre juridique européen des télécoms. La complexité du millefeuille législatif européen nécessite pour la compréhension de ses institutions juridiques de considérer le contexte, les objectifs et les finalités de la législation pour le secteur des télécoms. Cet éclairage permet de comprendre les transformations des régimes, en parcourant les directives sur les communications électroniques, dans les tranches de leurs logiques d'intervention. (§2)

§2. Les transitions du cadre réglementaire européen des télécoms dans les enjeux de convergence numérique

322. Les politiques législatives ont donné lieu à des réponses graduées, face aux enjeux aussi bien des télécoms que des communications électroniques. Les institutions européennes ont tracé le schéma d'ouverture des marchés nationaux, pour le fonctionnement du jeu de la concurrence régulée. Les ajustements du cadre réglementaire traduisent l'effort constant d'aligner la restructuration du marché par rapport au droit. Trois objectifs de législation structurent les grandes étapes de transition du cadre juridique européen des télécoms jusqu'à l'économie numérique.

323. Les premières *mesures de libéralisation* sont celles de 1988-1990 concernant les « directives de la Commission ». Elles ont ensuite été appuyées par l'*harmonisation des règles* pour la pleine concurrence du marché à travers les « directives ONP » de 1990-1997. La dernière série des directives régit véritablement l'économie numérique en notant la directive « commerce électronique » de 2000 et les directives du « paquet télécom » depuis 2002 jusqu'à ce jour. En Europe, toutes les transformations du droit européen constituent l'objet d'étude se rapportant à l'acquis communautaire du secteur des télécoms (A.) et ensuite celui des communications électroniques. (B.)

A./ LES ACQUIS COMMUNAUTAIRES DE LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS

324. Au niveau européen, l'objectif de législation était de décloisonner et de raccorder entre eux les marchés territoriaux des télécoms de base (téléphonie, télex, télécopie, transmission des données).

325. À cet effet, la Commission entreprend dès 1988, des mesures de libéralisation du marché avant d'être rejoint en 1990 par le Conseil.⁸⁵⁷ (1) Ce dernier adopte des règles d'harmonisation, en appui des mesures de libéralisation que les deux institutions européennes⁸⁵⁸ continuent d'approfondir (directives ONP). (2)

⁸⁵⁶ Cf. le présent Chapitre 1, Section 1, § 2 et Section 2, § 2 de thèse.

⁸⁵⁷ Cf. pour les deux institutions européennes : la directive 88/301/CEE de la Commission, du 16 mai 1988, *relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications*, préc., et la directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, *relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications*, préc.

⁸⁵⁸ Le Parlement européen adopte les directives conjointement avec le Conseil européen, tandis que la Commission agit seule dans le cadre des compétences concernées (Article 86, TCE).

1. Les mesures de la libéralisation du marché des télécoms de base

326. Sur le plan juridique en Europe, la directive 88/301/CEE du 16 mai 1988⁸⁵⁹ a irréversiblement concrétisé la politique d'ouverture totale des marchés monopolistiques nationaux, de manière graduelle. Jusqu'à ce jour, elle a fondé l'un des premiers acquis communautaires de la démonopolisation du marché électronique, en supprimant le monopole sur les équipements de télécoms. Elle a aboli les droits spéciaux ou exclusifs d'importation, de raccordement, de commercialisation, de mise en service ou d'entretien d'appareils terminaux des télécoms au détriment des organismes publics ou privés à qui ces exclusivités revenaient sur leurs marchés territoriaux. Elle a enjoint de rendre accessibles les nouvelles terminaisons du réseau public pour l'utilisateur. Mais, leurs caractéristiques physiques devaient être publiées au plus tard le 31 décembre 1988. Les États devaient à cet effet communiquer à la Commission une liste de toutes les spécifications et procédures d'agrément existantes pour les appareils terminaux ainsi que de leurs publications.

327. À cet égard, une étape importante était franchie dans le démantèlement des monopoles verticaux⁸⁶⁰ qui existaient entre équipementiers nationaux et opérateurs de réseaux monopolistiques dans les marchés territoriaux. Dans ce cadre, les obligations de publicité ont été prescrites sur les localisations et les éléments techniques du réseau. Cette transparence devait rendre possibles l'interopérabilité, l'interconnexion et la collaboration entre partenaires multinationaux. L'internationalisation et la multinationalisation des réseaux s'inscrivaient dans les objectifs des opérateurs du marché. Pour autant, les opérateurs historiques nationaux étaient tenus de publier les caractéristiques de leurs installations et autres paramètres de l'architecture de leurs réseaux. La lisibilité technique du marché devait éviter toute discrimination et supprimer les obstacles d'accès aux infrastructures des télécoms préexistantes. Les nouveaux entrants devaient commercialiser « à terme »⁸⁶¹ leurs services concurrents, compatibles avec des installations existantes (interopérabilité). Par précaution, une autorité indépendante de l'exploitant public était chargée de délivrer aux nouveaux entrants l'agrément technique nécessaire. La première séparation des fonctions d'exploitation et de réglementation des télécoms venait d'être ainsi instaurée, comme transition dans l'enjeu de libéralisation du marché des télécoms de base. Auparavant, la fourniture et la circulation des équipements avaient été libéralisées, en vertu de la directive 88/301/CEE. Cet acquis communautaire devait être renforcé par une standardisation technologique des infrastructures.

328. Ensuite, la directive 90/387/CEE⁸⁶² du Conseil du 28 juin 1990 portait sur l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécoms. Elle considérait que face à « l'existence de situations différentes et de contraintes techniques et administratives dans les États, cet objectif

⁸⁵⁹ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la « concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication », préc.

⁸⁶⁰ L'exemple a été fourni *supra* en rapport aux équipementiers, comme par exemple, Alcatel et Thomson dédiés au secteur monopolistique des télécoms en France, Siemens pour les Suédois. Ce mouvement fait suite au démantèlement du même cartel aux USA, dont la configuration faisait de Western Electric l'équipementier exclusif de la firme ATT, qui elle-même disposait du monopole naturel de réseaux, avec interdiction de se porter sur les marchés internationaux, au bénéfice de la firme concurrente ITT qui ne pouvait pas commercialiser ses équipements sur le marché américain.

⁸⁶¹ Par la suite, l'annexe III de la directive 90/387/CEE du 28 juin 1990 est venue fixer ce délai de mise en œuvre de la directive-cadre au 31 décembre 1992. (Dans le monde entier, les accords du GATS/AGCS, spécialement l'Accord de l'OMC de 1997 sur les télécommunications de base fixaient ce terme à dix (10) ans.)

⁸⁶² Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, JO CE, n° L 192 du 24.07.1990, p.0001-0009.

devrait être réalisée par étapes ».⁸⁶³ Elle considérait aussi « que les conditions de fournitures du réseau ouvert doivent respecter certains principes et ne doivent pas limiter l'accès aux réseaux et services, sauf pour des raisons liées à l'intérêt public général [...] dénommées "exigences essentielles" ».⁸⁶⁴

329. Pour éradiquer les obstacles à l'encontre du libre marché, cette directive consacrait l'égalité d'accès au « réseau public de télécommunications »⁸⁶⁵, en fixant les principes de base relatifs aux conditions de fournitures de réseau ouvert. D'une part, les impératifs positifs d'accès étaient encouragés par les principes de non-discrimination : objectivité, transparence et égalité d'accès.⁸⁶⁶ D'autre part, cet accès était fondé sur la sécurité de fonctionnement, le maintien des services, l'interopérabilité, la protection des données.⁸⁶⁷

2. Les mesures d'harmonisation en appui de la libéralisation du marché des télécoms

330. Entre 1988 et 1996, la Commission européenne a continué d'adopter des mesures de libéralisation, sous forme de directive. Cependant, l'harmonisation s'avérait (et demeure encore) indispensable pour la transposition des règles sectorielles dans les États membres, sans omettre l'application du droit de la concurrence. Ainsi, le Conseil et le Parlement européen ont adopté des séries de directives en vertu des articles 95 (ex article 100A, relative au rapprochement des législations), 47 et 55 (ex articles 57 et 66, relatives à la libre prestation des services). L'article 95 du Traité (TCE) n'a commencé à être appliqué qu'à une étape plus avancée du développement du marché.

331. La directive 90/387/CE⁸⁶⁸ est la première des directives « cadre ONP », qui établit les normes communes en matière d'interfaces techniques, de conditions d'utilisation et de principes de tarification pour la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications. Elle a posé la base du marché européen unifié, impliquant un « réseau ouvert » où toute entité publique ou privée peut prester ses services. Cette directive a supprimé les barrières des normes techniques et/ou d'accès. Tous les pays du marché intérieur européen ne peuvent plus conditionner l'accès à leur infrastructure préexistante, « sauf les restrictions qui peuvent [ou pouvaient] découler de l'exercice des droits spéciaux ou exclusifs [...] compatibles avec le droit communautaire ».⁸⁶⁹ Elle admettait néanmoins des réserves des « droits exclusifs »⁸⁷⁰ sur le segment des infrastructures des télécoms au profit des opérateurs anciennement détenteurs de monopoles. La directive 90/387/CEE avait retenu la dénomination « organismes de télécommunications » pour désigner les bénéficiaires de droits exclusifs.⁸⁷¹ La reconnaissance de cette qualité aux opérateurs historiques nationaux se justifiait, puisqu'ils étaient à l'époque les seuls détenteurs des infrastructures de réseaux de base ou de référence.

⁸⁶³ Considérant n°1, directive 90/387/CEE, préc.

⁸⁶⁴ Considérant n°2, directive 90/387/CEE, préc.

⁸⁶⁵ Article 2, point 3), directive 90/387/CEE, préc. : « "Réseau public des télécommunications", l'infrastructure publique de télécommunications qui permet le transport de signaux entre des points de terminaison définis du réseau, par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ».

⁸⁶⁶ Article 3, al.1, directive 90/387/CEE, préc.

⁸⁶⁷ Article 3, al.2, directive 90/387/CEE, préc.

⁸⁶⁸ Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, JOCE, L 192 du 24 juillet 1990, pp. 0001-0009.

⁸⁶⁹ Considérant n°8, directive 90/387/CEE, préc.

⁸⁷⁰ Article 2, point 2), directive 90/387/CEE, préc. : « "droits spéciaux ou exclusifs", les droits octroyés par un État membre ou une autorité publique à un ou plusieurs organismes publics ou privés au moyen de tout instrument législatif, réglementaire ou administratif, leur réservant la fourniture d'un service ou l'exploitation d'une activité déterminée ».

⁸⁷¹ Article 2, point 1), directive 90/387/CEE, préc. : « "organismes de télécommunications", les entités publiques ou privées auxquelles un État membre octroie des droits spéciaux ou exclusifs pour l'établissement de réseaux publics de télécommunications et, le cas échéant, la fourniture de services publics de télécommunications. »

332. Dans ses annexes, la directive 90/387/CEE affirmait les principes de tarification harmonisée (Annexe II) ainsi que les domaines⁸⁷² d'élaboration des conditions de fourniture du réseau ouvert (Annexe I). Elle garantissait la concurrence sur le marché des services de télécoms avec la suppression des monopoles sur tout autre service que la téléphonie de « base » par les États. La téléphonie locale était gardée hors champ de la concurrence, par pragmatisme économique, puisque cette activité était la source principale de revenus des opérateurs historiques. Une ouverture à la concurrence trop brutale ou trop rapide de cette niche comportait le risque d'effondrement et de déstabilisation des marchés territoriaux des télécoms en Europe. L'enjeu portait sur la crainte que notamment les marchés américains ouverts plus tôt ne puissent écraser les marchés nationaux européens. C'est seulement plus tard que le règlement n°2887/2000 aura effectué le dégroupage de la boucle locale.⁸⁷³

333. En effet, une libéralisation précipitée et totale de tous les segments des marchés nationaux européens aurait privé de revenus et de préparation au changement ses opérateurs publics territoriaux. La transition procédait de l'étape de mise en concurrence du segment des services des télécoms, puis d'une amorçage du libre accès aux infrastructures des opérateurs publics. Pour ces derniers et aussi pour les États, l'enjeu d'innover, dans le cadre d'un « colbertisme *high tech* »⁸⁷⁴, se faisait impérieux, avant l'entrée effective des opérateurs privés multinationaux en compétition sur le marché avec les (ex-)opérateurs de monopole public. Le cinquième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications soulignait que le réseau d'accès local demeurait l'un des segments les moins concurrentiels du marché libéralisé des télécoms. Les nouveaux arrivants ne possédaient pas d'infrastructures de réseaux de substitution étendues et ne pouvaient donc pas, en utilisant des technologies classiques, égaler les économies d'échelle et la couverture des opérateurs désignés comme étant puissants sur le marché du réseau téléphonique public fixe. Cette situation est due au fait que ces opérateurs ont, pendant des périodes relativement longues, déployé leurs infrastructures d'accès local métalliques en bénéficiant de la protection de droits exclusifs et qu'ils ont pu financer les dépenses d'investissements grâce à des rentes de monopole.⁸⁷⁵

334. Dans la foulée des premières mesures d'harmonisations de la libéralisation par le Conseil, la Commission avait adopté la directive 90/388/CEE (à la même date que la précédente 90/387/CE du Conseil) concernant la concurrence dans les marchés des services de télécommunications.⁸⁷⁶ La directive 90/388/CEE dite « directive "services de télécoms" » opérait un « compromis entre l'approche libérale et l'idée de service public ».⁸⁷⁷ Elle prévoyait la suppression des droits spéciaux ou exclusifs dans la fourniture des services autres

⁸⁷² Il s'agissait de : « 1) lignes louées ; 2) services de transmission de données par commutation de paquets et par commutation de circuits ; 3) réseau numérique à intégration de services (RNIS) ; 4) service de téléphonie vocale ; 5) service télex ; 6) services mobiles, les cas échéants »

⁸⁷³ Règlement (CE) n°2887/2000 du Parlement et du Conseil du 18 décembre 2002 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, préc. « Le Conseil européen qui s'est tenu les 23 et 24 mars 2000 à Lisbonne a conclu que, pour que l'Europe tire le meilleur parti possible du potentiel de croissance et de création d'emplois de l'économie numérique fondée sur la connaissance, les entreprises et les citoyens doivent avoir accès à une infrastructure de communications peu onéreuse et d'envergure mondiale ainsi qu'à une large gamme de services. »

⁸⁷⁴ L'expression « colbertisme high-tech » est d'Elie Cohen. (E. COHEN, *Le colbertisme « high-tech ». Économie des télécoms et du grand projet*, Hachette, Coll. Pluriel, 1992.) Face à la nécessité d'agir et à l'impossibilité de modifier le statut sans s'opposer à une résistance farouche, la solution pragmatique des gouvernements fut de faire remonter les télécoms dans l'ordre des priorités de leurs plans d'investissement et de modernisation. La France le fit de 1974 à 1978.

⁸⁷⁵ Considérants 3, règlement 2887/2000, préc.

⁸⁷⁶ Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, JOCE, n° L 192 du 24 juillet 1990, pp. 00010 et s.

⁸⁷⁷ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 33.

que le télex, la radio messagerie, la communication mobile, la communication par satellite et la téléphonie vocale. La fourniture des services ouverts à la concurrence pouvait faire l'objet auprès des États membres d'une procédure d'autorisation ou de déclaration visant le respect de certaines « exigences essentielles ».⁸⁷⁸ Les « services à valeur ajoutée »⁸⁷⁹ ont été libéralisés à partir du 31 décembre 1990. La simple location de capacité de transmission a été libéralisée à partir du 1^{er} janvier 1993. Toutefois, les droits exclusifs étaient encore maintenus en ce qui concerne la fourniture de services de téléphonie vocale. La directive sur cette restriction faisait application de l'article 86, paragraphe 2, du Traité (TCE).⁸⁸⁰

335. Au début de la dérèglementation européenne en 1988 et 1990, les directives de libéralisation ont démantelé peu à peu les segments monopolistiques des télécoms ainsi que certains obstacles pratiques. Le marché ouvert des télécoms devait fonctionner face à divers enjeux immédiats : disparités technologiques entre réseaux intra- et interétatiques, résistances au changement de tout opérateur historique compliquant l'accès de nouveaux entrants sur le marché libéralisé des services de télécommunications, réticences à réaliser l'interconnexion des opérateurs privés aux infrastructures se trouvant encore sous droits exclusifs de l'opérateur historique. Par la suite, une séparation de régimes a été opérée entre l'audiovisuel et les télécoms. Dans un contexte de convergence des technologies et d'innovation débridées, la séparation des secteurs de la communication audiovisuelle et des communications électroniques est une transition juridique, plutôt qu'une exigence technique, d'autant que les deux technologies sont consubstantielles, comme les deux faces d'une même médaille, regroupées dans les TIC.⁸⁸¹

336. Aussi, la directive 95/51/CE, adoptée par la Commission, a-t-elle approfondi la directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990, en instaurant la concurrence sur les services de communications (audiovisuelles) et télécoms. Elle a permis ainsi aux détenteurs de réseaux de télévision par câble, d'offrir des services téléphoniques à partir du 1^{er} janvier 1996. Par ailleurs, la directive 96/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 mars 1996, modifiait la directive 90/388/CE de la Commission du 28 juin 1990 sur la réalisation de la pleine concurrence sur les marchés des télécoms⁸⁸². Elle mettait fin au système dual du marché (semi-libéralisé), en permettant aux États la mise en place d'une régulation complète du secteur des télécoms de base ouvert à la concurrence.⁸⁸³ La directive 92/44/CEE (directive « lignes louées ») fixait les règles communes européennes d'harmonisation des conditions d'accès aux lignes louées sur les réseaux publics de télécoms, anciennement appelées « liaisons spécialisées ».⁸⁸⁴

⁸⁷⁸ *Ibidem*. Par exigences essentielles, on entend « des raisons d'intérêt général et de nature non économique qui peuvent amener un État à limiter l'accès au réseau. »

⁸⁷⁹ *Ibidem*. Les services à valeur ajoutée sont ceux comprenant un traitement de l'information et non un simple transport de signal.

⁸⁸⁰ *Ibidem*. La « directive » visait seulement la suppression des restrictions à l'usage des infrastructures de réseaux. Elle ne concernait pas la suppression des droits spéciaux ou exclusifs relatifs à la fourniture d'infrastructures de réseaux.

⁸⁸¹ Cf. Section 2 du présent chapitre de thèse. Cette réalité s'inscrit dans les premiers soubresauts de réformes en France, qui, en 1982, avaient déjà marqué une atteinte au monopole des télécommunications en y détachant l'audiovisuel. Cet état de fait n'est pas non plus sans annoncer les problématiques nouvelles qui sont en cours de discussion en rapport à la « régulation convergente » dans un contexte de marché qui avait été séparé en plusieurs régulations sectorielles : ART (ARCEP), CSA, HADOPI, etc. Cf. Section II du présent chapitre.

⁸⁸² Directive 90/388/CEE du Conseil, du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, JOCE, n° L 192 du 24 juillet 1990, p.00010 et s.

⁸⁸³ JOCE, L74/13, 22 mars 1996.

⁸⁸⁴ Directive 92/44/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, JOCE L 165, 19 juin 1992, p. 27. Ce sont des lignes affectées aux usages propres de certains utilisateurs, avec de strictes conditions d'aboutissement ou de connexion.

337. La directive 97/13/CE (directive « licences ») se rapportait aux procédures d'octroi d'autorisation pour la fourniture de services de télécoms.⁸⁸⁵ Cette procédure était laissée sous le contrôle des autorités de régulation nationales (ARN), dans les conditions attachées à ces autorisations. Les nouveaux opérateurs privés étaient ainsi admis sur les marchés libéralisés et concurrentiels sous le respect des conditions fixées pour leur accès et celui des règles sectorielles. Au sein du marché régulé, l'interconnexion devait être assurée entre leurs réseaux ainsi qu'avec les infrastructures préexistantes de l'opérateur historique. La directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997, relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications, visait d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP).⁸⁸⁶ La Commission avait également publié des recommandations relatives à l'interconnexion dans un marché de télécommunications libéralisé.⁸⁸⁷ La directive 97/51/CE modifie les directives « cadre ONP » et « lignes louées » en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécoms.⁸⁸⁸ Elle harmonisa également la question du service universel aux conditions de fourniture d'un réseau ouvert. Ce qui rappelle bien la spécificité duale du marché libéralisé et régulé, situé entre secteur public et marché de concurrence, faisant l'objet d'intérêt général et de libre profit. La directive 98/10/CE (directive « ONP téléphonie vocale ») remplace la directive 95/62/CE relative à l'application des dispositions ONP à la téléphonie vocale.⁸⁸⁹

338. Le règlement n°2887/2000 a imposé la fourniture d'un accès dégroupé aux boucles locales métalliques uniquement aux opérateurs puissants dits "opérateurs notifiés", désignés tels par leurs autorités réglementaires nationales. Ces désignations ont porté sur le marché de la fourniture de réseaux téléphoniques publics fixes. La directive 97/33/CE⁸⁹⁰ ainsi que la directive 98/10/CE⁸⁹¹ en avaient posés les modalités. Le dégroupage correspond à l'utilisation par les nouveaux entrants des infrastructures et autres ressources du réseau local. Le Conseil européen du 20 juin 2000 à Feira approuva le plan d'action e-Europe, faisant de l'accès dégroupé à la boucle locale une priorité à court terme. Le dégroupage de la boucle locale devrait venir en complément des dispositions existantes du droit communautaire qui garantissent le service universel et l'accès à un prix abordable à tous les citoyens de l'Union européenne. Les États membres, avec la Commission, avaient été amenés à introduire une concurrence accrue au niveau du réseau d'accès local avant la fin de l'an 2000. Ils avaient choisi de dégroupier les boucles locales afin de permettre une réduction substantielle des coûts

⁸⁸⁵ Directive 97/13/CEE du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans les secteurs des télécommunications, JOCE L 117, 7 mai 1997, p. 15.

⁸⁸⁶ JOCE, L199/32, 26 juillet 1997.

⁸⁸⁷ Recommandation de la Commission concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé : - partie 1 : « Tarification de l'interconnexion », le 8 janvier 1998, JOCE L73, 12 mars 1998, p. 42 ; - partie 2 : « Séparation comptable et comptabilisation des coûts », le 8 avril 1998, JOCE L141, 13 mai 1998, p. 6.

⁸⁸⁸ Directive 97/51/CE du P.E. et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, JOCE, L295, 29 octobre 1997, p. 23.

⁸⁸⁹ Directive 98/10/CE du P.E. et du Conseil du 6 octobre 1998 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, JOCE, L101, 1^{er} avril 1998, p. 24.

⁸⁹⁰ Annexe I, 1^{re} partie, directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JOCE, L 199 du 26 juillet 1997, p. 32. (Directive modifiée par la directive 98/61/CE, JOCE, L 268, 3 octobre 1998, p. 37). Au préalable, les États membres avaient communiqué à la Commission les noms de ces opérateurs du réseau public fixe qui sont puissants sur le marché aux termes de l'annexe I, première partie, de la directive 97/33/CE préc.

⁸⁹¹ Directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, JOCE, L 101, 1^{er} avril 1998, p. 24.

de l'utilisation de l'Internet. Ils devaient accroître la concurrence, en assurant l'efficacité économique et en offrant les avantages maximaux pour les utilisateurs.⁸⁹²

339. En somme, la série des directives ONP a assuré l'*open network provision*, la fourniture d'un réseau ouvert à l'échelle interne des États et du marché européens. Elle présente la finalité d'avoir opéré la libéralisation et l'harmonisation garantissant la fourniture d'un réseau ouvert de télécoms sur l'ensemble du marché intérieur. Dans le registre transitoire des directives ONP, le principe d'orientation des tarifs vers les coûts a également été imposé c'est-à-dire faire supporter seulement des coûts inhérents aux ressources employées pour l'interconnexion entre opérateurs. En fait, l'ouverture du droit de l'accès commandait que les opérateurs historiques ne puissent pas faire supporter des charges non pertinentes d'interconnexion aux nouveaux entrants, par principe de loyauté et de non-discrimination. Les enjeux successifs des directives européennes sont indispensables pour comprendre leur transposition française. Ils permettent également de situer le niveau de déréglementation du marché européen par rapport aux États tiers en Afrique ou aux exigences internationales de l'OMC.

340. Les lignes directrices de l'ONP précisaient déjà en 1991 les objectifs de législation étaient sectoriels à articuler afin de parvenir à un cadre juridique de la concurrence, mais sans pouvoir se confondre totalement au droit de la concurrence. L'ONP n'eut pas vocation à s'appliquer aux comportements des entreprises, mais son cadre réglementaire et « les règles de [concurrence] constituent deux corps de règles différents mais cohérents ».⁸⁹³ Entre les années 1988-2000, les « directives ONP » ont opéré la démonopolisation des segments d'activités électroniques, en assurant l'émergence de la concurrence sur l'ensemble du marché des télécoms autour d'une nouvelle assise de régulation *ex ante*. Les mutations du marché et du droit ont occasionné la convergence numérique des réseaux et des services de communications électroniques. Ainsi, la série de directives postérieure à celles dites ONP marque profondément la transition juridique du marché électronique vers la pleine concurrence. Elle est formée d'un ensemble de directives dite du « paquet télécom » de 2002, 2009, 2014 et 2015.⁸⁹⁴ Ces dernières interviennent à un stade quasi-achevé du processus de dérégulation, marqué par les mutations techniques et économiques à l'ère numérique.

B./ LES TRANSITIONS DU DROIT SECTORIEL DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

341. L'économie numérique est le fruit de ces évolutions positives sur le marché des télécoms. En s'insérant dans le contexte plus large de la société de l'information, cette économie est devenue elle-même un nouveau facteur de refondation du cadre réglementaire, dans les années 2000. Le droit communautaire devait assurer le fonctionnement du marché libéralisé, en encadrant les aspects juridiques, divers et nouveaux, de la société de l'information. Ces aspects se rapportent respectivement au commerce électronique et aux services de communications électroniques. La directive 2000/31/CE⁸⁹⁵ intervient pour le premier aspect, tandis que le « paquet télécom » a été adopté en 2002 pour le second aspect.⁸⁹⁶

⁸⁹² Considérants 1, 2 et 3 du règlement 2887/2000 préc.

⁸⁹³ Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, JOCE n° C233, 6 septembre 1991, p. 2.

⁸⁹⁴ Les directives du « paquet télécom » comprennent celles déjà citées dans les notes *supra*. Celles énumérées aux notes qui vont suivre s'ajoutent en modifiant, complétant ou abrogeant les précédentes.

⁸⁹⁵ Directive 2000/31/CE (« directive commerce électronique »), préc.

⁸⁹⁶ Les aspects juridiques relatifs au commerce électronique ont déjà été étudiés dans leurs évolutions du titre précédent (Partie 1, Titre I) de la présente thèse.

342. Premièrement, les directives du « paquet télécom » de 2002 s'articulent autour d'un texte-cadre complété de textes sectoriels : la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 (ci-après directive « cadre »)⁸⁹⁷, la directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 (ci-après directive « autorisation », la directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 (ci-après directive « accès »),⁸⁹⁸ la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 (ci-après directive « service universel »),⁸⁹⁹ la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 (ci-après directive « libéralisation »), la directive 2002/58/CE (ci-après directive « vie privée et communications électroniques »).⁹⁰⁰

343. Le « paquet télécom 2002 » réadapte les principes d'intervention étatique dans le contexte général de pleine concurrence et de convergence entre informatique, audiovisuel et télécoms de base, dans le marché libéralisé. À ce stade, le point majeur de transformation se situe dans le passage du foisonnant millefeuille législatif de l'« ONP » vers un dispositif davantage simplifié et allégé du « paquet télécom ». À la différence, le « paquet télécom » est structuré, avec cohérence, autour d'une « directive "cadre" », définissant la réglementation générale du secteur des communications électroniques. Pour tenir compte des enjeux essentiels de la dérégulation des télécoms, des directives spécifiques complètent les aspects suivants: le service universel,⁹⁰¹ les autorisations d'exploitation (des radiofréquences), l'interconnexion, vice privée et communications électroniques. (1.)

344. La transition du « droit communautaire » s'engage dans la direction d'un marché libre autour des forces économiques, avec une régulation minimale. Cependant, la « directive service universel » présente la particularité de maintenir une régulation forte sur des obligations « aconcurrentielles », selon les mots de Marie-Anne Frison-Roche.⁹⁰² Malgré les transformations du service public et la pleine concurrence du marché, l'intérêt général doit être assuré au milieu d'intérêts privés.⁹⁰³ Le marché ouvert reste le « fruit d'un compromis entre la libéralisation des activités de réseaux, imposée par le droit communautaire, et les conceptions nationales – notamment française – du service public ». ⁹⁰⁴ En prévoyant un réexamen périodique de sa portée à intervalle de trois ans, la directive confirme que « le concept de service universel doit évoluer au rythme des progrès technologiques, des développements du marché et la demande des utilisateurs ». ⁹⁰⁵

345. C'est ainsi que les révisions de 2009 ajustent les règles en fonction des évolutions rapides du marché et de l'économie numérique. À cet effet, la deuxième série des directives du « paquet télécom » (2009) marque le niveau élevé du droit sectoriel des communications

⁸⁹⁷ Directive 2002/21/CE du P.E. et du Conseil du 7 mars 2002, préc., JOCE, L108/33, 24 avril 2002, pp.33-51.

⁸⁹⁸ Directive 2002/19/CE du P.E. et du Conseil du 7 mars 2002, préc., JOCE, L108/7, 24 avril 2002

⁸⁹⁹ Directive 2002/22/CE du P.E. et du Conseil du 7 mars 2002, préc., JOCE, L108/51, 24 avril 2002.

⁹⁰⁰ Directive 2002/28/CE du P.E. et du Conseil du 12 juillet 2002, préc., JOCE, L 201, 31 juillet 2002, pp. 37 à 47.

⁹⁰¹ J. CHEVALLIER, *Le service universel*, op.cit., p.98-99. « L'apparition au niveau européen de la notion de service universel a permis de mieux mettre en évidence, par confrontation des facettes de la notion de service public jusqu'alors ignorées ou considérées comme relevant de l'évidence. Ramener à ses éléments essentiels, le service universel implique la fourniture d'un service de qualité, couvrant l'ensemble du territoire, accessible à tous et fourni à un prix abordable : on retrouve ainsi apparemment les principes fondamentaux du régime de service public ».

⁹⁰² M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...*, préc., p. 114-115. L'auteur souligne « la mise en balance entre le principe de concurrence et un autre principe, aconcurrentiel, voire anticoncurrentiel ».

⁹⁰³ L. DUGUIT, *Les transformations du Droit public*, éd.MDD, 1999 (Librairie Armand Colin, 1913), pp. XVII-XVIII. « C'est pourquoi aujourd'hui on ne demande plus seulement aux gouvernants d'assurer les services de guerre, de police, de justice, mais encore d'organiser et de faire fonctionner toute une série de services industriels et d'empêcher qu'ils ne soient interrompus pendant un seul instant. [...] Les services de guerre, de police, de justice se conciliaient admirablement avec elle [la souveraineté] ; ils semblaient même en être la manifestation directe. Il en est différemment des services industriels [...] ce n'est plus le pouvoir de commander ; c'est l'obligation d'agir pratiquement ».

⁹⁰⁴ E. GUILLAUME, « Le service universel des communications électroniques », *Lamy, Droit des médias et de la communication*, Etudes 435, juin 2009, cité par J. CATTAN, op.cit., pp. 174-175.

⁹⁰⁵ Article 15, Directive « service universel », préc.

électroniques.⁹⁰⁶ Les deux paquets télécoms astreignent les États européens aux obligations de service universel afin de garantir au minimum les objectifs de service public. Les perspectives du prochain « paquet télécom 2016-2017 » se dessinent encore. (2.)

346. Les « paquets télécoms » 2002 et 2009 présentent des particularités d'objectifs, d'objets, de régimes. Celles-ci méritent d'être analysées comme aspects de transition des règles sectorielles des communications électroniques. Elles retracent la logique de transformation du droit de l'Union européenne en vue d'appréhender les derniers ajustements du « paquet télécom 2009 ». Ces derniers sont réalisés par les règles adoptées par le Parlement européen entre 2012, 2014 et 2015,⁹⁰⁷ tandis qu'une prospective de réforme s'annonce pour 2016-2017. (3.)

1. Les règles du « paquet télécom 2002 » dans le marché numérique

347. Les règles du « paquet télécom de 2002 » sont d'une nouvelle génération, par rapport à celles de l'« ONP » limitées aux enjeux de libéralisation du marché des télécoms de base. La différence d'étapes et d'enjeux législatifs est perceptible avec l'adoption de la notion de « communications électroniques » en lieu et place des « télécoms », pour mettre en adéquation la sémantique officielle avec le passage à l'économie numérique.

⁹⁰⁶ Le « paquet télécom 2002 » est composé des règles ci-après (sans les modifications de 2009 et ultérieures) :

- (1) Directive 2009/136/CE du P.E et du Conseil modifiant 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) n°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, JOCE, L 337 du 18 décembre 2009, pp. 11 à 36 ;
- (2) Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, JOUE, L 337/37, 18 décembre 2009, pp. 37-69 ;
- (3) Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant 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) no 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, JOCE, L 337/11, 18 décembre 2009, pp. 11-36 ;
- (4) Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, JOUE, L 337/37, 18 décembre 2009, pp. 37-69 ;
- (5) 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) ainsi que l'Office JOUE, L 337/1, 18 décembre 2009, pp. 37-69 ;
- (6) Règlement (UE) 531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (refonte), JOUE, L 172/10, 30 juin 2012, pp. 10-35 ;
- (7) Directive 2014/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit, JOUE, L 155, 23 mai 2014, pp. 1-14 ;
- (8) Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n°531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, JOUE, L 310, 26 novembre 2015, pp. 1-18.

⁹⁰⁷ Les textes modifiant le « paquet télécom 2009 » sont :

- (1) Règlement (UE) 531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (refonte), JOUE L 172/10, 30 juin 2012, pp. 10-35 ;
- (2) Directive 2014/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit, JOUE L 155, 23 mai 2014, pp. 1-14 ;
- (3) Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n°531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, JOUE, L 310, 26 novembre 2015, pp. 1-18.

348. Plus particulièrement, le paquet télécom de 2002 réforme la réglementation et la régulation des réseaux de communications et des services électroniques. Son lot de directives et règlements approfondit l'ouverture à la concurrence d'anciens secteurs publics monopolistiques. L'adoption des textes juridiques est intervenue à un stade de fonctionnement très avancé du marché dérégulé, afin de sécuriser les investissements devant bénéficier à l'ensemble de la société, tout en offrant aux utilisateurs des services innovants à des conditions compétitives. L'évolution de la technique et du marché a donné lieu à la convergence numérique des télécoms et de l'audiovisuel grâce à des réseaux et terminaux (médias) informatiques. Cette dernière transformation du cadre réglementaire a aménagé la pleine concurrence, dans la construction du marché intérieur du numérique, sur plus de vingt-ans de libéralisation de la fourniture des services des télécoms à l'échelle européenne. Le « paquet télécom » reste ouvert aux enjeux d'encadrement juridique du marché de demain, en vue de répondre à deux enjeux de premier plan, à savoir : la connectivité de l'ensemble des citoyens aux services les plus avancés et la préservation du caractère ouvert de l'environnement numérique.⁹⁰⁸

349. Le « paquet télécom » structure le cadre réglementaire des télécoms autour de la « directive "cadre" »⁹⁰⁹ : celle-ci a effectué une harmonisation du régime européen pour les réseaux et les services de communications électroniques.⁹¹⁰ Cette directive propose l'adoption de règles technologiquement neutres pour accompagner l'ouverture à la concurrence de tous les acteurs qui ne l'étaient pas. Son champ d'application prend en compte la convergence entre les secteurs des télécoms, de la radiodiffusion et des technologies de l'information. Elle concerne les contenants et les services des communications électroniques, à savoir : les réseaux terrestres, filaires et satellitaires, avec ou sans fil. Toutes les technologies sont incluses : le réseau public commuté, l'Internet, la télévision par câble et les réseaux mobiles terrestres. Cependant, la portée (quoique large) de cette directive exclut les contenus liés aux services de la société de l'information. Pour l'Europe, la nouvelle terminologie officielle traduit l'ajustement de l'objet des télécoms vers les communications électroniques, intégrant aussi bien la finalité de communication à distance que la pluralité des moyens numériques employés à cette fin.⁹¹¹

350. La « directive "autorisation" »⁹¹² est relative à l'autorisation des réseaux et services des communications électroniques. Elle se substitue à la directive 97/13/CE (dite « directive "licences" ») afin de faciliter l'accès aux marchés nationaux. « Elle réduit au minimum les barrières administratives. C'est un cadre juridique général qui exclut l'obligation pour les fournisseurs d'obtenir une décision individuelle de l'autorité de réglementation avant d'exercer leurs activités ».⁹¹³ L'autorisation générale d'exploitation est la règle pour tous les autres cas. L'autorisation préalable est requise, pour la fourniture de services ou de réseaux de communications électroniques, seulement en cas d'utilisation de ressources rares, comme les

⁹⁰⁸ Cf. F. BOISNEAULT et J. KELLER, « le "paquet télécoms" adopté par le parlement européen » [archives], *Juriscom*, 21 décembre 2009. ARCEP, Communiqué de Presse, « L'Arcep contribue à la consultation publique de la Commission européenne sur la révision du cadre réglementaire des télécoms », 28 janvier 2016.

⁹⁰⁹ Directive 2002/21/CE du P.E. et du Conseil du 7 mars 2002, préc., JOCE, L108/33, 24 avril 2002, pp. 33-51.

⁹¹⁰ *Ibidem*.

⁹¹¹ Article 2, directive 2002/21/CE du P.E, préc. Ainsi, les services de communications électroniques sont ceux « fournis contre rémunération qui consistent entièrement ou principalement en la transmission et le routage de signaux sur des réseaux de communications électroniques, comprenant les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, à l'exclusion des services consistant à fournir un contenu transmis à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur le contenu ».

⁹¹² Directive 2002/20/CE du 7 mars 2002, préc.

⁹¹³ D. POPOVIC, *op. cit.*, p. 50. Directive « autorisation », articles 5 à 8, 10, 11 et 13. Les parties B et C de la directive présentent une liste des conditions se rapportant aux droits d'utilisation des radiofréquences et numéros.

fréquences hertziennes et les numéros téléphoniques. Sur ce point, le travail de la Commission complète également le paquet télécom : sa directive 2002-77 du 16 septembre 2002 a renforcé la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques.⁹¹⁴

351. En outre, la décision n°676/2002/CE du Conseil du 7 mars 2002 appliquait la politique en matière de spectre radioélectrique.⁹¹⁵ La transition des régimes entre la directive « accès » (du paquet télécom) et l'ancienne directive « licence » (de la série ONP) a permis d'éviter toute distorsion de la concurrence au détriment des entrants d'avant et d'après la réforme.

352. La « directive "accès" »⁹¹⁶ régit les droits d'accès tant aux réseaux de communications électroniques, aux ressources associées qu'à leur interconnexion.⁹¹⁷ L'accès correspond à la mise à disposition de ressources et/ou de services inhérents à la fourniture de communications électroniques. Par exemple : accès à des bâtiments, pylônes, systèmes de logiciels. L'interconnexion est la liaison permettant aux utilisateurs de communiquer avec les utilisateurs d'un autre réseau. L'harmonisation européenne établit une obligation de négociations commerciales pour l'interconnexion, l'intervention réglementaire étant orientée sur les atteintes à la concurrence. Les conditions supplémentaires de transparence, de non-discrimination et de séparation comptables concernent principalement les opérateurs historiques. Toutefois, le régulateur dispose d'une liste exhaustive des conditions supplémentaires à imposer aux fournisseurs dotés de « puissance sur le marché ».⁹¹⁸

353. La « directive "vie privée et communications électroniques" »⁹¹⁹ concerne le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, au regard du recours à l'informatique et de ses usages dans la gestion des flux des réseaux électroniques.⁹²⁰ Il s'agit de la mise à jour de la directive 97/66/CE, sans en changer radicalement les principes généraux de protection des données personnelles, applicables au secteur des télécoms. La directive de 2002 n'apporte pas de changements fondamentaux au régime de la directive de 1997, mais actualise des définitions afin de couvrir les nouvelles formes de communications électroniques. Il en est ainsi de l'élévation du niveau de protection des « appels non sollicités » en faveur des « communications non sollicitées ».⁹²¹

354. La « directive "service universel" » définit ce dernier ainsi que les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques.⁹²² Le *Livre vert sur les services d'intérêt général* de 2003 a maintenu l'approche des années 1990.⁹²³ Il définit le service universel comme « un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales

⁹¹⁴ JOCE, L 249, 17 septembre 2002, pp. 21-26.

⁹¹⁵ Décision n°676/2002/CE Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique, en matière de spectre radioélectrique dans la communauté européenne, JOCE, L108, 24 avril 2002, pp. 1-6.

⁹¹⁶ Directive 2002/19/CE du 7 mars 2002, préc.

⁹¹⁷ Directive 2002/19/CE du P.E. et du Conseil du 7 mars 2002, préc., JOCE, L 108/7, 24 avril 2002

⁹¹⁸ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 39.

⁹¹⁹ Directive 2002/28/CE du P.E. et du Conseil du 12 juillet 2002, préc., JOCE, L 201, 31 juillet 2002, pp. 37 à 47.

⁹²⁰ *Ibidem.*

⁹²¹ Article 12, directive 2002/28/CE, préc.

⁹²² Directive 2002/22/CE du P.E. et du Conseil du 7 mars 2002, préc., JOCE, L108/51, 24 avril 2002.

⁹²³ Commission européenne, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM (2003) 270, 21 mai 2003, p. 16.

particulières, à un prix abordable ».⁹²⁴ La directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 (directive « service universel ») a été modifiée par la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009.⁹²⁵

2. Les règles du « paquet télécom 2009 » dans la transition numérique

355. En 2009, 2014 et 2015, le réexamen du paquet télécom a recentré ses objectifs face à de nouveaux enjeux juridiques. Le cadre de fonctionnement du marché tient compte du dynamisme de l'Internet et de la rapidité des transformations numériques de l'économie.⁹²⁶

356. Les règles du « paquet télécom 2002 » ont connu en 2009 des modifications qui marquent une transition dans la volonté de désépaisser le millefeuille législatif en faisant à nouveau⁹²⁷ une coordination de plusieurs directives éparses en une seule avec une cohérence logique. D'abord, la directive 2009/136/CE a amendé deux directives existantes de 2002, à savoir : la directive « service universel » et la directive « vie privée et communications électroniques ».⁹²⁸ Ensuite, la directive 2009/140/CE⁹²⁹ a modifié trois autres directives existantes, à savoir : la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de télécommunications électroniques (directive « cadre »), la directive 2002/19/CE relative à l'accès aux ressources de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), la directive 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (directive « autorisation »).

357. Le Règlement (CE) n°1211/2009 a institué l'organe de régulation européen et des communications électroniques (ORECE). Il fait également partie du « paquet télécom ».⁹³⁰ L'ORECE exécute ses tâches de manière indépendante, impartiale et transparente. Dans toutes ses activités, l'ORECE poursuit les mêmes objectifs que ceux assignés aux autorités réglementaires nationales (ARN) à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »). L'ORECE contribue en particulier à développer le marché intérieur des réseaux et services de communications électroniques et à améliorer son fonctionnement, en visant à assurer une

⁹²⁴ *Ibidem*.

⁹²⁵ Directive 2009/136/CE du P.E et du Conseil modifiant 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 et de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le Règlement (CE) n°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, JOCE, L 337 du 18 décembre 2009, p. 11 à 36.

⁹²⁶ Considérant n°1, directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, JOUE, L 337/37, 18 décembre 2009, pp. 37-69. Le législateur européen considère que « [l]e fonctionnement des cinq directives composant le cadre réglementaire de l'Union européenne actuellement applicable aux réseaux et services de communications électroniques [...] fait l'objet d'un réexamen périodique de la part de la Commission, notamment en vue de déterminer la nécessité de le modifier pour tenir compte de l'évolution des technologies ou des marchés ».

⁹²⁷ La génération de textes de l'« ONP » comptait 25 directives ramenées à cinq avec le « paquet télécom 2002 ».

⁹²⁸ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant 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) no 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, JO CE L 337/11, 18 décembre 2009, pp. 11-36.

⁹²⁹ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, JOUE L 337/37, 18 décembre 2009, p. 37-69.

⁹³⁰ 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) ainsi que l'Office JOUE L 337/1, 18 décembre 2009, p. 37-69.

application cohérente du cadre réglementaire de l'Union européenne pour les communications électroniques. L'ORECE s'appuie sur l'expertise disponible dans les ARN et exécute ses tâches en coopération avec les ARN et la Commission. L'ORECE encourage la coopération entre les ARN et entre celles-ci et la Commission. En outre, l'ORECE conseille la Commission et, sur demande, le Parlement européen et le Conseil.⁹³¹

358. En 2009, 2014 et 2015, les acquis européens découlant du cadre réglementaire de 2002 ont été complétés par des règlements, directives, décisions, recommandations et lignes directrices de la Commission européenne. La directive 2009/140 considère l'objectif 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.⁹³²

3. Les amendements des règles du « paquet télécom 2009 »

359. D'autres modifications plus récentes ont été apportées en 2012, 2014 et 2015 au cadre de fonctionnement du secteur des communications électroniques. Ces réajustements enrichissent également le « paquet télécom » au regard des objectifs européens pour le marché unique numérique et la société du gigabit.

360. *Premièrement*, il en est ainsi du règlement (UE) n°531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union.⁹³³ L'Europe considère que les prix d'itinérance élevés constituent un frein aux efforts entrepris par l'Union pour évoluer vers une économie de la connaissance, dans ses efforts de réalisation d'un marché intérieur de 500 millions de consommateurs.⁹³⁴ Le trafic mobile de données est facilité par l'attribution d'un spectre radioélectrique suffisant devant permettre aux consommateurs et aux entreprises d'utiliser les services d'appels vocaux, de SMS et de données partout dans l'Union. Au terme de son article 1^{er}, ce règlement instaure une approche commune en faveur des usagers des réseaux publics de communications mobiles, voyageant d'un pays à un autre, passant d'un réseau à un autre, à l'intérieur de l'Union. Le règlement entend éviter que ces derniers paient un prix excessif pour les services d'« itinérance dans l'Union ».⁹³⁵

361. En effet, la comparaison doit être établie avec les prix nationaux concurrentiels de leur réseau d'origine, par rapport au réseau visité. L'appel en itinérance est réglementé avec un prix-plafond qualifié d'« eurotarif d'appels vocaux ». Cette règle s'impose lorsque les usagers voyageurs passent et reçoivent des appels, envoient et reçoivent des SMS et lorsqu'ils utilisent des services de communication de données par commutation de paquets. De ce fait, le règlement entend contribuer au fonctionnement harmonieux du marché intérieur, avec trois objectifs connexes. Il s'agit de garantir un degré élevé de protection des consommateurs. La

⁹³¹ Article 1^{er}, alinéa 3, Règlement (CE) n°1211/2009, préc.

⁹³² Considérant n°5, directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, préc.

⁹³³ Règlement (UE) 531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (refonte), JOUE L 172/10, 30 juin 2012, p. 10-35

⁹³⁴ Considérant n°5, Règlement (UE) n°531/2012, préc.

⁹³⁵ Article 2, f), règlement (UE) 531/2012, préc. : « itinérance dans l'Union »: l'utilisation d'un appareil portable par un client en itinérance pour passer ou recevoir des appels à l'intérieur de l'Union, envoyer ou recevoir des SMS à l'intérieur de l'Union ou utiliser des communications de données par commutation de paquets, lorsqu'il se trouve dans un État membre autre que celui dans lequel est situé le réseau du fournisseur national, du fait d'accords passés entre l'opérateur du réseau d'origine et l'opérateur du réseau visité.

concurrence et la transparence doivent également être favorisées sur le marché. Il est question d'offrir à la fois des incitations à l'innovation et un choix aux consommateurs.⁹³⁶

362. *Deuxièmement*, le cas de réforme récente est celui de la directive 2014/61/UE relative à des mesures visant à réduire le coût de déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit.⁹³⁷ Elle vise à faciliter et à encourager le déploiement des réseaux de communications électroniques à haut débit en promouvant l'utilisation conjointe des infrastructures physiques existantes et en permettant un déploiement plus efficace de nouvelles infrastructures physiques afin de réduire les coûts liés à la mise en place de ces réseaux.⁹³⁸

363. *Troisièmement*, le règlement (UE) n°2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établit des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques.⁹³⁹ Le règlement vise à établir des règles communes destinées à garantir un traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'Internet et les droits correspondants des utilisateurs finals. Le but est de protéger les utilisateurs finals et de garantir, en même temps, la continuité du fonctionnement de l'écosystème de l'Internet en tant que moteur de l'innovation. Des réformes dans le domaine de l'itinérance devraient inspirer confiance aux utilisateurs finals pour qu'ils restent connectés lors de leurs déplacements au sein de l'Union et, à terme, jouer un rôle de catalyseur dans la convergence des prix et d'autres conditions dans l'Union.⁹⁴⁰

364. En conclusion, le « paquet télécom » aligne entre 2002 et 2015 des directives et règlements européens correspondant chacun à une fonction particulière, dans l'objectif proprement européen de bâtir le « marché numérique unique ».⁹⁴¹ Les institutions et les États membres de l'Europe ont décidé d'opérer un réexamen de leur cadre réglementaire pour des ajustements permanents face à la dynamique économique et technologique du marché numérique. Les mesures de libéralisation et d'harmonisation marquent la transition juridique des secteurs des équipements, des services et des infrastructures de télécoms. Elles sont à la fois le fruit et la réponse graduée des enjeux de politiques législatives des télécoms, ayant conduit aux communications électroniques. La considération du législateur européen s'exprime sur « le principe de la neutralité technologique, c'est-à-dire qu'elles n'imposent ni ne favorisent l'utilisation d'aucun type particulier de technologie ».⁹⁴²

⁹³⁶ Article 1^{er}, règlement (UE) 531/2012, préc. Pour définitions, cf. article 2, d) [« réseau d'origine »], e) [« réseau visité »], i) [« eurotarif d'appels vocaux »], h) [« appel en itinérance réglementé »], règlement (UE) 531/2012, préc.

⁹³⁷ Directive 2014/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit, JOUE L 155, 23 mai 2014, p. 1-14

⁹³⁸ Article 1^{er}, alinéa 3, Directive 2014/61/CE, préc.

⁹³⁹ Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n°531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, JOUE L 310, 26 novembre 2015, p. 1-18.

⁹⁴⁰ Considérant n°1, Règlement (UE) 2015/2120, préc.

⁹⁴¹ T. PENARD et N. THIRION, « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du Droit », p. 5 [https://perso.uni-rennes1.fr] (consulté le 14 juin 2016). Cf. T. PENARD, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *RIDE*, n°2/3, Paris, 2002, 293-312.

⁹⁴² Q. SGARD, *Les nouveaux enjeux de la neutralité : du flux à la donnée*, Mémoire présenté dans le cadre du Master 2 Droit du numérique, Administration-Entreprises, sous la direction de M. Antonin Agier et M. William Gilles, Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, juin 2016, p. 25. Pour explication : « La neutralité des réseaux pose un double enjeu. [...] Elle doit faire l'objet d'une surveillance de la concurrence sur son plan horizontal : classiquement d'un besoin des autorités de concurrence de veiller à ce que les opérateurs entre eux respectent des normes d'interopérabilité, d'accès aux ressources (partage des infrastructures ou mutualisation) ou encore de respect de certaines prérogatives entourant le service minimum. »

365. Au niveau européen, la transformation du droit sectoriel des télécoms sert à construire le marché numérique intérieur, en encadrant le fonctionnement du jeu de la pleine concurrence, en protégeant le consommateur et en assurant l'intérêt général. Celui-ci se traduit en service universel, dont l'obligation (sous financement) est de créer une disponibilité d'accès géographique et à moindre coût pour tous. Au cours des dernières décennies, l'Internet est devenu une plateforme ouverte d'innovation facile d'accès pour les utilisateurs finals, les fournisseurs de contenus, d'applications et de services et les fournisseurs de services d'accès à l'Internet. Le cadre réglementaire existant vise à favoriser la capacité des utilisateurs finals à accéder aux informations de leur choix et à les diffuser. Il s'agit aussi pour eux d'utiliser les applications et les services de leur choix. Au vu de ces évolutions, il est nécessaire d'adopter, au niveau de l'Union, des règles communes pour garantir le caractère ouvert de l'Internet et éviter une fragmentation du marché intérieur due aux mesures prises individuellement par les États membres.⁹⁴³

366. Toutes les références européennes ci-dessus sont censées servir en droit comparé européen, français, africain et précisément congolais. Le droit communautaire européen s'est recentré sur une « directive "cadre" » autour de laquelle sont disposées des règles concernant les aspects particuliers du secteur des communications électroniques. Au départ des réformes du monopole réglementaire, les règles issues des « directives "ONP" » de 1980-1990 étaient marquées d'une approche purement sectorielle. Les mesures étaient superposées selon des objectifs de politique législative graduelle et circonstancielle. Au fil des années, la réalisation de la pleine concurrence rapproche davantage les communications électroniques de l'économie dans son ensemble. En RDC, comme cela est analysé au Titre suivant et à la seconde Partie de thèse, c'est une loi-cadre qui a permis de réaménager le monopole public des télécoms en 2002. Cette loi est restée sectorielle sans avoir totalement démantelé le reste des « droits exclusifs et spéciaux » portant sur le réseau de référence de l'exploitant public. Une autre loi spécifique concerne l'organisation et le fonctionnement de l'Autorité de régulation des Postes et des télécommunications (ARPTC), créé en 2002. En comparaison avec l'évolution des normes européennes, le droit positif congolais se situe au niveau des premières directives ONP de 1990.⁹⁴⁴

367. En France, la transposition des acquis communautaires permet en revanche d'observer la mise en œuvre des règles européennes, sous l'autorité de son système juridique national. L'étude du droit français des télécoms présente des aspects de législation adaptés à l'autonomie de certaines solutions juridiques dans le cadre de la politique européenne. Elle analyse les régimes et institutions juridiques établis par la France au fil du temps, non seulement face aux enjeux de la dérégulation des télécoms, mais aussi face aux évolutions du marché européen des communications électroniques. (**Section 2.**)

⁹⁴³ Considérant n°2, règlement (UE) 2015/2120, préc.

⁹⁴⁴ Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002, préc. Loi n°014/2002 du 16 octobre 2002, préc. Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitres 1 et 2 de la présente thèse.

SECTION II - LES TRANSFORMATIONS DU DROIT FRANÇAIS DANS LES ENJEUX DE L'« EUROPE DES TÉLÉCOMS » ET DU MARCHÉ NUMÉRIQUE

368. Parmi les États bâtisseurs de l'« Europe des télécommunications »⁹⁴⁵, la France offre des prémisses singulières de transition de son ordre juridique interne. L'œuvre du législateur de ces trente dernières années présente des étapes importantes de transition du droit sectoriel français, face aux évolutions des techniques de communication et du marché numérique. Dès 1970-1980, les autorités françaises ont appréhendé les enjeux internationaux de transition technologique, en réalignant les lois du pays par rapport aux règles et enjeux communs de déréglementation du marché européen. Leurs politiques législatives ont notamment tenu compte des évolutions de l'économie de marché américaine et britannique. Il était également nécessaire de préparer le pays à la construction européenne, aux mutations technologiques et à la mondialisation des marchés. Ainsi, « [i]l ne s'agit pas de faire plier le droit sous le joug de l'économie mais de prendre dorénavant en compte, en temps réel, les critères pertinents de l'économie dans l'élaboration du droit ».⁹⁴⁶

369. De ce point de vue, le dynamisme interne du droit français est une riche expérience d'évolution des règles à la mesure des enjeux évolutifs du marché des télécoms. Les débuts des réformes du service public des télécoms sont marqués d'initiatives autonomes du droit français. En France, les premières bases de transition juridique n'ont pas attendu la communautarisation européenne dans le domaine. Les transpositions françaises des acquis européens débutent en 1990 en ce qui concerne les lois sectorielles des télécoms et des communications électroniques. Mais, la dernière « Loi sur la République numérique » rappelle l'originalité du pays, à conduire la transformation générale de son droit national. Ainsi, la transformation du droit positif français peut s'analyser en deux grandes étapes de transition des lois, dans le domaine actuel de l'économie numérique.

370. En premier lieu, depuis la loi du 2 mai 1837 sur les lignes télégraphiques, adoptée sous Louis-Philippe, les lois de 1982⁹⁴⁷ et de 1986⁹⁴⁸ sur la communication audiovisuelle amorcent la grande « manœuvre » des réformes du secteur des PTT. En Europe, les mesures juridiques de libéralisation n'interviennent alors que dès 1988 et celles d'harmonisation dès 1990. En France, les lois françaises de 1990 et de 1996 transposent les directives « ONP », en présentant un double champ d'action. Le processus de transition française des télécoms a systématiquement associé la transformation de son cadre réglementaire avec la réforme en profondeur du service public des télécoms. La libéralisation des segments du marché français des télécoms, l'instauration de l'ART et le détachement de « France Télécom » de la DGT/Administration des PTT, marquent un « aboutissement d'étape » pour la réforme des services publics des télécoms. (§1)

371. Deuxièmement, la « directive commerce électronique »⁹⁴⁹ et les règles du « paquet télécom »⁹⁵⁰ engagent la France à partir des années 2000 dans une nouvelle étape de transition

⁹⁴⁵ Face aux mouvements des réformes du marché libéral, les Chefs d'États européens s'étaient réunies en France, le 20 juin 1984, au Sommet de Fontainebleau sur l'« Europe des télécommunications ». L'intitulé de ce sommet et son caractère extraordinaire traduit sans nul doute l'ambition de la mission constructive de l'Europe face à l'internationalisation des marchés américains et la position de l'Europe dans ce mouvement de mondialisation du marché des télécommunications.

⁹⁴⁶ A. RUTILY et B. SPITZ, « Les nouveaux enjeux de la révolution numérique », *Hermès*, n°44, 2006, p.117.

⁹⁴⁷ Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, version initiale, JO RF du 30 septembre 1982, p.2431, version consolidée [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000880222>] (consultée le 1^{er} juillet 2016).

⁹⁴⁸ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication (audiovisuelle), « Loi Léotard », JO RF du 1^{er} oct. 1986, p. 117 [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000512205&dateTexte=20160701>] (consultée le 1^{er} juillet 2016).

⁹⁴⁹ Directive 2000/31/CE, préc.

de ses lois face à l'économie numérique et à la société de l'information. En 2004, en guise de transposition des règles européennes, deux principales lois sectorielles sont adoptées, à savoir : la « LCEN »⁹⁵¹ et la « LCE »⁹⁵². Dans la foulée, le législateur de 2003 autorise la privatisation de « France télécom » qui est réalisée en 2004. C'est l'aboutissement de l'axe de réforme sectorielle initié plus de vingt ans auparavant.⁹⁵³ En France « [l]a libéralisation menait à la privatisation, bien que les directives de libéralisation n'aient pas explicitement ordonné la privatisation des opérateurs ».⁹⁵⁴

372. Par ailleurs, l'avènement de la société de l'information conduit à des retouches de plusieurs lois, y compris la LCEN au regard des aspects transversaux des NTIC sur l'économie. Notamment en 2008, la France ajuste sa législation face aux enjeux de modernisation de l'économie (LME)⁹⁵⁵ et de développement de la concurrence.⁹⁵⁶ Mais en 2016, c'est bien la « Loi pour la République numérique » (« Loi Numérique ») qui adopte un profond réalignement du cadre juridique français dans et par rapport à la transition numérique de l'ensemble des secteurs de la vie nationale. Plus de trente Codes de lois sont modifiés à cet effet, dans la ligne des perspectives dépassant le droit sectoriel du marché électronique à la faveur de la société numérique. (§2)

373. L'expérience française est à rapprocher du niveau du droit des télécommunications en RDC. Cette dernière a conservé à ce jour la logique d'un « droit sectoriel » ainsi que la notion des télécoms sans intégrer celle de la convergence apportée par les réseaux numériques à intégration des services (RNIS), dont l'Internet est le fleuron.⁹⁵⁷ Le marché congolais reste à ce jour un « marché dual » : les mesures législatives de libéralisation concernent le segment des services de télécoms tandis que le sous-domaine des infrastructures de transmission est légalement sous monopole public. Mais, cette configuration du marché est dépassée dans les faits par la présence des opérateurs privés dans tous ses compartiments. De ce constat, le droit positif congolais est resté au niveau correspondant des lois françaises de 1990 sur la réglementation des télécoms, sans que par ailleurs les réformes de l'exploitant public des télécoms en RDC n'aient été menées de manière conséquente comme la France l'a fait avec son ex-DGT/France Télécom. Au regard de la transversalité des télécoms, l'interrégulation est de venue un souhait. Il s'agit de la collaboration entre régulateurs étatiques des domaines voisins aux télécoms. L'interrégulation n'avait pas été envisagée par le législateur congolais, ni organisée dans la pratique, comme par exemple l'ARCEP collabore avec l'Autorité de la concurrence, le CSA, l'HADOPI, l'ARJEL, etc.⁹⁵⁸ Toujours est-il que la régulation des

⁹⁵⁰ Cf. Notes précédentes (liste des directives du « paquet télécom » de 2002, 2009 et 2012).

⁹⁵¹ La n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (« LCEN »), JORF, n°143, 22 juin 2004, p. 11168.

⁹⁵² Loi n°2004-569 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services audiovisuels (« LCE »), JORF, 10 juillet 2004.

⁹⁵³ J. T. HONDE, *Service public et efficacité ; la réforme des télécommunications en France*, Thèse de doctorat en droit public sous la dir. du prof Roland Drago, Université Panthéon Assas, Paris, soutenue en mai 1993, p. 211. X. DENIS-JUDICIS et J.-P. PETIT, *Les privatisations*, Montchrestien, coll. Clefs-Economie, 1998. Les deux derniers auteurs analysent depuis une vingtaine d'années, l'essor des privatisations tant dans les pays industrialisés que dans les pays en voie de développement. Ce mouvement suscite de nombreuses questions à l'échelle internationale sur les aspects juridiques, économiques et financiers.

⁹⁵⁴ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 13.

⁹⁵⁵ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF, n°181, 5 août 2008, pp. 12471 et s.

⁹⁵⁶ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF, n°3, 4 janvier 2008, pp. 258 et s.

⁹⁵⁷ J.-C D. EKAMBO (sous la dir.), *L'Internet et la RDC – Technologies – Appropriations – Société*, Université Catholique au Congo, CEDESURK, Doc.048/09, Kinshasa, 2009.

⁹⁵⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, *Internet, espace d'interrégulation*, coll. « the journal of regulation », Dalloz, 2016. Cf. notamment : M. DE SAINT PULGENT, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs » (pp. 3-5) ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Penser le monde à partir de la notion de la "donnée" » (pp. 7-16), L.

télécoms en RDC connaît un fonctionnement en « silo » que le président de l'ARPTC a qualifié d'« intra-régulation » avec la présence d'un ministère des PTT agissant en concurrence avec le régulateur, sans la présence d'une Autorité nationale de la concurrence.⁹⁵⁹

374. Aussi, la législation congolaise des télécoms reste-t-elle très en retard sans avoir intégré la dimension des communications électroniques, ni leur valeur d'intermédiation d'accès au commerce électronique et encore moins la dimension de l'économie numérique. En Europe depuis 2000 et en France depuis 2004, le cadre réglementaire des communications électroniques est davantage décloisonné non seulement par rapport à la pleine concurrence mais aussi et surtout par rapport à son interpénétration avec d'autres marchés. Encore faut-il signaler que la loi française pour la République numérique d'octobre 2016 apporte une nouvelle dimension législative et multisectorielle au regard des implications des communications électroniques dans les multiples aspects de la vie sociale. De manière relative, ce niveau très avancé du droit français dépasse les besoins de législation et d'analyse comparative par rapport la RDC.⁹⁶⁰ De manière absolue, la « loi Numérique » dépasse également le simple cadre réglementaire des communications électroniques ou de l'économie numérique. Cependant, elle mérite d'être retenue dans les perspectives d'analyse, puisqu'elle présente une brillante expérience des liaisons du numérique avec d'autres branches du droit.

§1. Les transformations du secteur français des télécoms de 1982 à 2003 au regard de l'acquis communautaire européen

375. En France, la libéralisation des télécoms a été un long processus opéré par plusieurs lois, dont les premières précèdent les mesures du « droit communautaire ».⁹⁶¹ D'abord, les lois de 1982 et de 1986 sur la communication (audiovisuelle) demeurent historiques, en ce qu'elles fondent les bases de réformes des télécoms par la seule perspicacité du législateur français. C'est ensuite que l'Europe engage officiellement en 1984-1987 et maintient depuis 1988⁹⁶² sa politique de dérégulation des télécoms. L'instrument du droit a été efficacement utilisé par les institutions européennes pour transformer les services publics nationaux. **(A)**

376. Les lois successives entre 1990 et 1996 opèrent la transposition des règles européennes sur des axes de réformes suivants : démonopolisation, instauration de la concurrence, séparation du rôle du marché avec la « réglementation », cette dernière étant distinguée en régulation *ex ante* et en réglementation *ex post*. La transformation générale du droit public économique alimente la réforme de la réglementation sectorielle des télécoms, en opérant le changement de statut de l'opérateur historique, anciennement monopolistique. **(B)**

BENZONI, « De l'accès aux infrastructures à l'accès aux moyens numériques : Nouvelle frontière pour la régulation des communications électroniques » (pp. 17-42) ; J.-F. VILOTTE, « Les réglementations sectorielles de l'Internet ne doivent se distinguer de la régulation des réseaux physiques de distribution que si et seulement si la continuité de l'application du Droit le justifie » (pp. 99-108) ; (tous) in M.-A FRISON-ROCHE, *idem*.

⁹⁵⁹ Cf. pour développement de l'analyse comparée : Partie 2, Titre I, Chapitres 1 et 2 de la présente thèse.

⁹⁶⁰ Dans la seconde partie de thèse, les Titres I traite de la nécessité de parachèvement du droit congolais des télécoms, tandis que le Titre II examine les projets de loi sur les télécoms, les TIC, les échanges et le commerce électroniques. Si le droit positif congolais est en déphasage à la lumière du droit français, ses projets de *lege ferenda* actuellement en examen au Parlement (depuis avril 2017) ne dépassent pas le niveau des lois françaises de 2004 pour la cofiance en l'économie numérique. *A fortiori*, la « loi pour la République numérique » paraît d'une optique trop futuriste pour les besoins de la situation, de la législation, de la comparaison en rapport avec la RDC.

⁹⁶¹ Le terme « communautaire » est employé à dessein. Les initiatives de libération de l'Europe des télécoms se situent à l'époque de la CEE. Elles sont antérieures à la date de signature le 13 décembre 2007 du Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'UE et le traité instituant la CE, CIG 14/07, Bruxelles, 3 déc. 2007.

⁹⁶² Directive 88/301/CEE du 16 mai 1988, préc.

A. / LES LOIS FRANÇAISES DE DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS
DANS LA CONSTRUCTION DU MARCHÉ EUROPÉEN

377. Les lois de 1982 et 1986 sur la communication sont considérées comme les premières lois de dérégulation en France.⁹⁶³ Elles ont séparé les télécoms de la communication audiovisuelle en vue d'ouvrir cette dernière à la concurrence. Cet exemple de perspicacité des années 1980 reste encore inscrit en droit positif français. À plusieurs égards, les bases de démonopolisation du secteur public se situent ainsi avant la communautarisation des règles s'y rapportant s'y rapportant. (1) Par la suite, les lois françaises transposent les mesures de libéralisation et d'harmonisation européennes, dans le domaine des télécoms. Toutefois, le mouvement de transformation générale du droit français des services publics donne un autre relief aux acquis européens de dérégulation sectorielle des télécoms. La transition du cadre réglementaire se traduit par la création de l'ART et la restructuration de l'Administration des PTT de l'EPA en EPIC. Mais, la réforme française a finalement inséré le statut de l'ancien opérateur de monopole public dans les règles du droit de société. Ainsi, la dérégulation française se particularise avec la privatisation de « France télécom », ancien opérateur de monopole public. (2) Les lois de 1990 (3) et celles de 1996 (4) évoluent en logiques sémi-libérales des réformes vers une logique libérale et de régulation sectorielle.

1. Les lois pionnières de restructuration du monopole des télécoms

378. En France, l'État s'était arrogé le contrôle exclusif du secteur naissant des télécoms depuis la loi du 2 mai 1837 sur les lignes télégraphiques, adoptée sous Louis-Philippe en vue de réglementer le télégraphe de Chappe. Son texte composé d'un article unique était repris à l'article 33 du CPT dans sa version antérieure à la réforme législative des années 1990. Il disposait en ces termes : « *Quiconque transmettra, sans autorisation, des signaux d'un lieu à un autre, soit à l'aide de machines télégraphiques, soit par tout autre moyen, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de mille à deux mille francs* ». ⁹⁶⁴

379. Sur cette base, l'administration publique était le seul exploitant des télécoms en tant que branche du ministère des PTT. C'est en 1909 que la première séparation a été effectuée entre les Directions de l'exploitation en charge du télégraphe et celle du téléphone au sein dudit ministère. Comme l'écrit Nicolas Arpagian : « Rappelons ici pour mémoire que la France s'est dotée dès 1915 d'une Section de contrôle télégraphique afin d'inspecter les correspondances postales et télégraphiques en provenance, à destination ou transitant par son territoire ». ⁹⁶⁵ Dans le service public français, la Direction des télécommunications a été créée en 1941, avant de connaître en 1970 un nouvel aménagement de ses structures administratives par la création de la DGT (Direction Générale des Télécommunications) avec un personnel distinct de la poste (DGP). ⁹⁶⁶

380. Cependant, bon nombre d'actes législatifs et gouvernementaux français sont intervenus avant la transposition française des directives européennes. Ils ont remis en cause le monopole public exercé par la DGT dans les secteurs des télécoms en France, sur la seule

⁹⁶³ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1981 sur la communication audiovisuelle ? JORF, 30 juillet 1982, pp. 2431 et s. Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF, 1^{er} octobre 1986, pp. 11755 et s.

⁹⁶⁴ P. CHARBON, « Genèse du vote de la loi de 1837, origine du monopole des télécommunications », in C. BERTHO-LAVENIR (sous la dir.), *L'État et les Télécommunications en France et à l'étranger 1837-1987, actes du colloque organisé à Paris les 3 et 4 nov. 1987 par l'École Pratique des Hautes Études et l'Université Paris V*, Librairie Droz, Genève, 1991, pp. 11-21.

⁹⁶⁵ N. ARPAGIAN [2016], *La cybersécurité, op.cit.*, p. 10.

⁹⁶⁶ D. BAZI-DUMONT, « Le processus de libéralisation des télécommunications en France », posté le 4 fév. 2004 [www.e-juristes.org/le-processus_de_liberalisation-des167] (consulté le 14 juin 2016). En 1988, la DGT devient France Télécom. Le 1^{er} janvier 1991, celle-ci devint exploitant autonome de droit public.

base du droit français. Dans les faits, l'effritement de cette exclusivité a été entrepris en ses débuts par une dynamique propre de l'État français, avant la première directive européenne de libéralisation de 1988 ainsi que la publication du *Livre vert* de 1987 l'ayant précédé.⁹⁶⁷ Plusieurs sources françaises marquent les étapes de transition juridique du marché des télécoms. Cet élan interne est originalement français, parce que les premières réformes de libéralisation des télécoms sur le plan national n'ont pas attendu la dérégulation du marché mondial.

381. Dans un premier temps, entre 1981, 1982 et 1986⁹⁶⁸, la volonté – non-aboutie du gouvernement français de mettre à jour le cadre réglementaire des télécoms – lui permit néanmoins d'atteindre deux objectifs dans le domaine de la communication audiovisuelle.⁹⁶⁹ Ainsi, une « *première loi "dérégulatrice" en France*⁹⁷⁰ » parvint à abolir le monopole d'État sur la radiotélévision (Minitel, compris) ainsi qu'à réaliser la séparation de ses fonctions d'exploitation et de régulation. Dans cet ordre d'idées, la première des mesures remettant en cause le monopole des télécoms fut d'ordre législatif : la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle exclut cette matière du champ de l'article 33 du CPT. Cet article précité fondait le monopole dans les mêmes termes que la loi du 2 mai 1837 adoptée sous Louis-Philippe sur le télégraphe de Chappe. La loi de 1982, en vigueur à ce jour⁹⁷¹, vise la mise à disposition du public d'un contenu de télécommunications en ouvrant ainsi l'audiovisuel, Minitel et télévision, à la concurrence. L'observation des mutations à l'étranger (États-Unis⁹⁷² et Japon⁹⁷³) ainsi que la pression du progrès technologique obligeaient la France à se positionner dans la prospective de la convergence des médias électroniques, avant les premières exigences de construction de l'Europe des télécommunications sus-décrites.⁹⁷⁴

382. La seconde mesure française de démantèlement du monopole public des télécoms est intervenue par décision administrative. Le Ministre des PTT, Louis Mexandeau, décida de la restructuration organique des PTT, de concert avec les directeurs généraux de la Poste (DGP) et des télécommunications (DGT). L'annonce de cette autorisation faite le 27 novembre 1985, allait dans le sens de la séparation des fonctions d'exploitation et de réglementation. C'est ainsi qu'une Délégation générale à la stratégie a été créée au sein de l'administration des PTT et placée comme les deux précédentes, sous l'autorité du ministre des PTT. Plus tard, la Commission nationale de la communication et des libertés (CNC) fut créée par la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

⁹⁶⁷ Directive 88/301/CEE du 16 mai 1988, préc. Commission de la Communauté européenne, *Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications* [1987], préc.

⁹⁶⁸ Cf. spécialement : Loi n°81-994 du 9 novembre 1981 portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion, JORF, 10 novembre 1981, pp. 227 et s. C'est la période sous la première mandature du Président François Mitterrand, avec un Premier Ministre de gauche (Partie Socialiste) avec comme Premier Ministre, Pierre Mauroy et M. Louis Mexandeau comme Ministre des PTT.

⁹⁶⁹ Cf. pour rappel : loi n° 82-652 du 29 juillet 1981 sur la communication audiovisuelle ? JORF, 30 juillet 1982, pp. 2431 et s. ; loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF, 1^{er} octobre 1986, pp. 11755 et s.

⁹⁷⁰ A. GIRAUD, « Les prémisses de la déréglementation », *Les cahiers de l'AHIL*, n°9, janvier 2008, p.7.

⁹⁷¹ Cette loi de 1982 demeure en vigueur moyennant quelques modifications. Cf. E. DERIEUX et A. GRANCHET, *Droit de la Communication, Lois et Règlements*, Hors-Série 2014, 35^e année, Legipresse, Coll. L'actualité du droit des médias et de la communication, Paris, 2014, p. 100 et s. et 141-142

⁹⁷² Les USA démantelaient le monopole naturel de la firme AT&T en 1984. En 1980, la première chaîne de télévision à vocation planétaire, CNN (*Cable News Network*). Cf. P. MOREAU DEFARGES, *op.cit.*, p. 40. « La mondialisation est indissociable d'une multiplication des liens d'information et de communication. Ici, l'espace et le temps se trouvent massivement contractés [...] CNN, illustration exemplaire d'une Terre câblée. »

⁹⁷³ En 1985, deux Lois de la Diète japonaise (Parlement) avaient respectivement transformé NTT (*Nippon Telegraph and Telephone*) du statut d'opérateur public à entreprise, et instauré la concurrence dans un marché monopolistique.

⁹⁷⁴ Cf. Section précédente (section 1) du présent chapitre de thèse.

(audiovisuelle), dite « Loi Léotard ».⁹⁷⁵ L'expérience de la CNC est l'ancêtre du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), comme organe régulateur sur ce champ. L'article 4 de ladite loi l'identifiait comme « *autorité administrative indépendante qui comprend treize membres nommés par décret* »⁹⁷⁶ avec l'idée d'un secteur libéralisé de l'audiovisuel, consacrant une séparation de la réglementation (Ministère) et de l'exploitation (opérateurs TV). Ces deux actes constituent effectivement les premières atteintes, tout aussi symboliques que décisives, au monopole des télécoms.⁹⁷⁷

383. La loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 vise en son préambule la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 modifiée à ce jour, sur la communication audiovisuelle.⁹⁷⁸ La portée de ce texte reste clairvoyante quant aux bases et aux principes de transformation du monopole en un secteur (dé)régulé. Sa « version initiale » fonde le principe de la liberté et de l'égalité de traitement, sauf pour des exigences d'ordre public, quant à l'exploitation et à l'utilisation des services de communications audiovisuelles.⁹⁷⁹ Elle définissait clairement les télécoms et l'audiovisuel,⁹⁸⁰ tout en séparant leurs départements respectifs et en instaurant un organe de régulation, précurseur du CSA.⁹⁸¹

384. Par ailleurs, l'article 34 de la « loi Léotard » de 1986, aujourd'hui abrogé, mettait les communes (collectivité territoriale) en concurrence avec la DGT sur son segment monopolistique des télécoms. Il disposait que « les communes établissent ou autorisent l'établissement sur leur territoire des réseaux distribuant par câble des services de radiodiffusion sonore et de télévision ». ⁹⁸² Ainsi, par décret⁹⁸³ et circulaire⁹⁸⁴ d'application, le

⁹⁷⁵ D. BAZIT-DUMONT, « Le processus de libéralisation des télécoms en France », *e-juristes.org*, posté le 4 février 2004, in [<http://www.e-juristes.org/le-processus-de-liberalisation-des167/>] (consulté le 7 avril 2017). Il importe de noter que « De plus, en 1944 apparaît le Centre National d'Etude des Télécommunications (CNET) ».

⁹⁷⁶ Art. 4, 1° à 6°, loi n°86-1067 du 30 sept. 1986, JORF, 1^{er} oct. 1986, p.11755. La composition et le mode de désignation des treize membres : 1° Deux désignés par le Président de la République ; deux par le Président de l'Assemblée nationale ; 2° un membre (honoraire) du Conseil d'État élu par ses (ex-)pairs du grade minimum de conseiller État ; 3° un magistrat (honoraire) de la Cour de cassation élu par ses (ex-)pairs d'au moins le grade de conseiller ou avocat général ; 4° un magistrat (honoraire) de la Cour des comptes élu par ses (ex-)pairs du grade minimal de Conseiller-maître ; 5° un membre de l'Académie française élu par celle-ci ; 6° une personnalité qualifiée dans le secteurs des télécoms et une autre dans le secteur de la presse, cooptés par les dix membres prévus ci-dessus.

⁹⁷⁷ R. GILARDIN, *op.cit.*, p.47-50 (la fièvre libérale gagne la France). – Cf. aussi A. GIRAUD, *op.cit.*, p. 7. – A. DARRIGRAND, « La modernisation du service public : l'exemple des PTT 1990 – leçons d'une réforme », *Politiques et management public*, vol. 20, n°4, décembre 2002, p.138. M. FENEYROL, « Déréglementation et télécommunications, des premiers mouvements aux lois de 1990 », *Les cahiers de l'AHTI*, n°9, janvier 2008, p.19 [<http://www.ahti.fr/index.php/index.php/articles/11-cahier/23-cahier-9.html>] (consulté le 10 novembre 2016).

⁹⁷⁸ Cf. pour les modifications législatives (en 2004) : les lois dites « LCEN », et « LCE », préc.

⁹⁷⁹ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 sur la communication [audiovisuelle], version initiale, préc., « Article 1^{er}. – L'établissement et l'emploi des installations de télécommunication, l'exploitation et l'utilisation des services de télécommunications sont libres. Cette liberté ne peut être limitée, dans le respect de l'égalité de traitement, que dans la mesure requise par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public ainsi que par la sauvegarde de l'ordre public, de la liberté et de la propriété d'autrui et de l'expression pluraliste des courants d'opinion. Le secret des choix fait par les personnes parmi les services de télécommunication et parmi les programmes offerts par ceux-ci ne peut être levé sans leur accord ».

⁹⁸⁰ *Ibidem*, « Article 2. – On entend par télécommunication toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques. On entend par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée ».

⁹⁸¹ *Ibidem*, « Article 3. – Il est institué une Commission nationale de la communication et des libertés qui a pour mission de veiller au respect des principes définis à l'article premier ».

⁹⁸² Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, préc.

⁹⁸³ Décret n°87-775 du 24 septembre 1987 relatif aux liaisons spécialisées et aux réseaux téléphoniques ouverts à des tiers

⁹⁸⁴ Circulaire du 16 mars 1988 prise en application du décret n°87-775 du 24 septembre 1987 relatif au régime général des liaisons spécialisées et au régime des réseaux télématiques ouverts à la des tiers utilisant des liaisons spécialisées.

ministre des PTT (Gérard Longuet⁹⁸⁵) autorisa des exploitants alternatifs à mettre en œuvre cette faculté, moyennant des conditions techniques, complexes. En outre, sur le plan de l'atteinte au monopole légal de la DGT, une mesure réglementaire prise en décembre 1987 par le même Ministre, autorisa la Société Française du Radiotéléphone (SFR)⁹⁸⁶ à opérer en concurrence avec Radiocom 2000, le service de la DGT qui opérait sur le segment du marché de la radiotéléphonie.⁹⁸⁷

385. À ce jour, les lois ci-dessus de 1982 et de 1986 font encore partie du droit positif français dans le secteur de la communication (audiovisuelle).⁹⁸⁸ Ces lois font preuve de pragmatisme et de perspicacité, dans une dynamique législative proprement française. En Europe, la « directive "terminaux des télécoms" » de la Commission de 1988⁹⁸⁹ est intervenue par la suite, dans le cadre des mesures prises par la Commission européenne pour l'encadrement de la libéralisation des marchés. La transposition française des règles européennes reste donc caractérisée par des mesures antérieures de droit interne. Depuis 1990, l'initiative européenne a pris le dessus sur le processus législatif d'initiative nationale.

2. Les lois françaises de libéralisation des télécoms dans l'harmonisation européenne

386. Les lois de transposition française de 1990 et 1996 ont réorganisé tant le service public des télécoms que le statut de l'Administration des PTT. Durant plus de vingt-ans à dater de 1990, la transition du cadre réglementaire des télécoms en France a été systématiquement associée à la réforme du statut de l'opérateur de monopole public. D'un côté, l'achèvement de la démonopolisation a conduit en 1996 à l'instauration en France d'un régulateur sectoriel des télécoms (ART), en tant qu'arbitre du jeu concurrentiel du marché. Cette instauration opère la nette séparation de la réglementation *ex ante* et *ex post* tout en marquant l'indépendance entre le marché et l'État c'est-à-dire entre les forces économiques et la puissance publique censée les réguler. D'un autre côté, le statut de France Télécom a été profondément réformé depuis ses origines comme direction au sein de l'administration des PTT jusqu'à sa privatisation en 2003. L'achèvement de ces volets de réforme statutaire a été suivi des transformations du cadre réglementaire sur les aspects juridiques de la société de l'information.

387. Quatre lois françaises des années 1990 apportent une transition au secteur des télécoms, à la suite de la transposition des directives européennes dites « services de télécommunications » et « ONP » de 1990. Elles alignent le droit français sur les objectifs d'ensemble du marché européen. Il s'agit de la loi n°90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications (« Loi Quilès »)⁹⁹⁰ et de la loi n°90-58 du 2 juillet

⁹⁸⁵ Sous le mandat de François Mitterrand, la première cohabitation entre la Gauche et la Droite, PS et UDF-RDR, s'installe avec comme Premier Ministre, M. Jacques Chirac ; Alain Madelin comme Ministre de l'industrie, des PT et du tourisme, Gérard Longuet comme Secrétaire d'État chargé des PT, et François Léotard, au Ministère de la Culture et Communication.

⁹⁸⁶ Cf. « Histoire de SFR » [www.sfr.com/nous-connaître/sfr-en-bref/01272016-1700-lhistoire-du-groupe-sfr] (consultée le 1^{er} juillet 2016). « En 1987, la Compagnie Générale des Eaux crée SFR, qui devient l'acteur initial de la libéralisation du marché sur le mobile. En 1997 arrive la libéralisation du fixe. En 1997 arrive la libéralisation du fixe. En 1999, la compagnie Générale des Eaux, alors rebaptisée Vivendi, réorganise ses activités de télécommunications en créant le groupe SFR-Cegetel ».

⁹⁸⁷ R. GILARDIN, *op.cit.*, 52-55. L'article L33 du CPT de 1987 permettait au Ministre des PTT cette brèche de pouvoir en disposant qu'« aucune installation de télécommunications ne peut être établie ou employée à la transmission de correspondances que par le ministre des postes et télécommunications ou avec son autorisation [...] » C'est nous qui soulignons.

⁹⁸⁸ E. DERIEUX et A. GRANCHET, *op.cit.*, p. 100 et s. et 141-142

⁹⁸⁹ Directive 88/301/CEE du 16 mai 1988, préc.

⁹⁹⁰ Loi n°90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications JORF, n°303, 30 déc. 1990, p. 16349.

1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.⁹⁹¹ La loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécoms a apporté une nouvelle transition des acquis français et communautaires.⁹⁹² La logique de réorganisation du service public des télécoms s'est complétée de la réforme de l'opérateur de monopole étatique, par l'adoption de la loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise France Télécom.⁹⁹³

3. *La logique semi-libérale de lois réformatrices des télécoms de 1990*

388. *Premièrement*, l'article 1^{er} de la loi n°90-58 du 2 juillet 1990⁹⁹⁴ créait et séparait, de manière officielle et définitive, « *deux personnes morales de droit public placées sous la tutelle du ministre chargé des postes et télécommunications, qui prennent respectivement le nom de La Poste et de France Télécom* ». Elle insérait également la dénomination nouvelle « exploitant public » dans le domaine français des télécoms. Cet exploitant gardait ses droits exclusifs sur les infrastructures, tout en disposant d'une large autonomie de gestion, à la fois en tant qu'exécutant des missions de service public et en tant que partenaire privilégié de l'État en dehors de ces missions.⁹⁹⁵

389. Ainsi, « la loi du 2 juillet 1990 avait pour objectif essentiel de modifier le statut juridique de l'exploitant public "France Télécom" qui remontait à plusieurs décennies ». ⁹⁹⁶ Ladite loi inscrivait la nouvelle notion juridique de « personne morale de droit public », spécialement conçue pour cette réforme.⁹⁹⁷ En ce sens, le statut de France télécom se situait à mi-chemin entre EPIC et service administratif (EPA). Ce statut mixte lui permit de maintenir des liens forts avec l'État, moyennant son « cahier des charges »⁹⁹⁸ et un « contrat de plan »⁹⁹⁹, en dépit de la concurrence de nouveaux entrants sur le marché semi-ouvert. Toutefois, cette réforme à demi-teinte de l'opérateur historique, constituait une mutation importante, car le service public administratif (DGT/EPA) passait à un statut de service public à gestion privée. Les conséquences de ce changement sont appréciables sur l'application exorbitante du droit commun à une entreprise. Ces règles restent celles du droit public, mais s'écartent du droit administratif en faveur du droit de la concurrence. Jusque-là, aucune restructuration du ministère des PTT en France n'était allée si loin, dans le secteur public des télécoms. Du moins, la réforme du 2 juillet 1990 éloignait France Télécom de son statut

⁹⁹¹ Loi n°90-58 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, JORF, 08 juil.1990, p. 8070.

⁹⁹² Loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, JORF, n°174, 27 juillet 1996, p. 11384.

⁹⁹³ Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, JORF n°174, 27 juillet 1996, p.11398.

⁹⁹⁴ Loi n°90-58 du 2 juillet 1990, préc.

⁹⁹⁵ En ce sens, la loi disposait comme suit : « *Article 3 (Loi n°90-568 du 2 juillet 1990): France Télécom a pour objet, selon les règles propres à chacun de ses domaines d'activités, contenues notamment dans le code des postes et télécommunications : [1] d'assurer tous services publics de télécommunications dans les relations intérieures et internationales et, en particulier, d'assurer l'accès au service du téléphone à toute personne qui en fait la demande [2] d'établir, de développer et d'exploiter les réseaux publics nécessaires à la fourniture de ces services et d'assurer leur connexion avec les réseaux étrangers ; [3] de fournir, dans le respect des règles de la concurrence, tous autres services, installations et réseaux de télécommunications, ainsi que d'établir des réseaux distribuant par câble des services de radiodiffusion sonore ou de télévision et de concourir, par des prises de participations, à l'exploitation de ces derniers réseaux dans le cadre de réglementation en vigueur* ».

⁹⁹⁶ J. T. HONDE, *Service public et efficacité ; la réforme des télécommunications en France*, Thèse de doctorat en droit public, préc., p. 211.

⁹⁹⁷ Article 1^{er}, 2 et 3, loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du Service public de la poste et à France Telecom, préc.

⁹⁹⁸ Décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom et au code des postes et télécommunications, articles 15 à 22, J.O. RF, 30.12.1990, pp. 16572-16573.

⁹⁹⁹ Le premier « Contrat de Plan de France Télécom » signé avec l'État le fut 5 novembre 1991 pour la période 1991-1994.

d'organe de direction du Ministère des PTT, sans toutefois lui donner un statut de droit privé.¹⁰⁰⁰

390. *Deuxièmement*, la loi n°90-1170 du 29 décembre 1990 sur les télécoms (« loi Quilès ») a eu « quant à elle, comme principal objectif de moderniser les règles applicables à l'ensemble du secteur. Après avoir parlé de modification du statut de France Télécom, il est indispensable [...] d'en aborder le second volet (véritable « toile de fond » de cette réforme), [...] la philosophie générale se situe dans "un nouvel équilibre entre concurrence et respect de l'intérêt général" ». ¹⁰⁰¹ Ladite loi créait l'article L.32-1 du CPT, établissant le principe d'indépendance des fonctions de réglementation des activités relevant du secteur des télécoms et de celles d'exploitation de réseaux ou de fourniture de services de télécoms. Le ministre responsable des PTT était chargé de veiller au respect de ce principe. Le même article disposait que la fourniture des services qui ne sont pas confiés exclusivement à l'exploitant public, s'effectue dans les conditions d'une concurrence loyale, notamment entre l'exploitant public et les autres fournisseurs de service. Ceux-ci sont tous astreints au principe d'égalité de traitement des usagers, quel que soit le contenu du message transmis (neutralité), étant entendu que l'accès au réseau public doit être assuré dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. ¹⁰⁰²

391. En effet, la « loi Quilès » du 29 décembre 1990 traduit une modification des « règles qui régissaient les télécommunications et qui dataient de 1837 ». L'un des volets importants de la réforme réadaptait les compétences dans le domaine des télécoms par rapport au contexte économique d'alors. « Le marché des télécommunications français a été en 1990 de 120 milliards de francs, soit 5% du marché national » avec un « développement constant dans ce domaine ». Ainsi, il a été question de revoir la « répartition des compétences respectives entre le Conseil supérieur de l'Audiovisuel et le Ministre des P.T.T. (*sic*), ce dernier voyant d'ailleurs ses compétences s'accroître en matière de communication, et cela au détriment du Conseil ». ¹⁰⁰³

392. Par ailleurs, les lois du 2 juillet et du 29 décembre 1990 ont approfondi tant la réforme du statut légal de l'« exploitant public » que la configuration du « marché dual », faisant coexister deux segments : concurrentiel et exclusif. La reconnaissance statutaire d'une nouvelle personne publique « France Télécom » participait au délitement organisé du monopole public des télécoms. C'est en 1988 que la DGT (administration des PTT) devint France Télécom. ¹⁰⁰⁴ Avec cette réforme (1990), un organe étatique avait désormais un statut de droit public proche de l'EPIC, et un champ restreint d'exclusivité sur un seul segment du marché : le segment non-libéralisé des infrastructures. Au 1^{er} janvier 1991, France Télécom devint ainsi un exploitant autonome de droit public. Il y a lieu de souligner que jusque-là, la DGT était une administration au sein du Ministère des PTT qui avait subi quelques restructurations mais jamais une réforme aussi profonde. ¹⁰⁰⁵ La mission d'intérêt général de France Télécom était d'accomplir une mission de service universel, avec un statut distinctement détaché de l'Administration publique (EPA/DGT) au sein du ministère des

¹⁰⁰⁰ D. BAZI-DUMONT, « Le processus de libéralisation des télécommunications en France », *e-juristes.org*, posté le 4 avril 2004, [<http://www.e-juristes.org/le-processus-de-liberalisation-des167>] (consulté le 11 novembre 2016). La privatisation de France télécom va intervenir plus tard avec la réforme législative de 2003 et l'opération de vente de la majorité de ses parts aux privés en 2004.

¹⁰⁰¹ J. T. HONDE, *op. cit.*, pp. 211-212.

¹⁰⁰² Loi n°90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécoms, JORF, 30 décembre 1990.

¹⁰⁰³ J. T. HONDE, *op. cit.*, pp. 212 et s.

¹⁰⁰⁴ D. BAZI-DUMONT, « Le processus de libéralisation des télécommunications en France », posté le 4 fév. 2004 [www.e-juristes.org/le-processus_de_liberalisation-des167] (consulté le 14 juin 2016).

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*.

PTT. Elle n'était pas encore privatisée à ce stade. Une entreprise publique se caractérise par la majorité des parts du capital social détenu par l'État ou une de ses collectivités. Indifféremment de cet actionnariat, « [l]e droit communautaire [...] la saisit comme une organisation ayant une activité économique sur le marché [...] le droit de la concurrence a "mis au pas" les entreprises publiques en méconnaissant la nature particulière de leur actionnaire, puisqu'il n'y voit qu'un actionnaire ordinaire, là où l'être de droit public s'identifie comme défendant l'intérêt général ».¹⁰⁰⁶ C'est ainsi que les deux lois précitées de 1990 se complètent mettant en évidence le lien entre la réforme du secteur des télécoms et celle de France Télécom (ex-DGT). Dans la suite des réformes, la logique de transformation des télécoms est demeurée conjointe à celle de France Télécom, exploitant public.

4. *La logique libérale de lois sectorielles des télécoms de 1996*

393. *Troisièmement*, la loi n°96-659 du 26 juillet 1996 a complété les mesures de libéralisation de l'accès aux télécoms en appuyant celles accordées antérieurement dans le domaine des services de télécoms.¹⁰⁰⁷ Ainsi, l'ouverture à la concurrence a été étendue au sous-secteur des infrastructures, en supprimant les droits exclusifs maintenus au profit de France Télécom. Celle-ci ne pouvait donc plus disposer d'un statut public, dès lors que les règles d'économie du marché s'imposaient sous l'arbitrage d'un régulateur étatique. Ainsi, ladite loi a opéré l'éloignement de l'État en tant opérateur sur le marché et a assuré parallèlement le rapprochement de l'État dans le marché en tant que régulateur. Elle a imprimé deux trajectoires à la transition du cadre réglementaire des télécoms en France.

394. D'une part, la loi n°96-659 trace une nouvelle trajectoire du droit sectoriel des télécoms, en ce qu'elle instaure en France l'Autorité de Régulation des Télécoms. À cet effet, elle modifiait l'article L 32-1 du CPT en disposant que « [l]a fonction de régulation du secteur des télécommunications est indépendante de l'exploitation des réseaux et de la fourniture des services de télécommunications ». Au terme de cet article, la fonction de régulation est exercée au nom de l'État dans les conditions légales par le Ministre chargé des télécoms et par l'ART. Il s'agit de la première expérience d'une AAI, chargée du rôle d'arbitre du jeu concurrentiel, dans un secteur libéralisé. La dérégulation des télécoms a placé des acteurs de l'économie de marché dans le domaine de service public. Le renouveau du droit public économique réside dans le changement du mode d'intervention de l'État sur le marché prenant le pas sur le service public. La théorie française du service public trouve son origine dans le rôle protecteur de l'État, en fondant la supériorité de puissance publique sur le marché. Mais, ces prémisses ont été remises en cause par la globalisation. En effet, « [e]lle introduit le marché dans la définition de l'intérêt général dont l'État n'a plus le monopole ».¹⁰⁰⁸ L'internationalisation des réseaux et donc des marchés de services de télécoms « transpercent » les souverainetés étatiques classiques, car l'État est « *demeuré national* », face à l'« *entreprise, devenue mondiale* ».¹⁰⁰⁹ L'ART fut ainsi « créée en 1996, première autorité de régulation du genre en ce qu'elle inaugurerait la vague de libéralisation des secteurs

¹⁰⁰⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...*, op.cit., p. 63.

¹⁰⁰⁷ Au niveau européen, la directive 90/388/CEE de la commission du 28 juin 1990 (« directive services de télécommunications ») accordait déjà la concurrence dans le domaine des services, en ne retenant des droits exclusifs que pour les usages d'infrastructures de télécoms. Par la suite, la Commission européenne avait adopté la directive 96/19/CE du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en vue de réaliser la pleine concurrence sur le marché des services de télécommunications. La loi française 96-659 du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécoms fait application de ces acquis communautaires.

¹⁰⁰⁸ Conseil d'État, « L'intérêt général », *Rapport public 1999, EDCE*, n°50, La Documentation française, p. 350.

¹⁰⁰⁹ G. LAPAY, *Comprendre la mondialisation*, Economica, 1996. E. IZRAELEWICZ, « La grande entreprise face à l'État-nation », *Le monde*, 9 avril 1996. Cf. PH. COLSON et P. IDOUX, op.cit., p. 551, 552 et s

naguère monopolistiques sous l'impulsion du droit communautaire ».¹⁰¹⁰ La régulation est une transition majeure des institutions juridiques établies sous forme d'AAI, « *afin de rééquilibrer le couple État/Marché* ». ¹⁰¹¹ Même si, selon les travaux de Philippe Colson et Pascal Idoux, la notion de régulation suscite encore de « malentendus », ¹⁰¹² son caractère malléable fédère néanmoins des objectifs assez contradictoires dans leur principe, à savoir : l'intérêt général et l'équilibre du marché. En définitive, elle permet d'assurer « la mise en balance entre le principe de concurrence et un autre principe, concurrentiel, voire anticoncurrentiel ». ¹⁰¹³

395. D'autre part, la loi n°96-659 confirme une trajectoire plus ancienne du droit public. Elle insère la réforme du droit sectoriel des télécoms, dans le mouvement général de transformation du service public français. En Europe comme en France, les mesures de libéralisation, telle qu'intervenues entre 1990 et 1996, traduisent le « compromis entre l'approche libérale et l'idée de service public ». ¹⁰¹⁴ En effet, le XX^e siècle reste marquant non seulement pour la mutation profonde de l'État passant d'un État libéral et neutraliste (XIX^e siècle) à un État néolibéral et interventionniste, mais aussi pour la remise en question de la notion classique de service public. La doctrine classique ¹⁰¹⁵ considérait que l'État n'est plus qu'une puissance souveraine qui commande, mais un groupe d'individus devant l'employer à créer et gérer les activités d'intérêt général. En 1913 déjà, Léon Duguit situait ladite notion à la frontière du droit constitutionnel et du droit administratif, comme un des fondamentaux du droit public moderne. ¹⁰¹⁶ En effet, « [l]a volonté du gouvernant [...] n'av[ait] de valeur et de force que dans la mesure où elle poursui[vai]t l'organisation et le fonctionnement d'un service public ». ¹⁰¹⁷ En cela, la raison d'être de l'administration résidait dans la fonction centrale de satisfaction de cet intérêt présentant une finalité supérieure à la somme d'individus. ¹⁰¹⁸

396. En réalité, « L'État est tenu de créer et d'organiser les services publics, car la nécessité de certains d'entre eux découle de la notion même d'État ou de principes de la valeur constitutionnelle ». ¹⁰¹⁹ Cependant, avec la pensée de Didier Truchet, la transformation de la notion de service public s'installe. Selon lui, la notion est en évolution, car « le service

¹⁰¹⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...*, préc., p. 14.

¹⁰¹¹ PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp. 551, 552 et s.

¹⁰¹² *Ibidem*, p. 578. Les auteurs se réfèrent à J.-B. AUBY, « Régulations et droit administratif », *The Journal of Regulations*, 5 décembre 2011, à M. BAZEX, G. ECKERT, R. LANNEAU, C. LE BERRE, B ; DU MARAIS et A. SEE (dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2016 ainsi qu'aux travaux de G. MARCOU, « Régulation et services publics. Les enseignements du droit comparé », in G. MARCOU et F. MODERNE (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, L'Harmattan, 2005, vol. 1, pp. 11 et s ; G. MARCOU, « la notion de régulation » AJDA 2006, p. 347 s. et G. MARCOU, « L'ordre économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in *La notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 259, 2009.

¹⁰¹³ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...*, *op.cit.*, pp. 114-115.

¹⁰¹⁴ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 33.

¹⁰¹⁵ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 522, 554-556. Pour Rolland, le Service public est « une entreprise ou une institution d'intérêt général destinée à satisfaire des besoins collectifs du public [...] par une organisation publique, sous la haute direction des gouvernants ». Les « lois de Rolland », dans leur formulation classique et initiale, sont au nombre de trois, elles s'expriment sous forme de principes « d'égalité », de « continuité » et d'« adaptation » ou de « mutabilité ». Sur la continuité, Maurice Hauriou insiste précisément sur l'idée de continuité, de stabilité dans le temps de ce qu'il appelait lui-même « l'entreprise de la chose publique ». Un troisième de complément apporté par Gaston Jèze renforce la notion de service public, comme étant une (i) activité d'intérêt général, (ii) exercée par une personne publique et (iii) soumise au droit public. Il porte sur une matière spécifique, exercée par des organes spécifiques, pour satisfaire l'intérêt général en s'inscrivant dans une logique d'intérêt général. Pour la discussion sur l'exhaustivité des « lois de Rolland » : voir E. ZOLLER, *op.cit.*, par. 604 et s.

¹⁰¹⁶ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op.cit.*, pp. 32 et s. Selon l'auteur, « La notion de service public remplace le concept de souveraineté comme fondement du droit public. Assurément cette notion n'est pas nouvelle ».

¹⁰¹⁷ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *op.cit.*, p. 515.

¹⁰¹⁸ *Ibidem*, pp. 515-522.

¹⁰¹⁹ R. DENOIX DE SAINT MARC, *L'État*, PUF, 3^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, 2016 (2004), p. 63.

public n'est pas défini, il se constate ».¹⁰²⁰ La remise en cause de la notion a été le fruit de deux phénomènes conjugués, au regard de l'évolution des modalités d'intervention des personnes publiques dans la société civile. Ainsi, la « plasticité de la notion »¹⁰²¹ a permis d'assister, d'une part, à l'extension du champ d'intervention des personnes publiques et d'autre part, à la mobilisation des personnes privées en vue de l'exécution du service public. Les services publics se sont véritablement transformés avec l'abandon des « "nationalisations rampantes", phénomène par lequel l'État, sous couvert de ses entreprises publiques et au nom d'un impérialisme technocratique très fort, ne cesse de continuer à intervenir dans l'économie et à accentuer son intervention ».¹⁰²² Rainaud constate que « le service public apparaît d'abord comme une intervention politique avant de devenir une notion juridique ». De ce fait, il est sujet aux fluctuations d'ordre politique, en le faisant déborder des stricts schèmes du droit. C'est l'orientation de la doctrine de l'après-guerre abordant la notion de service public en termes de « crise », de « déclin », de « vicissitudes ».¹⁰²³

397. Avant et pendant la seconde grande guerre, de grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA) ont validé l'ouverture des services publics aux personnes privées, en marquant le recul de l'État-entrepreneur.¹⁰²⁴ Les deux justifications essentielles du recours multiplié aux privés dans le domaine de service public sont :

- la recherche d'une plus grande efficacité de gestion supposée mieux assurée par le secteur privé que par l'administration publique ;
- l'évitement d'une extension illimitée du secteur public, soit par souci d'économie financière, soit pour des raisons idéologiques ou politiques.

398. Malgré le néolibéralisme dominant, il est admis que la notion française de service public a influencé le droit communautaire des télécoms en retenant la notion de « service universel ».¹⁰²⁵ Les aspects ci-dessus du droit des services publics éclairent la portée de l'article 8 de la loi n°96-659 du 26 juillet 1996,¹⁰²⁶ modifiant l'article L.35-2-I du CPT. Ce dernier confia la charge du service universel à France Télécom, comme opérateur public, en veillant à la différence avec le rôle d'exploitant public doté d'exclusivité. Il permet aussi de

¹⁰²⁰ D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 5^e éd., coll. « Thémis », 2013. D. TRUCHET, *Le droit public*, PUF, 3^e éd., coll. « Que sais-je ? », 2014 (2003), Paris, p. 60. En droit administratif, le principe de continuité du service public est un principe général du droit, le seul auquel le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle et fonde des règles très nombreuses.

¹⁰²¹ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 518.

¹⁰²² *Ibidem*, pp. 527 et s. De nombreux facteurs essentiels avaient contribué au préalable à la mutation de l'État-interventionniste, et surtout à accentuer l'intervention publique dans la société sous forme de services publics. Il s'agit notamment de : (i) la conjoncture des guerres et reconstructions, qui replace l'État comme un prestataire des services face au libéralisme économique ne pouvant désormais pas être pensé comme une fin en soi ; (ii) le fondement idéologique qui favorisait l'interventionnisme étatique, suite à la méfiance traditionnelle des mouvements politiques de gauche à l'égard des conséquences des lois de marché.

¹⁰²³ *Ibidem*, p. 528.

¹⁰²⁴ *Ibid.* Cf. [www.conseil-État.fr/Decisions-Avis-publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-État] (consulté le 4 avril 2017). D'abord, avec l'arrêt du Conseil d'État du 20 décembre 1935, *Etablissement Vezia*, il s'installe l'idée selon laquelle il y a peut-être entre les personnes privées et le service public une catégorie intermédiaire de personnes privées investies d'intérêts publics. Ensuite, l'Arrêt du Conseil d'État du 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et Protection (GAJA)* juge que ce n'est pas parce qu'une personne privée qui prend en charge un service public que ce n'est plus un service public. D'autres grands arrêts du Conseil d'État confirment cette ouverture à la veille de la guerre (CE, 31 juillet 1942, Monpeurt : GAJA – CE, 2 avril 1943, Bouguen : GAJA).

¹⁰²⁵ E. GUILLAUME, « Le service universel des communications électroniques », *Lamy, Droit des médias et de la communication*, Etudes 435, juin 2009. J. CATTAN, *op.cit.*, p. 174-175. Il a déjà été dit que le marché ouvert reste le « fruit d'un compromis entre la libéralisation des activités de réseaux, imposée par le droit communautaire, et les conceptions nationales – notamment française – du service public ». Mais, à ce jour, la relation n'est plus aussi étroite comme au départ entre service public et service universel. Commission européenne, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM (2003) 270, 21 mai 2003, p. 16.

¹⁰²⁶ Loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, JORF, n°174, 27 juillet 1996, p. 11384.

comprendre la concordance française entre la réforme sectorielle des télécoms et celle de l'opérateur public lui-même, dans la même logique des réformes.

399. *Quatrièmement*, la loi n°96-660 du 26 juillet 1996 inséra à l'article 1^{er} de la loi n°90-568 précitée, la transformation de la personne morale de droit public France Télécom en une entreprise publique de même nom, à compter du 31 décembre 1996. La même loi soumettait France Télécom « *aux dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes* ». ¹⁰²⁷ Ce statut de société anonyme, donc de droit privé, devait la préparer à la pleine concurrence. Son capital fut ouvert, mais la propriété de l'État fut maintenue dans la majorité des parts sociales de l'entreprise. Ce choix politique de société anonyme permit de gravir un échelon avancé dans le processus de privatisation de l'opérateur historique, en s'inscrivant plus en avant dans la dérégulation du marché électronique. Néanmoins, dans les faits, depuis longtemps, France Télécom avait fait son entrée en bourse en octobre 1997 et 23,2% du capital de l'entreprise furent mis en vente. Davantage de parts sociales furent vendues entre 1997 et 2001. À l'été 2001, l'État n'y détenait plus que 55,5% du capital. ¹⁰²⁸

400. Ainsi, la transformation des statuts de l'entreprise France Telecom a été approfondie avec la loi n°96-660 du 26 juillet 1996 la concernant, sans une fois de plus la privatiser. ¹⁰²⁹ Son article 1^{er} insérait une nouvelle réforme, dans l'article 1^{er} de la loi n°90-568 du 2 juillet 1990 précitée relative à l'organisation du service public de la poste et des télécoms. Cet article 1^{er} précisait la portée de la réforme de cet établissement public en ces termes : « La personne morale de droit public France Télécom [...] est transformée à compter du 31 décembre 1996 en une entreprise nationale dénommée France Télécom, dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social. Cette entreprise est soumise aux dispositions de la [même] loi [de 1996], dans la mesure où elles ne sont pas contraires [...], *aux dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes* ».

401. Toutefois, la loi de 1996 ne privatisa pas France Télécom au sens strict du terme. La privatisation fut autorisée par la loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003. ¹⁰³⁰ La dérégulation en France est une expérience intéressante à observer, car elle entretient le lien entre privatisation et libéralisation, dans sa logique de transition juridique sectorielle. **(B.)**

B. / LA LOI DE PRIVATISATION

DE « FRANCE TÉLÉCOM » ANCIEN OPÉRATEUR DE MONOPOLE (2003)

402. Depuis les années 1990, les lois d'organisation du secteur des télécoms ont connu leur mutation simultanément avec les changements des statuts de l'opérateur public des télécoms. C'est ainsi que la loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 est relative aux obligations de services public de télécommunications et à France télécom. ¹⁰³¹ Et pourtant, la privatisation n'est pas une conditionnalité expresse de la dérégulation, car cette dernière n'impose qu'une consécration de la libre entreprise sur le marché, indépendant de la puissance publique. En France, il apparaît un trait particulier de la privatisation, comme une modalité d'approfondissement de la libéralisation. Il s'agit autant de la réforme de l'État et des services publics, que d'une volonté plus profonde de prémunir l'État contre les conflits d'intérêts

¹⁰²⁷ Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, JORF, 27 juillet 1996, p.11398.

¹⁰²⁸ IVAN DU ROY, *op.cit.*, 2009, pp. 66-67

¹⁰²⁹ Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, JORF, n°174, 27 juillet 1996, p.11398

¹⁰³⁰ Loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, JO RF, 1^{er} janvier 2004, p. 9.

¹⁰³¹ JORF, 1^{er} janvier 2004.

économiques, dans sa lutte pour l'intérêt général. En ce sens, la « privatisation »¹⁰³² s'avère une modalité d'approfondissement de la libéralisation, mais ne se confond pas avec celle-ci.

403. En effet, sans être une exigence légale, comme le précise M. Jacques Chevallier, toutes les actions de dérégulation décrites en droit européen ne sauraient manquer d'avoir une incidence sur le « statut des opérateurs ».¹⁰³³ En principe, ce statut pourrait paraître indifférent au regard des directives européennes. Néanmoins, le statut de droit public des opérateurs comporte, aux yeux de la Commission et de la Justice européenne, des risques importants de distorsion de la concurrence. Ce statut peut leur donner l'assurance d'une « garantie illimitée de l'État », celle-ci doit dès lors être considérée comme une « aide d'État illicite ».¹⁰³⁴ Cette interprétation de la Commission européenne a été démontrée le 16 décembre 2003 à propos d'EDF, le 26 janvier 2010 à propos de la Poste et le 11 février 2010 à propos de la SNCF. Dans son Arrêt du 3 avril 2014, *France c/ Commission*, la CJUE¹⁰³⁵ a confirmé le point de vue de la Commission. La transformation d'une série d'établissements publics industriels et commerciaux en sociétés – imprimerie nationale (1993), France Télécom (1996), EDF et GDF (2004), Aéroports de Paris (2005) et aussi La Poste (2010) – est la conséquence directe de cette interprétation.¹⁰³⁶

404. Il ne s'agit pas nécessairement de privatiser l'ancien opérateur monopolistique tant que le principe de concurrence du marché n'est pas assuré, garanti et acquis. En effet, opérer une privatisation pour remplacer le monopole public par un monopole privé ne vaut rien, sans la mise en concurrence effective des acteurs économiques sur le marché électronique. En ce sens, la privatisation doit servir à un nivellement des statuts juridiques entre opérateurs sur un même marché, afin d'assurer une harmonisation des régimes. L'utilité de la privatisation est de sortir un acteur de droit public de ses prérogatives exorbitantes, afin de l'insérer dans un régime de droit privé. Si les formes d'intervention de l'État sur le marché libéralisé des télécoms se transforment en État-régulateur distinct de l'État-réglementaire, il convient que l'État-entrepreneur disparaisse afin de ne pas dénaturer le jeu concurrentiel du marché. Certains pays, comme la France, avaient effectué des séparations des fonctions de régulation, d'exploitation et de réglementation que requerrait le schéma de politique néolibérale européenne de dérégulation, sans privatiser pour autant la majorité de l'actionnariat de leur opérateur public comme le fit la Grande-Bretagne dès 1984.¹⁰³⁷

405. Ainsi, la transition définitive du statut légal de France Télécom est intervenue en vertu de la loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003, relative aux obligations de service public

¹⁰³² I. JEUGE-MAYNART (sous la dir.), *Le Petit Larousse illustré 2017*, Larousse, Paris, 2016, p. 933. Par définition, la privatisation désigne « le transfert d'une partie ou de la totalité du capital d'une entreprise publique au secteur privé ». Cf. aussi Larousse, *Dictionnaire de langue française 2015*, Paris, 2014, p.647. Dans un sens général, « la privatisation est l'action de faire tomber dans le domaine de l'entreprise privée ce qui était du ressort de l'État ».

¹⁰³³ J. CHEVALLIER, *op.cit.*, p.89.

¹⁰³⁴ *Ibidem*.

¹⁰³⁵ CJUE, *France vs. Commission*, affaire C-559/12P, avril 2014, Communiqué de presse n°48/14, Luxembourg, 3 avril 2014 [www.curia.europa.eu] (consulté le 14 juin 2016) « La Cour confirme que la garantie implicite illimitée accordée par l'État français en faveur de La Poste constitue une aide d'État illicite. Il existe la présomption selon laquelle l'octroi d'une telle garantie implique une amélioration de la position financière de l'entreprise par un allègement des charges qui grèvent son budget ».

¹⁰³⁶ J. CHEVALLIER, *op.cit.*, p.89.

¹⁰³⁷ GH. CHOURAQUI, « Les privatisations en Grande-Bretagne : les leçons d'une expérience », *Revue française d'économie*, vol. 4, n°2, Paris, 1989, pp. 43-57, spéc. p. 47. « Plus récemment l'accent a été mis davantage sur les objectifs de renforcement de la concurrence, d'efficacité économique et d'actionnariat populaire. En particulier, à l'occasion de la privatisation de British Télécom, la nécessité d'étoffer les règles de concurrence s'est fait jour en vue d'éviter tout abus éventuel de position dominante d'une entreprise se substituant à un monopole de caractère public. [...] toutefois, l'effort du gouvernement a été jugé très insuffisant, ce qui, comme on le verra plus loin, figure en bonne place parmi les critiques formulées à l'encontre des privatisations. Un des objectifs qui apparaît plus en filigrane, est leur contribution à la réduction du besoin de financement du secteur public. »

des télécommunications et à France Télécom.¹⁰³⁸ Son article 7 a ajouté France Télécom à la liste qui était annexée à la Loi n°93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation. L'article 2 de celle-ci, abrogée au 24 août 2014, permit qu'il soit « *transféré du secteur public au secteur privé la propriété des participations majoritaires détenues directement ou indirectement par l'État* ». ¹⁰³⁹ Ainsi, la loi de 2003 permit finalement à l'État la vente de plus de 50% du capital de France Télécom. Et, cette dernière fut définitivement privatisée en septembre 2004. Le gouvernement français put finalement procéder à une vente de près de 11% du capital que l'État détenait dans France Télécom et qui y ramenait à la minorité de 42% la part de l'actionnariat public.¹⁰⁴⁰ Depuis 2013, elle a été rebaptisée « Orange » (quoique depuis 2006 elle offrait déjà des services avec cette dénomination opérationnelle), dans laquelle la participation détenue par l'État est aujourd'hui estimée à 26,9% des parts seulement.¹⁰⁴¹

406. Toutefois, l'épineux enjeu social reste à résoudre quant au statut hybride des agents, pour France Télécom anciennement DGT (Administration des PTT) et ex-EPIC. Car, les conditions d'emploi des fonctionnaires membres du personnel de France Télécom étaient déjà dans la loi n°90-568 du 2 juillet 1990, modifiée à l'article 4 de la loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003. La contingence du plan social de l'entreprise fut un enjeu bloquant à désamorcer avec tact. D'où, le processus de privatisation de France télécoms s'est déroulé pendant une durée prolongée, totalisant une vingtaine d'année à compter de 1988.¹⁰⁴² D'autres questions de réforme relèvent de la gestion sociale de France Télécom, comme par exemple : la participation des agents à son actionnariat, le moratoire de recrutement d'agents-fonctionnaires, la liquidation du statut des fonctionnaires restant encore au sein de la société privée.¹⁰⁴³ Accompagnées des suicides dramatiques des agents de France Télécom¹⁰⁴⁴, ces questions d'ordre syndical et purement managérial sont encore inscrites à l'actualité judiciaire en 2016.¹⁰⁴⁵ Elles ne présentent pas d'enjeu utile pour la présente thèse. Néanmoins, elles traduisent les pénibles enjeux de diffusion technologique, imposant des réformes du statut de France Télécom en fonction des époques de transformation des règles du service public vers celles de la concurrence du marché (dérégulation) jusqu'à sa privatisation.¹⁰⁴⁶

407. Le processus de libéralisation du secteur des télécoms a été officiellement initié en 1990 et a tracé nettement en 1996 deux principaux objectifs de sa trajectoire. D'une part, en achevant la réforme statutaire de France Télécom par sa privatisation, la transition du cadre juridique a supprimé les derniers aspects de ses liens directs avec le ministre des PTT en tant que DGT. D'autre part, en ouvrant tous les segments du marché français à la concurrence, la

¹⁰³⁸ Loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, JO RF, 1^{er} janvier 2004, p. 9.

¹⁰³⁹ Cf. article 1, Ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, JORF, n°0194, 23 août 2014, p. 14009.

¹⁰⁴⁰ IVAN DU ROY, *op.cit.*, p. 103

¹⁰⁴¹ L. BACON, « France Télécom devient Orange, "une rupture avec l'histoire" », *Libération*, Reportage, 28 mai 2013.

¹⁰⁴² France Télécom est issue de la scission de la Direction générale des télécommunications avec les PTT en 1988.

¹⁰⁴³ P. LE CŒUR, « Le gouvernement veut changer le statut de France Télécom dès cette année », *Le Monde*, 21 nov. 1996.

¹⁰⁴⁴ O. PLICHON, « Suicides à France Télécom : le procès se profile », *Le Parisien*, 8 juillet 2016 [www.leparisien.fr] (consulté le 17 juillet 2016).

¹⁰⁴⁵ H. GAZZANE, « Suicides à France Télécom : le rappel des faits », *Le Figaro*, 7 juillet 2016 [www.lefigaro.fr] (consulté le 11 novembre 2016). Une phrase de Didier Lombard, ex-PDG de France Télécom demeure anecdotique sur le « *climat anxieux* » parmi les cadres et agents de l'entreprise : « *En 2007, je ferai les départs d'une façon ou d'une autre, par la fenêtre ou par la porte* ». France Telecom a compté jusqu'à environ 152 000 agents, y compris des fonctionnaires. Cette hybridation dans une société privée avait reçu l'avis favorable du Conseil d'État du 18 novembre 1996. Sa décision peut s'analyser comme une contribution prétorienne à la nécessaire transition portée par la loi de décembre 1996 pour que le plan social ne soit pas un élément bloquant de la privatisation.

¹⁰⁴⁶ Avec 27,5 millions de clients mobiles et 10,5 millions d'abonnés Internet, l'opérateur Orange est le numéro un du secteur des télécommunications en France, où il emploie 98.000 salariés. [http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/orange-l-operateur-telecom-historique_1753139.html] (consulté le 17 juillet 2017)

libéralisation est devenue effective. La concurrence a eu pour conséquence d'institutionnaliser un régulateur devant suivre le développement du marché électronique, de ses opérateurs et des technologies les concernant. Le changement de dénomination de l'ART (1996) en ARCEP (2005) traduit une pérennisation des acquis et une mutation importante du marché. Il s'agit, en toile de fond, d'une assise des règles sectorielles de régulation pour assurer l'équilibre du marché concurrentiel, mais aussi de l'entrée à une ère sans précédent de l'innovation et l'économie de la connaissance. Depuis lors, la trajectoire des réformes porte sur les aspects juridiques de la société de l'information. La série des lois de 2004 et les suivantes marquent une transition particulière du droit de l'économie numérique, sans pour autant oublier le renforcement des règles de concurrence, bâties progressivement autour de la libéralisation.

408. En définitive, l'ère de la dérégulation des télécoms s'achève avec la fin du monopole, la privatisation de France télécom (devenue Orange en 2013), la libre concurrence sur marché dont l'équilibre est régulé par une AAI (ART/ARCEP). Les réformes législatives de 2004 sont celles qui engagent les derniers tournants des PTT à l'économie numérique, face à la société de l'information. Cette deuxième étape ouvre des perspectives d'une « économie du savoir [et] de la donnée », face à la transition numérique de tous les secteurs de la vie nationale, grâce à l'Internet. (§2)

§ 2. Les transpositions des règles européennes du « paquet télécom » dans la transition numérique du marché français

409. Au niveau européen, le Parlement européen et le Conseil avaient adopté notamment la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 faisant le lien entre le commerce électronique et les communications électroniques comme des aspects de la société de l'information. La Commission proposait le 12 juillet 2000 plusieurs textes concernant les communications électroniques, regroupés dans le « paquet télécom », « [a]fin de réagir à l'évolution rapide des marchés et technologies [...] La plupart de ces directives ont été adoptées en mars 2002 et sont entrées en vigueur le 24 avril 2002 ». ¹⁰⁴⁷

410. Le passage des télécoms aux communications électroniques a apporté une dimension nouvelle aux transformations des institutions juridiques dans le domaine des télécoms. Désormais, les infrastructures, équipements, services de télécoms ainsi que les usages numériques sont perçus dans le contexte de l'économie numérique. Les télécoms apparaissent véritablement comme une intermédiation technique pour l'accès à des contenus et/ou de circulation des données numériques. Toutefois, légiférer les aspects de la révolution numérique n'efface pas les objectifs fondamentaux de la concurrence du marché des télécoms. En effet, les acquis de la libéralisation restent en filigrane des dernières étapes de transition du droit français, notamment : les incidences de la privatisation de « France Télécom », le renforcement de la fonction de régulation sectorielle, l'assise de la régulation transversale, les obligations de service public.

411. Par conséquent, la France devait intégrer ces nouveaux enjeux et la nouvelle philosophie du droit européen, dans la transition de son cadre réglementaire des télécoms. Deux séries de lois opèrent la transposition de la directive 2000/31/CE ainsi que des textes

¹⁰⁴⁷ D. POPOVIC, *op. cit.*, p. 48. Après la transposition, les mesures nationales auraient dû être appliquées dans tous les États membres à partir de la même date – le 25 juillet 2003. [Exception faite de la directive « vie privée et communication électroniques », dont l'échéance de transposition était fixée au 31 octobre 2013.] Cependant, seulement cinq États ont respecté la date de transposition, ce qui a diminué l'effet d'harmonisation. Ce sont la Finlande, la Suède, le Danemark, le Royaume-Uni, l'Irlande, ainsi que la communauté française de Belgique.

successifs du « paquet télécom ». La première série applique le paquet télécom de 2002, à savoir : la loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 relatives aux obligations de services public de télécommunications et à France télécom,¹⁰⁴⁸ la loi pour la confiance dans l'économie numérique (« LCEN »),¹⁰⁴⁹ la loi n°2004-569 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services audiovisuels (« LCE »).¹⁰⁵⁰ (A) La deuxième série des lois de transposition fait suite au « paquet de télécom 2009 » et à ses modifications. Il s'agit principalement de l'ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, de la loi sur la modernisation de l'économie (« LME ») de 2008 et aussi de la loi n°2016-1321 pour la République numérique (« loi Axelle Lemaire ») du 7 octobre 2016.¹⁰⁵¹ (B)

A. / LA TRANSPOSITION FRANÇAISE DES ACQUIS DU « PAQUET TELECOM 2002 » ET DE LA DIRECTIVE 2000/31/CE

412. Dans l'acquis européen, une sémantique essentielle est apparue avec le « paquet télécom de 2002 » : les mots « communications électroniques » remplacent les télécoms. Cette terminologie officielle est un marqueur important de changement. (1.) Les régimes juridiques successifs en sont tributaires, car le nouveau concept appréhende les réseaux et les services de télécoms dans la convergence numérique. Depuis 2002, les lois françaises se rattachent aux enjeux de confiance en l'économie numérique, pour tenir compte des mutations économiques et technologiques de la société de l'information. (2.)

1. Le passage de la notion « télécoms » aux « communications électroniques »

413. En Europe, le « paquet télécom 2002 » remplace le terme « télécommunications » par la notion de « communications électroniques ». Depuis 2003, les lois de transpositions françaises ont emprunté le même changement sémantique,¹⁰⁵² sauf dans les références officielles se rapportant à l'UIT. L'abandon officiel d'une notion de base traduit la reconsidération des typologies initiales de la dérégulation du marché. Sur ce point précis, l'acquis européen est un curseur de transition à la fois numérique et juridique. Les finalités d'adoption des textes sont fonction des enjeux considérés. En effet, les « *facteurs de législation* » déterminent les « *modes d'action* » des institutions européennes, en permettant de « *retracer[r] l'objectif dominant de la législation* ». ¹⁰⁵³

414. C'est ainsi que la dérégulation du secteur des télécoms a fait l'objet d'un corps des règles orientées sur les finalités du marché électronique et des technologies numériques. Il s'agissait d'organiser une « riposte graduelle » du droit, à un instant T, face à l'économie des marchés et aux évolutions des TIC.¹⁰⁵⁴ Même si l'objectif général demeure de construire et d'encadrer le marché électronique, la dispersion d'instruments juridiques est source de

¹⁰⁴⁸ JORF, 1^{er} janvier 2004.

¹⁰⁴⁹ JORF, 22 juin 2004.

¹⁰⁵⁰ JORF, 10 juillet 2004.

¹⁰⁵¹ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF, 9 avril 2017.

¹⁰⁵² G. CORNU, *op.cit.*, p. 1039. *Verbo*, « Transposition » : « Passage d'un ordre de réglementation à un autre moyennant parfois certaines conditions de délais, d'adaptation ou de réserves. »

¹⁰⁵³ J. ROCHFELD (sous dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, Paris, 2010, p. 7.

¹⁰⁵⁴ Cf. Section 1 du présent chapitre. Pour mémoire, l'expérience de dérégulation des télécoms aux États-Unis dès 1982 avait inspiré des changements en Europe. Ses institutions et ses États membres ont engagé des réformes en droit communautaire et dans les droits nationaux, selon les politiques publiques encadrées au et à mesure dans les textes juridiques européens : *Livres verts*, directives et règlements. Dans le secteur des télécoms, plusieurs objectifs entrent en jeu dans le cadre réglementaire européen et français, principalement : le progrès technologique, la libéralisation des secteurs monopolistiques, la redéfinition de l'intervention publique et la gestion de la convergence numérique.

complexité. Le millefeuille législatif pose une difficulté de recherche de cohérence.¹⁰⁵⁵ Les sources européennes de transposition permettent de comprendre comment l'« action d'insérer en droit interne des normes européennes » a opéré « les vérifications et les remaniements nécessaires ».¹⁰⁵⁶

415. Les communications électroniques sont un signe d'évolution. L'économie de marché a apporté aux télécoms l'innovation, le progrès technologique, l'internationalisation des réseaux ainsi que la globalisation de la société de l'information. À la genèse de la déréglementation, l'expérience américaine a inspiré l'« Europe des télécoms » des années 1980. Aujourd'hui, l'enchaînement des parties du monde suscite encore une « *mise en rapport des ordres juridiques situés de part et d'autre de l'Atlantique* ». ¹⁰⁵⁷ La loi américaine de 1934 s'intitulait « *Communication Act* », jusqu'aux « *Telecommunications Act* » adoptés en 1996.¹⁰⁵⁸ En revanche, l'Europe emprunte en 2002 le sens inverse de changement de vocable. En 1997, la directive 97/33/CE (ONP)¹⁰⁵⁹ employait toujours le terme « télécommunications », dans la même période transition des lois aux États-Unis (1996). Il convient de rapprocher les deux notions des télécoms. En Europe, au sens de la directive précitée, il s'agit des « systèmes de transmission et, le cas échéant, l'équipement de communication et autres ressources permettant le transport de signaux entre des points de terminaison définis, par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ». ¹⁰⁶⁰ L'équivalent aux États-Unis est pratiquement le même : « *the transmission, between or among points specified by the user, of information of the user's choosing, without change in the form or content of the information as sent and received* ». ¹⁰⁶¹

416. Mais, entre l'« ONP » (1997) et le « paquet télécom » (2002) qu'est-ce qui a véritablement changé dans le concept ? Malgré l'apparition des mots « communications électroniques » dans la « directive "cadre" » de 2002,¹⁰⁶² le début de définition est resté identique à celles des télécoms, dans la définition sus-évoquée de la directive ONP de 1997.¹⁰⁶³ Toutefois, cette directive cadre de 2002 complète cette dernière, en rajoutant *in fine* la liste de moyens de transmission ci-après : « [...] comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise ».

417. En France, la transposition a effectué le réajustement de la définition des « réseaux de communications électroniques ». L'article L.32. 1° du CPCE français, entend par

¹⁰⁵⁵ Pour rappel : E. POILLOT, *op.cit.*, p.203. « Ainsi qu'il va être constaté, l'Acquis communautaire en [la] matière [...] se caractérise par sa dispersion au sein de différents textes, ce qui ne facilite pas la détermination de sa substance. »

¹⁰⁵⁶ G. CORNU, *op.cit.*, p. 1040.

¹⁰⁵⁷ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 24.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁹ Principalement : Directive 97/33/CE du P.E et du Conseil du 30 juin 1997, relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JOCE, L199/32, 26 juillet 1997.

¹⁰⁶⁰ Article 2, c) directive 97/33/CE (ONP), préc.

¹⁰⁶¹ *US telecommunications Code* (Titre 47, § 153, point 50) Notre traduction : « la transmission, entre ou parmi des points spécifiés par l'utilisateur, d'informations choisies par l'utilisateur, sans modification ni dans la forme ni dans le contenu de l'information envoyée et reçue »

¹⁰⁶² Directive 2002/21/CE du P.E et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (directive « cadre »), JOCE, L108/33, 24 avril 2002, p.33 et s.

¹⁰⁶³ Article 2, c) directive 97/33/CE (ONP), préc.: « les systèmes de transmission et, le cas échéant, l'équipement de communication et autres ressources permettant le transport de signaux entre des points de terminaison définis, par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques »

communications électroniques « les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique ».

418. En outre, la définition des « *services de communications électroniques* » est fournie à l'article 2 de la décision 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil sur le spectre radioélectrique.¹⁰⁶⁴ Elle rajoute à la définition ci-dessus le lien avec les fréquences comprises entre 9kHz et 3000 GHz, lequel lien n'était pas repris dans la directive « cadre » de 2002. À ce sujet, une critique peut être formulée. Certes, le spectre des fréquences radioélectriques constitue un vecteur de transmission des communications électroniques sans fil, mais il n'appartient pas aux réseaux qui en font usage. La définition du réseau ne devrait pas avoir à inclure un seul support précis de transmission, d'autant que les fréquences elles-mêmes sont du patrimoine domanial de l'État et non pas une propriété du réseau.¹⁰⁶⁵

419. En définitive, nous pensons que ce changement terminologique « communications électroniques » ajoute à la loi éléments superfétatoires sans effacer la notion de base des télécoms. Néanmoins, les communications électroniques étendent officiellement à l'ère numérique la portée du cadre réglementaire. C'est ainsi que les lois françaises intervenues en 2004 insèrent les techniques de communication à distance (télécoms), dans un champ plus vaste des services de la société de l'information. Celle-ci englobe la téléphonie, l'Internet grand public et ses usages socio-économiques induisant le renouveau d'objectif des lois. (2).

2. Le renouveau des objectifs des lois des télécoms de 2004 à l'ère numérique

420. Entre 2004 et 2008,¹⁰⁶⁶ d'autres lois portent sur les aspects des services de la société de l'information, qui sont en lien avec l'économie numérique. Leur évocation à ce stade tient uniquement compte de leur rapport avec le droit du secteur des télécoms. La dérégulation des télécoms structure la présentation des lois depuis les années 1980, comme ayant servi d'instrument de construction du marché électronique européen et national. La conséquence logique de ce processus se résume dans la transformation du marché des télécoms de base en un ensemble économique intégré dans la société de l'information. À l'ère numérique, les aspects des lois sont multisectoriels : leurs détails servent sur des aspects spécifiques de notre étude, pour les rapprochements des expériences en droit comparé européen (français) et africain (congolais).¹⁰⁶⁷ Il s'agit donc principalement des lois concernant la protection des consommateurs sur le réseau électronique (les internautes).

421. *Premièrement*, la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique (« LCEN »)¹⁰⁶⁸ reste « sans doute comme l'acte fondateur d'un droit de l'Internet en France »,¹⁰⁶⁹ quoiqu'il ne soit pas né avec elle. « Depuis les débuts du Réseau, il a toujours été admis que les règles de droit commun s'y appliquait, même si, dans la pratique, leur exécution s'est avérée délicate ». ¹⁰⁷⁰ Pour cause, l'expansion du commerce électronique a donné lieu au caractère virtuel des échanges, à la dimension internationale des réseaux et à la difficulté de contrôle des autoroutes de l'information. L'enjeu de la LCEN a été d'apporter

¹⁰⁶⁴ Décision 676/2002/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière du spectre radio électrique dans la Communauté européenne, J.O. L 108 du 24 avril 2002, p. 1 à 6.

¹⁰⁶⁵ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 23-26. Nous divergeons de l'auteur sur le point en rapport à la conclusion que nous tirons de la nuance entre services de communications électroniques et réseaux de communications électroniques.

¹⁰⁶⁶ En France, cette période de 2004-2008 se situe dans l'intervalle entre les lois de transposition des directives du « paquet télécom » de 2002 (présentement concernées par notre étude) et de celles de 2009 (étudiée au point qui suit).

¹⁰⁶⁷ Cf. Partie 2, Titre 2 de la présente thèse.

¹⁰⁶⁸ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique (« LCEN »), [JORF, 22 juin 2004], préc.

¹⁰⁶⁹ M. LOLIVIER, « Préface », in T. VERBIEST, *Le nouveau droit du commerce électronique, La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection des consommateurs*, LGDJ/Larcier, Bruxelles, 2005, p. 9-11.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*, p.10.

des réponses précises, sinon originales, aux problématiques particulières des activités sur Internet. Son objet de transposition couvre le champ d'harmonisation minimale des directives sur le commerce et la publicité numériques. Il atteint en outre les aspects de protection des consommateurs en ligne et les obligations des cybermarchands.¹⁰⁷¹ L'objet du commerce électronique a déjà fait l'objet des développements précédents.¹⁰⁷²

422. Plus particulièrement, la LCEN renforce la dérégulation de l'économie numérique. Elle réaffirme les principes de libéralisation des services de télécoms en les distinguant de la communication audiovisuelle. Ces principes sont la liberté de la concurrence et la régulation des communications électroniques. En effet, en son article 1^{er}, paragraphe IV, la LCEN rappelle ce qui « est dit à l'article 1^{er} de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, [à savoir :] la communication au public par voie électronique est libre ». Cet article 1^{er} de la LCEN est dans le « Titre 1^{er} : de la liberté de communication en ligne », précisément au chapitre 1^{er}. Il applique le principe de liberté de communication, non plus seulement sur le champ du monopole d'accès, mais sur celui du média d'accès.

423. Ainsi, La LCEN concerne aussi le domaine des communications électroniques. Elle apporte un allègement à la responsabilité des opérateurs du marché de l'accès aux réseaux de télécoms. Elle les insère dans la fourniture des services de la société de l'information. L'opérateur des services de télécommunications devient un intermédiaire technique du commerce électronique. Le prestataire technique devient l'opérateur de réseaux, le fournisseur d'accès au service Internet, l'hébergeur de données, dont la responsabilité allégée est fonction de sa neutralité d'accès, via son réseau ou sa plate-forme, à des contenus qui ne sont pas les siens. Leur régime est défini au « Chapitre II », spécialement à l'article 5 de la LCEN, en lien au CPCE.¹⁰⁷³

424. L'esprit de la LCEN révèle une transition marquante dans la perception des enjeux des communications numériques : sa portée n'est plus seulement d'assurer l'accès libéralisé au marché des communications électroniques pour les opérateurs et les usagers. Mais, en plus de l'accès aux réseaux, les finalités de cet accès – au domaine du commerce électronique et des contenus audiovisuels – irriguent la nouvelle conception du prestataire technique.

425. *Deuxièmement*, la loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (« LCE »)¹⁰⁷⁴ importe pour sa spécificité, quant au renforcement du libre accès aux marchés électroniques et aux réseaux numériques. Son article 5, qui modifie l'article L33-1 du CPCE à la date du 10 juillet 2004, affirme que « L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont libres sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'Autorité de régulation des télécommunications ». ¹⁰⁷⁵

426. Par ailleurs, la LCE du 9 juillet 2004 tire la conséquence de la libre concurrence, en évoquant « la fonction de régulation [...] indépendante de l'exploitation des réseaux et de fourniture des services de communications électroniques ». Son exercice est confié à l'État et conjointement exercé par le ministre chargé de ce secteur public et par l'Autorité de

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, p. 9-11.

¹⁰⁷² Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 et 2 de la présente thèse.

¹⁰⁷³ *Idem*.

¹⁰⁷⁴ Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JORF, 10 juillet 2004.

¹⁰⁷⁵ Selon la version consultée au 1^{er} juillet 2016, l'article L33-1 a été modifié par l'article 27 de la loi n°2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016.

régulation des télécommunications.¹⁰⁷⁶ L'évolution législative maintient en droit sectoriel le fonctionnement de deux ARN (gouvernement et ARCEP), à côté desquels l'ANFr (agence nationale des fréquences) s'occupe de la gestion des fréquences radioélectriques. L'intervention de ces deux institutions étatiques se démarque dans leurs orientations qui convergent toutefois. La pratique de la réglementation se détache d'une gestion classique d'un service public. Les enjeux et la nature des interventions publiques sont réalignés par rapport aux niveaux de dérégulation et de développement du marché. En effet, « [a]ppliquée à un marché, la régulation vise à créer et même à imposer un équilibre entre forces ou des règles, dont le jeu spontané ne permettrait pas un fonctionnement satisfaisant. Elle est de plus en plus souvent exercée [...] La régulation du numérique est quant à elle plus récente, elle s'installe dès la fin des années 1990 dans la plupart des pays développés, avant même la montée en puissance des opérateurs constatée dans les années 2000 ». ¹⁰⁷⁷

427. Au départ, l'ART créée en 1996 était chargée de la régulation des télécoms de base, avant de devenir l'ARCEP en 2005. Tenant compte de la transition numérique, l'article 14 de la loi n°2005-516 dispose : « Dans tous les textes législatifs et réglementaires, les mots : "Autorité de régulation des télécommunications" sont remplacés par les mots "Autorité de régulation des communications électroniques et des postes" ». ¹⁰⁷⁸ Le statut d'AAI de l'ARCEP la place sous le contrôle du parlement et du juge. Elle est chargée d'accompagner l'ouverture à la concurrence de deux secteurs (Poste et télécoms) et de veiller aussi bien à la fourniture qu'au financement du service universel. Les articles L.36 et 137 du CPCE encadrent particulièrement son statut et son rôle dans les télécoms. Elle a pour mission d'accompagner l'ouverture à la concurrence du secteur des télécoms et de réguler les marchés correspondants. Le rôle essentiel du régulateur est de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale au bénéfice des consommateurs sur le marché des communications électroniques.

428. Hormis l'extension de son champ d'action au domaine de la poste, l'ARCEP veille sur les aspects suivant : 1° la fourniture et au financement de l'ensemble des composantes du service public des télécoms ; 2° l'exercice au bénéfice des utilisateurs et de la compétitivité dans le secteur des télécoms ; 3° la définition des conditions d'accès aux réseaux ouverts au public et d'interconnexion de ces réseaux garantissant la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer librement dans l'égalité des conditions de concurrence ; 5° le respect, par les opérateurs de télécoms, du secret de correspondances et du principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis ; 6° le respect, par les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de télécoms, des obligations de défense et de sécurité publique ; 7° la prise en compte de l'intérêt des territoires et des utilisateurs dans l'accès aux services et aux équipements.

429. *Troisièmement*, La LCEN est complétée par la loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel, modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. ¹⁰⁷⁹ En effet, en rapport au consommateur, le régime de la LCEN porte sur le chapitre de l'« *opt-in* » applicable aux courriers électroniques à buts publicitaires. ¹⁰⁸⁰ Ce

¹⁰⁷⁶ Article 3, loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communications audiovisuelles, JORF, 10 juillet 2004.

¹⁰⁷⁷ M. DE SAINT-PULGENT, *op.cit.*, p.3.

¹⁰⁷⁸ Loi n°2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, JORF, n°117, du 21 mai 2005, p. 8825.

¹⁰⁷⁹ Loi n°2004-801 du 6 août 2004 [...] dite « Loi du 6 janvier 1978 modifiée », JO RF, 7 août 2004.

¹⁰⁸⁰ T. VERBIEST, *Le nouveau droit du commerce électronique...*, préc., p. 16-17.

régime est une application partielle de la « directive vie privée et communications électroniques » du 12 juillet 2002, relevant du « paquet télécom ».¹⁰⁸¹ Mais, la loi n°2004-801 fait principalement application de la « directive européenne de 1995 »¹⁰⁸² sur les données à caractère personnel,¹⁰⁸³ laquelle est abrogée par le Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 applicable au 25 mai 2018.¹⁰⁸⁴ Les développements la concernant n'entrent pas directement de notre logique d'évolution et de transition du marché des télécoms, mais concernent plutôt les aspects juridiques liés à l'activité numérique.¹⁰⁸⁵ L'essentiel a été de présenter le lien existant entre ces textes et les services des communications électroniques, rendus possibles à la suite du long processus dérégulation du marché.

430. *Quatrièmement*, la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME)¹⁰⁸⁶ intervient également dans les aspects de protection du consommateur en réseau. Par exemple, son article 87 étend le principe des services d'assistance non surtaxés à l'ensemble des appels téléphoniques des consommateurs en vue d'obtenir la bonne exécution d'un contrat ou le traitement d'une réclamation. La mesure est insérée et détaillée par l'article L121-16 du code de la consommation. La LME est citée pour le fait que la protection tarifaire est liée à l'utilisation d'un service de télécommunications pour la mise en relation avec le service après-vente. Ces services de télécoms sont entrés dans l'économie de la consommation, car le droit sectoriel de la régulation des télécoms ne représente pas toute la finalité du marché de consommation. La LME et les transformations du marché des communications présentent la même tendance qui « accompagnera la reprise en rendant l'économie plus flexible, plus concurrentielle et plus efficace ».¹⁰⁸⁷ Les lois successives renforcent cette transition des objectifs législatifs allant au-delà de la simple déréglementation du marché, vers la pleine concurrence et l'utilité pratique du numérique au quotidien. **(B.)**

*B. / LA TRANSPOSITION FRANÇAISE DU « PAQUET TÉLÉCOM 2009 »
DANS LES PERSPECTIVES DE LA TRANSITION NUMÉRIQUE POST-DÉRÈGLEMENTATION*

431. Au niveau européen, le réexamen du cadre réglementaire a été systématisé depuis le « paquet télécom 2002 », pour le suivi des tendances du numérique et l'ajustement des règles. En octobre 2016, les mots du président de l'ARCEP témoignent de l'atteinte des objectifs de dérégulation, tout en exprimant la nécessité de créer un environnement ouvert à l'innovation. *"Nowadays, we can confidently claim that the opening of the telecom market to competition was in most cases a success [...]. But this is not the end of the story and new challenges appear. First european challenge : connectivity [...] We will build a proinvestment regulatory doctrine [...]. Second European challenge : how to create an open environment for all innovations and not only those selected by telecom operators"*.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸¹ Directive 2002/58/CE, préc.

¹⁰⁸² Directive 95/46/CE du Parlement européenne et du conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE, 23 novembre 1995

¹⁰⁸³ M.-L. LAFFAIRE, *Protection des données à caractère personnel, Tout sur la nouvelle loi « informatique et libertés »*, éd. d'organisation, coll. Guide pratique, Paris, 2005, p. 18. « Le traitement des données à caractère personnel n'ont cessé de prendre de l'ampleur depuis les années 1970. Leur développement s'est en réalité calqué sur les progrès technologiques et l'émergence de la société de l'information. [...] de nouveaux traitements sont apparus, soulevant de nouveaux problèmes spécifiques ».

¹⁰⁸⁴ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 du Parlement européen et du Conseil, préc.

¹⁰⁸⁵ Ces aspects sont étudiés à la Partie 2 de la présente thèse.

¹⁰⁸⁶ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME), JORF, n°0181, 5 août 2008, p. 12471.

¹⁰⁸⁷ [http://www.economie.gouv.fr/cedef/loi-de-modernisation-economie-lme] (consulté le 7 avril 2017).

¹⁰⁸⁸ S. SORIANO, « New Challenges in Europe », Intervention du Président de l'ARCEP, 4^e Stakeholder Forum du BEREC, Bruxelles, 17 octobre 2016. [http://www.arcep.fr] (consulté le 7 avril 2017) Notre traduction : « De nos jours, nous pouvons affirmer avec confiance que l'ouverture du marché des télécoms à la concurrence est un succès dans la plupart des cas [...].

432. Si les règles du « paquet télécom 2009 » parachèvent la dérégulation, elles situent néanmoins le secteur des télécoms en pleine transition numérique. En France, l'ordonnance 2011-1012 du 24 août 2011 opère la transposition nécessaire à ce propos. **(1).** Mais, le numérique ouvre des perspectives nouvelles, pour les multiples secteurs d'activités dans la société. La loi sur la République numérique du 7 octobre 2016 engage la France sur la voie non seulement de l'économie de demain, mais aussi de la société numérique. En conséquence, elle entend porter l'innovation dans une trentaine de branches du droit positif français. **(2)**

1. Les finalités de la transposition française du « paquet télécom 2009 »

433. Le marché des services électroniques concernés se caractérise par une multiplicité des offres de produits et une évolution technologique rapide. Par conséquent, les règles de droit ne se limitent pas uniquement à la régulation de l'accès au marché (infrastructures et services des télécoms), mais s'étendent aussi aux droits de la concurrence et de la consommation dans l'économie numérique. Les lois de transposition du paquet télécom présentent des finalités particulières, portant sur des maillons de la chaîne de valeur de l'Internet, notamment : le consommateur final et les services de la société de l'information, le marché et la souveraineté numériques.

434. À ce propos, la transposition du « paquet télécom 2009 » est effectuée par l'ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques.¹⁰⁸⁹ Conformément à l'article 38 de la Constitution de la V^e République française, ce texte de transposition a été édicté par le gouvernement sur habilitation du parlement.¹⁰⁹⁰ Ledit texte ne transpose pas uniquement l'ensemble des directives européennes du « paquet télécom » de 2009.¹⁰⁹¹ En effet, l'ordonnance consacre son titre premier à la « transposition du nouveau cadre européen des communications électroniques », en apportant des modifications au CPCE,¹⁰⁹² au code de la consommation¹⁰⁹³ et à loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ainsi qu'au code pénal.¹⁰⁹⁴

Cependant, ce n'est pas la fin de l'histoire et de nouveaux défis apparaissent. Premier défi européen: connectivité [...] Nous allons construire une doctrine réglementaire de l'investissement innovant [...]. Deuxième défi européen: comment créer un environnement ouvert pour toutes les innovations et pas seulement celles sélectionnées par les opérateurs de télécommunications [?] ».

¹⁰⁸⁹ Ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, JORF, 26 août 2011.

¹⁰⁹⁰ Article 38, Constitution française, 4 août 1958, version du 7 août 1958. Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

¹⁰⁹¹ En son préambule, l'ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 dresse la liste de toutes les directives du paquet télécom qu'elle transpose en droit français : « Vu 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) ainsi que l'Office; Vu la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électronique, 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) n°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 ; Vu la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques ».

¹⁰⁹² Articles 1-31, Chapitre 1^{er}, Titre 1^{er}, ord. n°2011-1012 du 24 août 2011, préc.

¹⁰⁹³ Articles 32-36, Chapitre 2, Titre 1^{er}, ord. n°2011-1012 du 24 août 2011, préc.

¹⁰⁹⁴ Articles 37-39, Chapitre 3, Titre 1^{er}, ord. n°2011-1012 du 24 août 2011, préc.

435. Par ailleurs, les trois titres de ladite ordonnance articulent 61 articles, concernant des objectifs particuliers. L'ordonnance vise « une meilleure gestion des fréquences radioélectriques ».¹⁰⁹⁵ Elle concerne la « lutte contre les atteintes à la vie privée et à la sécurité des systèmes d'information dans le domaine des communications électroniques ».¹⁰⁹⁶ Elle apporte certaines « clarification des dispositions du code des postes et des communications électroniques ».¹⁰⁹⁷ Pour l'essentiel, l'ordonnance n°2011-1012 modifie la réglementation du marché des communications électroniques (de 1996 et 2004) surtout en rapport à l'ARCEP, mais en allant au-delà des aspects purement liés au marché et à la concurrence.¹⁰⁹⁸

436. Les modifications législatives ci-dessous présentent des institutions juridiques issues des réformes du cadre réglementaire. Outre le remplacement par ladite ordonnance des mots « l'Union européenne » en lieu et place des termes « la Communauté européenne »,¹⁰⁹⁹ l'ajustement des dispositions est empreint de la dynamique d'enjeux de la transition numérique des télécoms et de l'économie qui a pris aussi bien naissance qu'appui sur les communications électroniques. L'ordonnance définit les termes « service téléphonique au public », « services associés », « ressources associées ».¹¹⁰⁰ Elle introduit en droit positif la notion d'« infrastructures améliorées de nouvelle génération ».¹¹⁰¹ Elle impose la collecte d'informations sur les conditions techniques et tarifaires d'acheminement du trafic appliquées aux services de communications.¹¹⁰² Elle pose non seulement des conditions de permanence, de qualité, de disponibilité, de sécurité et d'intégrité pour les réseaux avec obligation d'en notifier les atteintes aux services de l'État, mais aussi l'offre des services particuliers aux handicapés (« âgés ou ayant des besoins sociaux spécifiques »). Ces services ont pour but de fournir à cette catégorie de consommateurs un accès aux services à des prix abordables et aux services d'urgence équivalent à ceux mis au bénéfice des utilisateurs finals.¹¹⁰³ Le ministre des communications a la faculté d'imposer des contrôles de sécurité et d'intégrité sur les installations, réseaux et services des opérateurs sous l'action des services de l'États.¹¹⁰⁴

437. Par ailleurs, l'ordonnance n°2011-1012 renforce l'application de dispositions particulières aux réseaux de collecte et de traitement des données à caractère personnel,¹¹⁰⁵ elle interdit la prospection directe au moyen de systèmes automatisés d'appel de communication, par télécopieur, par courriel utilisant les coordonnées des abonnés ou des

¹⁰⁹⁵ Titre II (articles 40-43), ord. n°2011-1012 du 24 août 2011, préc.

¹⁰⁹⁶ Titre III (articles 44-46), ord. n°2011-1012 du 24 août 2011, préc.

¹⁰⁹⁷ Titre IV (articles 47-56), ord. n°2011-1012 du 24 août 2011, préc. Les dispositions finales et transitoires concernent le Titre V (articles 57-61), ord. n°2011-1012 du 24 août 2011, préc.

¹⁰⁹⁸ L'ordonnance n°2011-1012 fournit de nouvelles définitions et fixe les régimes pour certains aspects du secteur des communications électroniques. Toutefois, la synthèse de ses articles relève un champ d'application plus large de ladite ordonnance dépassant le seul cadre du droit de l'accès au marché des télécoms.

¹⁰⁹⁹ Article 1^{er}, ord. 2011-1012.

¹¹⁰⁰ Article 2^r, ord. 2011-1012 : « On entend par services associés les services associés à un réseau ou à un service de communications électroniques et qui concourent ou peuvent concourir à la fourniture de services via ce réseau ou ce service. Sont notamment considérés comme des services associés les services de conversion du numéro d'appel, les systèmes d'accès conditionnel, les guides électroniques de programmes, ainsi que les services relatifs à l'identification, à la localisation et à la disponibilité de l'utilisateur. » ; « On entend par ressources associées les infrastructures physiques et les autres ressources associées à un réseau de communications électroniques ou à un service de communications électroniques, qui concourent ou peuvent concourir à la fourniture de services via ce réseau ou ce service. Sont notamment considérés comme des ressources associées les bâtiments ou accès aux bâtiments, le câblage des bâtiments, les antennes, tours et autres constructions de soutien, les gaines, conduites, pylônes, trous de visite et boîtiers. »

¹¹⁰¹ Article 3, ord. 2011-1012, préc.

¹¹⁰² Article 4, ord. 2011-1012, préc.

¹¹⁰³ Article 5, ord. 2011-1012, préc.

¹¹⁰⁴ Article 6, ord. 2011-1012, préc.

¹¹⁰⁵ Article 7, ord. 2011-1012, préc.

utilisateurs sans leur consentement à en recevoir par ce moyen.¹¹⁰⁶ Concernant l'ARCEP, l'ordonnance soumet les droits de passage d'appel à la consultation de l'ARCEP par les opérateurs.¹¹⁰⁷ Elle complète des dispositions sur le service universel, en ajoutant des obligations de qualité à celles préexistantes sur le prix et impliquant également le ministre.¹¹⁰⁸ Afin d'une meilleure coordination et cohérence de la réglementation, elle précise la coopération de l'ARCEP avec les autres régulateurs étatiques de l'Union, la Commission et l'OREC, autour des lignes directrices de ce dernier.¹¹⁰⁹ L'ordonnance n°2011-1012 charge l'ARCEP de veiller sur plusieurs aspects du marché français en coordination avec la régulation européenne.¹¹¹⁰ Pour autant, elle dispose de l'impartialité des agents de l'ARCEP.¹¹¹¹ En outre, en application de la réglementation, l'ARCEP et l'agence nationale des fréquences (ANFr) maintiennent leur collaboration pour la survivance des autorisations d'utilisation de fréquences délivrées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance au 19 décembre 2011.¹¹¹²

438. En résumé, la synthèse ci-dessus atteste de la pleine concurrence réalisée dans le secteur des communications électroniques. Les problématiques ne se limitent plus qu'à la libéralisation du marché des services, des réseaux et des équipements de télécoms. D'autres enjeux apparaissent à ce jour, comme par exemple le service universel (pour les handicapés), le pouvoir de contrôle et de sanction des ARN, la sécurité et l'intégrité des réseaux dans le respect du principe de la neutralité, l'accès au numérique. Les lois postérieures au « paquet télécom 2009 » concernent des problématiques plus globales dans lesquelles le marché des télécoms n'est qu'un aspect de l'économie numérique. Le secteur des communications électroniques a atteint le seuil de la pleine concurrence, en associant les deux régulations sectorielle et transversale à cause de la complémentarité, voire du rapprochement, de leurs objets techniques. En effet, « [l]orsque le droit commun de la concurrence est appliqué dans le secteur des communications électroniques, il existe également des spécificités d'expansion dynamique de ce secteur, tout comme la convergence des technologies, qui ont une même influence sur l'analyse des autorités compétentes ».¹¹¹³

439. Effectivement, en droit français, diverses autres lois peuvent présenter des liens avec les communications électroniques, sans être spécifiques au processus de structuration du marché et de sa régulation. Ces lois intéressent quelques points particuliers des activités de télécoms, mais ne sont pas nécessairement des instruments de politique de la dérégulation. La logique d'étude ne permet pas de les analyser à ce niveau, mais elles servent d'illustration à l'évolution des enjeux sur le marché libéralisé. Par exemple, la loi n°2014-344 du 17 mars

¹¹⁰⁶ Article 8, ord. 2011-1012, préc.

¹¹⁰⁷ Article 9, ord. 2011-1012, préc.

¹¹⁰⁸ Articles 10 à 14, ord. 2011-1012, préc.

¹¹⁰⁹ Article 15, ord. 2011-1012.

¹¹¹⁰ Au regard de l'Ordonnance 2011-1012, les compétences de l'ARCEP concernent les aspects suivants : prévention contre la dégradation des services et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur le réseau (Article 16) ; saisine de l'ARCEP en cas d'échec de règlement de différends entre opérateur (Article 17) ; mesures de suspension ou d'arrêt de commercialisation d'un service jusqu'à conformité aux obligations légales (Article 18) ; obligations réservées aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché (Article 19) ; obligation à charge de l'ARCEP d'informer la Commission, l'OREC et les ARN des États de l'Union, des décisions à prendre susceptibles d'incidences sur les échanges avec d'autres États membres (Article 20.) ; équilibre du marché de gros des services de communication (Article 21) ; habilitation de l'ARCEP à assurer la concurrence et à régler le cas de défaillance de marché en demandant la gestion d'un service de gros par une entité fonctionnellement indépendante si l'opérateur présente une structure verticale et intégrée lui donnant une influence significative sur le marché de gros (Article 22).

¹¹¹¹ Article 32, ord. 2011-1012, préc.

¹¹¹² Article 61, ord. 2011-1012, préc.

¹¹¹³ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 8.

2014 relative à la consommation (« Loi Hamon »)¹¹¹⁴ a introduit une liste d'opposition au démarchage téléphonique généralisé. Cette liste baptisée « Bloctel » est en place depuis le 1^{er} juin 2016 par la société Opposetel, conformément à l'arrêté du 25 février 2016 organisation la désignation d'un gestionnaire de ladite liste.¹¹¹⁵ Un autre exemple est celui de l'article 44 du CPCE qui impose aux opérateurs de proposer à un tarif raisonnable à leurs abonnés de conserver leur numéro, fixe ou mobile, lorsqu'ils changent d'opérateur.¹¹¹⁶ Le dispositif de portabilité des numéros est décrit par la DGCCRF.

440. Aujourd'hui, la « loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour la république numérique »¹¹¹⁷ démontre une originalité inédite de son mode d'adoption laissant transparaître une méthode de « démocratie 2.0. ».¹¹¹⁸ Elle tient compte de toutes les évolutions antérieures du secteur des télécoms, des communications électroniques, du commerce électronique et de l'économie numérique. Elle se rapporte à des enjeux de transition numérique dans lesquels les télécoms ne sont pas une finalité, mais un moyen à la portée des objectifs de « souveraineté numérique »¹¹¹⁹ de la France. Le législateur français intègre dans les multiples aspects sociaux l'usage des communications électroniques, au-delà de l'organisation sectorielle.

2. *Les communications électroniques dans les enjeux de « transition numérique » pour une « République numérique »*

441. Le marché dérégulé des communications électroniques rencontre l'objectif essentiel de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour la République numérique, dite « Loi Numérique » ou « Loi Axelle Lemaire », mais sans s'y confondre totalement.¹¹²⁰ Cette dernière « prépare notre pays [la France] aux enjeux de la transition numérique et va permettre de développer l'économie de demain. [...] Cette loi a pour ambition d'encourager l'innovation et le développement de l'économie numérique, de promouvoir une société numérique ouverte, fiable et protectrice des droits des citoyens. Elle vise également à garantir l'accès de tous, dans tous les territoires, aux opportunités liées au numérique. »¹¹²¹ La loi est « porteuse de souffle de transparence, d'ouverture [...] sur le socle bâti pour garantir les droits de chacun et la confiance de tous dans l'économie numérique. » Elle ajoute l'objectif d'inclusion numérique, perçue comme une « exigence commune d'accompagner tous nos

¹¹¹⁴ JORF, n°0065, 18 mars 2014, p.5400.

¹¹¹⁵ Arrêté du 25 février 2016 portant désignation de l'organisme chargé de gérer la liste d'opposition au démarchage téléphonique, JORF, n°0050, texte n°36, 28 février 2016.

¹¹¹⁶ Selon une résolution du 27 octobre 2015, les frais d'itinérance internationale (roaming) facturés lors de l'utilisation d'un téléphone mobile à l'étranger seront supprimés à partir du 15 juin 2017.

¹¹¹⁷ JORF, 8 octobre 2016.

¹¹¹⁸ I. BOUHADANA et W. GILLES, « Démocratie et données publiques à l'ère des gouvernements ouverts : pour un nouveau contrat de société ? », *op. cit.*, p. 17. Selon la pensée de Renée Fregosi : « S'agissant des pays qui mettent en place le gouvernement ouvert, la transition démocratique pourrait permettre de caractériser le passage de la démocratie traditionnelle 1.0 à la nouvelle démocratie 2.0 plus interactive ». R. FREGOSI, « Transition démocratique », version française de l'article en espagnol pour le *Diccionario de Ciencia Política*, éd. Universidad de Concepción, Chili, 2012.

¹¹¹⁹ Article 29, Loi « Le Gouvernement remet au Parlement, dans un délai de trois mois à compter de la promulgation de la présente loi, un rapport sur la possibilité de créer un Commissariat à la souveraineté numérique rattaché aux services du Premier ministre, dont les missions concourent à l'exercice, dans le cyberspace, de la souveraineté nationale et des droits et libertés individuels et collectifs que la République protège. Ce rapport précise les moyens et l'organisation nécessaires au fonctionnement du Commissariat à la souveraineté numérique ».

¹¹²⁰ L. ALEMAGNA, « Axelle Lemaire : "Pourquoi je quitte le gouvernement" », *Libération*, 27 février 2017. Madame Axelle Lemaire a porté l'initiative de la « loi pour la République numérique » du 7 octobre 2017, en sa qualité de Secrétaire d'État chargée du Numérique et de l'Innovation du gouvernement français. « Elle est nommée le 2 avril 2014, en même temps que le premier gouvernement de Manuel Valls, [...] démissionne pour faire campagne avec Benoît Hamon [candidat du Parti socialiste à la présidentielle 2017 en France] et dans sa (grande) circonscription des Français de l'étranger, qui compte l'Irlande, le Royaume-Uni, les pays scandinaves et les pays baltes.

¹¹²¹ A. LEMAIRE [Secrétaire d'État chargée du Numérique et de l'Innovation], « ce que la loi va changer », Dossier de presse, Loi pour une République numérique, Paris, 10 octobre 2016.

concitoyens, dans tous les territoires, à la transition numérique en cours, afin que personne ne soit laissé à l'arrière des avancées économiques et sociales »¹¹²²

442. La forme d'élaboration de la « loi Numérique » est l'œuvre d'une participation citoyenne inédite. Le texte de la loi a mis en avant les réseaux numériques comme « une des clés du renouveau de notre démocratie ».¹¹²³ Une méthode nouvelle a été employée dans la forme, reposant pleinement sur l'intelligence collective. Le gouvernement avait privilégié « un faire-ensemble associant citoyens, parlementaires, collaborateurs, associations, collectivités. »¹¹²⁴ « En septembre et octobre 2015 [...] Pour la première fois, les internautes ont eu la possibilité de coécrire la loi avant son adoption par le conseil des ministres, en votant sur les articles proposés, en les commentant, en proposant [...] et en votant sur les modifications des autres internautes ».¹¹²⁵

443. Dans le fond, la « loi Numérique » met en exergue la valeur transversale du numérique, en le situant au cœur des changements sociétaux et au carrefour des branches du droit. Les cent-treize articles de la loi précitée présentent des objectifs multisectoriels, avec une unité d'intention en faveur de la transition numérique en France. L'ampleur de la réforme se traduit par le nombre considérable¹¹²⁶ des Codes directement modifiés par cette seule loi, en corrélation avec les aspects de la « République numérique ».¹¹²⁷ En conséquence, un grand nombre de ministères est chargé de l'exécution de la loi, ce qui est une particularité. Mais, le constat va au-delà de la dizaine de départements ministériels impliqués.¹¹²⁸

444. Pour l'essentiel, les points clés de la loi révèlent beaucoup de pragmatisme juridique. Il s'agit de produire des résultats concrets pour une société de l'information et une économie de la connaissance, plus inclusives et plus sûres. Le réseau et la donnée numériques

¹¹²² *Ibidem.*

¹¹²³ *Ibidem.*

¹¹²⁴ *Ibidem.*

¹¹²⁵ A. LEMAIRE [Secrétaire d'État chargée du Numérique et de l'Innovation], « Une consultation citoyenne inédite », Dossier de presse, Loi pour une République numérique, Paris, 10 octobre 2016. « Cette consultation a fait suite à une première concertation, très large, menée par le Conseil national du numérique entre octobre 2014 et février 2015 sur les grands enjeux du numérique [...] cette expérience sans équivalent en France et en Europe préfigure une nouvelle forme d'expression démocratique [...] et améliore l'efficacité de la décision publique : [...] en trois semaines 137 000 visiteurs uniques, 21 000 contributeurs, pour 147 000 votes exprimés. Le public concerné s'est élargi : 95% de simples citoyens parmi les contributeurs, dont 60% ayant moins de 35 ans [...] une diversité de communautés telles que les associations de personnes handicapées ou encore les joueurs de jeux vidéo. [...] Si 80% des votes et avis se sont avérés positifs, la consultation [...] a également [...] les oppositions [...], et [...] de nouvelles propositions pertinentes pour améliorer le texte législatif. À l'issue, le projet de loi du Gouvernement a été enrichi de 5 nouveaux articles issus de la consultation et 90 modifications ont été apportées aux articles du projet initial. »

¹¹²⁶ Plus ou moins 35 textes de lois sont directement modifiés par la « Loi Numérique ».

¹¹²⁷ Les dispositions de la loi pour la République numérique sont intégrées dans les Codes suivants : Code de la recherche, Code civil, Code de l'environnement, Code de consommation, Code de justice administrative, Code de l'action sociale et des familles, Code de l'éducation, Code de l'énergie, Code de l'organisation judiciaire, Code de la construction et de l'habitation, Code de la propriété intellectuelle, Code de la santé publique, Code de la sécurité intérieure, Code de la voirie routière, Code des communes de la Nouvelle-Calédonie, Code des relations entre le public et l'administration, Code des transports, Code du patrimoine, Code du tourisme, Code du travail applicable à Mayotte, Code général des collectivités territoriales, Code général des impôts, Code monétaire et financier, Code pénal, CPCE, Livre des procédures fiscales, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 sur la protection des données à caractères personnels, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, Loi n° 87-588 du 30 juillet 1987, Loi n° 90-449 du 31 mai 1990, Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

¹¹²⁸ Les membres du gouvernement ci-après sont chargés de l'exécution de la Loi d'État (pour la République numérique) à sa promulgation au 7 octobre 2016 : 1° le Premier ministre (Manuel Valls), 2° la ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche (Najat Vallaud-Belkacem), 3° le ministre de l'économie et des finances (Michel Sapin), 4° la ministre des affaires sociales et de la santé (Marisol Touraine), 5° le garde des sceaux, ministre de la justice (Jean-Jacques Urvoas), 6° la ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social (Myriam El Khomri), 7° le ministre de l'intérieur (Bernard Cazeneuve), 8° la ministre du logement et de l'habitat durable (Emmanuelle Cosse), 9° la ministre de la culture et de la communication (Audrey Azoulay), 10° la secrétaire d'État chargée du numérique et de l'innovation (Axelle Lemaire).

sont des « éléments fédérateurs » que la loi encadre, protège et promeut en vue de construire une « République numérique ».

445. La « loi Numérique » déborde donc largement du cadre sectoriel des télécoms ou des communications électroniques. Elle ne leur dénie pas pour autant leurs propriétés d'intermédiation à distance, de mise en donnée du monde, de moyen d'accès au marché, aux offres en ligne. Les TIC restent des autoroutes de l'information, un marché et une plate-forme pour l'ensemble des activités sociales. Mais, la loi considère plutôt les opportunités du numérique et ses effets induits, dans et pour la transformation sociale, économique, territoriale et citoyenne de la France. En effet, la loi entend employer le numérique en son sens entier de vecteur et de facilité imprégnant les multiples aspects de la vie nationale. Aussi, la loi se concentre-t-elle sur des axes précis de développement de la société numérique, en impliquant l'innovation, la confiance et l'inclusion. Elle présente un dispositif de mesures opérationnelles ayant des impacts sur de secteurs, certes, différents, mais convergents dans l'objectif global d'un gouvernement ouvert. Pour autant, la « loi Numérique » met en place des mécanismes de gouvernance numérique, répond aux enjeux des usages du numérique, tire profit des facilités et soutient l'inclusion numérique. Elle structure ses champs d'application autour de trois titres sur quatre.¹¹²⁹ Ces derniers forment logiquement l'ossature des solutions innovantes et les axes de la prospective exprimée par la loi elle-même (la République numérique).

446. Les trois principaux axes concernent : « la circulation des données et du savoir »¹¹³⁰, « la protection des droits dans la société numérique »¹¹³¹ et l'« accès au numérique »¹¹³² au moyen de mesures de politiques publiques. Toutefois, la loi pour la République numérique en France n'est pas un texte de transposition d'une (seule) directive spécifique. Ses dispositions concernent des multiples aspects de la société de l'information et doivent être mis en exécution par des décrets et aux règlements attendus, depuis la promulgation de la loi en octobre 2016.

447. Pour la suite de notre thèse, les apports de la « Loi Numérique » sont mis en exergue chaque fois de besoin à titre de contribution sur des perspectives législatives spécifiques tant pour l'économie numérique en France ou qu'à l'étranger (cas de la RDC).¹¹³³ Même si la loi relève de l'autorité du système national français, elle tient largement compte des acquis communautaires plus anciens ainsi que de nouvelles tendances du droit de l'Union européenne. Le caractère avant-gardiste de la « Loi Axelle Lemaire » est utile pour les perspectives nouvelles du droit des télécoms et des communications électroniques, tant en Europe qu'en Afrique.

448. En effet, les discussions sont en cours en France et en Europe au sujet du futur « paquet télécom de 2016-2017 ». La démarche a été initiée par la Commission européenne en 2015 et a donné lieu à l'ouverture d'une consultation en septembre 2016, à laquelle

¹¹²⁹ Titre IV : Des dispositions relatives à l'Outre-mer, Loi pour la République numérique, préc.

¹¹³⁰ Titre 1, Loi pour la République numérique, préc.

¹¹³¹ Titre 2, Loi pour la République numérique, préc.

¹¹³² Titre 3, Loi pour la République numérique, préc.

¹¹³³ Cf. notamment : Partie 2, Titre 2, chapitre 1, Section 2, §2, A/ de la présente thèse au sujet du renforcement de la protection des données à caractère personnel par de nouvelles institutions juridiques sur la loyauté des plateformes, l'autodétermination informationnelle, l'oubli numérique ou encore la mort numérique. Il en est de même pour la Partie 2, Titre 2, Chapitre 2 de la présente thèse quant aux aspects de l'accès universel par l'autorité de régulation de des télécommunications par rapport à la fracture numérique et aux publics vulnérables. La création des « communs informationnels » compte aussi parmi les nouveaux avantages de la loi numérique pour le commerce électronique qui est largement irriguée et alimenté par l'économie informationnelle.

notamment l'ARCEP participe activement. La Commission propose de refondre le cadre existant en un « code des communications », en lançant un ambitieux chantier législatif afin d'adapter les infrastructures télécoms à son objectif de « la société du Gigabit ». Les propositions en ce sens portent notamment sur la régulation des réseaux et de gestion des fréquences, l'incitation aux investissements et le déploiement des infrastructures dans l'Union. Tous ces piliers du marché numérique unique doivent être portés par la « dynamique concurrentielle du marché et le cas échéant sur des financements publics complémentaires ».¹¹³⁴ Elle entend « faire évoluer le cadre institutionnel pour une meilleure harmonisation des règles en Europe, notamment en renforçant les compétences du BEREC ».¹¹³⁵ Néanmoins, les tendances qui s'en dégagent ne relèvent pas du droit positif, pour être abordées dans ce registre précis.¹¹³⁶

449. En conclusion [du chapitre], les politiques de dérégulation du secteur des télécoms ont largement fait recours à l'instrument clé du droit, dans les expériences en Europe et en France. Au premier stade du processus de dérégulation, la démonopolisation a entraîné des réformes des services publics, tout en assurant le jeu concurrentiel du marché et l'émergence du droit sectoriel de la régulation. Une longue transition du droit des télécoms a été engagée en vue d'harmoniser les mesures de libéralisation prises dans les années 1980. La restructuration du marché des télécoms est ainsi devenue un enjeu de législation. Les règles du droit et les approches législatives doivent être ajustées par rapport à la convergence technologique, à la société de l'information et à la globalisation de l'économie numérique. Le changement de la sémantique officielle est en cela marquant, quant les termes « communications électroniques » supplantent les « télécoms ». Ces dernières sont devenues un aspect des services la société de l'information. La transition numérique des réseaux, du marché, de l'économie, voire de la République, rend indispensable la transformation des institutions juridiques.

450. Ainsi, l'architecture de la liberté des communications actuelles en France s'est structurée autour des lois pionnières de 1986 et 1982. Il s'agit d'abord de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, qui avait, l'on s'en rappelle, permis de libéraliser le secteur audiovisuel en le détachant des télécoms qui restaient sous monopole. Suivie de la Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication (audiovisuelle), elle a posé le principe d'existence d'un régulateur de l'audiovisuel dans un contexte libéralisé de mise à disposition de contenus audiovisuels. Entre 1990 et 1996, le droit français a refondé graduellement la libéralisation du marché régulé des télécoms, sur les acquis du « droit communautaire » portés par les directives « ONP ». Depuis 1988, l'opérateur historique France Télécom (rebaptisée Orange depuis 2013) a achevé son processus de restructuration en tant qu'ancien opérateur de monopole, à la suite des variations de statuts d'EPA, en EPIC et en une société privée jusqu'à sa privatisation en 2003. Les lois

¹¹³⁴ ARCEP, « Révision du cadre européen des télécoms », Communiqué de presse, Paris, 14 septembre 2016. « La Commission européenne ouvre un chantier ambitieux pour adapter les infrastructures télécoms à « la société du Gigabit ». Ce 14 septembre 2016, la Commission européenne a publié ses propositions dans laquelle elle détaille ses ambitions pour la « société du Gigabit ». Ces travaux s'inscrivent dans le cadre de la stratégie pour un marché unique numérique initié en 2015. Ils font suite à la consultation publique menée par la Commission européenne en fin d'année 2015 à laquelle l'ARCEP et le BEREC (organes des régulateurs européens des télécoms) avaient contribué. Les objectifs d'amélioration de la connectivité affichés par la Commission à l'horizon 2025 sont : des débits d'au moins 100Mb/s pour l'ensemble des citoyens européens et d'au moins 1Gb/s pour les points d'importance tels que les entreprises ou les écoles ainsi que le déploiement de la 5G dans les zones urbaines et sur les principaux axes de transport. »

¹¹³⁵ ARCEP, « Révision du cadre européen des télécoms », Communiqué de presse, Paris, 14 septembre 2016.

¹¹³⁶ Pour l'évolution au sujet du « paquet télécom 2016-2017 » : [<http://www.arcep.fr/index.php?id=9578#c51891>] (consulté le 10 avril 2017).

sectorielles de 2004 (LCEN et LCE) ont véritablement inséré les activités des télécoms dans l'économie numérique, en tenant compte des directives du « paquet télécom 2002 ». En 2008, d'autres lois tiennent compte aussi bien des facilités que des problématiques diverses¹¹³⁷ du numérique, dans la modernisation de l'économie. Entre 2011 et 2016, les lois de transposition des directives du « paquet télécom 2009 » achèvent et transcendent les objectifs de la dérégulation du cadre juridique et institutionnel du secteur français des télécoms. De retouches de ce cadre se poursuivent par un réexamen périodique des enjeux évolutifs du marché, comme celui qui s'annonce avec le « paquet télécom 2016-2017 ».

451. Le présent Titre 1 apporte la lumière sur les transformations des règles européennes et françaises des télécoms. L'instrument du droit oriente, anticipe ou encadre les mutations technologiques, économiques, institutionnelles et sociales, suscitées par les enjeux d'économie numérique et de commerce électronique. Le droit s'insère dans l'économie de marché et dans la révolution de l'information, en suivant les transformations des modes de production, de distribution et de consommation grâce à la technique numérique. Que ses lois soient de transposition ou d'initiative autonome, la France reste un modèle, par la transformation de ses institutions juridiques face aux enjeux du marché des télécoms et de la société de l'information. Tout autant que l'acquis « communautaire » européen, le droit français s'exerce dans les limites territoriales de sa souveraineté. Mais, le cyberspace confronte leurs règles pionnières aux systèmes juridiques des États tiers. Le commerce juridique des télécoms et du numérique entre dans le mouvement d'enchaînement des parties du monde. La globalisation des marchés est donc une source d'enjeux juridiques dans d'autres continents, en provoquant des réformes législatives soit de manière simultanée, soit avec des décalages dans le temps.

452. Ainsi, « du fait de la mondialisation, lorsqu'un État entame le processus de libéralisation, les autres États ne peuvent pas l'ignorer ». ¹¹³⁸ La production des nouveaux droits de télécoms en Afrique, y compris en RDC, est le fruit du « dialogue » entre différents systèmes juridiques. Les négociations au sein de l'OMC ont servi de passerelle de droit international pour l'application de la dérégulation à l'échelle planétaire. Le niveau avancé de l'expérience européenne et française appuie une approche de droit comparé en Afrique. Cette approche doit éclairer la manière dont le droit congolais assure la transition de son cadre juridique de l'économie numérique par rapport au reste du monde. Pour ce faire, le droit international est un des éléments de mise en rapport des marchés. Le Titre 1 a permis de former la base des références juridiques selon les époques et les logiques des politiques législatives en Europe et en France. Le droit de l'OMC est le fruit du rapprochement des normes et donc des paramètres de comparaison à établir entre l'Europe, la France, l'Afrique et spécialement la RDC. **(Titre 2)**

¹¹³⁷ Par exemple, la loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, modifie l'article 6 de la LCEN, en vue de renforcer les moyens de lutte contre le proxénétisme et la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle.

¹¹³⁸ M. VIVANT (sous la dir.), « À propos du droit des télécommunications », *RLDIR*, 2004, p. 849, cité par D. POPOVIC, *op.cit*, LGDJ, Paris, 2009, p. 28.

TITRE II – LA TRANSITION DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ACCÈS AUX TÉLÉCOMS À LA BASE DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE AU DÉPART DE L'EUROPE POUR L'AFRIQUE ET LA RDC

453. La révolution numérique a permis aux peuples du monde entier de disposer du même Internet partout et pour tous. Les télécoms sont le socle de l'Internet et le vecteur de l'économie numérique. Les technologies de l'information irriguent l'ensemble des branches d'activités de la société globalisée. Elles motivent d'adopter des standards techniques homogènes entre marchés européens et africains. Elles nécessitent une réglementation adaptée face aux nouveaux enjeux juridiques qui sont communs aux marchés et auxquels les ordres juridiques doivent faire face. Si l'économie assure la valorisation et l'exploitation des « dividendes du numérique »¹¹³⁹, le droit s'efforce de les appréhender dans son champ et d'encadrer les aspects de la révolution de l'Internet : changements, opportunités et risques de la société en réseau ; nouvelles relations économiques en ligne ; nouveaux modèles d'interaction, d'échange et de partage du *Web*.

454. Ainsi, le « *mythe du vide juridique* »¹¹⁴⁰ ne peut pas prospérer face au foisonnement des normes de « *gouvernance* »¹¹⁴¹ de l'Internet. Néanmoins, les droits étatiques peinent à assurer pleinement leur effectivité dans le cyberspace mondial¹¹⁴². Le titre précédent a porté sur les enjeux de la transition des normes juridiques aux prises au commerce électronique en Europe et en France. L'encadrement juridique des activités numériques n'est pas sans véhiculer de nouvelles complexités d'approche par rapport au millefeuille législatif européen.¹¹⁴³ L'ère du numérique bouscule énergiquement les acquis du droit positif.¹¹⁴⁴ Le fait précède souvent le droit, mais les grandes mutations d'enjeux que le numérique apporte ne devraient pas pour autant échapper au droit.

¹¹³⁹ BANQUE MONDIALE, *Les dividendes du numérique, Rapport sur le développement dans le monde 2016*, n°102724, Washington, 2016, p. 27. « Le rapport sur le développement dans le monde 2016 examine comment l'Internet augmente la productivité des entreprises, multiplie les opportunités offertes aux populations et accroît l'efficacité du secteur public. » Pour en examiner les avantages et risques, le rapport a retenu quatre grands « catalyseurs du développement numérique », dits « *spotlights* » (en anglais), à savoir : « services financiers numériques », « médias sociaux », « identification numérique » et « révolution des données ».

¹¹⁴⁰ T. DE COSER, M. DEMOULIN, H. JACQUEMIN, É. MONTERO, M. VANDERCAMMEN et T. VERBIEST, *Les pratiques du commerce électronique*, n°30, Cahiers du Centre de Recherches, Coll. Informatique et Droit, Bruylant, Bruxelles, 2007. « Le mythe du "vide juridique" à propos de l'Internet a fait long feu. Depuis plus de dix ans, les directives européennes, lois ou règlements tournés vers le réseau des réseaux foisonnent. Dans cet ample mouvement législatif, le commerce électronique n'est pas en reste. Nombreux sont les textes qui le touchent, de près ou de loin » - Cf. aussi V. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 19, 20 et s.

¹¹⁴¹ L. BELLI, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, *op.cit.*, p.18. « Nous soulignons que l'émergence du concept de gouvernance doit être lue à la lumière de la consolidation d'un environnement pluri-normatif caractérisé par la prolifération d'un réseau décentralisé de « centres de régulation » prônant la négociation d'outils réglementaires souples, catégorisables comme la *soft law* ».

¹¹⁴² M. DE SAINT PULGENT, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs », in M-A FRISON ROCHE, *Internet et espace d'interrégulation*, coll. the Journal of the Régulation, Dalloz, Paris, 2016, p. 3. « Les pionniers de l'Internet qui n'avaient certainement pas envisagé son expansion mondiale, avaient conçu et présenté la communication numérique comme un espace échappant à tout contrôle des pouvoirs publics, autonome, décentralisé, transfrontalier et participatif. »

¹¹⁴³ E. POILLOT, *op.cit.*, p. 203. Concernant le millefeuille législatif, l'auteur avait souligné : « Ainsi qu'il va être constaté, l'Acquis communautaire en matière [...] se caractérise par sa dispersion au sein de différents textes, ce qui ne facilite pas la détermination de sa substance ».

¹¹⁴⁴ Cf. Partie 1, Titre 1, chapitres 1 et 2 de la présente thèse. En termes d'ajustements du droit à l'ère numérique, le titre précédent a mis en lumière l'objet particulier d'une nouvelle commercialité électronique. Dans l'analyse, les mutations des aspects du droit civil et commercial concernent aussi les sujets du commerce en ligne. Les outils numériques leur permettent d'agir en prestataire ou en destinataire d'activités en réseau ; ce qui complexifie leurs statuts de professionnel ou de consommateur.

455. Tout autant que le précédent Titre de notre thèse l'a démontré pour le commerce en ligne européen et français, l'économie numérique a également alimenté les transitions du droit de l'accès aux télécoms. Depuis plus de trente ans, les réformes d'institutions juridiques ont restructuré les services publics des télécoms dans l'économie de marché. D'abord en Europe et en France (années 1980), ensuite grâce à l'OMC (1994), le droit international a permis un schéma uniformisé de réforme et de refondation des bases du marché électronique globalisé, pour le reste du monde y compris en Afrique (1997) et en RDC (2002).

456. L'acquis communautaire européen a défini un cadre juridique des activités numériques en ligne, ainsi que de leurs enjeux économiques et technologiques. La transition du droit a permis de (re)constituer pour l'Europe l'objet du commerce électronique grâce à son millefeuille législatif (*Traités, règlements, directives, décisions, décisions de justice*).¹¹⁴⁵ Le droit français a transposé les règles européennes du commerce en ligne, en y apportant son originalité nationale. C'est l'impact nouveau des institutions juridiques françaises sur le droit européen que nous analysons quant à leur objet, et leurs régimes. Le dialogue entre différents systèmes juridiques alimente notre étude de droit comparé. Le centre d'intérêt de notre thèse est de saisir la trame des expériences juridiques européennes et françaises face aux aspects marchands de l'ère numérique.

457. Les références du système normatif en Europe servent l'approche de droit comparé avec l'Afrique et la RDC. Les bases de comparaison doivent être établies autour de la structuration non seulement des valeurs mais aussi des institutions juridiques spécifiques à l'économie numérique et au commerce électronique. En abordant les apports des lois de transposition française des règles européennes, les précisions ci-dessus éclairent la logique et les objectifs permettant de tirer avantage des expériences comparées, étant donné que le droit congolais est également aux prises en Afrique aux mêmes enjeux du commerce en ligne.

458. Au titre précédent, l'étude du commerce électronique a concerné particulièrement « les opérations économiques elles-mêmes et non les opérations périphériques ou préparatoires (coût de la connexion au réseau, création de site Web...) ».¹¹⁴⁶ Les premiers aspects de notre thèse ont concerné les activités commerciales en ligne, dont la doctrine réunit les règles spécifiques dans le « *Droit du commerce électronique* »¹¹⁴⁷ ou le « *Droit des activités numériques* »¹¹⁴⁸. La directive 2000/31/CE¹¹⁴⁹ traite du commerce électronique comme un aspect des services de la société de l'information, au sens de la directive 98/34/CE¹¹⁵⁰. Le même générique concerne par ailleurs les « services de communications électroniques » qui sont dans la directive 2002/21/CE dite « directive

¹¹⁴⁵ J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, Paris, 2011, pp. 364-365.

¹¹⁴⁶ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J., Paris, 2002, p.9.

¹¹⁴⁷ X. LINANT DE BELFONDS, *Le droit du commerce électronique*, 1^{re} éd., « Que sais-je ? », PUF, Paris, 2005, pp.1-127, spéc. p. 4. Sous le champ de son ouvrage, l'auteur aborde : « les sources du droit du commerce électronique ; les règles juridiques qui encadrent la visibilité du commerçant et la constitution de sa clientèle sur l'Internet. ; la publicité sur l'Internet, les règles qui régissent la conclusion des différents contrats, c'est-à-dire comment se matérialise l'échange des consentements sur Internet ; la vente des biens sur les réseaux [...] ; les règles de preuve [...], les questions fiscales du commerce électronique ; et enfin les aspects internationaux du commerce électronique [...] »

¹¹⁴⁸ L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAIDARA, *Droit des activités numériques*, 1^{re} éd., Dalloz, Paris, 2014, pp. 1025. Dans leur ouvrage, les auteurs ont traité des matières suivantes : pour les contrats, le droit commun des contrats par voie électronique et les contrats spéciaux du commerce électronique ; pour les valeurs immatérielles de la société de l'information, la protection des créations intellectuelles et la protection des signes ; pour le contentieux, la protection des libertés, les actions en responsabilité ainsi que les litiges et différends dans l'espace international.

¹¹⁴⁹ Directive 2000/31/CE, préc.

¹¹⁵⁰ Directive 98/34/CE sur la société de l'information, préc.

"cadre" ». ¹¹⁵¹ Sa définition légale européenne, telle que fournie au titre précédent, est fondamentale pour la suite de l'analyse au niveau international et congolais. ¹¹⁵²

459. Pour couvrir les aspects ainsi définis de la société de l'information, la doctrine évoque le « droit de l'Internet » ¹¹⁵³ ainsi que le « droit des communications électroniques » ¹¹⁵⁴. La fonction de ce dernier consiste à réglementer les infrastructures de l'information et à organiser le marché des réseaux de télécoms ainsi que des services électroniques. Comme ces aspects de la technique et du marché électroniques sont consubstantiels au commerce en ligne, ¹¹⁵⁵ le « *Droit du cyberspace* » ¹¹⁵⁶ constitue leur cadre plus général. Le présent titre analyse les droits de l'accès aux communications électroniques, sachant qu'« ils incluent les services de communication audiovisuelle, de communications au public en ligne et de correspondance privée ». ¹¹⁵⁷ Mais, le développement du marché a des fondements anciens sur lesquels le cadre réglementaire actuel s'est construit. Ce cadre continue de faire l'objet des réexamens successifs avec des étapes de politique législatives marquantes depuis 1984 à ce jour et en phase aux transformations numériques du marché des télécoms de base. ¹¹⁵⁸

460. Sur le plan économique, l'internationalisation des réseaux de télécoms a assuré la « connexion des marchés » et l'explosion des flux économiques. ¹¹⁵⁹ L'Afrique s'insère dans le tableau d'étude juridique sur les évolutions du « *marché électronique* » mondial. ¹¹⁶⁰ La mondialisation du marché électronique a suscité un dialogue entre systèmes juridiques européens et africains, sans omettre des enjeux (géo)politiques sous-jacents. ¹¹⁶¹ Les enjeux de

¹¹⁵¹ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (directive « cadre »), JOCE, L108/33, 24 avril 2002, pp. 33-51 (telle que modifiée à ce jour).

¹¹⁵² Article 2, c), directive 2002/21/CE, préc. Les communications électroniques correspondent à « tout service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission des signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus ; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1^{er} de la directive 98/34/CE qui ne consiste pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques ».

¹¹⁵³ V. FAUCHOUX, P. DEPREZ et J.-M. BRUGUIÈRE, *Le droit de l'Internet, Lois, contrats et usages*, 2^e éd., Lexis/Nexis, pp.1-8.

¹¹⁵⁴ D. POPOVIC, *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, LGDJ, Paris, 2009, pp. 11 et s. Cette assertion se vérifie en droit français où la LCEN définit le commerce électronique en y allusionnant « la voie électronique », mais laisse le soin de la définition de la voie électronique au Code des Postes et des Communications électroniques.

¹¹⁵⁵ H. CAUSSE, *op.cit.*, p. 14. À titre d'exemple, les intermédiaires techniques de l'économie numérique se situent à cheval entre le droit du commerce électronique et le droit des télécoms. Il en est de même pour les prestations de la cryptologie : cette dernière est un aspect relevant purement de la technique, mais nécessaire à la production des certificats de signature électronique. Cette technique est indispensable à la fiabilité de l'écrit numérique dans le commerce électronique.

¹¹⁵⁶ A. Cissé, *Objet du Droit du cyberspace*, Cours de Master 2 Pro, Université Gaston Berger, Saint-Louis/Sénégal, 2005-2006 [inédit], cité par K. NDUKUMA, *Cyberdroit, télécoms, Internet, contrats de e-commerce*, Presses Universitaires du Congo (PUC), Kinshasa, 2009, p. 53. Selon le Professeur Abdoullah Cissé, « c'est ainsi qu'on a commencé, devant l'impossibilité de ranger [le cyberdroit] dans une catégorie connue, à saisir ce qu'il n'était pas (droit de l'immatériel) en oubliant que l'immatériel ne se limite pas au cyberspace, avant de mettre l'accent sur ce qu'il est (droit du numérique) sans avoir au préalable réduit sa réalité à une de ses facettes (droit de l'informatique) et puis à d'autres comme le droit de l'Internet pour découvrir que celui-ci n'était pas le seul réseau (droit des réseaux) ni le seul médium (droit du multimédia) pour *in fine* observer tous les efforts s'effondrer, tel un château de cartes, devant la convergence des médias ».

¹¹⁵⁷ J. CATTAN, *Le Droit de l'accès aux communications électroniques*, Préface de Rostane Mehdi et Hervé Isar, Coll. Droit de l'information et de la communication, éd. PUAM, Aix-Marseille, 2015, p.26.

¹¹⁵⁸ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse.

¹¹⁵⁹ PH. MOREAU DEFARGE, *op.cit.*, p. 39.

¹¹⁶⁰ O. CACHARD, *op.cit.*, pp. 8 et s.

¹¹⁶¹ D. PAPIN (sous. la coord.), « Géopolitique du cyberspace », *50 fiches pour comprendre la géopolitique*, Boréale, Paris, p. 110 et s. Les enjeux politiques s'attachent aux politiques publiques ayant permis des changements législatifs à l'épreuve de la mondialisation du marché électronique. Par ailleurs, la géopolitique est un aspect de positionnement des puissances étatiques sur la scène internationale. La multinationalisation des champions économiques des télécoms occidentaux étend, par le canal du marché global, la position des États dont ils relèvent sur des marchés.

la mondialisation¹¹⁶² expliquent l'adhésion des États africains au modèle d'organisation du marché électronique, à l'instar de l'Europe. Les principes néolibéraux ont été transplantés dans les droits nationaux africains. Le régime de monopole des télécoms a été le modèle initial d'organisation des marchés africains d'héritage colonial. Sur le plan juridique, les négociations au sein de l'OMC ont impulsé en 1994 et 1997 des réformes structurelles de l'économie au niveau planétaire. Les États signataires ont entrepris de conformer leurs droits nationaux avec les nouveaux principes de libéralisation des services publics, spécialement ceux des télécoms.¹¹⁶³ Sur le continent africain, les organisations internationales (OMC, UIT, FMI et BM) ont appuyé le démantèlement des monopoles publics et le remodelage de l'intervention publique dans les secteurs libéralisés des télécoms. La mise en œuvre de la dérégulation a été une contingence du nouveau droit international du commerce des services. Les États ont restructuré leur mode d'actions à l'épreuve des forces du marché et des mutations des technologies électroniques.¹¹⁶⁴ Les opérateurs multinationaux investissent les marchés locaux du numérique. Avec l'Internet, l'innovation se diffuse partout en mettant aux prises les droits aux mêmes problématiques en Europe comme en Afrique. Les statistiques démontrent la réalité indéniable des économies numériques africaines et congolaises, qui sont des enjeux de transition du droit positif. Mais, contrairement à la communautarisation européenne, le système africain présente des embryons d'harmonisations juridiques au niveau sous-régional.¹¹⁶⁵ Même si plusieurs organisations régionales¹¹⁶⁶ rapprochent les États africains, la RDC réforme son droit en fonction de ses particularités nationales. **(Chapitre 1).**

461. Pour suivre le modèle planétaire de « déréglementation »¹¹⁶⁷, le législateur congolais de 2002 a entrepris de transformer le secteur national des télécoms. Sur le plan institutionnel, « [l]a réforme du secteur des Postes et Télécommunications est l'un des premiers chantiers de réforme sectorielle mis en œuvre par le Gouvernement [...]. En effet, entre 2003 et 2011, le COPIREP a effectué les principales réformes prévues dans ce secteur ».¹¹⁶⁸ Il s'agissait de commencer la démonopolisation et d'établir de nouvelles

¹¹⁶² P. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation, op.cit.*, pp. 3-6. Selon Paul Valéry, dans son ouvrage *Regards sur le monde actuel*, en 1931, cinq caractéristiques majeures du phénomène, qu'il n'avait pas si tôt appelé « mondialisation », mais qu'il décrit, demeurent actuelles : « 1. Le recensement général des ressources », « 2. La terre habitable [...] reconnue, relevée, partagée », « 3. Cet enchaînement des parties du globe », « 4. Une solidarité nouvelle, excessive et instantanée », « 5. Les habitudes, les ambitions, les affectations contractées au cours de l'histoire antérieure ».

¹¹⁶³ [www.wto.org] (consulté le 15 juillet 2016). Il s'agit de l'Accord spécifique de l'OMC sur les télécommunications de 1997, issu des négociations de l'Uruguay Round dont la clôture en 1994 est à la base de création de l'OMC elle-même.

¹¹⁶⁴ C. GUERRIER, « Droit international et de pays étrangers – Droit et accords OMC dans le domaine des télécommunications : la problématique africaine », *Droit de l'informatique et des télécoms, Computer & telecom Law review*, 16^e année, 1999/1, pp. 92 et s.

¹¹⁶⁵ C'est dans le cadre des obligations de l'Accord du GATS de 1997, l'accord OMC sur les télécommunications de base que les États Africains, comme les autres membres de l'OMC, ont été amenés à adopter un profil commun de marché des marchandises, du commerce et des services. Il existe des organisations continentales (UA, OHADA) et sous-régionales africaines (Union du Maghreb, COMESA, CEEAC, CEMAC, UEMOA, SADC.)

¹¹⁶⁶ Chaque organisation sous-régionale a son niveau d'intégration et d'harmonisation des normes. L'Union économique et monétaire Ouest-africaine (UEMOA) est un exemple de construction communautaire effective des normes de transition de leur espace économique au droit du numérique, à travers des Règlements communautaires UEMOA. Lesdits règlements obligent les États à effectuer des transpositions dans l'autorité de leurs législations internes les principes UEMOA sur les questions de l'économie numérique et du commerce électronique. Exemple : le Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans l'espace UEMOA du 19 déc. 2002. [www.uemoa.int]

¹¹⁶⁷ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 466 et s. Les auteurs soulignent que la « déréglementation » s'est depuis longtemps inscrite dans cette évolution qui conduit aujourd'hui à [...] la modernisation de l'État ».

¹¹⁶⁸ COPIREP, *Rapport annuel 2013*, établissement public, Kinshasa, p. 79. « Pour rappel, il s'agit des activités suivantes : I. la définition de la stratégie de développement du secteur des télécommunications et des TIC ; II. la mise en œuvre du document de politique sectorielle ; III. l'appui à l'Autorité de régulation des PTT ; IV. La finalisation de l'étude sur la politique sectorielle postale ; V. la réalisation d'études sur les services liés à la télécommunication (service universel, gestion du spectre des fréquences, plan de numérotation, régime d'interconnexion, manuel d'organisation, etc.) ; VI. La stratégie de restructuration de la SCPT ; VII. la participation à la commission pour la mise en place de la structure de gestion et d'exploitation de la fibre optique »

institutions administratives en instaurant une régulation pour le marché électronique. Toutefois, la réforme ne s'est pas poursuivie au-delà de l'ouverture à la concurrence des services des télécoms, les infrastructures de base étant restées en RDC sous les droits exclusifs de l'exploitant public. Actuellement dans le pays, l'ouverture du droit de l'accès aux télécoms reste partielle. En comparaison, le droit positif congolais se situe encore en 2017 au niveau du « marché dual » français des années 1990.¹¹⁶⁹ Compte tenu de la maladresse de l'application des principes européens et de l'OMC, la loi-cadre de 2002 est en *statu quo*. Ainsi, le cadre juridique congolais présente de nombreuses faiblesses, notamment : l'incomplétude du sens même des lois, l'inachèvement des réformes structurelles,¹¹⁷⁰ les conflits des compétences entre les autorités de réglementation nationales (ARN),¹¹⁷¹ l'omission des aspects de l'Internet,¹¹⁷² l'ambiguïté des dispositions de la loi¹¹⁷³ et les contradictions de logique entre la loi, les réalités du marché et certaines de ses mesures d'application.¹¹⁷⁴ Les erreurs et défaillances n'ont pas assuré la transformation totale du droit des télécoms dans celui du marché et de la concurrence, pour parvenir à un véritable droit de l'économie numérique. **(Chapitre 2.)**

¹¹⁶⁹ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1 Section 2 de la présente thèse.

¹¹⁷⁰ Les mesures d'application escomptées n'ont pas été prises dans leur totalité, quatorze ans après. Il s'agit notamment de l'Arrêté du Ministre prévu aux articles 39 et 40 de la LCT qui n'est jamais intervenu en vue de la création du Fond de service universel, devant permettre de lutter contre la fracture numérique.

¹¹⁷¹ L'exposé des motifs de la LCT-RDC de 2002 évoque la tutelle du Ministre des PTT sur l'ARPTC, tandis que l'article 2 de la Loi sur l'ARPTC inscrit cette même tutelle au profit de la Présidence de la République.

¹¹⁷² L'Internet n'attire pas directement le législateur congolais. Les FAI ne sont ni définis, ni régis, encore moins les professions de prestataires techniques (hébergeurs, transporteurs), ou les activités numériques découlant de l'Internet.

¹¹⁷³ La loi-cadre sur les télécoms en RDC du 16 octobre 2002 vise la téléphonie, sans distinguer les acteurs comme fournisseurs d'accès à Internet ou les hébergeurs. Il en est de même du silence du législateur sur les questions particulières de données personnelles, de preuve et signature électroniques, de commerce électronique, de cybercriminalité, etc. L'Internet n'entrait pas dans le champ principal de vision du législateur de 2002 qui l'a envisagé dans son exposé des motifs comme un service à valeur ajoutée des télécoms, alors que, « réseau des réseaux à l'échelle planétaire », il a révolutionné en profondeur les multiples aspects de la vie en société par son art télématique, ses protocoles et sa valeur du numérique. Il est le créateur d'enjeux pour l'apparition des normes juridiques ou pour leur adaptation.

¹¹⁷⁴ K. NDUKUMA ADJAYI, *op.cit.*, p. 21.

CHAPITRE 1 : LES DROITS EUROPÉENS, FRANÇAIS, AFRICAINS ET CONGOLAIS DANS LA DÉRÉGULATION DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE À TRAVERS L'OMC

462. Au niveau européen, des textes réglementaires successifs ont permis d'instaurer la concurrence dans les secteurs des télécoms, anciennement monopolistiques. Ces réformes engagées depuis la décennie 1980 ont entraîné une systématisation de la réglementation sectorielle *ex post* et *ex ante*. Depuis 1990, la communautarisation a permis une harmonisation graduelle des règles du marché européen, en maintenant l'équilibre fonctionnel par le jeu de la concurrence régulée. L'économie numérique s'est ainsi développée grâce à « l'élimination de tout effet restrictif de la liberté économique individuelle qui ne serait pas justifié par l'intérêt général en cause », dans le secteur des télécoms.¹¹⁷⁵ Cette politique dite de « dérégulation » a contribué aux progrès technologiques et à la diffusion des techniques numériques dans la société, dans l'économie et le monde, tout en motivant des transformations du droit.¹¹⁷⁶

463. En effet, la valeur des acquis européens et français traverse les frontières et atteignent les États tiers. L'exemple est donnée par la directive 2000/31/CE qui, en principe, ne « doit pas s'appliquer aux services fournis par des prestataires établis dans un pays tiers. Compte tenu de la dimension mondiale du service électronique, il convient toutefois d'assurer la cohérence des règles communautaires, avec les règles internationales [...] sans préjudice des résultats des discussions en cours sur les aspects juridiques dans les organisations internationales ». ¹¹⁷⁷

464. Avec la mondialisation, il se constate une diffusion internationale du modèle de dérégulation en dehors du marché intérieur européen, pour atteindre l'Afrique. Au départ de l'occident (États-Unis et Europe), « la libéralisation des activités de télécoms résulte de trois facteurs différents », parmi lesquels figure la mondialisation.¹¹⁷⁸ C'est ainsi que l'OMC est devenue la gardienne de ce phénomène transnational, défini comme l'« abaissement des frontières et la rapidité des échanges ». ¹¹⁷⁹ Par ailleurs, « la globalisation vise un phénomène radicalement nouveau, celui des échanges sans aucune contrainte de temps ni de lieu, portant sur des biens sans corporalité puisqu'il s'agit d'informations ». ¹¹⁸⁰

465. En Afrique, les droits nationaux des télécoms ont été construits à partir de l'héritage colonial des services publics et des influences de la mondialisation. La reconfiguration des secteurs africains des télécoms découle tant des effets des marchés libéralisés à l'étranger, que de la réforme du droit du commerce international des services au sein de l'OMC (ex-GATT). Il en ressort que cette « mixité des influences publiques et privées est indéniable mais il faut aussi prendre en considération le rôle des institutions supra et infra-étatiques, dont on attend

¹¹⁷⁵ V. B. VAN DER ESCH, « Dérégulation, autorégulation et le régime de concurrence non faussée dans la CEE », *Cahier de droit européen*, n°5-6, 1990, p. 500, cité par D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 3.

¹¹⁷⁶ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 de la présente.

¹¹⁷⁷ Considérant n°58, Directive 2000/31/CE, préc.

¹¹⁷⁸ D. POPOVIC, *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, LGDJ, Paris, 2009, p. 28. « La politique européenne de libéralisation des activités de télécommunications résulte de trois facteurs : - un facteur technique : le développement des techniques de télécommunications ; - un facteur économique : l'abandon des théories de monopole naturel prévoyant que seul l'État est susceptible d'engager les investissements nécessaires à la mise en place d'une infrastructure nationale ; - un facteur réglementaire : du fait de la mondialisation, lorsqu'un État entame le processus de libéralisation, les autres États ne peuvent pas l'ignorer ».

¹¹⁷⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...*, préc., 2011, p. 75.

¹¹⁸⁰ *Ibidem*.

désormais beaucoup [...] à la fois en termes de régulation de l'économie et de la politique industrielle ». ¹¹⁸¹

466. Dans le monde entier, l'économie de marché a reconfiguré le secteur des télécoms de base. L'Internet a émergé de l'évolution du marché libéralisé et des politiques publiques. Il sert aujourd'hui de vecteur de l'économie numérique. L'Afrique est confrontée aux enjeux de transformations du marché des télécoms, lesquelles connaissent un encadrement et un accompagnement efficaces en Europe et en France. Le droit comparé permet de comprendre le « trait d'union » entre ces expériences progressistes du droit face aux TIC. En Europe et en France, « ce droit achève sa transformation, en devenant aujourd'hui l'un des moyens principaux de développement économique ». ¹¹⁸²

467. Pour l'Afrique, c'est l'OMC ¹¹⁸³ en 1994-1997 qui a rendu possible le mimétisme international du modèle de dérégulation occidentale. Les États africains, y compris la RDC, se sont engagés à appliquer les AGCS/OMC ¹¹⁸⁴ dans leurs marchés nationaux. Toutefois, l'harmonisation du marché européen diffère du système politique africain. Celui-ci présente des disparités juridiques internes, à cause de la non-intégration de ses nombreux sous-ensembles régionaux. Entre les deux continents, les niveaux d'encadrement juridique du marché diffèrent largement, de même que les modalités de production du droit. Le recours au droit national de la RDC est indispensable, pour rapprocher les expériences concrètes de droit comparé. Néanmoins, les enjeux législatifs sont bien présents en Afrique face à l'économie numérique. Le profil statistique du marché des télécoms en Afrique traduit la réalité des enjeux du droit de l'accès aux télécoms par rapport à l'Europe. Pourquoi y consacrer une présentation ? « La raison principale tient à ce que ce commerce est devenu, à plusieurs points de vue, un secteur crucial. Il l'est économiquement d'abord. [...] Ensuite, [il] s'impose comme un secteur crucial au regard des enjeux juridiques qu'il engendre. » ¹¹⁸⁵ (**Section 1.**)

468. Par ailleurs, il faut donc déterminer et préciser un cadre objectif pour comparer les transformations des droits sectoriels en Europe, en France, en Afrique et en RDC : « Parce que le temps de la régulation et de la loi est en général beaucoup trop long par rapport à la réactivité des marchés. Parce que chaque règlement peut susciter son propre contournement par le biais des novations technologiques ». ¹¹⁸⁶ Chacun de ces espaces de marché traverse des phases d'enjeux technologiques identiques. Le développement technologique des marchés s'effectue avec les mêmes technologies et les mêmes offres, tandis que les terminaux et équipements se standardisent dans le monde entier. La seule différence reste les temps de diffusion des offres ou les temps de changements, mais les phases d'évolutions des marchés et des technologies sont les mêmes en Europe et en Afrique.

469. Le « socle analogique » des télécoms ¹¹⁸⁷ a fait l'objet des premières réformes initiées aux États-Unis et en Europe dès les années 1980. Celles-ci ont été suivies au cours des années 1990-2000 dans tous les États de la Planète, à la suite du dialogue juridique multilatéral de l'OMC. ¹¹⁸⁸ À ce jour, l'« ère numérique » résulte de l'évolution des marchés

¹¹⁸¹ J.-PH COLSON et P. IDOUX, *Le droit public économique*, 8^e éd. LGDJ, coll. manuel, Paris, 2016, p. 549.

¹¹⁸² D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 45.

¹¹⁸³ *Ibidem*, p. 576. « L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) a succédé au système du GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) à la suite des accords de Marrakech du 15 avril 1994 entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1995. »

¹¹⁸⁴ AGCS/OMC : Accord général de commerce des services/ Organisation mondiale du commerce.

¹¹⁸⁵ J. ROCHFELD, *Les nouveaux défis du commerce électronique...op.cit.*, p. 1.

¹¹⁸⁶ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. champs essais, n°819, Paris, 1996, p. 7.

¹¹⁸⁷ BANQUE MONDIALE, *Les dividendes du numérique*, préc., p. 17 et s.

¹¹⁸⁸ Comme cela est précisé avec détail dans la présente section de thèse, l'OMC a été le cadre des négociations des principes de changements, ayant conduit à la démonopolisation des services publics des télécoms et au modèle de régulation occidentale partout dans le monde.

libéralisés des télécoms. Ainsi, les télécoms de base et les communications électroniques (Internet) marquent respectivement les deux phases de transition du droit pour en réglementer les enjeux à l'ère numérique. Ces phases présentent l'uniformité des activités économiques et des techniques, pour le droit comparé des secteurs concernés en Afrique et en Europe. Ces phases permettent de rapprocher les deux systèmes juridiques, par rapport aux paramètres identiques, s'agissant des enjeux, des problématiques et des facteurs de législation. Le droit comparé porte sur des situations et des objets comparables en établissant des éléments référentiels communs, même si les temps de législation peuvent se décaler d'un espace politique à un autre. Pour « penser plus d'un droit », Pierre Legrand fournit l'approche méthodologique que nous retenons.¹¹⁸⁹ Les questions pratiques encadrent la logique des comparaisons autour des expériences juridiques disjointes sur des faits identiques. Ainsi, « [l]e comparatiste français [ou congolais] se consacrant à sa recherche voudra se munir d'une conception du droit, autre que celle qui vaut seulement en France [ou en RDC], lui permettant de cerner le lieu et le temps des droits d'ailleurs. Où commence un droit et où s'arrête-t-il (et s'arrête-t-il...) ? Où se situerait le non-droit ? Où tracer la ligne entre la norme et la déviance, entre le normal et le pathologique ? ».¹¹⁹⁰

470. D'une part, le modèle de dérégulation des télécoms de base reste partout le même : démonopolisation, régulation indépendante et concurrence. Cependant, la transition du cadre réglementaire européen présente trois principales différences quant à la libéralisation du droit de l'accès aux télécoms en Afrique. Ces différences respectives se situent aux niveaux des mises en œuvre du processus de dérégulation, des résultats de restructuration des marchés et des degrés de transformation du droit sectoriel des télécoms entre l'Europe et l'Afrique.

471. D'autre part, l'ère numérique présente de nouveau enjeux de pleine concurrence au-delà de la démonopolisation du secteur des télécoms. La connexion mondiale des marchés électroniques et la convergence des technologies numériques placent les États de manière synchrone face aux défis transfrontières de l'Internet.¹¹⁹¹ La globalisation du cyberspace présente de nouvelles réalités sociales. Tous ces enjeux de transition numérique motivent des retouches spécifiques de certains aspects du droit, en posant des défis en sens divers dans les marchés nationaux et internationaux.¹¹⁹² La souveraineté numérique est l'une des questions nouvelles que l'Internet pose aux États. **(Section 2.)**

¹¹⁸⁹ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, 5^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, 2015 (1999), p. 33.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹¹⁹¹ *Dictionnaire le petit Larousse illustré 2017*. Verbo « Synchrone », du grec : sugkhronos ou « sun », signifiant « avec », et de « khronos », se disant des mouvements qui se font en même temps.

¹¹⁹² O. ITEANU, *Quand le digital défie l'État de droit*, préc. pp. 9 et s.

SECTION I - L'INCLUSION DE L'AFRIQUE DANS LE RENOUVEAU DU DROIT INTERNATIONAL DES SERVICES DES TÉLÉCOMS

472. Les politiques néolibérales occidentales ont été distillées dans le reste du monde comme une contingence multilatérale, à travers l'accord de création de l'OMC en 1994 et celui spécifique sur les télécoms en 1997.¹¹⁹³ Cet accord a engagé les États africains dans un schéma unique de démonopolisation des télécoms de base. Quelles ont été les étapes des transitions politico-juridiques ? Quels sont les fondements de la construction du libre marché planétaire des communications électroniques ? Quels ont été les enjeux technologiques dans les expériences de transformation des systèmes juridiques et institutionnels en Europe, en France, en Afrique et en RDC ?

473. En réalité, « la mondialisation de la dérégulation »¹¹⁹⁴ a permis une structuration des marchés des télécoms sur un schéma uniforme pour tous les États du monde. « D'abord "nationales" et "régionales", les dérégulations des télécoms sont devenues un phénomène quasi universel qu'institutionnalise l'accord de l'OMC sur les télécoms ».¹¹⁹⁵ Au départ de l'Occident, la dérégulation a ensuite inséré l'Afrique dans le commerce mondial des services de télécoms de base. Ce sont ces derniers qui ont configuré l'économie numérique actuelle. Même si les temps, les niveaux et les vitesses de réalisation des réformes diffèrent, le schéma néolibéral des télécoms a imprimé un mouvement de bascule du service public des télécoms vers le jeu concurrentiel des marchés.

474. Dès 1980-1990, la libéralisation des marchés a entraîné l'internationalisation des réseaux et la multinationalisation des opérateurs européens (et américains). À cette occasion, d'énormes disparités des règles juridiques se sont révélées entre l'Afrique et l'Europe. (Elles existent encore à ce jour.) Cependant, l'expansion transnationale des marchés a provoqué la confrontation des règles entre des systèmes juridiques différents. L'Europe et les États-Unis ont anticipé sur la situation, pour rapprocher des règles entre plusieurs ordres juridiques. À cet égard, des négociations de l'« Uruguay round » ont été engagées entre 1986 et 1994 dans le cadre du GATT. Elles ont donné lieu aux accords de l'OMC. C'est ainsi que la réforme des règles du commerce international a favorisé l'inclusion des marchés africains dans le nouvel ordre économique. En effet, « Le domaine de l'activité de l'OMC a été progressivement élargi. Il s'étend désormais non seulement au commerce des marchandises ([...] – le GATT), mais aussi à celui des services ([...] – AGCS) et aux questions de propriété intellectuelle ([...] qui touche au commerce – ADPIC).¹¹⁹⁶ ».¹¹⁹⁷ La reproduction des principes libéraux euro-américains en Afrique a été la conséquence juridique de l'adhésion des États africains à l'OMC.¹¹⁹⁸ (§1.) Mais, les disparités internes du système juridique sur le continent demeurent, en dépit de son marché électronique florissant. En effet, elles ressortent précisément de

¹¹⁹³ [www.wto.org] (consulté le 2 juillet 2016) Les négociations de Uruguay Round furent conclues le 15 avril 1994 par l'accord de création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), lequel accord est entré en application au 1^{er} janvier 1995. Par ailleurs, l'accord spécifique sur les télécoms de base (BATS) fut conclu le 15 février 1997 et applicable au 5 février 1998.

¹¹⁹⁴ P. MUSSO, *op.cit.*, p. 75 et s.

¹¹⁹⁵ *Ibidem.*

¹¹⁹⁶ F. DEHOUSSE et F. HAVELANGE, « Aspects audiovisuels des accords du GATT : exception ou spécificité culturelle », in C. DOUTREPEL (dir.), *L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel*, Bruylant, 1994. A. HEROLDE, « Les aides publiques européennes au cinéma dans le cadre de l'OMC », IRIS Plus, *Observations de l'observatoire européen de l'audiovisuel*, éd. 2003-6. G. BOSSIS et R. ROMI, *Droit du cinéma*, LGDJ, coll. Systèmes, Paris, 2004, p. 132.

¹¹⁹⁷ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 576.

¹¹⁹⁸ C. GUERRIER, « Droit international et des pays étrangers : Droit et accords OMC dans le domaine des télécommunications, la problématique africaine », *préc.*, p. 92-97.

l'aperçu de l'ordre politique africain, de ses droits nationaux ainsi que de ses différentes initiatives d'intégration économique et juridique. Si l'Afrique n'est pas un système juridique homogène, les statistiques font néanmoins état de son économie numérique, comme à la fois enjeu et facteur de régulation. (§2)

§1. Le rapprochement des règles africaines et européennes des télécoms à travers l'OMC

475. Les accords de l'OMC de 1994 et 1997 ont réaligné les droits des télécoms africains dans le schéma de dérégulation européenne. Cependant, la justification de l'inclusion à l'OMC n'est pas la seule cause de cette transition des règles. L'enchaînement des économies et des marchés a aussi obligé les États africains à procéder aux mêmes transformations d'institutions juridiques qu'ailleurs. En effet, « [l]e droit de télécommunications est autant au service des politiques publiques (notamment des politiques de développement) qu'à celui des stratégies d'entreprise qui ne peuvent plus ignorer ses apports essentiels ».¹¹⁹⁹ (A./)

476. En revanche, le contexte africain ne présente pas le niveau d'intégration juridique et économique, identique à l'Union européenne. Chaque pays a agi sur son droit positif au regard de sa souveraineté territoriale. Tel est le cas de la RDC qui a réformé ses lois de télécoms en 2002, en application des principes de l'OMC, en dehors de l'harmonisation ou de la communautarisation des droits africains. De ce fait, les modalités de mise en œuvre de la déréglementation diffèrent considérablement entre l'Europe et l'Afrique. (B./)

A. / LES ACCORDS DE L'OMC POUR L'INCLUSION DES ÉTATS AFRICAINS DANS LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS

477. L'OMC a indéniablement engagé depuis 1994-1997 les États africains, y compris la RDC, dans le processus initié aux États-Unis et en Europe depuis les années 1980 en vue de la dérégulation des télécoms. À titre comparatif, il apparaît des différences majeures dans les modalités de conduite des réformes d'un continent à l'autre.

478. La colonisation et la mondialisation sont deux faits historiques du « grand désenclavement planétaire (1815-1991) ».¹²⁰⁰ Il en découle l'« enchaînement des parties du globe » ainsi que l'« explosion des flux [qui] ont besoin de réseau, liaisons permanentes organisées ».¹²⁰¹ À leur origine coloniale, les services publics monopolistiques africains présentaient les mêmes fondements idéologiques et juridiques qu'en Europe. Mais, dès 1980, cette dernière engagea son processus de libéralisation des télécoms.¹²⁰² Dans les faits, la mondialisation a contribué à l'internationalisation des réseaux, à la diffusion du progrès technologique et à la multinationalisation des opérateurs. L'Europe entendait garantir l'activité de ses multinationales à l'étranger, grâce à des règles de jeu analogues à son marché intérieur. Mais, l'élan de globalisation de l'économie se confrontait à la disparité des systèmes juridiques, face au retard des législations en Afrique. Les forces des marchés libéralisés à l'étranger exerçaient des pressions sur les monopoles publics dans les États africains. L'« impératif d'accès » résulte de la volonté politique pour chaque marché d'accéder aux services communs de télécoms, « parce qu'il y a des monopoles comme des réseaux de

¹¹⁹⁹ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 45.

¹²⁰⁰ PH. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation... op.cit.*, p. 17.

¹²⁰¹ *Ibidem*, p. 27.

¹²⁰² Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 de la présente thèse.

transport, auxquels les opérateurs doivent avoir accès pour offrir leurs produits à des acheteurs ».¹²⁰³

479. La liaison des marchés occidentaux et africains est un aspect géopolitique¹²⁰⁴ sous-jacent de la mondialisation.¹²⁰⁵ Au départ de l'Occident, « [l]es idées de dérégulation se fondent en principe, sur la croyance que seules les lois du marché peuvent suffire à organiser un secteur ».¹²⁰⁶ C'est ainsi que dès 1980, les États-Unis et l'Europe anticipèrent sur les enjeux technologiques et commerciaux en lançant l'idée d'étendre au domaine des services, les règles libérales du GATT, autrefois limitées au commerce des marchandises. La réforme du commerce international qui préexistait dans l'Accord du GATT est à la base d'un nouvel ordre économique mondial.¹²⁰⁷

480. Cependant, la restructuration du marché électronique et son internationalisation impliquent la souveraineté des États.¹²⁰⁸ « Classiquement, la souveraineté s'entend de l'existence d'un monopole étatique sur l'énonciation et l'application du droit. La souveraineté s'entend notamment du pouvoir de dire le droit, de commander par la norme. "Dire la loi est le premier fondement de la souveraineté"¹²⁰⁹ ». ¹²¹⁰ L'étude de l'expérience en Europe démontre que le « droit des télécommunications s'"instrumentalise" », au regard des évolutions technologiques des marchés et des politiques.¹²¹¹ Les règles ordolibérales de l'Europe (et celles néolibérales des États-Unis) ont servi de modèle de réajustement des droits de télécoms dans les États tiers. Par conséquent, les États africains devaient eux-mêmes procéder à des politiques législatives de libéralisation du droit de l'accès aux marchés en faveur de leurs citoyens et face aux multinationales occidentales. L'application de la dérégulation des télécoms en Afrique se présente comme la « composante d'une politique multilatérale » de l'occident en dehors de ses espaces de souveraineté.¹²¹²

481. L'OMC reste la source formelle de l'engagement des États africains dans le processus de dérégulation.¹²¹³ En remplacement de l'ex-GATT, l'OMC a été instituée le 15 avril 1994, par la signature de l'Acte final de Marrakech. Son Annexe 1B, est plus illustre dans ses sigles "AGCS" (en français) et "GATS" (en anglais). L'AGCS est à la base d'un « système commercial multilatéral intégré »: le préambule et l'article II de cet Acte final

¹²⁰³ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1^{re} éd., 2011, p.7.

¹²⁰⁴ Cf. pour le déplacement des facteurs de puissance dans la sphère des télécoms, M. VOLLE, « Géopolitique du Cyberspace », in P. HASNER (sous. la dir.), *Les Notices*, 2^e éd., La documentation française, Paris, 2012, p.209-213. *Cahier français*, n°372, p. 8-11. L'auteur présente les influences du monde cinétique dans le cyberspace et vice-versa, autour des axes d'observation : « géopolitique de la cybercriminalité », « Délits financiers et crime organisé », « La démocratie menacée par la restauration du pouvoir féodal [dans le cyberspace] », « Guerre dans le cyberspace », « Faire entrer la démocratie dans le cyberspace ».

¹²⁰⁵ PH. MOREAU DEFARGES, *La gouvernance... op.cit.*, p.91. Selon l'auteur, « Le monde de la géopolitique s'organise autour de la guerre, des luttes pour les territoires, des jeux à somme nulle : les richesses se font par le pillage, la puissance par la conquête ». Au vu de la mondialisation des télécoms, la restructuration des monopoles africains en marché ouvert reste un enjeu économique, tout autant que l'aspect géopolitique relève du positionnement stratégique d'anciennes EPIC européennes, comme opérateur (nouveaux entrants), dans le nouveau contexte d'économie de marché.

¹²⁰⁶ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 3.

¹²⁰⁷ Cf. [www.wto.org] (consulté le 2 juillet 2016). Le GATT régissait depuis 1947 le commerce international de marchandises. Les accords de l'OMC sont couramment appelés l'acte final de l'Uruguay Round négociations commerciales de 1986-1994. En 1994, l'Acte final contient des textes d'interprétation des articles de l'Accord du GATT de 1947.

¹²⁰⁸ Article 2, Charte des Nations Unies : « L'Organisation des Nations Unies et ses Membres, dans la poursuite des buts énoncés à l'article 1, doivent agir conformément aux principes suivants : 1. L'organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres. [...] »

¹²⁰⁹ K. BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme*, Montréal, éd. Thémis, 2008, p. 55 et 56.

¹²¹⁰ P. TRUDEL, *op.cit.*, p. 10.

¹²¹¹ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 45.

¹²¹² J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p.123. UIT, « Une régulation efficace », Rapport, *Tendances des réformes dans les télécommunications*, 2002.

¹²¹³ C. GUERRIER, *op.cit.*, p. 96 et s. J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p. 127-129.

établissent l'OMC comme cadre institutionnel du commerce international. Son annexe 1B (AGCS/GATS/OMC) réforme donc fondamentalement l'objet du droit international du commerce en y insérant désormais le domaine des services, à l'exception de ceux fournis par l'exercice du pouvoir régalien.¹²¹⁴

482. La contrainte de la dérégulation des télécoms en Afrique découle de cette base conventionnelle, négociée au fur et à mesure des sessions de l'*Uruguay Round* (1986-1993). Celles-ci ont abouti le 15 avril 1994 à la création de l'OMC, dont l'accord est entré en application au 1^{er} janvier 2015. Cet accord a servi de passerelle d'influences pour l'adhésion des États africains aux objectifs de l'économie de marché. Ainsi, les États de traditions juridiques différentes ont pu engager des rounds « de dialogues [qui] se construisent autour des valeurs et des conceptions parfois différentes ».¹²¹⁵

483. Sous l'égide de l'OMC, les modes d'organisation de marchés régulés ont été uniformisés sur base des principes « ordolibéraux » européens et « néolibéraux » américains, en direction de l'Afrique.¹²¹⁶ L'OMC/GATT a été institutionnalisé en 1994,¹²¹⁷ mais d'autres négociations séparées ont permis une élévation progressive des niveaux de libéralisation des marchés des services entre les États européens et africains, à travers plusieurs accords sectoriels.¹²¹⁸ Le quatrième protocole du GATS/AGCS, issu du groupe de négociations sur les services (GNS), correspond à l'« accord spécifique sur les télécoms de base » (BATS) du 15 février 1997, applicable au 5 février 1998. Cet accord engage les États signataires à ouvrir à la concurrence leurs marchés de télécommunications. Le processus devait faire application des principes fondamentaux du GATS relatifs à l'accès au marché et au traitement national, selon des calendriers et des impacts différents.¹²¹⁹ Les secteurs des services et des équipements des télécoms font respectivement l'objet de cet accord : d'une part, le téléphone, le télex, la télécopie, la transmission des données et d'autre part, les moyens des transports des signaux (câbles, fibres optiques, fréquences hertziennes ou satellites).

484. Ainsi, l'accord général de l'OMC de 1994 (annexe 1B/AGCS) demeure la source formelle de la déréglementation en Afrique. Son accord spécifique sur les télécoms de 1997 engage, particulièrement, les États africains dans une transition des normes et des modes de gestion de leurs services publics en vue d'ouvrir les marchés nationaux au jeu de la concurrence internationale. Ces changements ont été perçus comme « contraints et forcés »¹²²⁰, là où d'autres y ont vu un « affrontement des parties du monde », duquel

¹²¹⁴ AGCS/GATS, accord général sur le commerce et les services (OMC), [www.wto.org] (consulté le 14 juin 2015).

¹²¹⁵ P. TRUDEL, « La souveraineté en réseau », *op.cit.*, p.14.

¹²¹⁶ F. DENORD, R. KNAEBEL, P. RIMBERT, « L'ordolibéralisme allemand, cage de fer pour le vieux continent », *Le Monde diplomatique*, août 2015, p. 20 et 21. « Contrairement aux libéraux classiques, les ordolibéraux ne considèrent pas le marché ou la propriété privée comme des produits de la nature, mais comme des constructions humaines, et donc fragiles. L'État doit rétablir la concurrence si elle ne fonctionne pas. »

¹²¹⁷ [www.wto.org] (consulté le 14 juillet 2016.) À la base de l'Organisation Internationale du Commerce, les accords du GATT avaient été signés par vingt-trois (23) États à Genève le 30 octobre 1947 et avaient pris effet le 1^{er} janvier 1948. Les accords du Round de négociations d'Uruguay ont abouti à la mise en place de l'OMC en 1995, avec la signature par cent vingt-trois (123) États à Marrakech le 14 avril 1994.

¹²¹⁸ Après l'institutionnalisation de l'OMC en 1994, des groupes spécifiques de négociations avaient été mis en place, afin de poursuivre des négociations devant donner lieu à des engagements spécifiques. Cela devait concerner cinq secteurs dits « secteurs particuliers », à savoir : mouvements des personnes physiques, transports aériens, services financiers, transports maritimes, télécommunications de base.

¹²¹⁹ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 30. « En ce qui concerne les États membres de l'UE, l'impact du 4^e protocole demeure assez limité, vu qu'il n'impose pas d'obligations supplémentaires lorsqu'on le compare avec les dispositions communautaires pertinentes », déjà adoptées par les institutions européennes dans leur harmonisation du cadre réglementaire des télécommunications. Cf. pour les aspects de transformation du droit communautaire des télécoms en Europe : Chapitre 1 du présent titre de thèse.

¹²²⁰ J. DO-NASCIMENTO, « La déréglementation du marché africain des télécommunications », in J-J GABAS (sous la dir.), *Société numérique et développement en Afrique, usage et politiques publiques*, éd. Karthala, Paris, 2004, p. 123.

émergent des « normes universelles, gouvernance globale » dans « une mondialisation toujours plus inclusive ».¹²²¹ Mais, le succès mondial de leur application tient du fait des soixante-dix États signataires dès le départ, dont trente-cinq africains sur les cinquante-cinq du continent. Au moment de la conclusion de l'accord spécifique (BATS), l'ensemble des signataires représentait 90% du chiffre d'affaires du secteur mondial des télécoms.¹²²² En effet, « Comme le GATT auparavant, l'OMC, rassembl[e] l'immense majorité des États (153 membres et 35 observateurs au début de l'année 2009) au sein d'une sorte de forum de négociation continue [...]. Les missions de l'OMC consistent à assurer la mise en œuvre, l'administration et le fonctionnement du système commercial multilatéral établi par les traités conclus entre les États membres. »¹²²³

485. Aux termes de l'AGCS/OMC, chaque partie contractante doit éliminer toutes les entraves susceptibles d'ériger des barrières à l'entrée des marchés de service et lutter contre les pratiques discriminatoires. À ces obligations générales, l'annexe relative aux services de télécommunications précise les conditions d'accès et d'exploitation des réseaux :

- l'interdiction est faite à l'opérateur de contrôler les infrastructures des réseaux à travers des opérations de concentration industrielles ou de se trouver en position de monopole ;
- l'interconnexion doit être assurée pour l'ensemble des concurrents à n'importe quel point du réseau : l'interconnexion des réseaux suppose un accès sans contrainte des concurrents aux infrastructures ;
- la mise en œuvre de procédures objectives, transparentes et non discriminatoires d'attribution des ressources rares (fréquences, numérotation aux opérateurs et aux prestataires de réseaux...) ;
- l'élimination des pratiques anticoncurrentielles : subventions croisées, ententes entre opérateurs, rétention d'informations techniques [...] ;
- le contrôle des politiques de tarification : des mécanismes d'encadrement des tarifs peuvent être mis en œuvre pour éviter la distorsion de la concurrence ;
- l'obligation de service universel : les opérateurs doivent être soumis à des obligations de continuité du service, de fonctionnalité des équipements et de couverture géographique »

486. En 1999, la *Revue du droit de l'informatique et des télécoms* avait mené une étude très instructive sur l'adhésion réservée des pays du Tiers-Monde aux accords de l'OMC, en se référant à l'Afrique comme seul continent qui ne possédait aucun État très développé dans le secteur des télécommunications.¹²²⁴ Réfléchissant dans le contexte du « Droit international et pays étrangers », Claudine Guerrier rappelle que pour l'OMC « la libéralisation est le maître mot. Elle implique des clauses juridiques précises ». ¹²²⁵ Toutefois, tout en encourageant la libéralisation, il n'en demeure pas moins que l'État devait jouer un rôle moteur suivant les réformes de l'UIT ou de l'OMC dans le domaine des télécommunications. L'économie globalisée a immergé les pays en cours de développement dans le nouvel ordre juridique international, les contraignant à s'adapter au marché, à la concurrence. La nouvelle idéologie libérale a fait triompher la considération que le concurrence est un facteur de progrès, tant pour les spécialistes de l'économie que du droit.

¹²²¹ P. MOREAU DEFARGES [2012a], *op.cit.*, pp. 25, 84 et 110.

¹²²² P. MUSSO, *op.cit.*, pp.74 et s. C. GUERRIER, *op.cit.*, p. 92.

¹²²³ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 576.

¹²²⁴ *Droit de l'informatique et des télécoms*, *Computer & Telecoms law review*, Revue trimestrielle, avec la collab. de « EDIT », 16^e année, Paris, 1999/1.

¹²²⁵ C. GUERRIER, *op.cit.*, p. 92.

487. Cependant, l'adhésion des États africains à l'OMC a été influencée par un relatif intérêt et par des appréhensions eu égard non seulement au retard de développement de leurs marchés mais aussi au manque de maîtrise cognitive des technologies sous-jacentes.¹²²⁶ Par conséquent, les « deux variables (investissement immatériel, expérience du marché) ont déterminé le positionnement des pays en voie de développement face aux négociations et à la ratification du 4^e protocole (services de base de télécommunications) annexé à l'AGCS. »¹²²⁷

488. Ainsi, plusieurs constats juridiques se dégagent avec des conséquences quant à l'application des normes de l'OMC entre l'Afrique et l'Europe, notamment.¹²²⁸ Le premier constat est que « [l]a majorité des États africains n'a pas signé ces accords. [...] C'est le cas de l'ex-Zaïre (ainsi dénommé au moment de la ratification), actuelle République Démocratique du Congo, qui n'a pu exploiter ses richesses naturelles pour se doter d'infrastructures suffisamment fiables ». ¹²²⁹ Le deuxième constat est que « [b]eaucoup de pays en développement se sont refusés, en adhérant à ce protocole, à supporter des contraintes excessives auxquelles il aurait été impossible de se dérober ». ¹²³⁰ Par conséquent des réserves et des engagements spécifiques ont concerné les pays africains sur deux aspects : leur insistance à maintenir des droits spécifiques et spéciaux en faveur de l'opérateur historique ; les exemptions à la clause de la nation la plus privilégiée (NPF). ¹²³¹ « Telle est la "tentation" des États africains qui veulent accéder aux bienfaits de l'économie de marché tout en conservant une forme de souveraineté ». ¹²³² La doctrine a parlé d'« une peur justifiée de l'Afrique face à la mondialisation des marchés ». ¹²³³

489. En définitive, les marchés africains ont été inclus par l'OMC dans la dynamique des réformes réglementaires des secteurs de télécoms, autour des objectifs de dérégulation. Dans la réforme, la « suppression des droits exclusifs et spéciaux et le principe de la Nation la plus favorisée sont des concepts incontournables. [...] Le droit des télécommunications, au niveau international, ajoute qu'une autorité de régulation, capable d'établir une solution de compromis entre ancien(s) et nouveaux entrants, sera indispensable au gouvernement et de ses prétentions à la souveraineté sur les télécommunications ». ¹²³⁴ Ainsi, avec l'OMC, les standards du système de marché et des principes de réglementation des télécoms sont identiques d'un continent à un autre. Il importe toutefois de comparer les modalités de leur application en Afrique et en Europe. (B.)

¹²²⁶ *Ibidem*, p. 93. En fait, l'« investissement immatériel, essentiel dans les technologies de l'information, comprend les logiciels, la recherche, indispensables aux services de télécommunications ».

¹²²⁷ *Ibidem*, pp. 92-93.

¹²²⁸ Cf. Point B (le point suivant) de la présente thèse.

¹²²⁹ *Ibidem*, pp. 92-93.

¹²³⁰ *Ibid.*, pp. 94-95.

¹²³¹ *Ibid.*, pp. 95. Notamment : « Le protectionnisme est de type "défensif". Il convient de le distinguer de l'ancien protectionnisme "offensif" des États-Unis d'Amérique et du Japon, qui maintenait des barrières douanières afin de gêner l'introduction des concurrents dans le domaine des TIC et accéder librement aux services des pays étrangers. Le protectionnisme "défensif" est condamné à moyen terme. L'Europe a été séduite (préférence communautaire) autrefois par ce concept, même si le principe progressiste libéral l'a emporté ».

¹²³² *Ibid.*, p. 95.

¹²³³ G. BAKANDEJA, *op.cit.*, p. 159. « À l'ère de la mondialisation des échanges et des marchés, d'aucuns s'interrogent sur ce qui peuvent tirer comme mprofit les pays en développement en général et ceux de l'Afrique en particulier dans ce phénomène qui, loin s'en faut n'est pas nouveau. [...] Mais, devant les inégalités criantes des économies qui persistent, [...] on peut se demander dans quelle mesure une telle ouverture ne comporte pas de risques d'aggravation de ces mêmes inégalités, voire de domination et d'une forme voilée de colonisation des pays en développement par ceux industrialisés ».

¹²³⁴ *Ibid.*, pp. 95-96.

*B./ LA COMPARAISON DES PROCÉDÉS LÉGISLATIFS
DE LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS EN EUROPE ET EN AFRIQUE*

490. Chaque État selon sa culture juridique a adopté les normes de l'OMC dans ses principes et objectifs ci-dessus, et les a appliquées de manière uniforme mais avec plus ou moins de rapidité. En Europe, notamment, où la mainmise sur les télécoms par l'État était souvent une donnée idéologique, la marche vers l'autorité de régulation indépendante fut lente.¹²³⁵ « Encore fa[llait]-il que certains États, surtout en développement, cessent [également] de considérer que les télécommunications sont un élément de la souveraineté, vision incompatible avec la liberté des échanges ».¹²³⁶ Pour les États africains, comme la RDC, c'est par mimétisme contraint que l'ensemble des principes néolibéraux concourrait à s'appliquer, dans le contexte de transfert des technologies occidentales, de la mondialisation des marchés et particulièrement de la multinationalisation des opérateurs libéraux occidentaux vers les marchés africains en retard de déréglementation.

491. À la suite de la déréglementation européenne, la « rémanence »¹²³⁷ en Afrique des monopoles étatiques des télécoms créait une différence des structures des marchés. Cette disparité des systèmes juridiques constituait des obstacles pour la mondialisation des marchés électroniques. Les services publics monopolistiques contrastaient avec la liberté voulue pour assurer le dynamisme du marché des services, sa compétitivité, sa croissance, sa profitabilité, l'amélioration de la qualité d'offre des services aux consommateurs. Et pourtant, la Commission européenne a inscrit ces objectifs du marché concurrentiel, dès le commencement du processus de libéralisation. En Europe, l'émergence de l'acquis communautaire européen se réfère à l'adoption en 1987 du *Livre vert* visant sur le développement du marché commun des services et de l'équipement de télécommunications.¹²³⁸ Les premières mesures formelles de libéralisation des télécoms portaient déjà en 1988 sur le marché des terminaux (directive 88/301/CEE)¹²³⁹ et en 1990 sur les services de télécoms (directive 90/388/CEE)¹²⁴⁰. Il était question de supprimer les dernières restrictions à l'usage de l'infrastructure de réseaux. La directive 96/19/CE¹²⁴¹ réalisa cet objectif particulier de libéralisation. La pleine concurrence a ainsi été garantie par l'ouverture des réseaux au 1^{er} janvier 1998, à l'issue de plusieurs révisions du cadre réglementaire.¹²⁴²

492. Comme l'Europe avait déjà initié l'ouverture du droit de l'accès sur ses propres marchés, le retard législatif des secteurs africains de télécoms constituait une entrave au

¹²³⁵ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse.

¹²³⁶ *Ibid.*, p. 95.

¹²³⁷ Dictionnaire : *Le petit Larousse illustré 2017*, p. 992 Verbo « Rémanence » : se dit de la « propriété d'une sensation virtuelle, notamment visuelle, de persister après la disparition du stimulus ». Pour notre contexte de thèse, le terme traduit le fait que les monopoles demeuraient encore sur le continent africain, alors que ses fondements originels, hérités de l'Europe coloniale, y avaient déjà été balayés.

¹²³⁸ COM (87) 290 du 30 juin 1987.

¹²³⁹ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, dite directive « terminaux de télécommunications », JOCE, L113, 27 mai 1988, p. 73.

¹²⁴⁰ Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, dite directive « services de télécommunications », JOCE, L192, 24 juin 1990, p. 10.

¹²⁴¹ Directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des services de télécommunications, JOCE, L 74, 22 mars 1996, p. 13.

¹²⁴² Directive 94/46/CE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particuliers les communications par satellite, JOCE L 268, 19 octobre 1994, p. 15. Directive 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 modifiant les directives 98/388/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévisions pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, JOCE, L 256, 26 octobre 1995, p. 49. Directive 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles, JOCE, L 20, 26 janvier 1996, p. 59.

développement des télécoms, au vu de l'internationalisation des réseaux. Aujourd'hui encore, l'acquis du droit européen traduit cette considération, selon laquelle « le développement des services de la société de l'information est limité par un certain nombre d'obstacles juridiques au bon fonctionnement du marché intérieur s'il arrivait à subsister les divergences des législations ainsi que l'insécurité juridique des régimes nationaux applicables à ces services ».¹²⁴³

493. C'est pourquoi depuis le milieu de la décennie 1990, les accords interétatiques de l'OMC veillent à assurer la mise en concordance des règles internationales des marchés de services de télécoms. L'approche multilatérale a permis aux États africains d'adopter la libéralisation de leurs services publics monopolistiques, d'héritage colonial. De la sorte, le « *droit d'ailleurs* » s'est diffusé en Afrique, selon les termes du doyen Jean Carbonnier dans sa réflexion sur la « production du droit ».¹²⁴⁴ Il est ainsi question des « droits venus d'ailleurs » et « des droits qui ne se cachent pas d'être étrangers ».¹²⁴⁵ En France, « On aurait pu supposer que de Gaulle, par une certaine idée de la France, répugnerait à laisser s'installer dans notre système de droit une sorte de législateur apatride ».¹²⁴⁶ Mais en Afrique, l'adhésion massive des États à l'OMC produisit un mimétisme de l'expérience européenne pour une transition des politiques législatives des télécoms.¹²⁴⁷

494. Par conséquent, les droits nationaux africains ont été réformés à un seuil minimum répondant à la temporalité et à la matérialité des droits européens, en application des règles du droit international. La dérégulation en Afrique a été réalisée par la synergie d'actions entre l'OMC et d'autres organisations internationales. À cet effet, l'UIT,¹²⁴⁸ le FMI,¹²⁴⁹ et la BM¹²⁵⁰ exercèrent (et exercent encore) un véritable pouvoir réformateur des institutions juridiques sur ce continent, car elles sont « du nombre des institutions internationales appelées à jouer un rôle incontournable dans l'action publique sur l'économie ».¹²⁵¹

495. Premièrement, l'UIT a développé une force d'imposition de ses méthodes vis-à-vis des États africains, qui sont, depuis leurs époques coloniales, membres de cette plus ancienne

¹²⁴³ Considérant n°05, directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, préc.

¹²⁴⁴ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, préc., p. 44.

¹²⁴⁵ *Ibid.*

¹²⁴⁶ *Ibid.*, p. 47-48.

¹²⁴⁷ Il est à rappeler que 35 pays africains sur les 55 du continent étaient signataires de l'accord spécifique de l'OMC de 1997 sur les télécommunications, sur les 70 signataires de départ.

¹²⁴⁸ [www.itu.int] (consulté le 2 juillet 2016.) L'UIT a été fondée à Paris en 1865 sous le nom de l'Union télégraphique internationale. Elle porte son nom actuel depuis 1932. En 1947, elle est devenue l'une des institutions spécialisées de l'ONU. Bien que son domaine initial d'activité fût la télégraphie, ses travaux couvrent aujourd'hui l'ensemble du secteur des TIC, de radiodiffusion numérique à l'Internet, en passant par les technologies mobiles et la TV3D. Elle compte aujourd'hui 193 pays membres et près de 800 entités du secteur privé et établissements universitaires Membres de secteur. Elle reste fondée sur la coopération internationale entre les gouvernements (États membres) et le secteur privé (membres de secteur, Associés, établissements universitaires).

¹²⁴⁹ [www.imf.org] (consulté le 2 juillet 2016.) Le FMI (le Fonds) a été créé en juillet 1944, lors d'une conférence de l'ONU à Bretton Woods dans le New Hampshire (États-Unis). Il encourage la stabilité financière et la coopération monétaire internationale, et s'efforce aussi de faciliter le commerce international, d'œuvrer en faveur d'un emploi élevé et d'une croissance économique durable, et de faire reculer la pauvreté dans le monde. Le FMI est gouverné par ses 189 États membres, auquel il rend compte de son action.

¹²⁵⁰ [www.banquemondiale.org] (consulté le 2 juillet 2016.) La BM, depuis sa création, s'est élargie pour passer d'une seule institution à un groupe de cinq organismes de développement étroitement liés entre eux. Initialement chargée de soutenir le processus de reconstruction et de développement d'après-guerre (d'où son nom), la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) a désormais pour mandat de réduire la pauvreté dans le monde aux côtés de son institution affiliée, l'Association internationale de développement (IDA), et les autres membres du Groupe de la Banque mondiale, la Société financière internationale (IFC), l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

¹²⁵¹ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 573.

organisation internationale de l'histoire.¹²⁵² Paradoxalement, l'UIT trouvait vocation à faire appliquer en Afrique les accords de l'OMC (1994 et 1997), alors qu'elle n'avait guère usé d'autant de pouvoirs réels, ni de contraintes en Europe. En effet, à l'occasion du tournant décisif de l'Europe des télécoms des années 1980, l'UIT fut considérée comme une instance de discussion. Néanmoins, sa compétence internationale primait sur les aspects d'utilisation des fréquences radioélectriques. La politique européenne en la matière reste dans les limites de la Conférence européenne des administrations des postes et télécommunications au niveau européen.¹²⁵³ Pour le reste, l'ensemble de l'harmonisation européenne a été réalisée sous l'autorité de ses institutions, à travers la transposition de leurs directives et autres règles par les États membres.¹²⁵⁴ L'Europe avait pu s'assurer de la sauvegarde de ses intérêts économiques tant nationaux que communautarisés,¹²⁵⁵ préalablement aux mesures de libéralisation. Elle avait donc su, contrairement à l'Afrique, maîtriser ses propres enjeux politiques dans le décloisonnement de ses marchés territoriaux et dans la dérégulation de son marché intérieur, dans l'ordre de la mondialisation de l'économie.¹²⁵⁶

496. Deuxièmement, les institutions financières internationales, dites de *Bretton Woods*, se trouvaient déjà en 1994-1997 en « Programme d'Ajustement Structurel » (PAS) avec les États africains.¹²⁵⁷ Les finances publiques de ces derniers étaient en réelle difficulté au cours des années 1990, de sorte que cet état de faiblesse accroissait les besoins de leur trésor public.¹²⁵⁸ La dérégulation des télécoms permettait d'espérer l'ouverture des droits d'accès, afin de bénéficier d'investissements et de capitaux étrangers sur leurs territoires. En même temps, cette transformation offrait l'opportunité d'entrée des devises extérieures en contrepartie de la concession des droits d'exploitation à accorder à des multinationales étrangères sur leurs marchés.¹²⁵⁹ De surcroît, les conditionnalités de prêt de la BM et du FMI

¹²⁵² J. CATTAN, *op.cit.*, p. 24. A. MANIN, « organisations internationales », *Répertoire international*, Dalloz, 1998, p. 20 et s. Sans dénier leurs anciennetés aux premières commissions fluviales du Danube et du Rhin, l'UIT est l'émanation et la continuité de l'Union internationale du télégraphe créée en 1865. À ce jour, l'UIT compte parmi les agences du système de l'ONU. L'UIT fournit le cadre institutionnel nécessaire à la coordination des politiques des télécoms dans ses 193 États membres.

¹²⁵³ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 19. L'harmonisation de l'utilisation du spectre radioélectrique est assurée, au niveau international par l'UIT et ses CMR. La CEPT, regroupant 43 membres est impliqué au niveau européen. Mais les décisions ne sont pas de la compétence des institutions européennes et la législation communautaire sur le sujet n'est que partielle.

¹²⁵⁴ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, dite directive « terminaux de télécommunications », JOCE, L113, 27 mai 1988, p. 73. Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, dite directive « services de télécommunications », JOCE, L192, 24 juin 1990, p. 10. Directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des services de télécommunications, JOCE, L74, 22 mars 1996, p. 13.¹²⁵⁴ Considérant n°05, directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, préc.

¹²⁵⁵ M. CARPENTIER, *Télécommunications en Europe*, Bruxelles, CEE, 1998, p.18, cité par R. GILARDIN, *op.cit.*, p.38. « Par comparaison avec les potentiels concurrents, aucun marché national européen ne représentait plus de 6% du marché mondial, pour plus de 35% pour le marché étasunien et près de 11% pour le marché japonais, alors que le marché potentiel que constituait la CEE représentait 22,4% du marché mondial. »

¹²⁵⁶ En s'ouvrant graduellement à la libéralisation, elle brisa d'abord les cartels et autres monopoles verticaux des équipements et des réseaux sur ses marchés locaux et territoriaux. Ensuite, elle libéralisa les services des télécoms dans tout son espace économique. Enfin, elle assura l'accès aux infrastructures de ses opérateurs historiques ainsi que la pleine concurrence, en habilitant des organes indépendants de régulation de veiller au bon fonctionnement du jeu du marché.

¹²⁵⁷ [www.imf.org] (consulté le 2 juillet 2016.) Le FMI (le Fonds) a été créé en juillet 1944, lors d'une conférence de l'ONU à Bretton Woods dans le New Hampshire (États-Unis). Il encourage la stabilité financière et la coopération monétaire internationale, et s'efforce aussi de faciliter le commerce international, d'œuvrer en faveur d'un emploi élevé et d'une croissance économique durable, et de faire reculer la pauvreté dans le monde. Le FMI est gouverné par ses 189 États membres, auquel il rend compte de son action.

¹²⁵⁸ Dans le cadre du quatrième protocole annexé à l'AGS, l'Afrique du Sud, la Côte d'Ivoire, le Ghana, l'Ile Maurice, le Sénégal, le Maroc, la Tunisie, le Nigéria, la RDC, Djibouti, la Gambie et le Zimbabwe contractèrent des obligations conventionnelles aux prêts contre mesure de libéralisation du PAS.

¹²⁵⁹ K. NDUKUMA ADJAYI, *op.cit.*, pp. 84 et 112. UIT, *Rapport Indicateurs des télécommunications africaines*, 2001. L'adjudication par le Maroc en juillet 1999 de sa première licence (GSM-900) à un exploitant privé pour un montant de un

(« *linkage financier* » additionnel) requéraient des privatisations des entreprises publiques à monopole.¹²⁶⁰ En France, les mesures de libéralisation des télécoms avaient été approfondies par le changement de statut de France Télécom. Celle-ci était passée du statut d'EPA à EPIC, avant de devenir une société anonyme et de céder enfin les parts majoritaires de l'État dans ladite société. Mais, en Afrique, toutes ces restructurations non spécifiques aux télécoms ont souvent participé, sans cohérence directe, à la déclinaison du modèle néolibéral dans le contexte des États africains, malgré leur manque général de maîtrise et de préparation dans l'adoption du modèle ordo-libéral européen.¹²⁶¹

497. En définitive, pour les États africains dans les années 1990, le dynamisme de leurs propres politiques publiques ne fut pas à la base de la libéralisation de leurs secteurs de télécoms. Ils escomptaient, en contrepartie de la fin des monopoles, des transferts de technologies et de capitaux, grâce à de nouveaux investissements privés étrangers. Les réformes engagées sur le plan national, faisaient également suite à une dimension géopolitique à l'aube des années 2000, eu égard à l'extraversion et à l'extension des marchés électroniques européens. Leurs opérateurs historiques, anciennement détenteurs de monopole, étaient déjà à la conquête d'autres marchés territoriaux, en se transformant en firmes multinationales. La sagesse de l'histoire retient que « [c]es poussées du commerce, dans le sillage des grandes découvertes (XV^e siècle) puis de la révolution industrielle (XIX^e) s'accompagnent [toujours] de grandes mutations politiques ». ¹²⁶² Dans le « tissu économique planétaire », ¹²⁶³ l'essor des télécoms s'inscrivait « dans ce mouvement de planétarisation [où] il faut toujours produire à la meilleure qualité, au meilleur endroit, dans les meilleurs délais, au meilleur prix, à proximité des marchés les plus porteurs (aujourd'hui, l'Asie-Pacifique, demain, l'Afrique) ». ¹²⁶⁴ Le processus économique de mondialisation créait une dynamique globale, entraînant une forme d'eupéanisation (et d'américanisation) du droit africain ainsi que des marchés des télécoms. Il est également évident que la « mondialisation appelle un ordre universel ne laissant en principe personne lui échapper », d'autant que « La seule défense contre la mondialisation réside dans la soumission à ses lois : commercialisation, marchandisation, juridicisation ». ¹²⁶⁵ Toutefois, le système juridique africain présente des disparités et des particularités de contexte. (§2.)

milliard de dollars suscita des émules, sans malheureusement atteindre le seuil des ressources financières réalisées : cas du Sénégal en 2000 avec la 2^{ème} licence reprise à SENTEL en vue de sa remise aux enchères; Cas de la RDC en 1998 avec la première licence GSM 1800 à CWN, *Congolese Wireless Network*, pour la modique somme de cent fois moins cher (2.000.000 \$) qu'au Maroc et payée en plusieurs tranches.

¹²⁶⁰ J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, pp. 140 et s. L'Angola, le Kenya et la Mauritanie sont les autres États africains qui cédèrent au linkage en vue du déblocage des fonds alloués dans les PAS en contrepartie des mesures effectives de libéralisation.

¹²⁶¹ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1, Section II, de la présente thèse.

¹²⁶² PH. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation*, préc., p. 51.

¹²⁶³ *Ibid.*, p. 100.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, pp. 110 et 111.

¹²⁶⁵ *Ibid.*, pp. 123 et 124.

§2. Les disparités du système juridique africain en contraste de son économie numérique

498. Les enjeux des télécoms et du numérique sont à la base des transformations des droits, des économies et des marchés. Il est important de « contextualiser »¹²⁶⁶ dans les institutions juridiques en Afrique, les réformes engagées à la suite des changements des règles européennes sur les télécoms de base.

499. Le droit de l'Union européenne s'inscrit dans l'objectif de construction du marché intérieur, alors que les ordres juridiques nationaux africains sont non-communautarisés. En réalité, si l'autorité des règles européennes se confronte à d'autres souverainetés nationales, en dehors de son espace économique.¹²⁶⁷ La globalisation des réseaux s'accompagne d'un rapprochement des droits nationaux européens et africains. Les échanges transcontinentaux et transnationaux comportent un facteur de risque, si de trop grandes différences existent dans les structures de marchés et les formes de régulation entre différents systèmes juridiques.

500. Particulièrement, les États africains ne disposent pas d'un marché intégré, ni d'une unicité de leurs ordres juridiques à l'échelle continentale, à la différence de l'Union européenne et de ses États membres. Les nombreux sous-ensembles régionaux africains tentent d'opérer leur intégration politique et économique africaine. Un aperçu du cadre juridique africain est nécessaire, pour justifier le choix porté sur le cas de RDC, comme « droit de rattachement », étant donné l'impossibilité de parler d'un « droit africain » comparable au droit européen et/ou français. Le droit congolais sert donc de cadre juridique autonome, avec une cohérence des sources, permettant d'apprécier et de comparer les politiques législatives par rapport à l'Europe, depuis les télécoms jusqu'à l'ère numérique. Si les systèmes juridiques présentent en Afrique de fortes disparités quant au régime de l'économie numérique (A.), il existe néanmoins une économie numérique sur le continent, qui se profile à travers des indicateurs-clés (B).

A. / L'HÉTÉROGÉNÉITE DES SYSTÈMES JURIDIQUES DE L'AFRIQUE FACE AUX ENJEUX MONDIAUX DES TÉLÉCOMS

501. L'Afrique n'étant pas un système juridique intégré, plusieurs organisations régionales tentent l'harmonisation des droits nationaux d'économie numérique, tout en conduisant des projets intégrateurs sur les télécoms dans leurs sous-ensembles économiques. L'intitulé « Union africaine » (UA, en sigle) désigne son institution politique, sans que ses droits nationaux ne soient placés sous l'autorité d'un système homogène. L'UA est la seule organisation d'échelle continentale, mais ses objectifs d'intégration politique du continent sont encore loin d'être matérialisés. Elle n'exerce pas d'autorité supranationale. Le niveau d'intégration économique et juridique de ses États membres est insuffisant. À propos, l'Union Africaine, ancienne OUA, s'est assigné pour objectif de « promouvoir et défendre les positions africaines communes sur les questions d'intérêt pour le continent et ses peuples ».¹²⁶⁸ Elle travaille pour « la solidarité et l'unité parmi les africains », que les chiffres

¹²⁶⁶ « Contextualiser » : replacer une action, un fait dans le contexte historique, social, artistique, etc., dans lequel ils se sont produits. (*Le petit Larousse Illustré 2017*, Dictionnaire de langue française, p. 293.)

¹²⁶⁷ L. DUGUIT, *op.cit.*, pp. 9, 11 et 13. « Les deux mots latins dont paraît dériver le mot souveraineté, *superanus* et *supremitas*, désignaient le caractère de celui dont la seigneurie ne relevait d'aucune seigneurie supérieure [...] L'État est la nation organisée ; il est titulaire de la souveraineté [...] De là dérivent directement la notion de souveraineté nationale une indivisible, inaliénable et imprescriptible, notions formulées dans les déclarations et les constitutions de la période révolutionnaire. [...] Cette notion de personnalité de la nation, support de la souveraineté. »

¹²⁶⁸ Article 3, b), c) et d), Acte constitutif de l'UA, signé à Lomé (Togo) le 11 juillet 2000 [www.achpr.org/fr/instruments/au-constitutive-act/] consulté le 12 juillet 2016).

officiels de 2014 placent au nombre d'1.156.648.000 habitants.¹²⁶⁹ Elle est la plus grande organisation des États africains, créée en 2002, à Durban en Afrique du Sud, en application de la déclaration de Syrte du 9 septembre 1999. La mise en place de ses institutions a eu lieu en juillet 2003 au Sommet de Maputo au Mozambique. Ses missions et son fonctionnement ne la placent pas au cœur de la gestion des enjeux des télécoms, ni des réformes législatives nationales se rapportant aux transformations des marchés électroniques de son continent.¹²⁷⁰

502. L'Afrique n'est pas un système juridique comparable à l'Europe : cette dernière a « l'allure d'un réseau au sein duquel s'élabore une internormativité visant à assurer un dialogue entre différents ordres juridiques capables de générer des effets non seulement sur le territoire européen, mais partout aux différents lieux du réseau avec lequel il existe des interconnexions ». ¹²⁷¹ L'hétérogénéité du système africain ne permet pas une approche cohérente de droit comparé avec l'Europe, si aucun droit national n'est particulièrement pris en compte.¹²⁷² La comparaison avec le droit congolais présente l'avantage d'observer les changements législatifs dans le secteur des télécoms à la lumière des expériences européennes et françaises. En tant que deuxième « grand pays » africain par sa superficie après l'Algérie, la RDC est au centre du continent. Sa situation géographique lui permet de partager neuf frontières nationales avec les pays limitrophes. Cette position lui assure sa participation aux organisations sous-régionales du centre, du Sud, de l'Est et de l'Ouest du continent.¹²⁷³

503. Historiquement, la dissemblance des traditions juridiques entre États africains est liée à leur histoire coloniale et aux réalités locales. Les puissances occidentales signataires de l'Acte de la Conférence de Berlin du 26 février 1885¹²⁷⁴ avaient tracé les frontières administratives de leurs colonies, tout en définissant des zones de libre-échange et de libre circulation.¹²⁷⁵ Depuis leurs accessions à l'indépendance, les États africains exercent leurs souverainetés territoriales, sans avoir construit un « droit communautaire ». ¹²⁷⁶

504. Qu'il s'agisse du monopole des services publics ou de la dérégulation des marchés de télécoms, les droits nationaux en Afrique restent marqués par les évolutions d'enjeux économiques, techniques et juridiques, telles qu'initiales de l'Occident. Les accords de l'OMC de 1994 et de 1997 servent d'illustration, quant à l'alignement de l'Afrique au schéma de démonopolisation pour une économie de marché.¹²⁷⁷ Ainsi, ce ne sont pas les organisations régionales ou sous-régionales africaines qui furent à l'origine des réformes du cadre juridique des télécoms. Celles-ci demeurent un héritage d'implantation coloniale, de même que les règles de droit public général les situant dans le cadre d'un service public. « La plasticité de la

¹²⁶⁹ [http://www.au.int/fr] (consulté le 13 juillet 2016).

¹²⁷⁰ *Ibidem*.

¹²⁷¹ P. TRUDEL, « La souveraineté en réseau », *op.cit.*, p. 13.

¹²⁷² Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 2 et Partie 2 (en intégralité) de la thèse. Pour la suite et autant que nécessaire, des allusions au contexte général de l'Afrique sont rappelées, mais c'est le droit congolais qui sert de principal cadre de notre étude.

¹²⁷³ La RDC en Afrique, des sources diplomatiques : [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/republique-democratique-du-congo/presentation-de-la-republique-democratique-du-congo/article/geographie-et-histoire-80709] (consulté le 9 août 2017).

¹²⁷⁴ H. BRUNSHWIG, *Le partage de l'Afrique noire*, Paris, Flammarion, 2009 (1971), cité par C. DE GEMAU, « La Conférence de Berlin, 1885 », *Herodote.net, Toute l'histoire en un clic*, p. 1 et s. [www.herodote.net/Text/berlin-1885.pdf] (consulté le 12 juillet 2016). La conférence de Berlin organisée du 15 novembre 1884 au 26 février 1885, par le Chancelier Bismarck en collaboration avec l'ambassadeur de France, Alphonse Chodron de Courcel, traita du problème de l'Afrique.

¹²⁷⁵ I. SURUN (sous la dir.), *Les sociétés coloniales à l'âge des empires (1850-1960)*, Neuilly-sur-Seine, Atlande, 2012, p.71. « L'affirmation inexacte selon laquelle les européens se seraient partagés l'Afrique vient notamment du fait de la fixation arbitraire des frontières du bassin commercial du Congo. »

¹²⁷⁶ G. CORNU, *op.cit.*, p. 207. *Verbo* « communautaire » : le « Droit communautaire » est le « Droit de l'Union européenne ; ensemble des règles matérielles uniformes applicables dans les États membres de l'Union dont la source primaire est constituée par les traités d'institution et la partie dérivée par les règles établies par les institutions communautaires en application des traités ».

¹²⁷⁷ Plusieurs organisations multinationales extérieures (OMC, UIT, BM, FMI) menèrent directement la démarche pour ces changements, avec et auprès des États africains.

notion de service public tient lieu de sa justification historique, car elle est construite en France comme technique d'accompagnement juridique du passage de l'État libéral du XIX^e siècle à l'État interventionniste du XX^e siècle. Mais la notion est évolutive ». ¹²⁷⁸ En effet, « Rainaud constate que "le service public apparaît d'abord comme une intervention politique avant de devenir une notion juridique". De ce fait, [il] est sujet aux fluctuations d'ordre politique, mais ceci [...] ne se laisse plus enfermer dans les stricts schèmes du droit ». ¹²⁷⁹

505. Tout à l'inverse de l'Europe, les institutions africaines n'ont pas été à l'origine de la mutation technologie des télécoms vers l'économie numérique, ni à celle de transformation du mode d'intervention publique dans ce domaine. À défaut d'un marché unique et d'un ordre juridique à l'échelon continental, de fortes dissemblances d'objectifs et de niveaux d'intégration caractérisent la coexistence entre les multiples organisations des sous-régions de l'Afrique en matière des télécoms ou d'économie numérique. Chaque État conserve sa pleine souveraineté territoriale : les législations nationales restent autonomes et relèvent de la constitution de chaque pays, à moins d'une formalité contraignante, expressément reconnue aux actes constitutifs des organisations sous-régionales. ¹²⁸⁰ Les plus significatives d'entre elles sont : la CEDEAO ¹²⁸¹, la CEMAC ¹²⁸², la SADC ¹²⁸³, l'EAC ¹²⁸⁴, la Commission de l'Océan indien, la CEEAC ¹²⁸⁵, l'UMA ¹²⁸⁶, etc.

506. C'est ainsi qu'en Afrique diverses initiatives localisées permettent d'élaborer et d'exécuter des règles et des projets en matière de TIC, mais seulement à des échelles de quelques États adhérents. Toutefois, il y a des efforts d'harmonisation du droit des affaires et des initiatives de mise en cohérence des institutions et des règles juridiques continentales. L'organisation africaine des télécoms est limitée au panorama d'institutions étatiques sous-régionales politique et économique, spécialement parmi celles qui adoptent ou exécutent des projets et des normes des communications électroniques ou de l'Internet.

507. Il en est ainsi, par exemple, des zones de libre-échange de la SADC et du COMESA, qui autorisent l'itinérance mobile transfrontalière (dite « *international roaming* ») entre États membres. De même, la CEPGL ou la CEAC offrent des possibilités d'interconnexion directe ou de commerce électronique. Selon son Traité constitutif, le COMESA entend créer un corps unifié de règles et établir des conditions minimales de concurrence pour la création d'un marché libéralisé, dans le but de l'intégration régionale.

¹²⁷⁸ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *Droit public général, institutions politiques, administratives et européennes, droit administratif, finances publiques et droit fiscal*, LexisNexis, Coll. Manuel, Paris, 2015, p. 517.

¹²⁷⁹ *Ibidem*.

¹²⁸⁰ Comme cela est précisé, cette valeur s'attache par exemple au traité constitutif de l'OHADA et à ses actes uniformes. Il en est de même des règlements de l'UEMOA et de ses actes uniformes. Ces deux cas relèvent d'une intégration juridique, avec un droit communautaire affirmé. En revanche, l'Union africaine reste une organisation politique sans autorité supranationale sur la souveraineté des États.

¹²⁸¹ [<http://ecowas.int/>] (consulté le 13 juillet 2016.) Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest. Le Marché commun de l'Afrique orientale et australe aussi connu sous son acronyme anglais COMESA (*Common Market for Eastern and Southern Africa*), est une organisation internationale à vocation régionale de l'Est africain dont l'objectif est de créer une union douanière entre ses vingt pays membres.

¹²⁸² [<http://www.cemac.int/>] (consulté le 13 juillet 2016.) Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale.

¹²⁸³ [<http://www.sadc.int/>] (consulté le 13 juillet 2016.) Communauté de développement d'Afrique australe.

¹²⁸⁴ [<http://www.eac.int/>] (consulté le 13 juillet 2016.) Communauté d'Afrique de l'Est (EAC). Objectifs: promouvoir le développement et la coopération entre le Kenya, l'Ouganda et la Tanzanie. L'EAC est une organisation intergouvernementale des Républiques du Kenya, de l'Ouganda et de Tanzanie qui partagent une histoire, une langue, une culture et des infrastructures communs. Ces avantages fournissent aux États partenaires un cadre unique pour la coopération régionale. Sur le site officiel, il n'est pas renseigné des projets en rapport aux TIC.

¹²⁸⁵ [<http://www.ceeac-ecac.org/>] (consulté le 13 juillet 2016.) Communauté économique des États d'Afrique centrale.

¹²⁸⁶ [<http://www.maghrebarabe.org/fr/>] (consulté le 13 juillet 2016.) Union du Maghreb arabe. Créée en février 1989, l'UMA désigne l'organisation économique et politique formée par les cinq pays dits du « Maghreb arabe », à savoir l'Algérie, la Libye, le Maroc, la Tunisie ainsi que la Mauritanie, Son siège du secrétariat général est situé au Maroc, à Rabat.

Cette organisation dispose d'une politique des TIC et d'un projet d'harmonisation de la réglementation. Sa feuille de route envisage d'appliquer des principes réglementaires nationaux répondant aux enjeux de la libéralisation des marchés. Son objectif d'intégration économique place les infrastructures de télécoms, dans le même lot que le transport de marchandises, la circulation des personnes par voies routières, ferrées ou aériennes. En ce sens, les infrastructures de transport, de télécoms, d'énergie et d'eau font l'objet d'un modèle d'intégration des services d'utilité publique, réunis dans un même cycle de résultats. Le COMESA considère les moyens de communications comme des facilités, dans la conclusion et l'exécution des contrats commerciaux, le transfert des données et la commercialisation des produits.¹²⁸⁷

508. De son côté, la CEEAC a entrepris l'harmonisation des réglementations nationales des TIC (télécoms de base et Internet), notamment en élaborant deux lois-types sur les télécoms et sur la cybersécurité (en cours d'adoption) pour la sous-région d'Afrique centrale. Son programme vise à développer des infrastructures de communications électroniques à large bande, en envisageant un plan d'interconnexion par fibre optique de ses États membres. Des points d'échange Internet nationaux et régionaux sont également en cours de mise en œuvre au sein de la CEEAC, dans le cadre de sa vision stratégique à l'horizon 2025.¹²⁸⁸

509. Par ailleurs, deux projets de portée panafricaine comportent des enjeux des télécoms. Il s'agit premièrement du NEPAD. Il présente une approche d'ensemble des politiques publiques, dans le but d'harmoniser des politiques nationales et régionales dans les domaines suivants : infrastructures, développement des marchés et du commerce. Il vise également l'amélioration des infrastructures régionales de transport, d'eau et d'énergie. Selon ses estimations, le besoin pour l'atteinte des objectifs en infrastructures est situé à 93 milliards de dollars d'investissement annuel sur le continent. S'agissant des télécoms, ce vaste programme de développement dispose d'un consensus continental global autour de son projet « *e-Africa* ».¹²⁸⁹

510. Deuxièmement, 45 pays africains sur 54 ont signé en mars 2005 la convention de l'organisation africaine de communication par Satellite (RASCOM, en sigle). Elle est censée traduire en services et outils d'intégration africaine, toutes les possibilités offertes par les satellites en y associant, si nécessaire toute autre technologie appropriée. Le lancement en orbite du satellite panafricain « RASCOM-QA F1R » en août 2010 marque le couronnement des efforts de grande envergure dans le domaine des télécoms. RASCOM poursuit ses missions : d'une part, celle de concevoir et de mettre en œuvre le système de télécoms par satellite et d'autre part, celle d'exploiter et d'entretenir le secteur spatial pour l'Afrique.¹²⁹⁰

¹²⁸⁷ [www.comesa.int] (consulté le 13 juillet 2016.) Ce marché commun, fondé en décembre 1994 pour renforcer un accord de libre-échange en place depuis 1981, regroupe une population totale de 475 millions d'habitants et a un produit intérieur brut réel total de 677 milliards US \$ en 2014. Le volume des transactions commerciales entre les pays membres et le reste du monde atteint annuellement 52 à 60 milliards US \$ entre 1997 et 2002.

¹²⁸⁸ CEEAC, *Vision stratégique de la CEEAC à l'horizon 2025*, secrétariat général, adopté par la 13^e conférence des Chefs d'États et de gouvernement, Brazza, 30 octobre 2007, p. 1-42. [http://ceeac-eccas.org/index.php/fr/actualite/dipem/170-ceeac-uit-signature-d-un-accord-de-cooperation] (consulté le 13 juillet 2016.)

¹²⁸⁹ [http://www.nepad.org] (consulté le 13 juillet 2016.) Le NEPAD, nouveau partenariat pour le développement en Afrique, a été adopté à la 37^{ème} session de l'OUA, lors du Sommet des Chefs d'États et de Gouvernement de juillet 2001 à Lusaka (Zambie). Il est le fruit de la combinaison du MPA (Millennium African Recovery Plan) et de Omega Plan for Africa, connu sous le nom de Nouvelle initiative africaine. Le projet était particulièrement soutenu par l'ancien président de la République du Sénégal, Monsieur A. Wade, mais ne connaît plus le même élan en Afrique.

¹²⁹⁰ [http://www.rascom.org] (consulté le 13 juillet 2016.) Le site mentionne la date du 12 août 2010 comme date de lancement, quoique d'autres sources parlent de la date du 4 août 2010. Mais, il est un fait que le satellite construit par Alcatel Alenia Space a été lancé par une fusée Ariane 5 ECA, de type Spartacus.

511. En outre, sur le continent africain, des expériences marquantes émergent dans le cadre de l'harmonisation et de communautarisation des droits nationaux. En ce sens, l'Organisation africaine pour l'harmonisation du droit des affaires (OHADA) est une référence dans l'objectif d'une intégration juridique originalement africaine. Son Traité a été convenu à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993 et révisé le 17 octobre 2008 à Québec (Canada). Il lui accorde la personnalité juridique internationale de plein exercice, pour harmoniser les droits des affaires de 17 pays membres, à savoir : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, R.D.Congo, Sénégal, Tchad et Togo. L'OHADA émet des « Actes uniformes » et dispose d'une « Cour Commune de Justice et d'Arbitrage » (CCJA), cour suprême du Droit OHADA, installée à Abidjan (Côte d'Ivoire). Les Chefs d'États africains concernés sont « déterminés à accomplir le progrès sur la voie de l'Union africaine et à établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays ».¹²⁹¹

512. En l'occurrence, les actes uniformes de l'OHADA portent sur les domaines d'harmonisation, relatifs au droit des sociétés et au droit commercial. L'« objectif est la facilitation des échanges et des investissements, la garantie de la sécurité juridique et judiciaire des activités des entreprises [...] afin de créer un vaste marché intégré afin de faire de l'Afrique un "pôle de développement" ».¹²⁹² L'OHADA fait suite au triomphe du libéralisme aux États-Unis (années 1970-1980), en Europe (1980-1990) et avec l'OMC (1990-2000) : le secteur des télécoms est devenu aujourd'hui une partie intégrante de l'économie de marché.¹²⁹³ De ce fait, les activités de ce secteur relèvent du système de droit commercial de l'OHADA, au titre d'« actes de commerce » qui s'exercent librement.¹²⁹⁴

513. En outre, les Chefs d'États de l'OHADA ont exprimé leur conviction « *que l'appartenance à la zone franc, facteur de stabilité économique et monétaire, constitue un atout majeur pour la réalisation progressive de leur intégration économique [...] dans un cadre africain plus large* ».¹²⁹⁵ Le Traité constitutif de cette organisation panafricaine se réfère ainsi à la zone économique et monétaire « CFA », puisque l'expérience de cette dernière est la plus avancée dans le sens de la « communautarisation » du droit en Afrique.¹²⁹⁶ Aussi, l'Union économique et monétaire Ouest-africaine (UEMOA) demeure-t-elle l'un des rares modèles d'harmonisation effective des droits nationaux de sa sous-région. Elle légifère à travers ses lois uniformes et règlements communautaires, dont la transposition est faite par ses institutions politiques et par les États-membres de son espace économique. Les règles prudentielles de sa Banque centrale (BCDEAO) et ses propres règles d'organisation sont de transposition et d'application effectives, dans l'autorité interne des États ouest-africains. L'UEMOA concerne certains aspects de l'économie numérique et du commerce électronique. Ainsi, en est-il du règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans

¹²⁹¹ FILIGA-MICHEL SAWADOGO, PAUL-GERARD POUYOUÉ et J. ISSA-SAYEGH (Sous la coord.), *OHADA Traités et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, Futuroscope Cedex (France), 2008, pp. 21 et 101.

¹²⁹² *Le dico du commerce international*, Verbo « OHADA », [<http://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/ohada.html>] (consulté le 13 septembre 2016).

¹²⁹³ A. SAKHO, *Régulation des télécoms*, M4a1 : notes polycopiées de cours de droit du cyberspace africain, Université Gaston Berger, Saint-Louis (Sénégal), 13 juillet 2006, p. 7.

¹²⁹⁴ *Ibidem*.

¹²⁹⁵ FILIGA-MICHEL SAWADOGO, PAUL-GERARD POUYOUÉ et J. ISSA-SAYEGH (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 21 et 101.

¹²⁹⁶ G. CORNU, *op.cit.*, p. 207. Verbo « communautarisation » : « Renforcement communautaire ; processus de transformations de l'Union européenne par un passage de la coopération à une intégration accrue, consistant à transférer au domaine relevant de la méthode intergouvernementale régie par le principe d'unanimité au Conseil et l'initiative partagée entre la Commission et les États membre à la méthode communautaire fondée sur le recours général à la majorité qualifiée au sein du Conseil et le monopole d'initiative de la Commission »

l'espace UEMOA du 19 décembre 2002. Celui-ci reprend les instruments dits « classiques », régis par la loi uniforme n°96-13 du 28 août 1996 sur les instruments de paiement de l'UEMOA. Il traite également de la preuve et de la signature électroniques.¹²⁹⁷ Si l'OHADA fait bien référence à l'UEMOA, la RDC a adhéré depuis 2010 à la première citée, sans appartenir géographiquement ni politiquement à la seconde citée.

514. Le panorama du système juridique africain atteste d'une juxtaposition des souverainetés territoriales sur le continent. La « communautarisation » africaine reste embryonnaire est sans supranationalité d'une organisation continentale, contrairement l'Union européenne.¹²⁹⁸ Si l'ordre juridique de l'Union européen est homogène du fait de la communautarisation, l'Afrique regorge de plusieurs organisations sous-régionales disparates d'intégration économique.¹²⁹⁹ La transition des règles des télécoms vers celles de l'économie numérique est donc de l'initiative des États, dans leurs souverainetés territoriales. L'Afrique ne dispose pas des compétences supranationales comme au sein de l'Union européenne par rapport aux États membres du TUE¹³⁰⁰, selon la jurisprudence communautaire ou nationale.¹³⁰¹

515. En définitive, la construction d'un ordre juridique africain reste une gageure, vu la diversité des expériences normatives nationales. Néanmoins, la révolution numérique est une réalité en Afrique. Celle-ci est au moins un espace du marché numérique mondial. **(B.)**

¹²⁹⁷ A. MOHAMED GHADHI, *op.cit.*, spéc., p. 76. « L'Union douanière de l'ouest africain formé par les 4 États du Conseil de l'Entente et le Mali en mai 1959 est l'ancêtre de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA). » Cf. aussi [www.uemoa.int] (consulté le 13 juillet 2016).

¹²⁹⁸ [www.traité-de-lisbonne.fr]. *Le dico du commerce international* [www.glossaire-international.com] (tous consultés le 11 novembre 2016). L'Europe demeure la confédération la plus intégrée des États du monde. Même avec le « Brexit », consécutif au référendum d 23 juin 2016 en Grande-Bretagne (52% de oui) tend à sortir celle-ci de l'Union Européenne, cette dernière en a prévu le mécanisme à l'article 50 du Traité de Lisbonne sur l'Union. La liberté des États de s'en retirer et d'en notifier la volonté au Conseil est garantie. Pour désigner le scénario de la sortie du Royaume-Uni de l'UE, Brexit est l'expression créée au 21^e siècle, venant de la contraction de deux mots anglais, « *British* » (britannique) et « *Exit* » (sortie).

¹²⁹⁹ A. MOHAMED GHADHI, *La longue marche de l'Afrique vers l'intégration, le développement et la modernité politique*, L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 1-572.

¹³⁰⁰ D. TRUCHET, *op.cit.*, pp. 112-113. En dehors des compétences exclusives qui lui sont confiées par des traités, l'Union européenne agit par principe de subsidiarité. Les compétences communautaires n'effacent pas la souveraineté nationale, puisque la Communauté n'a pas la compétence de sa compétence. « Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États » (art. 52 TUE). (« L'Union intervient si, et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée au niveau de l'Union. » art. 5-3 TUE).

¹³⁰¹ *Ibidem*, pp. 13, 51 et 113. La Cour de justice européenne avait très rapidement jugé que le transfert de compétence par les États « entraîne une limitation défensive de leurs droits souverains » (15 juillet 1964, Costa c/ ENEL). En France, selon l'expression du Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 avril 1992 (sur les accords de Maastricht), les compétences des institutions européennes sont parfois si importantes et sensibles que leur transfert porte « atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Pourtant, si la Cour de justice de l'Union se garde d'affirmer la supériorité des traités sur les constitutions des États membres, elle juge que ceux-ci ne peuvent pas invoquer leur constitution pour échapper à leurs obligations communautaires. (Arrêt du Conseil d'état « Sarran » du 13 octobre 1998 et arrêt de la Cour de cassation « Frayssé » du 2 mai 2000). Mettre en conformité le droit interne en cas d'incompatibilité avec le droit européen suppose une révision préalable de la Constitution, en France notamment. En outre, l'État au Traité ne pourrait récupérer ses compétences déléguées qu'en se retirant de l'Union (article 50 TUE).

*B. / LES ASPECTS CLÉS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE
DANS LES MARCHÉS AFRICAINS ET CONGOLAIS*

516. Il est important de relever les aspects factuels de l'économie numérique africaine, pour en comprendre les enjeux juridiques clés. Disposer d'une cartographie d'ensemble est indispensable pour appréhender la typologie des marchés et de l'économie ainsi que les enjeux de positionnement des États africains dans l'économie numérique mondiale.

517. Les chiffres donnent toujours une idée quantitative et représentative. Ils dessinent justement « *les pratiques qui se sont développées sur Internet et le renouvellement des problématiques et modes de raisonnements qu'elles induisent* ». ¹³⁰² Il n'est donc pas possible de mener une étude complète sur le système africain, sans pour autant disposer des statistiques et des prévisions de son marché numérique. (1) Les données factuelles mettent en lumière les acquis de l'économie numérique sur le continent africain, mais aussi sur les marchés sous-régionaux et territoriaux. Dans ce cadre, la RDC se présente comme un marché important en Afrique, avec neuf pays limitrophes. Cette position géographique au cœur du continent lui permet d'appartenir à plusieurs organisations et sous-régions, sans omettre le dynamisme interne de son marché de l'Internet, de la téléphonie et des services à valeur ajoutée. (2)

1. Le profilage statistique de l'économie numérique africaine

518. Les infrastructures de l'information sont disponibles d'accès dans l'ensemble des États africains, comme en Europe. La place croissante des TIC en Afrique a été établie au cours du « Forum Forbes Afrique 2015 : Forum économique », tenu à Brazzaville le 21 juillet 2015 sous le thème : « *Révolution numérique : accélérateur de croissance africaine* ». Le forum était une rare occasion de réunir des Chefs d'États, ¹³⁰³ des personnalités européennes de haut rang, ¹³⁰⁴ des experts internationaux, des start-up les plus florissantes, des promoteurs de technologies high-tech, des opérateurs économiques et des membres de la société civile. ¹³⁰⁵

519. La révolution numérique est résolument en marche en Afrique, à travers la « révolution mobile et numérique en Afrique [qui est] le saut qualitatif pour fournir les biens et services » du commerce électronique et de l'économie numérique. En Afrique, la téléphonie mobile est de manière caractéristique, le premier support d'accès à Internet sur le continent. En 2015, elle enregistrait plus de 700 millions d'abonnés en Afrique, soit plus que les États-Unis et l'Europe en nombre respectif d'habitants. La pleine croissance du taux de connexion a permis de situer à 4% du PIB le niveau des revenus issus d'Internet sur le marché africain. En 2013, le seuil de 18 milliards de dollars de revenus avait été dépassé, alors que les prévisions pour 2025 laissent entrevoir une contribution d'Internet au PIB africain de l'ordre de 300 milliards de dollars et le franchissement du seuil de plus d'un milliard d'abonnés de téléphone mobile. Mais quoiqu'il en soit, le niveau d'accès à Internet reste encore faible avec 10% d'internautes africains dans le monde. ¹³⁰⁶

520. La fulgurante croissance du secteur des télécoms est contrastée dans certains sous-secteurs, en dépit de 66% d'abonnements téléphoniques en 2013. Ce taux représente

¹³⁰² J. ROCHFELD, *Les nouveaux défis du commerce électronique*, op.cit, p. 1-2.

¹³⁰³ Les Présidents Allasan Ouattara de la Côte d'Ivoire et Denis Sassou Nguesso du Congo étaient présents.

¹³⁰⁴ L'ancien premier ministre Monsieur Guy Verhofstadt du Royaume de Belgique et l'ancien Président Romano Prodi de la Commission européenne et du Conseil en Italie étaient également présents.

¹³⁰⁵ Forbes Afrique, « La révolution numérique : Accélérateur de la croissance africaine », 4^e éd., *Forum économique*, 21 juillet 2015, Brazzaville, Congo [http://forumforbesafrique.com] (consulté à nouveau le 1^{er} juillet 2016).

¹³⁰⁶ Pour les chiffres : ABDOULAYE BIO TCHANE, « révolution mobile et numérique en Afrique : le saut qualitatif pour fournir les biens et services », *Forum Forbes Afrique*, 21 juil. 2015 : [http://formuforbesafrique.com/blog/sessions/presentations-de-letude-programme/] (consulté le 12 juillet 2016).

617.279.080 africains branchés au réseau mobile, dont la moitié utilise une connexion Internet par cette voie.¹³⁰⁷ Mais, le faible taux de pénétration de l'Internet haut débit témoigne de grands défis de développement numérique, liés principalement au faible ratio des infrastructures de télécoms et au déficit électrique du continent. La fracture numérique retarde le décollage digital du continent africain, à cause de plusieurs facteurs : faible débit, coûts de connexion élevés et inégalité des niveaux d'accès à l'Internet entre villes, villages et entre pays.¹³⁰⁸ La participation des secteurs public et privé reste indispensable au désenclavement du continent, face aux besoins colossaux d'investissements en infrastructures.¹³⁰⁹

521. À ce propos, la communauté SADC, dont la RDC et l'Afrique du Sud sont membres, a publié en 2012, son plan directeur de développement des infrastructures régionales. Sur ce registre, le déploiement des réseaux de télécoms souffre du manque de développement d'autres infrastructures de base, telles que l'électricité et les routes. En 2016, environ 60% de la population d'Afrique australe ont adopté la technologie mobile, dont 20% seulement sont sur lignes fixes. Toutefois, 6% des abonnés à la téléphonie vocale utilisent le téléphone fixe.¹³¹⁰ Dans toute la région, seulement 4% des résidents de la SADC ont accès à l'Internet, bien que l'usage varie considérablement entre les États membres, dont 1% en RDC (le taux le plus bas) contre 40% aux Seychelles (taux le plus haut).¹³¹¹ Moins de 25% d'échanges de trafic Internet se déroulent dans les frontières entre les États membres de la SADC (échanges entre voisins).¹³¹² Le reste des échanges se fait à l'extérieur de la région. Comme pour le reste du monde, le volume de courrier postal décline à un taux annuel de 5%, mais le transport des colis et courriers est en pleine croissance en raison du commerce électronique.¹³¹³

522. Pour répondre aux enjeux d'intégration économique grâce au numérique, la SADC a défini ses priorités en nouvelles infrastructures pour l'horizon 2027. Elle envisage d'offrir un prix abordable pour la connectivité de ses citoyens à Internet. Pour ce faire, cette organisation d'Afrique australe dispose d'un « Plan du secteur des technologies de l'information » et d'un « Plan directeur de développement des infrastructures régionales ». Les composantes de ces plans se structurent autour de quatre piliers stratégiques de développement, à savoir : 1° infrastructures de l'information, 2° renforcement des capacités et amélioration des contenus, 3° services et applications électroniques, 4° recherche, innovation et développement de l'industrie des télécoms.¹³¹⁴ Ceci n'est pas sans rappeler les axes du projet e-Europe.¹³¹⁵

523. À plusieurs égards, l'Afrique est la nouvelle terre de conquête du commerce électronique pour les grands acteurs internationaux. Il ne s'agit pas que d'un assaut du marché africain par les multinationales, mais aussi d'une participation des acteurs locaux à l'essor des

¹³⁰⁷ ALINDAOU CONSULTING INTERNATIONAL, *op.cit.*, p. 4.

¹³⁰⁸ Le NEPAD estime à 93 milliards de dollars américains par an le besoin en investissement pour couvrir les besoins de l'Afrique en Infrastructures d'utilité publique dans les secteurs des TIC, de l'eau, de l'énergie, du transport et du commerce. (Source : www.nepad.org)

¹³⁰⁹ ABDOUL KARIM SALL, Y. BENARD, H. JAFFAR, T. MOUNGALLA et E. ASU, « Décollage digital du continent : le défi des infrastructures » (panel 1), *Forum Forbes Afrique*, 21 juil. 2015 : [<http://formuforbesafrique.com/blog/sessions/décollage-digital-du-continent-le-defi-des-infrastructures/>] (consulté le 13 juillet 2016).

¹³¹⁰ Source : [<http://www.sadc.int/themes/infrastructure/ict-telecommunications/>] (consulté le 13 juillet 2016).

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ *Ibid.* En soutien au commerce électronique, pour la livraison des commandes en ligne, Les services postaux nationaux traitent 96% des lettres domestiques et 80% des lettres internationales, mais seulement 28% des colis nationaux et 20% des colis internationaux.

¹³¹⁴ *Ibidem.*

¹³¹⁵ Cf. notamment : « Introduction » et Partie I, Titre I, Chapitre 1 de la présente thèse.

classes moyennes africaines via les réseaux électroniques. Pour 2025, les économies africaines les plus dynamiques pourraient franchir le seuil de 10% de vente en ligne, avec 75 milliards de dollars de transactions annuelles.¹³¹⁶ La durabilité du scénario promet un impact positif, tant pour les entreprises, – en termes d'économies de production, de renforcement de la chaîne d'approvisionnement (stockage, livraison), développement du paiement en ligne, – que pour les pays en termes d'infrastructures, de développement du marché africain. Toutefois, plusieurs contraintes demeurent et constituent des enjeux majeurs, à savoir : le cadre juridique (protection des consommateurs, cybercriminalité, transparence), l'offre d'accès et les cultures locales (faible taux d'équipement Internet, coût du haut débit, confiance face au paiement dématérialisé, analphabétisme), faiblesse des autres réseaux logistiques d'acheminement des produits achetés en ligne (insécurité, fragmentation et disparités des marchés).¹³¹⁷ Il s'ajoute à cette liste des contraintes la défaillance des réseaux postaux.

524. Dans l'ensemble, la popularisation progressive d'Internet transforme l'économie africaine. Elle fait évoluer les comportements des utilisateurs. Les entreprises accompagnent ces externalités du réseau, en investissant et en innovant, avec un dynamisme constant des jeunes start-up africaines. Les nouvelles solutions de la Net économie africaine deviennent appréciables. Du côté des entreprises, l'ouverture de nouveaux marchés et l'augmentation des échanges commerciaux est une perspective encourageante. Les États africains présentent des perspectives concrètes de modernisation de l'accès à leurs services publics, tandis que des progrès sont perceptibles dans la constitution d'un marché intra-africain de l'économie numérique (réseaux sociaux numériques, biens culturels, ...). Du côté des populations, le désenclavement des marchés de consommation permet, grâce aux TIC, l'accès à des facilités, sous formes d'applications numériques à usage courant, comme la banque mobile, l'accès mobile aux données de la météo ou à l'information sur le cours de vente des productions paysannes, l'e-santé, l'apprentissage à distance, l'e-administration.¹³¹⁸ La situation du marché numérique congolais confirme ces évolutions et transformations numériques. (2.)

2. La situation du marché de la téléphonie et de l'économie numérique en RDC

525. S'agissant précisément de la RDC, le marché des télécoms est dominé par le secteur privé, avec quatre opérateurs de téléphonie et d'Internet mobiles, à savoir : Airtel Congo, Vodacom RDC, Orange RDC et Africell RDC. L'opérateur historique, OCPT, ne dispose pas d'un réseau d'accès ouvert aux particuliers, comme clients finaux (*retail sales*), son réseau à fibre optique est destiné au marché de transport entre opérateurs (*whole sales*).

526. Au cours du troisième trimestre 2016, le jeu concurrentiel, sur le marché, est caractérisé par une forte concentration du marché de la téléphonie et de l'Internet mobiles, autour de deux opérateurs, détenant respectivement 63% (Orange) et 73% (Vodacom) des parts globales de marché. Le rachat de Tigo en fin mars 2016 par Orange permet à cette dernière de rester le leader sur le segment de l'Internet mobile avec 41,56% de parts de marchés contre 32,65% pour Airtel, 21,95% pour Vodacom et 3,35% pour Africell. Pour la période, l'ARPTC note un total de 28.335.503 d'abonnés au réseau GSM, de 7.157.537 souscriptions à l'Internet mobile (3G) et de 2.236.337 utilisateurs du transfert de la monnaie

¹³¹⁶ JEREMY HODARA, MBWANA ALLIY et NINO NJOPKOU, « Le e-commerce en Afrique : comment dépasser les contraintes ? », 21 juil. 2015, panel 3, in Forum Forbes Afrique 2015, préc., [<http://formuforbesafrique.com/blog/sessions/le-e-commerce-en-Afrique-comment-depasser-les-contraintes/>] (consulté le 3 juillet 2016).

¹³¹⁷ *Ibidem*.

¹³¹⁸ D. COHEN, D. GORDON, S. ZHANG, O. GALZI et K. BHATTACHARYA, « Le numérique, vecteur de croissance inclusive pour l'Afrique », 21 juil. 2015, panel 2, in Forum Forbes Afrique 2015, préc., [<http://formuforbesafrique.com/blog/sessions/le-numerique-vecteur-de-croissance-inclusive-pour-lAfrique/>] (consulté le 3 juillet 2016).

électronique via leurs téléphones. Les calculs sont effectués sur la base d'une estimation de la population d'environ 78.800.000 habitants en 2016, faute de recensement officiel de la population depuis 1984. L'ensemble des opérateurs privés ont réalisé un revenu global de 292,18 millions de dollars américains jusqu'au 3^e trimestre 2016. Pour la période, les taux de croissance sont de : 3,81% en nombre d'abonnés et de 1% en taux de pénétration mobile, ce dernier étant de l'ordre de 35% à 36% de la population accédant aux télécoms dans le pays.¹³¹⁹

527. Des croissances positives sont enregistrées entre les 2^e et 3^e trimestres 2016. Quant aux revenus, ils ont connu une croissance de 3,4%, soit de 282,5 à 292,18 millions de dollars américains. Le revenu moyen par utilisateur (ARPU) est en hausse de 3,33 dollars à 3,50 dollars dépensés par abonné et par mois, pour les services d'accès au réseau. Les quatre opérateurs précités ont généré un volume global d'appels de l'ordre de 4,25 milliards de minutes (hausse de 6,88%), tandis que 2,43 milliards de SMS ont été échangés. Plusieurs services de la société de l'information s'appuient sur la disponibilité d'accès aux réseaux de téléphonie de base et d'Internet mobile : ces activités numériques en ligne dits « services à valeur ajoutée » relèvent spécifiquement du commerce électronique. L'observatoire du marché numérique présente les indicateurs de revenus, qui attestent de la vitalité de l'économie numérique en RDC.¹³²⁰

Tableaux : croissance des revenus du marché de téléphonie mobile en RDC
(2^e et 3^e trimestre 2016)¹³²¹

Services	2015 (en dollar)	2016 (en dollar)	Taux de croissance
Appels vocaux	248.151.410	222.919.930	-10,17%
SMS	11.108.991	12.780.090	15,04%
Internet mobile	34.320.922	39.972.525	16,47%
Mobile money ¹³²²	-	6.413.131	-
Autres SVA ¹³²³	9.380.877	10.099.531	7,66%
Total	302.962.201	292.185.206	-3,56%

Source : ARPTC/observatoire du marché

528. En conclusion, les données du marché ci-dessus présentent une situation chiffrée de l'économie numérique en Afrique et de la RDC. Le continent n'a pas de système juridique homogène, ni d'institutions supranationales, mais il est un espace de marché électronique en pleine croissance, dans l'économie numérique mondiale. Même si le niveau d'intégration économique et juridique du continent est encore faible, les enjeux juridiques de l'économie numérique sont déterminants, pour les politiques publiques devant encadrer et développer les marchés de télécoms. Dans sa situation au cœur de l'Afrique, la RDC est membre de plusieurs organisations sous-régionales avec ses neuf pays limitrophes. Elle contribue aux projets et plans sous-régionaux visant le développement des télécoms et des TIC. Mais, tous ces

¹³¹⁹ ARPTC, *Observatoire du Marché de la téléphonie mobile*, Rapport du 3^e trimestre 2016, Direction économie et prospective, Kinshasa / RDC, p. 3.

¹³²⁰ *Ibidem*.

¹³²¹ *Ibidem*, p. 23.

¹³²² P. STORRER, *Droit de la monnaie électronique*, Préc., pp. 19-26. La première partie de son ouvrage concerne la « Notion de monnaie électronique ». *Mobile money* : monnaie électronique transférée ou générée par des dispositifs techniques mobiles à travers les réseaux de télécommunications (cellulaires). La « monnaie mobile » relève la particularité du mode de circulation à travers des médias offrant la mobilité aux utilisateurs sous forme de portemonnaies électroniques.

¹³²³ SVA : Services à valeur ajoutée.

éléments empiriques découlent des étapes d'évolutions technologiques, à travers lesquelles les droits en Afrique et en Europe ont entrepris des mutations pour parvenir à un marché ouvert de l'économie numérique mondiale.

SECTION II - LA COMPARAISON DES DROITS ENTRE L'AFRIQUE ET L'EUROPE DANS LE CADRE DES TÉLÉCOMS DE BASE ET DE L'INTERNET

529. Les précisions ont déjà été fournies sur la politique législative menée par l'Europe et par la France.¹³²⁴ Leurs politiques publiques ont structuré leur commerce électronique et a permis de libéraliser leur secteur des télécoms pour en faire un marché régulé qui tend aujourd'hui à être un marché unique numérique. Le droit de l'Union européenne, pris comme référence, présente une historicité instructive dans les adaptations des règles de construction de son marché intérieur et de leur transposition française.¹³²⁵ C'est à la suite de l'occident que les États africains (cas de la RDC) ont intégré l'économie numérique mondiale en réformant leur cadre juridique monopolistique de départ. Le processus de dérégulation des télécoms en Afrique a été engagé à travers les mécanismes du droit international du commerce (OMC).¹³²⁶ Les phénomènes de l'Internet sont apparus avec l'évolution du marché et des technologies, comme une nouvelle remise à l'épreuve des droits de télécoms préalablement réformés dans les deux continents.

530. Cependant, les transformations des institutions juridiques sont nécessairement question du temps et des espaces. Les ajustements des droits de télécoms ont été d'abord opérés en Europe et en France, et ensuite en Afrique et en RDC, en tenant compte des époques de mutations technologiques et économiques. Mais « [i]l a toujours été difficile de découper l'histoire en période. [...] En fait souvent les périodes s'emboîtent les unes dans les autres, et le futur trainera longtemps des paillettes du passé. C'est vrai en général, mais davantage encore quand le droit est en cause ». ¹³²⁷ Pour autant, les aspects du droit comparé présentent une meilleure structure d'analyse dans les étapes technologiques expérimentées en commun par toutes les économies numériques, que ce soit en Afrique ou en Europe.

531. La Banque mondiale encourage cette approche comparative par étapes, en retenant deux séries d'enjeux qui sont la source des transformations des droits dans le monde, en Afrique et en RDC. En ce sens, « [l]es politiques en matière de TIC de *première génération* qui prévoyaient la concurrence sur le marché, la participation du secteur privé et un cadre réglementaire souple ont conduit à un accès quasi universel à des services de téléphonie abordables, mais ne se sont pas montrées aussi efficaces pour élargir les services Internet ». ¹³²⁸ Mais « [e]n même temps, l'absence d'un consensus global sur la façon d'aborder les *enjeux de la prochaine génération* – par exemple, la protection de la vie privée, la cybersécurité, la censure et la gouvernance de l'Internet – conduit à un choix d'approches plus circonspectes et plus diverses pour la réglementation de l'Internet ». ¹³²⁹

532. Chacun des cadrans d'enjeux technologiques (1^{re} et 2^e génération selon la Banque mondiale) rend intelligible les transitions des cadres réglementaires, ayant successivement fait face aux réseaux analogiques et numériques des télécoms. Ainsi, deux générations de

¹³²⁴ Cf. Partie 1, Titre I, Chap. 1 et 2 de la présente thèse, sur le contenu (e-commerce) et le contenant (télécoms) des SSI.

¹³²⁵ Cf. Partie 1, Titre I, Chapitre 2, Section 2, de la présente thèse.

¹³²⁶ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §2, de la présente thèse.

¹³²⁷ J. CARBONNIER, *op.cit.*, p.7.

¹³²⁸ BANQUE MONDIALE, *Les dividendes du numérique, Rapport sur le développement dans le monde 2016*, *op.cit.*, p. 25.

¹³²⁹ *Ibidem.*

techniques tracent le cadre de référence pour l'étude des droits comparés européens (français) et africains (congolais), en fonction de leur empreinte dans les transformations des droits des services publics, des marchés et de la concurrence dans le monde. Dans sa structuration, « [l]e nouveau cadre juridique proposé [...] procède à un rapprochement entre le droit spécifique des télécommunications et le droit de la concurrence ».¹³³⁰ Effectivement, « La technologie influe sur les règles (le cadre réglementaire et les normes) pour engendrer de nouvelles idées – par exemple, nouvelles méthodes de production de biens et services. Si la plupart des règles sont établies localement, la technologie fait partie d'échanges entre les marchés et à travers les frontières ».¹³³¹

533. En l'occurrence, la Banque mondiale recommande de « *renforcer le socle analogique de la révolution numérique* ».¹³³² D'une part, les services de télécoms de base ont fait l'objet de la dérégulation des services publics concernés, à travers l'OMC comme passerelle internationale des expériences entre l'Europe et l'Afrique. (§1.) D'autre part, les nouveaux enjeux juridiques de l'Internet et de l'économie numérique sont abordés dans le cadran de l'ère numérique post-dérégulation des « services de base des télécoms »¹³³³. (§2)

§1. La dérégulation du « socle analogique » des télécoms dans les expériences africaines (RDC) et européennes (France)

534. Le terme « socle analogique » ne se confond pas totalement au sens technique de l'« ingénierie informatique »¹³³⁴, mais il s'agit des télécoms de base, perçues comme cadre générique et transitoire de l'ère numérique.¹³³⁵ Dans le monde entier, les enjeux primaires du droit de l'accès aux télécoms de base ont donné lieu au processus de dérégulation, tandis que d'autres ajustements du droit ont été renforcés par la suite, face aux nouveaux enjeux de l'ère numérique.

535. En premier lieu, le socle analogique des télécoms a essentiellement fait l'objet des enjeux mondiaux de l'accès aux infrastructures et aux marchés des télécoms, tant pour les prestataires que pour les destinataires des services électroniques, sous l'autorité d'un régulateur étatique. La finalité des politiques législatives portait en l'espèce sur la réorganisation de l'intervention publique dans les marchés régulés des télécoms, en commençant d'abord par l'Europe et en se transportant ensuite en Afrique. En second lieu, la gouvernance de l'Internet suscite des enjeux juridiques les plus récents de l'économie numérique. Ceux-ci se recentrent davantage sur la réglementation des services de la société de

¹³³⁰ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 13.

¹³³¹ BANQUE MONDIALE, *op.cit.*, pp. 20 et s.

¹³³² *Ibidem*, pp. 2, 4, 43.

¹³³³ C. GUERRIER, *op.cit.*, p. 92. Pour les « services de base des télécoms », les accords de base de l'OMC ont porté sur « la téléphonie vocale, la transmission de données, le télex, le télégraphe, la télécopie, les services de circuits loués privés, les systèmes et services par satellites, la téléphonie cellulaire, les services mobiles pour données, la radiorecherche, les systèmes de communications personnelles. Les services à valeur ajoutée de télécommunications ne sont pas compris dans ce protocole, même si certains pays se sont mis d'accord pour les englober dans le processus des échanges libérés ».

¹³³⁴ J-F. PILLOU (sous la dir.), « L'analogique et le numérique », sept.2015 [www.commentcamarche.net:#ID=471&module=contents] (consulté le 3 juillet 2016). « Les phénomènes qui nous entourent sont quasiment tous continus [...] Ainsi, lorsque l'on désire reproduire les valeurs du phénomène, il s'agit de l'enregistrer sur un support, afin de pouvoir l'interpréter pour reproduire le phénomène original de la façon la plus exacte possible. Lorsque le support physique peut prendre des valeurs continues, on parle d'enregistrement analogique. Par exemple, une cassette vidéo, une cassette audio ou un disque vinyle sont des supports analogiques. Par contre, lorsque le signal ne peut prendre que des valeurs bien définies, en nombre limité, on parle alors de signal numérique. La représentation du signal analogique est donc une courbe, tandis qu'un signal numérique pourra être visualisé par un histogramme. »

¹³³⁵ L'usage du terme « analogique » n'exclut pas l'existence des technologies numériques qui étaient déjà opérationnelles avec les télécoms de base, car les infrastructures numériques, comme par exemple la fibre optique et le satellite, étaient déjà fonctionnels.

l'information (contenu) plutôt que sur l'encadrement des « activités périphériques » d'accès au réseau (contenant).¹³³⁶

536. En effet, la « valeur du clic » se situe aujourd'hui, selon Valérie-Laure Benabou et Judith Rochfeld, « au cœur d'un véritable bouleversement lié au couplage de la technique de la numérisation et d'Internet ». ¹³³⁷ Les activités numériques en ligne portent l'attention sur la marchandisation des données personnelles, les propriétés créatives et participatives du Web,¹³³⁸ tandis que la problématique de l'État se pose désormais quant à sa souveraineté numérique. La suprématie du droit étatique est confrontée à l'autonomie du cyberspace, à l'effectivité de ses normes techniques extra-étatique et à ses pratiques transfrontières.¹³³⁹

537. Ainsi, l'économie numérique a été bâtie progressivement avec les évolutions du droit, du service public, du marché et de la technique. Mais, toutes les transitions législatives comportent une finalité et des conséquences, comme le dit Montesquieu : « il est bon quelque fois que les lois ne paraissent pas aller si directement au but qu'elles se proposent ». ¹³⁴⁰ C'est ainsi qu'« [i]l faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire ». ¹³⁴¹

538. Pour autant, deux « cadrans situationnels » sont-ils nécessaires autant pour rapprocher les expériences européennes et africaines que pour comparer les niveaux de transformation de leurs droits respectifs en fonction des mêmes aspects technologiques dans le temps. Le premier cadran de comparaison porte sur la dérégulation des télécoms en Europe et en Afrique, dont les enjeux et objectifs paraissent identiques. (A.) Néanmoins, des écarts apparaissent dans l'implémentation du modèle ordolibéral européen dans les États africains, selon le schéma de dérégulation de l'OMC. (B./)

A./L'UNIFORMITÉ DES ENJEUX DE DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS EN EUROPE ET EN AFRIQUE

539. Les principes ordo-libéraux de l'Europe des télécoms n'ont pas seulement favorisé, dans les années 1980, la « connexion des marchés territoriaux »¹³⁴² au sein de ses États membres. La dérégulation des secteurs monopolistiques a également concerné des pays tiers, du fait des objectifs de diffusion technologique et de la mondialisation de l'économie. Dans les années 1990, un mimétisme du modèle européen a été inculqué aux États africains sur base des accords de l'OMC de 1994 et de 1997, en vue de la libéralisation de leurs secteurs publics de télécoms. Ces réformes ont aligné l'Afrique dans l'économie mondiale de marché ainsi que dans les évolutions techniques ayant donné lieu à l'Internet. En ouvrant graduellement le marché des équipements, des services et des infrastructures des télécoms, les politiques législatives européennes ont été favorables à l'innovation technologique. Ce qui a

¹³³⁶ O. CACHARD, *op.cit.*, p. 8 et s.

¹³³⁷ V-L BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 39, 30.

¹³³⁸ *Ibidem.*, p. 30.

¹³³⁹ O. ITEANU, *op.cit.*, pp. 15-29. A. BLANDIN-OBERNESSER (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 1-2. Dans son propos liminaire, cette dernière auteur rappelle les propos de Corinne Erhel : « Parler de la souveraineté numérique, c'est repenser notre conception classique de souveraineté ».

¹³⁴⁰ MONTESQUIEU, *Esprit des lois par Montesquieu : avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Cervier, Voltaire, Mably, la harpe, Servan*, éd. 1862. [<http://dicocitations.lemonde.fr/citations-auteur-montesquieu-4.php>] (consulté le 14 mars 2017). MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris, 1956, t. I.

¹³⁴¹ *Ibidem.*

¹³⁴² Il ne s'agit pas de la connexion des objets au sens de l'internet des choses, mais plutôt de l'intégration des marchés nationaux européens qui étaient cloisonnés par les monopoles publics et fermés faute de normes techniques standards et des règles juridiques harmonisées. T. PIETTE-COUDOL, *op.cit.*, pp. 1-2. « Les objets connectés, des chiffres ... et quelques exemples exotiques »

contribué à la variété de l'offre des services électroniques et à la disponibilité d'accès aux réseaux privés ou publics. Leurs interconnexions ont conduit à leur internationalisation.¹³⁴³

540. En Afrique comme en Europe, le monopole public des télécoms restait attaché à l'idée que le service public est naturellement synonyme d'intérêt général. La dérégulation transforme profondément les institutions juridiques du « socle analogique » des télécoms qui se fondaient sur les règles classiques des services publics autrefois.¹³⁴⁴ En substance, « [I]e monopole est inhérent à la conception française traditionnelle du service public : relevant de la sphère des fonctions collectives, le service public était censé être soustrait à l'application de la logique marchande. [II] postule une certaine représentation du lien social : à travers les droits reconnus aux usagers, se profile l'idée que les besoins fondamentaux des individus doivent être satisfaits ; à ce titre, le service public est producteur d'intégration et de cohésion sociale ».¹³⁴⁵

541. Cependant, avec les accords de l'OMC de 1994 et de 1997, le constat contraire apparaît clairement : « Depuis qu'il existe un grand marché et que les progrès technologiques effacent les frontières dans les télécoms comme dans d'autres domaines, le monopole est dépassé. [...] Les citoyens et les consommateurs constatent qu'il n'y a pas de concordance obligatoire entre service public et monopole ».¹³⁴⁶ La libéralisation démantèle le monopole public de l'« *État-entrepreneur* », tout en restructurant le rôle de la puissance publique dans la gestion d'un service public et dans la garantie de l'intérêt général. Ce fameux « intérêt général » n'est plus le bien nettement circonscrit de l'autorité politique ; c'est désormais un produit, un enjeu évolutif de négociation entre acteurs ».¹³⁴⁷

542. En fait, l'accord spécifique sur les télécoms de l'OMC de 1997 place les marchés africains dans un processus d'adoption des « fondements néolibéraux et ordolibéraux »¹³⁴⁸ américains et européens. L'Europe des télécoms avait déjà atteint un stade très avancé des transformations de son cadre juridique, au moment où, en 1997 avec l'OMC, les États africains convenaient d'inscrire leurs secteurs de télécoms dans l'économie des marchés.¹³⁴⁹ En Afrique, la tradition des monopoles étatiques devait donc prendre fin au titre de changements juridiques et structurels en adoptant la régulation dans un marché ouvert. La reconfiguration de l'intervention de l'État impliquait « une orientation régulatrice générale censée animer l'action publique dans son ensemble, par delà l'allure hétéroclite de ses instruments et l'apparence d'autonomie de ses diverses facettes ».¹³⁵⁰ Le droit public valorise désormais le « rôle "cadre" [...] du droit de l'action publique¹³⁵¹ », pour assurer notamment

¹³⁴³ Cela s'en ressent de l'innovation des techniques de transmission de signaux à distance, par le canal des satellites, de la fibre optique ou des faisceaux hertziens.

¹³⁴⁴ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *op.cit.*, p. 522. Pour Rolland, la notion classique de service public est « une entreprise ou une institution d'intérêt général destinée à satisfaire des besoins collectifs du public [...] par une organisation publique, sous la haute direction des gouvernants ».

¹³⁴⁵ J. CHEVALLIER, *Le service public*, préc., pp. 77 et 97. Cf. PH. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance*, préc., p. 60.

¹³⁴⁶ KAREL VON MIERT, « un entretien avec le Commissaire européen à la concurrence », *Le Monde*, 20 décembre 1994, cité par R. GILARDIN, *op.cit.*, p. 13 et s.

¹³⁴⁷ J. CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 77 et 97. Cf. PH. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance*, préc., p. 60.

¹³⁴⁸ F. DENORD, R. KNAEBEL, P. RIMBERT, « L'ordolibéralisme allemand, cage de fer pour le vieux continent », *Le Monde diplomatique*, août 2015, p. 20 et 21.

¹³⁴⁹ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 de la présente thèse. Les directives européennes de 1988, puis les directives « ONP » de 1990 avaient déjà fait évoluer le droit européen. En France, les lois de 1986, de 1990 et celles de 1996 sur la réglementation des télécommunications avaient déjà assumé le cap décisif de la libéralisation et de la concurrence sur le marché régulé.

¹³⁵⁰ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 38.

¹³⁵¹ J. CHEVALLIER, « Droit et action publique », in *Le droit figure du politique, Mélanges en l'honneur de Michel Miaille*, Faculté de droit de Montpellier, 2008, vol. 2, p. 421.

« l'encadrement concurrentiel de certains secteurs économiques¹³⁵² ». ¹³⁵³ « En somme, ce que le monopole public prétendait réaliser directement, la régulation est censée y parvenir par d'autres voies, plus subtils peut-être, mais qui attestent la part non négligeable que continue de prendre la puissance publique à l'évolution du domaine des télécommunications ». ¹³⁵⁴

543. Les États africains n'ont pas engagé eux-mêmes cette dynamique de transition juridique des services publics. Face aux enjeux des télécoms et de l'économie numérique, ce sont les accords de l'OMC de 1994 et 1997 qui ont consacré l'expérimentation du « droit de l'économie de la régulation »¹³⁵⁵ en Afrique, tel que mis en œuvre par la RDC. De nouveaux acteurs entrent sur le marché libéralisé, anciennement monopolistique, en entraînant une véritable distinction des rôles selon les prestations de services de télécoms de base (transporteurs, FAI, hébergeurs, etc.). Dans ce contexte, l'opérateur historique, ancien opérateur de monopole, subit la compétition. Auparavant l'intervention de l'État était directe dans « sa mission d'intérêt général qui assure à tous des prestations essentielles ». Didier Truchet considère la controverse entre la France et l'Europe sur la conception du service public comme instrument privilégié d'intérêt général. Désormais « les règles d'un marché concurrentiel » servent également les « missions de service public ».¹³⁵⁶ La situation ainsi décrite est celle du « recul de l'État-puissance publique, marquant le recul de l'incompatibilité de principe initiale entre les personnes privées et l'exécution de missions de service public ». ¹³⁵⁷

544. Déjà, les aspects de « mutation de l'État » entre 1935 et 1950 avait donné lieu en Europe (France) à ce que « le service public s'ouvr[ait] aux personnes privées, et cette ouverture [était] est validée par le juge ». ¹³⁵⁸ Sur ce point, en France l'Arrêt du Conseil d'État du 13 mai 1938 (*Caisse primaire Aide et Protection GAJA*) indiquait en substance que ce n'est pas parce qu'une personne privée prend en charge un service public que ce n'est plus un service public.¹³⁵⁹ Cependant, le « Droit public de la régulation de l'économie »¹³⁶⁰ va plus loin avec les principes de l'OMC. Il s'agit « "davantage d'un véritable droit du marché qu'un droit de la consommation, tel qu'on le définit traditionnellement en France", l'action des "concurrents" étant prioritairement visée alors que celle des consommateurs ne l'est que de "façon subsidiaire" ». ¹³⁶¹

545. C'est ainsi que la régulation était censée assurer le maintien des règles d'intérêt général, en exerçant, sur le marché, un rôle d'arbitre du jeu concurrentiel entre les opérateurs privés et les opérateurs historiques. Comme en Europe, une régulation étatique a aussi émergé dans les nouveaux marchés africains. « Conformément à l'accord de l'OMC sur les télécommunications de base, de nombreux gouvernements ont créé des autorités nationales de régulation, sous forme d'organismes indépendants ou d'unités fonctionnelles relevant de certains ministères ou offices gouvernementaux ». ¹³⁶² Cette fonction de régulation a été

¹³⁵² M.-A. FRISON-ROCHE, « le droit de la Régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, n°7, p. 610.

¹³⁵³ J.-PH COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 38.

¹³⁵⁴ T. PENARD et N. THIRION, *op.cit.*, p.1.

¹³⁵⁵ I. CROQ, *op.cit.*, pp. 71 et s. Voir aussi : *Droit de l'Informatique et des réseaux*, Lamy du droit, 1999 [2002]. J. CHAPPEZ, Y. LAIDIE, G. SIMON, « Mondialisation et services juridiques », in E. LOQUIN et C. KASSEDJAN (sous la dir.), *La Mondialisation du droit*, éd. Litec, Paris, 2000.

¹³⁵⁶ D. TRUCHET, *op.cit.*, p. 69.

¹³⁵⁷ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 527-528.

¹³⁵⁸ *Ibidem*, p. 528.

¹³⁵⁹ *Ibid.*

¹³⁶⁰ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

¹³⁶¹ C. MONFRORT, « Loyauté des pratiques commerciales : concurrents, agissez en cessation ! », *RLDA*, janv. 2008, n°23, *Répères*, n°1418, pp. 54-55.

¹³⁶² UIT, *Rapport 2002*, préc.

voulue indépendante selon les exigences du droit international du commerce. La nécessité du régulateur se fonde sur la diversification des enjeux et la nécessité de leur conciliation des aspects publics et privés du secteur. En effet, l'abandon des monopoles a ouvert le secteur public aux forces économiques du marché international. Les anciens exploitants publics (EPA/EPIC) assumaient non seulement le rôle de gestion des services publics, mais aussi l'édiction des règlements.¹³⁶³

546. La libéralisation des services publics monopolistiques engageait la compétition entre les nouveaux entrants (du secteur privé) et d'anciens détenteurs de monopole public. Cette reconfiguration du secteur public des télécoms a produit un ensemble complexe dans lequel l'État se doit d'arbitrer le jeu des intérêts économiques des opérateurs privés, souvent des multinationales, avec des opérateurs historiques, dans un objectif global d'intérêt général. Sans pouvoir se définir aisément, ce dernier fonde l'État à agir dans « une finalité que l'on présume supérieure » qui transcende « la somme des intérêts individuels ».¹³⁶⁴

547. Comme changement immédiat lié aux accords de l'OMC (1994-1997), dès 2001, 67% des pays africains s'étaient dotés d'une autorité de régulation des télécoms.¹³⁶⁵ En droit congolais, la Loi-cadre des télécoms du 16 octobre 2002 (dite « LCT ») a fait de même, en instituant deux structures étatiques, à savoir : l'autorité de régulation et le ministre des PTT.¹³⁶⁶ Ce dernier reste une administration classique. Cependant, « l'Autorité de régulation s'assure d'une certaine indépendance du ministère [ainsi que du marché,] du fait de la personnalité juridique dont elle est dotée et du mécanisme de la tutelle qui la relie à cette autorité. Mais il est entendu que le Ministère [...] encadre la fonction de régulation ».¹³⁶⁷

548. En France, le régulateur des télécoms est en principe dans l'appareil d'État, une autorité administrative indépendante (AAI), face aux autres pouvoirs relevant de l'exécutif et du législatif et de l'autorité judiciaire.¹³⁶⁸ « À y regarder de plus près, on se rend vite compte que ces AAI ne constituent pas une révolution. Elles ne sont pas un quatrième pouvoir [...] Les AAI ne correspondent complètement ni aux critères de la juridiction, ni à ceux de l'institution parlementaire. Il ne peut donc s'agir que d'organes administratifs ».¹³⁶⁹ Cette assertion est confirmée par les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État

¹³⁶³ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *op.cit.*, p. 513. Les EPIC agissaient pour compte de l'État-entrepreneur sur la base du monopole légal. « Dans son activité quotidienne de prise en charge de l'intérêt général, l'administration développe deux séries d'activités traditionnelles qui constituent les buts de l'action administrative. Les unes ont pour objet en quelque sorte de "matérialiser", de "concrétiser" l'intérêt général par la réalisation de prestations de biens et de services, ce sont les activités de service public. Les autres se traduisent par un travail de réglementation, d'encadrement juridique de multiples activités sociales dans le but précis d'assurer le respect de l'ordre public, il s'agit des activités de police administrative. »

¹³⁶⁴ *Ibidem.*

¹³⁶⁵ Rapport UIT, 2002, préc.

¹³⁶⁶ Articles 5 à 8, Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en République Démocratique du Congo, JO RDC, n° spécial, Kinshasa, 25 janvier 2003, pp. 17-45.

¹³⁶⁷ Exposé des motifs, Loi-cadre n°013/2002, préc., p. 24.

¹³⁶⁸ Conseil constitutionnel : décision relative à la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, 23 janvier 1987. [<http://maf.fr/fr/article/decision-du-23-janvier61987-Conseil-de-la-concurrence/>] (consulté le 16 mars 2017). « Le Conseil constitutionnel français a posé plusieurs règles déterminantes pour le droit français. Tout d'abord pour la première fois, en visant les lois du 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, le Conseil constitutionnel a tout à fait affirmé que la séparation des "autorités administratives et judiciaires" n'a pas de valeur constitutionnelle mais c'est pour immédiatement affirmer qu'une tradition française a haussé cette distinction entre les deux autorités [et] en a fait "un principe fondamental reconnu par les lois de la République". Le système organisé par l'Ordonnance du 1^{er} février 1986 qui prévoit un recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, lequel est une Autorité administrative, devant la Cour d'appel de Paris, juridiction judiciaire, contrevient à ce principe fondamental. Mais le Conseil constitutionnel admet qu'une telle exception puisse se justifier. C'est le cas ici. ».

¹³⁶⁹ A. SAKHO, *op.cit.*, p. 4.

français.¹³⁷⁰ Comparativement, c'est l'ART (française), créée en 1996 par la loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, comme AAI chargée de la régulation du secteur. Au sens de l'article L32-1 du CPCE, le changement de terminologie « télécoms » a été effectué en faveur des « communications électroniques »,¹³⁷¹ mais la fonction de régulation est exercée au nom de l'État par le Ministre chargé desdites communications et par l'ARCEP.¹³⁷²

549. Ainsi, l'instauration d'organes régulateurs indépendants est l'aspect marquant de la transformation du cadre juridique des télécoms en droit comparé, afin d'assurer au marché électronique son équilibre et son bon fonctionnement.¹³⁷³ Pourtant, sans abolir l'État, mais sans le renforcer non plus, la mondialisation redéfinit l'ensemble de ses fonctions et donc sa légitimité même.¹³⁷⁴ Selon Jacques Chevallier, la réorganisation des interventions économiques de l'État en « État-régulateur » est à l'aune d'un « État-post-moderne (*sic*) ». Il constate que « Le dirigisme économique cessait d'être l'apanage des pays socialistes, adeptes de la planification impérative ou d'une conjoncture interdisant le fonctionnement normal du marché, car tous les pays libéraux avaient été conduits à mettre sur pied des dispositions leur permettant d'agir sur l'économie ». ¹³⁷⁵ La fonction de la régulation est donc censée assurer l'équilibre du jeu économique et préserver les objectifs d'intérêt général, face aux réalités du marché ouvert. En principe, « la concurrence régulée [semble] considérée comme l'inversion du monopole et la notion de service universel comme renouveau du service public ». ¹³⁷⁶ Dans ce contexte, le régulateur est un arbitre de plusieurs intérêts. L'idée de service universel traduit l'objectif de conciliation de l'existence du jeu concurrentiel avec la mission d'intérêt général. L'objectif est celui de la diffusion de techniques fondamentales de communications électroniques dans le(s) pays et à un coût d'accès raisonnable.¹³⁷⁷

550. Par ailleurs, l'extension de la concurrence aux services publics (dits services d'intérêt général) a créé une complexification des mécanismes juridiques encadrant l'activité économique dans ledit secteur. L'une des conséquences est l'apparition du phénomène de systématisation et d'accroissement des règles juridiques dans le domaine des télécoms. Le terme générique « déréglementation » (de l'anglais, « *deregulation* ») cache, de manière impropre, une conséquence logique de cette grande réforme. Les lois de monopole de télécoms étaient souvent à article unique ; mais elles ont été supplantées par des textes plus prolixes, ayant ajouté à la complexité, pour encadrer le nouveau jeu de la concurrence. Pour preuve, il y a lieu de comparer, en droit français, la situation de 1985, lorsque le monopole

¹³⁷⁰ Conseil d'État français, 10 juillet 1981, n°05310, recueil Lebon. En cause : Conseil d'État, commissaire aux comptes de société vs décision du médiateur, statuant au contentieux sur requête pour excès de pouvoir, à propos de la nature juridique du médiateur. [<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007664894>] (consulté le 16 mars 2017) J.-M. SAUVÉ, « Les autorités administratives indépendantes », intervention au Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les AAI, jeudi 11 février 2010, p. 1-8 [<http://www.conseil-État.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-autorites-administratives-independantes>] (consulté le 16 mars 2017).

¹³⁷¹ Article 2, a), directive 676/2002/CE du 7 mars 2002, préc. La définition des communications électroniques est celle des télécoms, mais à laquelle il est ajouté des exemples : « les systèmes de transmission et, le cas échéant, l'équipement de commutation et autres ressources permettant le transport des signaux entre des points de terminaison définis, par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ».

¹³⁷² M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1^{re} éd., 2011, p. 14-15

¹³⁷³ Le sens commun de la régulation est « l'action de réguler, d'assurer un bon fonctionnement, un rythme régulier », tandis que les « fonctions de régulation » restent aussi en lien avec la physiologie, comme celles « qui assurent la constance des caractères du milieu intérieur d'un animal en dépit des variations du milieu extérieur ». (*Le petit Larousse Illustré 2017*, Dictionnaire, p. 986)

¹³⁷⁴ PH. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation*, préc., p.52.

¹³⁷⁵ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 4^e éd., LGDJ, lextenso-éditions, coll. droit et société, n°35, série politique, p. 63.

¹³⁷⁶ P. MUSSO, *op.cit.*, p.75 et s.

¹³⁷⁷ J. CATTAN, *op.cit.*, pp. 24, 27, 171 et s. Cf. pour les détails spécifiques au « service universel » : Partie 2, Titre 2, Chapitre1, Section 1 de la présente thèse.

était intact, par rapport à celle de 1991 après la réforme Quilès. Il peut aussi être pris en compte la situation de 1996, après le vote de la loi de réglementation des télécoms. En 1985, le monopole était fondé sur un seul article de loi (article unique) : l'article L33 du CPT sur le monopole des PTT reprenait l'article unique de la loi de Louis-Philippe de 1837. En revanche, la loi du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécoms comptait 28 articles et était longue de neuf pages du journal officiel. Quant à la loi du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécoms, elle totalisait 23 articles pour dix-sept pages au Journal officiel. Certains qualifient le phénomène de « *reréglementation* », d'autres de « *surréglementation* ». ¹³⁷⁸

551. En outre, il y a nécessité de comparer la similarité des expériences de dérégulation, telle que pratiquée en Europe et en Afrique, au regard de leurs résultats et de leurs stades d'avancement. (B.)

B./ LES ÉCARTS D'EXPÉRIMENTATION DE LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS ENTRE L'EUROPE ET L'AFRIQUE

552. Pour les États africains, l'essentiel de cette étape des réformes réside dans l'application du modèle de marché européen, sous l'égide de l'OMC. Les développements ci-dessus mettent en lumière les expériences de droit comparé européen et africain dans la dérégulation des télécoms de base. Les circonstances sont similaires, mais plusieurs aspects de divergence apparaissent quant à la conduite des expériences, aux résultats et aux temps de changements sur les marchés africains et européens.

1. L'absence de préalable cognitif africain de la dérégulation

553. *Premièrement*, les marchés africains ont été libéralisés sans préparation particulière, contrairement à la politique graduelle opérée, à cet effet, au sein des institutions et des États de l'Union européenne. C'est depuis 1984 au Sommet de Fontainebleau sur les télécoms que le processus avait été lancé sur le marché européen, à travers les « directives ONP » de 1988-1998. ¹³⁷⁹ Celles-ci avaient initialement conservé des droits exclusifs sur des segments du marché des infrastructures publiques en permettant uniquement la concurrence sur les équipements et services de télécoms. En France, par exemple, l'opérateur national de monopole avait bénéficié des investissements publics (« colbertisme high-tech »), en prévision de l'ouverture future à la pleine compétition internationale. Le temps de transition nécessaire leur a été accordé pour se renforcer préalablement sur leurs marchés territoriaux, avant de subir la pleine compétition en tant qu'opérateur historique. Les directives dites du « paquet télécom » sont intervenues graduellement en 2002 et en 2009, dans un contexte de marché partiellement ouvert pour parvenir à une totale concurrence. ¹³⁸⁰

554. En revanche, les États africains ont adhéré au processus de dérégulation en 1997, sans expérience cognitive des changements réglementaires à effectuer, ni des complexités de la régulation. *Premièrement*, le parcours historique n'est pas le même dans la conduite des réformes africaines : celles-ci ont été menées tantôt sans politique législative appropriée au niveau national, ¹³⁸¹ tantôt avec célérité sous les contingences de l'OMC avec l'appui de

¹³⁷⁸ L. BANCEL-CHARENSOL, *op.cit.*, p. 2, cité par R. GILARDIN, *op.cit.*, p. 80.

¹³⁷⁹ Directive 98/10/CE du P.E et du conseil du 26 février relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et sur le service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, JO CE L 101, 1^{er} avril 1998, p. 24-47.

¹³⁸⁰ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, de la thèse.

¹³⁸¹ Le cas de la RDC est tel que le DPS date de 2009 alors que ses lois de dérégulation datent de 2002.

l'UIT, du FMI, de la BM. C'est dans un tel contexte que la RDC a entrepris en 2002 la réforme de son cadre légal des télécoms alors que son document de politique sectorielle (DPS) n'a été élaboré qu'en 2009. La Loi-cadre sur les télécoms (LCT) ainsi que la loi sur l'ARPTC ont défini un marché dual des télécoms, avec deux segments d'activités de réseau exclusif et de services compétitifs.¹³⁸² Cependant, la réalité du marché présentait dès le début une structure concurrentielle, débordant du cadre juridique. Les lois de dérégulation intervenues en 2002 en RDC accusent un retard d'objectif par rapport à la situation concrète du marché national et par rapport aux évolutions en droit comparé européen (« paquet télécom »). D'une part, les opérateurs privés étaient autorisés dès 1989 à exploiter des services de télécoms dans le secteur public dont la loi était encore monopolistique. D'autre part, l'opérateur historique (OCPT) n'avait pas d'infrastructures techniques opérationnelles lui permettant d'exploiter concrètement son segment des droits exclusifs sur le marché.¹³⁸³

2. La prééminence de l'autorégulation sur les lois étatiques conséquentes

555. Deuxièmement, les pratiques du marché international ont largement contribué à la dérégulation des secteurs de télécoms en Afrique et en RDC, en attendant l'exécution de nouvelles règles juridiques et l'assise des régulateurs étatiques. En Europe, le « réexamen du cadre réglementaire des télécoms » insistait en 1999 sur la généralité de ses règles qui devaient donner lieu à « des mécanismes [...] nécessaires pour assurer que les ARN appliquent les objectifs et les principes fixés dans les directives d'une façon qui sauvegarde l'intégrité du marché intérieur ».¹³⁸⁴ Cependant, l'existence de l'ARPTC est postérieure à la présence de nouveaux entrants sur le marché. Par conséquent, l'activité économique des télécoms s'est déroulée sous une « protection indirecte » des intérêts économiques de tous les « concurrents légitimes ».¹³⁸⁵ À défaut d'expériences locales de la libéralisation, les marchés s'inspiraient des références plus avancées, en provenance des pays d'origine des firmes multinationales privées.¹³⁸⁶ L'internationalisation des réseaux leur permet de profiter des différences de structures des marchés (*benchmark*), en s'inspirant des meilleures pratiques internationales (*best practices*). L'« autorégulation (*self regulation*) désigne un système apte à définir son équilibre par ses seules forces ou [...] à le rétablir également ».¹³⁸⁷

¹³⁸² Articles 37, alinéa 1 et 38, alinéa 2, Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications dite « LCT », préc.: « En République démocratique du Congo, il n'existe, pendant la période d'exclusivité qui lui est reconnue, qu'un seul Exploitant public de télécommunications. [...] L'exclusivité temporaire consiste pour l'exploitant public à posséder seul le réseau de référence auquel tout exploitant concessionnaire de service public de télécommunications est tenu de s'interconnecter, et par lequel, il fait transiter son trafic national ou international ».

¹³⁸³ K. NDUKUMA ADJAYI, *op.cit.*, p. 84. Cas de la RDC où la loi de libéralisation partielle du marché des télécoms est intervenue en 2002, tandis que plusieurs licences de téléphonie mobile et fixe, ainsi que des autorisations de fourniture de services Internet étaient octroyées sans aucunes enchères, ni procédures publiques. Cette démonopolisation de fait rendait très aléatoire l'arbitrage de la cohabitation difficile sur un même marché entre un opérateur historique disposant encore d'un monopole légal et de nouveaux entrants privés autorisés à opérer dans un marché sans loi adapté, ni régulateur indépendant. (Cas de la licence attribuée à Telecel en 1989 au Zaïre, actuelle R.D.Congo, opérant la technologie AMPS alors que l'ONPTZ, actuelle SCPT, disposait encore d'un monopole légal et statutaire, sur base de l'ordonnance-loi 68-475 du 13 déc.1968 portant sa création. Jusqu'à promulgation de la loi-cadre n° 013/2002 sur les télécoms du 16 octobre 2002, cette ordonnance n'était pas révoquée par une loi contraire.

¹³⁸⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Réexamen du cadre réglementaire des télécommunications*, COM (1999) 539 final, nov.1999.

¹³⁸⁵ Considérants n°6 et 8, directive 2005/29/CEE et dont l'article 10 fait état de la promotion des codes de conduites et l'autorégulation des professionnels (dans le sens des pratiques loyales). Notes : J. ROCHFELD, « Les nouveaux défis du droit des contrats : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales de l'Internet », in J. ROCHFELD (*sous. la dir.*) [2010a], *op.cit.*, p. 24.

¹³⁸⁶ I. CROQ, *op.cit.*, p. 8-9.

¹³⁸⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, préc., p. 21.

556. Dans ce cas, la « démarche pragmatique »¹³⁸⁸ est de mise par les forces du marché elles-mêmes, en vue de l'harmonisation informelle de plusieurs aspects, notamment : contrats d'interconnexion, gestion des conflits entre opérateurs, interopérabilité des systèmes clés (protocole de signalisation, paramètres techniques de commutation, partage des bandes de fréquences, etc. Les forces du marché ont pallié les carences de la libéralisation, faute d'instances et d'expériences régulatrices dans les marchés africains (RDC), nouvellement ouverts à la compétition. La dérégulation laissait entendre l'idée des forces du marché capables de se réguler elles-mêmes.¹³⁸⁹

557. Toutefois, la « régulation est conçue sur un postulat inverse, puisqu'elle postule que le marché sur lequel elle souhaite agir n'a pas eu la force de créer et de maintenir ses équilibres propres, soit parce que la libéralisation est trop récente, soit parce qu'il y a un [...] monopole économiquement naturel ».¹³⁹⁰ L'autorégulation a donc fait émerger un nouvel enjeu de souveraineté nationale pour les États africains, car elle produit une coexistence entre droit souple (lois du marché, *soft law*) et droit dur (règles juridiques, *hard law*),¹³⁹¹ tant sur le marché libéralisé que dans l'espace numérique. Elle épaula la régulation étatique tout autant qu'elle peut la dépasser, au regard de l'asymétrie ou des inégalités des forces du marché. L'asymétrie est possible au profit d'un opérateur « notamment parce qu'il a tous les clients ou tout le savoir-faire, ou tous les brevets, et que, de fait, les potentiels concurrents ne peuvent pas entrer sur le marché ».¹³⁹² Les enjeux réformateurs du droit des télécoms ont opéré le repositionnement de la puissance publique face aux forces économiques du marché.

558. Selon les travaux, Joseph Stiglitz (prix Nobel d'économie 2001), l'asymétrie de l'information, est celle qui offre aux acteurs du marché une « "rente informationnelle" leur permettant de s'octroyer de très nombreux avantages et de transférer sur les autres les risques ».¹³⁹³ La présence du régulateur sert à rétablir l'équilibre voulu par le droit et l'intérêt général. C'est ce que confirme la pensée de Madame Mireille Delmas-Marty, car « [l]a règle fait aller le droit : aussi le droit en fixant des règles, permet-il l'égalité devant la loi, l'égale répartition des charges, des devoirs et des droits et, [...] peines et sanction selon les règles de la justice. Mais parfois la réalité ne se plie pas, ou échappe, parce qu'elle a pris des formes inédites ou trop complexes, à la "linéaire" du droit : la mondialisation, la révolution numérique, la supranationalité [...], etc. mettent le droit au défi ».¹³⁹⁴ Les forces économiques du marché international ont construit l'effectivité du pouvoir du secteur privé dans les secteurs de télécoms en Afrique, derrière les objectifs de la démonopolisation d'autrefois. Mais les autorités réglementaires nationales doivent rester au cœur du nouveau dispositif. La libéralisation devrait toujours s'accompagner d'un renforcement de la régulation.¹³⁹⁵

¹³⁸⁸ J.-PH COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 38. Il est question ici d'autorégulation, mais « La régulation est largement entendue comme "la démarche pragmatique et globale consistant à poursuivre un objectif déterminé par l'utilisation, généralement combinée, de méthodes choisies parmi une palette d'instruments variés, en fonction d'un calcul d'efficacité optimale" ».

¹³⁸⁹ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 3.

¹³⁹⁰ *Ibidem*.

¹³⁹¹ PH. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance*, préc., p.60. J. CARBONIER, *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 1969, p. 6 et s. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, préc., p. 3 et s.

¹³⁹² M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, préc., p. 19.

¹³⁹³ *Ibidem*, p. 19-20.

¹³⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, « À l'heure de la mondialisation, nous avons besoin d'un droit flou », *Libération*, Interview par Robert Maggiori et Anastasia Vécirin, 23 septembre 2016.

¹³⁹⁵ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 29.

3. *La puissance du marché électronique mondial face aux États-régulateurs en Afrique*

559. Troisièmement, avec la dérégulation, « [l]a voie médiane entre le monopole et la concurrence [...] suppose d'adopter une approche renouvelée de la régulation ».¹³⁹⁶ la régulation intervient dans un système complexe de marché, pour maintenir l'équilibre entre intérêt général et le jeu concurrentiel. Si l'intervention publique n'est pas adéquate, les attentes fondées sur le marché sont endiguées au détriment des consommateurs par des impératifs économiques. Les intérêts commerciaux ont souvent prédominance sur les attentes d'intérêt général à travers le fonctionnement du marché. Le cas du service universel conserve la connotation française du service public dans le marché dérégulé. Celui-ci est davantage porté vers ses propres priorités, notamment : positionnement stratégique, contrôle des parts de marché, réalisation du profit, concurrence, qualité des réseaux, image marketing.

560. Mais, il revient à l'État, à travers le régulateur, de rappeler les limites de la libéralisation par des obligations de « service universel »,¹³⁹⁷ justifiant des exceptions à l'application des règles de la concurrence. Cet objectif politique « fait ainsi office de "clause de sauvegarde", en cas d'insuffisance du marché ».¹³⁹⁸ En principe, plusieurs défaillances du marché apparaissent, dans une situation de marché faiblement régulé. Sans entrer dans l'étude des aspects économiques du marché ou de la régulation, il est question de présenter les similitudes de résultats des expériences comparées de la dérégulation des télécoms en Europe et en Afrique.¹³⁹⁹

561. En réalité, il ressort que les opérateurs privés multinationaux en Afrique sont les principaux bénéficiaires des réformes opérées sur le modèle des droits étrangers plus avancés. Ces constats sur les enjeux du socle analogique sont notamment appuyés par l'expérience de France Télécom face aux nouveaux marchés dérégulés en Afrique. En effet, « En Afrique, [...] la France détient nombre de positions. France Télécom, issue d'une administration publique chargée de la coopération avec les "pays amis", va se transformer en opérateur offensif dont la stratégie consiste à prendre des parts du capital dans les opérateurs historiques des pays déréglementés en vue de faire du "business". La présence française doit bien sûr profiter aussi à Alcatel et d'autres constructeurs plus petits ainsi qu'à des bureaux d'études [...] aussi très actifs en Afrique ».¹⁴⁰⁰ Jusqu'à ce jour, la multinationalisation occidentale domine le secteur des télécoms en Afrique et en RDC. Il n'y a pas eu de mouvement inverse des opérateurs africains investissant en masse dans les marchés occidentaux dérégulés, au regard de la mondialisation.

562. À long terme, l'enjeu financier du retour sur investissement préoccupe davantage le marché à veiller au remboursement des prêts et intérêts sur les capitaux étrangers (occidentaux pour la plus part), tandis que les États africains (RDC) doivent s'outiller à veiller aux aspects d'intérêt général.¹⁴⁰¹ Là où en Afrique, notamment en RDC, des espoirs avaient pu être suscités par la manne financière à la vente de licences d'entrée sur les marchés

¹³⁹⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹³⁹⁷ Résolution du Conseil de l'Europe, 7 avril 1994 : « l'objectif politique de service universel est la mise à disposition de tous les utilisateurs d'un service minimal d'une qualité spécifiée à un prix abordable ».

¹³⁹⁸ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 35-55.

¹³⁹⁹ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, cité par J.-PH COLSON et P. IDOUX' *op.cit.*, p. 38' En « droit public de la régulation de l'économie », les deux disciplines paraissent largement converger aujourd'hui, compte tenu de l'orientation régulatrice générale censée animer l'action publique dans son ensemble, par delà l'allure hétéroclite de ses instruments et l'apparence d'autonomie de ses diverses facettes.

¹⁴⁰⁰ B. JAFFRE, « Bilan des privatisations des télécoms africains », in J.-J. GABAS (sous la dir.), *op.cit.*, p. 77.

¹⁴⁰¹ L'idée de « *sunk costs* » domine le type d'investissement en réseau (notamment les télécoms, l'électricité, le transport), qui engagent des coûts irrécupérables de réseaux. A défaut du monopole, une exploitation à long terme est nécessaire pour avoir un retour sur investissement.

africains, l'accès aux réseaux n'est pas encore l'effet bénéfique pour l'ensemble des citoyens. L'intérêt général soutient que le niveau de concurrence du marché des télécoms doit être profitable au pouvoir d'achat (baisse des prix), à la couverture universelle (transfert des technologies et du « savoir-faire ») ou à la balance financière (transfert des capitaux suite aux investissements directs).¹⁴⁰²

563. Que ce soit en Europe ou en Afrique, « Plus qu'à un modèle concurrentiel, la dérégulation a, dans les faits, conduit à la formation d'un marché oligopolistique : aux quelques deux cents monopoles étatiques nationaux publics se sont substitués des oligopoles continentaux, voire oligopole mondial ».¹⁴⁰³ Notamment, la pratique des « subventions croisées » entre services est interdite par l'accord de l'OMC de 1997, mais la stratégie des dominants et de leurs « services associés » influe sur le jeu compétitif, eu égard notamment à leur part mondiale de marché (économie d'échelle) ou à la « rente informationnelle ».¹⁴⁰⁴ Avec les expériences en Europe, en Afrique et en RDC, « il a été observé à la suite de la libéralisation des marchés de télécommunications qu'après la rupture d'un monopole, il se construisait plusieurs oligopoles, qui le cas échéant ne contribuent pas à l'évolution de la concurrence ».¹⁴⁰⁵ Les firmes multinationales effectuent une optimisation des économies d'échelle et renforcent les externalités du réseau vis-à-vis des consommateurs. Ces « géants »¹⁴⁰⁶ économiques du marché mondial tirent profit de leurs offres des services étendus ainsi que des volumes d'affaires, afin de peser sur les marchés nationaux. Ceux-ci deviennent davantage oligopolistiques que concurrentiels, avec un nombre limité d'opérateurs, présentant ou non une « dominance collective ».¹⁴⁰⁷

564. Notamment, le profil de « puissance sur le marché » peut ne pas être une dominance,¹⁴⁰⁸ mais peut « fausser sensiblement la concurrence du fait de l'intégration verticale [entraînant] que le coût de changement d'opérateur est élevé pour le consommateur ».¹⁴⁰⁹ Par exemple, toute décision de changement de prestataire représenterait, pour le client, un nouveau coût d'investissement personnel pour accéder aux services concurrents. Elle entraînerait aussi une perte d'accès à certains produits associés au réseau. Ceux-ci restent « verrouillés » à la technologie du prestataire majeur qui tient une « clientèle captive » : comme les fabricants de terminaux, cette « façon dont des prestataires de contenu s'appuient sur des applications dépendant de grands acteurs des réseaux sociaux renforce la logique de cloisonnement ».¹⁴¹⁰

¹⁴⁰² Cf. pour une étude détaillée sur le « service universel » : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1 de la présente thèse.

¹⁴⁰³ P. MUSSO, *op.cit.*, pp. 75 et s.

¹⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 70-76. Les mêmes opérateurs cumulent, sur le même marché, plusieurs types de licences ou alors ils occupent à la fois plusieurs marchés nationaux. La puissance financière ou la taille des parts de marché se renforcent aux prix des acquisitions des droits et des fusions-absorptions, en faisant peser la concurrence au profit de grands groupes consolidés.

¹⁴⁰⁵ Parlement européen, avis relatif à l'examen de la proposition de directive « cadre », commission juridique et du marché intérieur, 10 janvier 2001.

¹⁴⁰⁶ M. BÉHAR-TOUCHAIS (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 3-161.

¹⁴⁰⁷ Annexe II, Directive « cadre », préc. La dominance collective est la possibilité pour deux opérateurs de s'associer pour former ensemble une entreprise puissante, selon des critères répertoriés à l'appréciation des ARN : degré de maturité du marché, croissance stagnante ou modérée du côté de la demande, faible élasticité de la demande, homogénéité du produit, existence des structures de coûts semblables, existence de parts de marché similaires, absence d'innovation technologique, une technologie arrivée à maturité, absence de capacité excédentaire, barrières élevées à l'entrée, absence de puissance d'achat compensatrice, absence de concurrence potentielle, présence de liens informels ou autres entre les entreprises, existence de mécanisme de rétorsion, possibilités réduites de concurrence par les prix.

¹⁴⁰⁸ Article 13, Directive « cadre », préc. Conseil européen des Télécoms du 4 avril 2001. La puissance sur le marché est une « position équivalente à une position de dominance ». Le droit sectoriel de télécoms considère la puissance significative sur le marché, tandis que le droit de la concurrence sanctionne l'abus de dominance sur le marché.

¹⁴⁰⁹ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 23 et s.

¹⁴¹⁰ V. SCHAEFER, H. CROSNIER et al., *La neutralité de l'internet un enjeu de communication*, CNRS éditions, coll. les essentiels d'Hermès, p. 142. « Les fabricants de terminaux cherchent aussi à assurer "une clientèle captive" : le modèle *Apple*

565. Depuis les dérégulations de 1990-2000, des situations de défaillance du modèle européen sont constatées. La RDC illustre quelques cas : position de dominance, marchés dérivés à dominance d'oligopoles sur des segments où il n'a pas existé d'opérateurs historiques auparavant, difficulté de gestion des ressources essentielles (fréquences hertziennes et numérotation), « capture du régulateur »¹⁴¹¹ dans le jeu des intérêts du marché, conflit des compétences entre autorités de régulation des télécoms (ART) et ministères des PTT, difficulté de privatisation des opérateurs historiques, nivellement de la concurrence sans profitabilité de baisse de prix en faveur du consommateur, pesanteur d'insertion des autorités administratives indépendantes dans l'ordre étatique traditionnel, etc.¹⁴¹² De manière globale, tous ces aspects font état des enjeux, en liminaire des développements spécifiques en rapport à la mise en œuvre de la dérégulation dans le cadre juridique congolais.¹⁴¹³

566. D'autres développements sur la seconde étape d'évolution de l'économie numérique se présentent avec l'Internet, car le socle analogique des télécoms reste fondamental et transitoire pour l'avènement de l'ère numérique. Pour l'Afrique, les défis de multinationalisation perdurent tant pour les marchés territoriaux de télécoms que dans la mondialisation de l'Internet.¹⁴¹⁴ Après avoir « cadré » les enjeux de la dérégulation des télécoms (1^{re} étape), l'aperçu des enjeux de l'ère numérique équivaut à la 2nde étape de comparaison entre droits européens, français, africains et congolais. (§2.)

§2. Les enjeux juridiques du cyberspace africain (congolais) face à l'économie numérique européenne et française

567. La poursuite des réformes juridiques complémentaires s'est avérée indispensable, à la suite des premières dérégulations dans le monde. L'ouverture du droit de l'accès aux télécoms des années 1980-1990 n'est pas une finalité, mais un moyen de la société de l'information. Dans le monde entier, les communications numériques ont suscité de nouvelles transformations économiques et sociétales appelant des règles adaptées. L'économie numérique renvoie aux infrastructures des télécoms de base ainsi qu'aux technologies innovantes. Celles-ci associent l'informatique et l'audiovisuel, comme moyen d'accès aux services de la société de l'information.

568. La Banque mondiale a retenu, dans son rapport de développement 2016, que l'« accès à l'Internet est fondamental, mais pas suffisant. L'économie numérique doit aussi reposer sur un socle analogique solide, composé de "réglementations" qui créent un cadre des affaires dynamiques et permettent aux entreprises d'exploiter les technologies numériques pour affronter la concurrence et innover ».¹⁴¹⁵ L'économie numérique traduit l'utilisation des TIC dans les activités économiques, au titre des services de la société de l'information. Spécifiquement, la construction de l'architecture de l'Internet s'accompagne des aspects juridiques. Il faut donc saisir les évolutions depuis les télécoms, les communications électroniques jusqu'au cyberspace (A).

interdit aux prestataires de contenus et médias de proposer directement à leurs lecteurs des applications ou d'acheter en dehors de l'écosystème d'Apple des biens payants, tels que la musique ou des livres numériques ».

¹⁴¹¹ M.-A. Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation*, préc., p. 33. « La capture du régulateur est le terme usuellement utilisé dans les théories économiques et vise la situation dans laquelle une institution – en pratique le régulateur – perd son indépendance par influence exercée par un tiers sur lui. »

¹⁴¹² J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, 140.

¹⁴¹³ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 et Partie 2, Titre 1, chapitre 1 de la présente thèse.

¹⁴¹⁴ CH. A. MICHALET, *Qu'est-ce que la Mondialisation*, La Découverte, Paris, 2002, pp. 1-211.

¹⁴¹⁵ Banque mondiale, *op.cit.*, p. 4.

569. L'accès au cyberspace n'est pas seulement né de l'état de la technique, mais aussi d'une construction juridique et politique du marché numérique mondial. « La notion de droit du cyberspace est si vaste et complexe et ce droit aurait sur les nations, leur économie et leur société, une influence si étendue qu'une bonne part des observations que l'on peut faire à ce sujet débouchent directement sur une mise en question du droit positif ». ¹⁴¹⁶ Les règles et institutions juridiques de l'économie numérique sont empreintes des propriétés du cyberspace. Il est le support et le vecteur de cette économie informationnelle et de la connaissance, ¹⁴¹⁷ présentant une dimension transfrontière, déterritorialisée, décentralisée et dématérialisée. Ces propriétés soulèvent une problématique nouvelle pour la souveraineté des États, dans l'approche globale de régulation et de gouvernance du cyberspace, sans compter les ajustements spécifiques qu'opère le droit face aux bouleversements sociétaux de l'ère numérique (B).

A. / LES ASPECTS JURIDIQUES DE L'ARCHITECTURE PLANÉTAIRE D'INTERNET

570. Le cyberspace résulte des étapes combinées de la mondialisation des télécoms et de la globalisation de l'espace numérique. L'expérience de la dérégulation des télécoms était engagée depuis 1984, ¹⁴¹⁸ tandis que les États africains adhéraient au processus en 1994 et en 1997 sur la base des accords de l'OMC. En 1994, les ambitions américaines et européennes étaient de faire des réseaux électroniques, tant les « autoroutes de l'information » que le « sang de la compétitivité ». ¹⁴¹⁹ Les premières directives de libéralisation et d'harmonisation (ONP) des années 1990 avait eu pour but de décroiser les monopoles verticaux et les marchés territoriaux, tout en effaçant les frontières nationales au profit d'un marché intérieur européen. ¹⁴²⁰

571. D'autres politiques législatives européennes de 1994 et 1995 réaménageaient le cadre réglementaire de la concurrence des infrastructures et des réseaux de télécoms. ¹⁴²¹ En ce sens, la directive 96/19/CE arrêta la libéralisation intégrale desdites infrastructures au 1^{er} janvier 1998. ¹⁴²² Les restrictions sur l'utilisation des infrastructures alternatives étaient levées

¹⁴¹⁶ E. LONGWORTH, « opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace – y compris dans une perspective néo-zélandaise », *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Economica / éd. UNESCO, coll. droit du cyberspace, Paris, 2000, p. 13

¹⁴¹⁷ Cf. D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 47. Conclusion de la Présidence, Conseil européen de Lisbonne, les 23 et 24 mars 2000, DOC/00/8. Le nouveau cadre réglementaire européen de 2002 (« paquet télécom ») avait pour objectif d'assurer la fourniture d'infrastructures et de services efficaces, de qualité et disponibles à des prix compétitifs, étant donné que l'objet fixé était de faire de l'Union européenne « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde ».

¹⁴¹⁸ Cf. Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 1 de la présente thèse. Précédemment, il y eut le Sommet de Fontainebleau sur les télécoms en 1984 et en juin 1987, le *Livre vert* de la Commission européenne « sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications ».

¹⁴¹⁹ A. GORE, « Remarks as delivered to the superhighway Summit, Royce Hall », UCLA Los Angeles, California, 11 janvier 1994. A. GORE, « Informations superhighways speech », Sommet de l'Union internationale des télécommunications, Buenos Aires, 21 mars 1994. Cf. « Rapport Bangeman », préc.

¹⁴²⁰ La directive 86/361/CEE du 24 juillet 1986, sur « la phase initiale de la reconnaissance mutuelle de l'homologation des équipements terminaux », aura permis à l'Europe de franchir l'étape de reconnaissance mutuelle des agréments et Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1998 porta sur la question « relative à la concurrence dans les marchés des terminaux de télécommunications ».

¹⁴²¹ Commission européenne, *Livre vert* « sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble – Partie II – Une approche commune de la fourniture d'infrastructures de télécommunications au sein de l'Union européenne », COM (94), octobre 1994 et janvier 1995. Comme suite des consultations sur les deux parties de publication du *Livre vert*, le Conseil de l'Europe, dans sa résolution du 18 septembre 1995, décida notamment d'établir un cadre juridique pour l'interconnexion des réseaux dans la communauté et d'adapter les directives ONP au nouvel environnement concurrentiel.

¹⁴²² Directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, JO L 74, 22 mars 1996, p. 13-24. Cette directive prescrit l'abrogation de tous les droits exclusifs ou spéciaux à compter du 1^{er} janvier 1998 en marquant l'étape finale de l'ouverture du marché.

avant le 1^{er} juillet 1996 pour fournir les services déjà libéralisés.¹⁴²³ Toutes ces mesures ouvrirent de nouvelles possibilités techniques concernant les offres de réseaux de télévision par câble et surtout la convergence numérique des télécoms, de l'informatique et de l'audiovisuel, dans les RNIS. Tous ces aspects à la fois politiques, juridiques et techniques ont permis de jeter les bases de la révolution numérique.¹⁴²⁴

572. La première étape technologique de la dérégulation mondiale a concerné les télécoms de base, comme une exigence intermédiaire de libéralisation en vue de construire le cadre juridique du jeu concurrentiel sur le marché régulé. Celui-ci a contribué à la finalité de démocratiser l'accès et les usages de l'Internet dans la société. L'interopérabilité des télécoms et de l'audiovisuel a été rendue possible grâce à la norme numérique et à des protocoles standards (notamment TCP/IP). Le Web est la meilleure expression de l'intelligence inventive (*soft-ware*). Celle-ci s'appuie sur les infrastructures et les terminaux des télécoms (*hard-ware*) permettant l'activité numérique des internautes, sur la couche sémantique du Web. Cette couche constitue l'espace collaboratif de l'écosystème numérique mondialisé.

573. Au sens des études précitées de la banque mondiale, l'Internet est une « dividende numérique »¹⁴²⁵ : il rassemble les fonctionnalités des technologies datant du 19^e siècle (télécoms de base) et les découvertes de l'intelligence inventive depuis 1950.¹⁴²⁶ C'est une « architecture bien identifiée – producteur d'éléments, opérateurs de réseaux, fournisseurs de services et fournisseurs de contenus – particip[ant] d'un modèle économique spécifique ».¹⁴²⁷ Les réseaux des télécoms de base restent le « kilomètre invisible »,¹⁴²⁸ dans l'« ensemble de la chaîne de valeur » de l'Internet.¹⁴²⁹ Ils agglomèrent plusieurs « infomédiaires »¹⁴³⁰ qui détiennent les « clés de contrôles des intangibles numériques ».¹⁴³¹ Le terminal de connexion du consommateur représente le « dernier kilomètre » (*last mile*) avec son dernier relai de connexion aux télécoms.¹⁴³² En effet, « l'Internet mondial transite [...] au travers de divers moyens de communication électronique filaires (réseaux téléphonique commuté, bas débit, ADSL, fibre optique jusqu'au domicile), ou sans fil (WIMAX, par satellite, 3G, 4G). Les FAI appartiennent à la « couche basse » des réseaux qui comprend les acteurs en charge de l'acheminement des données, intermédiaires techniques [...] La « couche haute » est constituée des fournisseurs de contenus et d'applications (logiciels ou services informatiques) ainsi que des utilisateurs finals ».¹⁴³³

574. En regroupant l'ensemble de ces fonctionnalités, l'Internet s'est ainsi imposé comme le réseau des réseaux à l'échelon planétaire. Internet sert de passerelle de diffusion, de

¹⁴²³ *Ibidem*.

¹⁴²⁴ R. GILARDIN, *op.cit*, pp. 25 et s.

¹⁴²⁵ Banque Mondiale, *op.cit*, p. 58. Par « dividende numérique » ou souvent « dividendes du numérique », le rapport de la BM entend les « avantages plus larges d'une croissance économique plus rapide, d'une multiplication des emplois et d'une amélioration des services »

¹⁴²⁶ [www.wikipedia.fr] (consulté le 16 mars 2017.) La première ligne de télégraphe électrique date de 1845 en France, sonnant le glas des tours de Chappe. Les années 1950 coïncident avec la politique des recherches initiées par département américain de la défense avec les universités, ayant contribué à Internet. Il eut ensuite les débuts d'ARPANET (1966-1969), qui marquent les débuts officiels du système de commutation par paquet (*paquet switching*), avec la démonstration de 1972.

¹⁴²⁷ Cahier français, n°372, préc., p. 2.

¹⁴²⁸ Q. SGARD, *op.cit*, p. 25.

¹⁴²⁹ Banque Mondiale, *Les dividendes numériques*, Rapport sur le développement dans le monde 2016, préc., p. 25. « Une manière utile d'analyser les politiques d'action sur l'offre en matière de TIC consiste à prendre en compte l'ensemble de la chaîne de valeur, à partir du point d'entrée de l'internet dans un pays (le premier kilomètre), puis lorsque l'internet traverse le pays (le kilomètre intermédiaire) pour atteindre l'utilisateur ultime (le dernier kilomètre), sans oublier certains éléments cachés de la chaîne (le kilomètre invisible). »

¹⁴³⁰ V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit*, p.65.

¹⁴³¹ *Ibid*.

¹⁴³² BANQUE MONDIALE, *op.cit*, p. 25.

¹⁴³³ F. BENHAMOU, *op.cit*, pp. 2-3.

circulation et d'échanges de contenus, à l'aide des protocoles de navigation et autres procédés numériques. Sa neutralité tient de la standardisation que les normes numériques assurent à toutes sortes de médias informatiques rendus compatibles dans la société de l'information. Grâce aux télécoms, l'Internet a ouvert d'innombrables possibilités pour le grand public d'interagir en ligne, de créer, d'accéder ou de partager des contenus (son, texte, image).¹⁴³⁴ Désormais, à la suite de l'évolution des télécoms, « on entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique ».¹⁴³⁵ L'Internet et les techniques de numérisation sont à la base de la révolution numérique, solidement bâtie sur le socle primaire des télécoms de base.¹⁴³⁶

575. Effectivement, la politique dite de « dérégulation » avait contribué aux progrès technologiques et à la diffusion des techniques numériques dans la société, l'économie et le monde. Les marchés de télécoms de base ont donné lieu à des activités consistant à mettre en place et à exploiter des réseaux.¹⁴³⁷ Le droit de l'Union européenne a inscrit les réseaux, les terminaux et les services de télécoms dans la concurrence sur le marché. C'est le cadre réglementaire du marché des télécoms et de communications numériques qui sert de référence d'ensemble pour la comparaison avec les droits en Afrique et en l'occurrence avec le droit congolais.¹⁴³⁸

576. Étant donné que l'Internet est une « interconnexion de près de 50.000 réseaux différents »,¹⁴³⁹ sa régulation technique a posé comme norme fondamentale le « principe de neutralité » des réseaux.¹⁴⁴⁰ Selon le professeur Tim Wu, ce principe ne concerne toutefois, ni les contenus, ni les services, ni les documents véhiculés, ni les relations entre leurs producteurs et le lectorat ou les usagers. « La question de la "neutralité de l'Internet" porte donc sur *les fondements du réseau tant au plan technique, qu'au niveau des imaginaires sociaux* qui peuvent se construire sur ce commun, cette infrastructure de la société de l'information ».¹⁴⁴¹ Au regard de cette neutralité, « ce qui frappe l'esprit est l'irrésistible changement du contexte technique et économique dans lequel s'inscrit la question de la responsabilité des intermédiaires ».¹⁴⁴²

577. Il convient donc de parcourir ces enjeux politiques, économiques et juridiques de l'ère numérique. Dans l'approche comparée, l'Internet et son économie du Net posent des défis identiques et simultanés au droit international, au droit communautaire en Europe, aux droits nationaux français, africains et congolais.¹⁴⁴³

¹⁴³⁴ V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 39, 30.

¹⁴³⁵ Article L.31, 1°, CPCE, préc.

¹⁴³⁶ Au sens de l'accord spécifique sur les télécoms de base de l'OMC (1997), le concept recouvre les aspects suivants : infrastructures, téléphonie, télex, télécopie, transmission des données.

¹⁴³⁷ V. P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications. L'organisation des marchés*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 31, cité par D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 3.

¹⁴³⁸ Cf. pour étude comparative avec la RDC : Partie 2 de la présente thèse.

¹⁴³⁹ T. WU, *The Master Switch, The Rise and Fall of Information Empires*, New York, Knopf Publishing Group, 2010, cité par V. SCHAEFER et H. CROSNIER (sous la dir.), *La neutralité de l'internet un enjeu de communication*, CNRS éditions, coll. les Essentiels d'Hermès, p. 11.

¹⁴⁴⁰ Q. SGARD, *Les nouveaux enjeux de la neutralité : du flux à la donnée*, Mémoire présenté dans le cadre du Master 2 Droit du numérique, Administration-Entreprises, sous la direction de M. Antonin Agier et M. William Gilles, Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, juin 2016, p. 25. « La neutralité des réseaux pose un double enjeu. [...] Elle doit faire l'objet d'une surveillance de la concurrence sur son plan horizontal : classiquement d'un besoin des autorités de concurrence de veiller à ce que les opérateurs entre eux respectent des normes d'interopérabilité, d'accès aux ressources (partage des infrastructures ou mutualisation) ou encore de respect de certaines prérogatives entourant le service minimum. »

¹⁴⁴¹ T. WU, *op.cit.*, pp. 11-12.

¹⁴⁴² M. CLÉMENT-FONTAINE, « De la contrainte à la coopération : l'évolution du régime de la responsabilité des intermédiaires techniques », in M. BÉHAR-TOUCHAIS ÉTATS-UN (sous la dir.), *op.cit.*, p. 3.

¹⁴⁴³ Cf. pour la comparaison avec la RDC : Partie 2, Titres I et II de la présente thèse.

*B. / LA « PROBLÉMATIQUE DE L'ÉTAT » DANS LA GLOBALISATION DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE
EN AFRIQUE ET EN EUROPE*

578. En réalité, l'économie numérique synthétise plusieurs enjeux juridiques, confrontant la suprématie des ordres étatiques à l'Internet. Sous l'intitulé de la « problématique de l'État » face au numérique, il apparaît plusieurs réponses envisageables : régulation de l'économie des marchés de télécoms, réorganisation des modes d'intervention étatique sur le marché libéralisé, gouvernance de l'Internet, prééminence du droit et des valeurs fondamentales, souveraineté numérique face aux défis juridiques des géants économiques de la société de l'information, questions particulières du commerce électronique (paiement, contrat, preuve et signature électroniques), protection des données personnelles, cybersécurité et ordre public numérique face à la cybercriminalité, etc.¹⁴⁴⁴ Dans son étude spécifique sur l'État de droit et « le digital » (ère numérique), Olivier Iteanu synthétise plusieurs défis juridiques du cadran post-dérégulation mondiale des télécoms. Toutefois, si les corollaires de l'Internet sont les mêmes partout où les peuples y ont accès, les solutions de droit diffèrent à cause des disparités tant des ordres étatiques que des niveaux d'organisation entre les pays africains et le marché intérieur européen.¹⁴⁴⁵ Les enjeux de l'Internet permettent de poser la problématique générale du droit y afférent **(1.)** et de choisir des problématiques spécifiques à étudier **(2.)**.

1. La problématique générale d'un droit pour l'Internet

579. Les activités économiques liées au cyberspace se complètent d'enjeux juridiques d'un autre type : trente ans après les premières dérégulations des télécoms dans le monde. « Autrement dit, le régime [...] ne répond plus aux mêmes préoccupations aujourd'hui que jadis ». ¹⁴⁴⁶ La souveraineté des États doit répondre au défi de « réflexivité », entendue comme « l'aptitude d'une société à évaluer la situation dans laquelle elle se trouve et à prendre des options en conséquence pour l'avenir ». ¹⁴⁴⁷ Effectivement, le développement sans précédent des technologies de l'information et de la communication apporte des bouleversements sociétaux. Pour le droit, l'économie de l'Internet et sa globalisation motivent « d'approfondir et consolider les concepts et valeurs juridiques traditionnels tout en créant de besoins juridiques nouveaux (*ius novum*) ». ¹⁴⁴⁸

580. En 2000, la directive 2000/31/CE a légalement inscrit les télécoms dans le cadre de l'intermédiation technique du commerce électronique. Dans l'économie numérique, les statuts d'opérateurs de transport et de fourniture d'accès au réseau transcendent la finalité sectorielle des télécoms. ¹⁴⁴⁹ Ces acteurs deviennent des prestataires techniques du commerce en ligne, sans responsabilité sur le contenu qu'ils charrient, ni sur les informations qu'ils hébergent. Cette reconnaissance d'une responsabilité allégée des prestataires techniques a fini par réaliser

¹⁴⁴⁴ Cf. Partie 2 de thèse : ces questions font l'objet du droit comparé congolais, européen et français.

¹⁴⁴⁵ D. TRUCHET, *op.cit.*, p. 110. Le présent chapitre a été démontré la disparité des systèmes de droit en Afrique. Mais pour l'Europe, Didier Tuchet rappelle ceci : « Les droits européens [...] ont pour points communs d'exprimer les valeurs essentielles que partagent les pays européens, de tendre vers une approche juridique commune d'un certain nombre de questions importantes, de comporter un système juridictionnel efficace ». Le droit de l'Union européenne correspond au « droit communautaire » comprenant le droit dérivant des traités (droit primaire) et des institutions (droit dérivé), tandis que le « droit conventionnel » est le droit du Conseil de l'Europe. D'où l'usage des droits européens au pluriel. Mais ces deux droits sont harmonisés entre les États membres.

¹⁴⁴⁶ M. CLÉMENT-FONTAINE, *op.cit.*, pp. 3 et s.

¹⁴⁴⁷ J. PERRIAULT, *op.cit.*, p. 187.

¹⁴⁴⁸ T. FUENTES-CAMACHO, « Introduction : l'UNESCO et le droit du cyberspace », *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Economica / éd. UNESCO, Coll. droit du cyberspace, pp. 1 et 5.

¹⁴⁴⁹ Directive 2000/31/CE, préc.

le développement des services de la société de l'information, avec des incidences sur plusieurs autres domaines juridiques.

581. Les télécoms sont ainsi considérées comme la base commune sur laquelle sont construits les services de l'Internet et connectés les supports multimédias des communications électroniques. Les « clics de souris » des internautes créent de la valeur sur les plateformes de l'économie numérique, principalement en essaimant des traces informatiques et/ou des données personnelles. Celles-ci constituent le nouveau filon des métadonnées (*big data*, *data mining*).¹⁴⁵⁰ Avec l'économie numérique, le droit de l'accès aux marchés des télécoms cesse de paraître comme une fin en soi (si jamais il l'a été !). À l'ère numérique, les télécoms remplissent la fonction de mise en relation, comme un simple vecteur (ce qu'il a toujours été !). Désormais Internet permet le « partage de la valeur éparpillée à l'ère numérique » et formant la « longue traîne ».¹⁴⁵¹ Cette dernière coïncide avec de nouveaux modes de production, de distribution et de consommation des produits et services de l'économie sur Internet. En effet, l'« éparpillement des masses en myriades de parcelles culturelles différentes est un phénomène infiniment perturbant pour le monde traditionnel des médias et du divertissement [en constituant] une mosaïque incompréhensible formée d'un million de minimarchés et de microcélébrités. De plus en plus, le marché de masse se transforme en masse de niches ».¹⁴⁵² Tel est le sens de la longue traîne dans l'économie de l'Internet.

582. Mais l'Internet est un défi pour l'État, tout au moins au regard des règles privées sur le Web, de ses pratiques innovantes, des propriétés du réseau et de la puissance de ses acteurs techniques et économiques. Les réalités de la société planétaire de l'information confrontent des États postmodernes, qui deviennent de véritables « États concurrencés » au sens de J. Chevallier.¹⁴⁵³ En l'occurrence, l'espace numérique rend difficile l'ancrage territorial du droit national. Les normes non-étatiques sont produites par des structures privées qui assurent la gestion de l'ordre public numérique. Le droit étatique s'efforce d'assurer son effectivité dans la société de l'information. Mais comment réunir « les conditions nécessaires pour un dispositif de gouvernance permettant une régulation fondée sur une base démocratique pour faciliter les échanges et l'accès au savoir » ?¹⁴⁵⁴ Le numérique est devenu l'objet des politiques publiques, en vue de développer une « régulation démocratique » dans la culture de la « régulation-gouvernance, par essence inséparables ».¹⁴⁵⁵ Dans ses stratégies de gouvernance et/ou de sécurisation de l'Internet, le Conseil de l'Europe a constamment voulu que celui-ci soit porteur des valeurs fondamentales de la CEDH, à exporter dans d'autres États tiers y compris en Afrique.¹⁴⁵⁶ La RDC partage ces valeurs en tant membre de l'organisation des Nations Unies, pour « proclamer à nouveau la foi dans les droits fondamentaux de

¹⁴⁵⁰ BANQUE MONDIALE, *op.cit.*, p25.

¹⁴⁵¹ V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 39. Les auteurs titrent leur travail « *le partage de la valeur à l'ère numérique* », elles considèrent « *la valeur éparpillée* » dans la mesure des petits clics de nos navigations dans le Net, mais de l'éparpillement des traces de connexion dans cet espace numérique qui a trouvé des agents « infomédiaires » entre les diffuseurs et les producteurs pour en faire une valeur appréhensible, accessible plus exactement.

¹⁴⁵² C. ANDERSON, *La longue traîne, quand vendre moins c'est vendre plus*, Champs-Essais, n°1050, Paris, p. 15-16.

¹⁴⁵³ J. CHEVALLIER [2014], *op.cit.*, pp. 42 et s.

¹⁴⁵⁴ J. PERRIAULT, « Le numérique : une question politique », Hermès, n°38, 2004, p. 187.

¹⁴⁵⁵ P. MORREAU DEFARGES [2015b], *op.cit.*, p. 11.

¹⁴⁵⁶ S. RURGIS, « Les valeurs de l'Europe appliquées à Internet », in A. BLANDIN-OBERNESSER, *op.cit.*, pp. 17-30. Comité des ministres, Gouvernance de l'internet – Stratégie du Conseil de l'Europe 2012-2015, 15 mars 2012, CM(2011)175 final 2. Préambule de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité de 2001 selon lequel le Conseil de l'Europe tente « de trouver des réponses communes au développement des nouvelles technologies de l'information, fondée sur les normes et les valeurs du Conseil de l'Europe ».

l'homme, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites ».¹⁴⁵⁷

2. *L'étude des problématiques juridiques spécifiques de l'Internet*

583. Les prémisses ci-dessus appellent des développements particuliers. Premièrement, la société mondiale en réseaux est devenue un autre moyen de défier l'État de droit : « Certaines entreprises mettent à profit la société en réseau issue d'Internet pour s'affranchir de contraintes réglementaires. Plus que l'évasion fiscale, c'est désormais aussi l'évasion juridique ».¹⁴⁵⁸ Deuxièmement, la société du numérique et son économie interrogent certains fondamentaux du droit. Le caractère transfrontière de l'Internet entraîne la confrontation des sources et la pluralité des règles de compétences,¹⁴⁵⁹ sans omettre les questions de vie privée et de droits d'auteurs sur le réseau numérique.¹⁴⁶⁰ Si l'Afrique ne domine pas l'« investissement immatériel »¹⁴⁶¹ de l'Internet, l'Europe et les États-Unis principalement confortent la position dominante de leurs économies dans la société de l'information, en même temps qu'ils confrontent leurs systèmes de droit dans le cyberspace planétaire.¹⁴⁶² Mais « [e]nfin [de compte], la loi est-elle elle-même encore la seule norme qui régule les comportements des citoyens sur les réseaux numériques ? N'est-elle pas désormais en concurrence avec d'autres normes ? Des normes démocratiques [et de sources non-étatiques] ? »¹⁴⁶³

584. En fait, l'économie de l'Internet est irriguée d'un « foisonnement des sources hétérodoxes »¹⁴⁶⁴ que la doctrine considère comme produisant une « déformalisation des sources publiques ».¹⁴⁶⁵ D'une part, la déclaration d'indépendance du Cyberspace paraît être une source matérielle privée de même que les idées de « contre-culture » du *New Age* et des thèses « anarcho-capitalistes » des libertariens.¹⁴⁶⁶ D'autre part, les « sources pseudo-formelles privées » sont principalement la netiquette,¹⁴⁶⁷ la *lex mercatoria* et la *lex electronica*,¹⁴⁶⁸ mais aussi les règles émanant des géants américains de l'Internet (GAFAM

¹⁴⁵⁷ Préambule, *Chartes des Nations Unies*, préc.

¹⁴⁵⁸ O. ITEANU, *op.cit.*, pp. 16-21

¹⁴⁵⁹ *Ibidem*, pp. 21-22. Déjà la dématérialisation et la déterritorialisation des activités en ligne posent des défis pour les règles de compétence des juridictions nationales. En Europe, la CEDH et la CJUE sont compétentes pour des questions de droits humains aux prises aux dérives de l'Internet et particulièrement de l'économie numérique, avec primauté de leur autorité de chose jugée sur les juridictions nationales.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴⁶¹ C. GUERRIER, *op.cit.*, p. 93. Il faut rappeler la pensée de l'auteur sur l'« investissement immatériel, essentiel dans les technologies de l'information, [qui] comprend les logiciels, la recherche, indispensables aux services de télécommunications ». Sur cet aspect, le désavantage de l'Afrique est criant principalement par rapport à l'Europe et aux États-Unis, alors que la globalisation de l'économie numérique est une réalité.

¹⁴⁶² O. ITEANU, *op.cit.*, pp. 21-23. La confrontation des institutions juridiques concernent les équivalences possibles pour l'Europe et les États-Unis entre : liberté d'expression et *freedom of speech*, droit d'auteur et *copyright*, vie privée et *privacy*, gouvernement et *governance*. Les deux puissances économiques entendent agir l'une pour l'eupérisation du cyberspace et l'autre pour l'américanisation de celui-ci.

¹⁴⁶³ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 61.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 57. J. PERRY BARLOW, *Déclaration d'indépendance du Cyberspace*, publiée le 9 février 1996 [<https://www.eff.org/fr/cyberspace-independence>] (consulté le 9 janvier 2016). J. LARRIEU, « L'internationalité de l'internet », *Revue Lamy Droit des affaires*, supplément, février 2002, n°46, p. 42. P. LÉVY, *Cyberculture, Rapport aux Conseil de l'Europe dans le cadre du projet « Nouvelles technologies : coopération culturelle et communication »*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 150 et s.

¹⁴⁶⁷ V. FAUCHOUX, P. DEPREZ et J-M. BRUGUIÈRE, *op.cit.*, pp. 9-21. Au sujet de nouvelles sources du droit de l'Internet, la netiquette est un ensemble de règles de comportement applicables aux acteurs du réseau. Elle a fait naître des « générations spontanées d'usages forgés par les utilisateurs eux-mêmes au fil de leur pratique », en les codifiant parfois dans des chartes d'utilisateurs.

¹⁴⁶⁸ B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. Philo. Dr.*, 1964, vol. IX, pp. 177-192. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975, pp. xxii et 174. La *lex mercatoria* est le symbole que

notamment) ou encore de l'*Internet corporation for assigned names and numbers* (ICANN) quant à l'attribution des noms de domaine. La « régulation privée de l'Internet »¹⁴⁶⁹ est une réalité, tout autant que la réalisation d'une gestion privée de l'ordre public numérique. « Toute l'architecture technique de la "toile" repose en effet sur une standardisation privée relevant d'un groupe informel : l'*Internet Engineering Task Force* [IETF] ». ¹⁴⁷⁰

585. À la faveur des États face à la régulation privée du Net, le Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI) de Tunis avait retenu en 2005 un principe aujourd'hui battu en brèche par la réalité technique.¹⁴⁷¹ Selon le SMSI, « [l]es noms de domaine par pays ont donné lieu à une autre analogie territoriale en étant parfois assimilé à des territoires ». ¹⁴⁷² Mais, la pratique de l'ICANN présente une procédure de neutralité d'attribution des codes de pays (ccTLD) qui « empêche d'y voir une manifestation de la souveraineté ». ¹⁴⁷³ Par ailleurs, « les modalités de délégation de la gestion d'un [...] code pays empêchent les États d'assurer à tout coup un contrôle sur les sites enregistrés sous leur nom ». ¹⁴⁷⁴ Pour les pays africains, l'attribution des ccTLD est effectuée par AFRINIC en tant que démembrement régional de l'ICANN.¹⁴⁷⁵ En effet, « Afrinic, à l'instar de ses homologues d'Amérique du Nord (Arin), d'Asie et du pacifique (Apnic), d'Amérique latine et centrale (Lacnic) et d'Europe (Ripe-Ncc) dispose en principe de moyens techniques nécessaires pour établir qu'un gouvernement est en faute du point de vue de son règlement, et donc, de prendre les mesures qui s'imposent. Au-delà, il y a les populations concernées auxquelles l'on ne pourrait empêcher d'exprimer leur malaise ». ¹⁴⁷⁶ Malgré des velléités de réforme, l'ICANN relève encore du ministère du commerce américain ainsi que des lois et du ressort judiciaire de la Californie.¹⁴⁷⁷ « Dès ses origines, Internet a été vécu comme un espace a-étatique de liberté, fondé sur l'idée d'autogestion. » ¹⁴⁷⁸ Les efforts de régulation étatique sont perçus « comme autant d'immixtions indues ». ¹⁴⁷⁹

586. En outre, les sources informelles de l'Internet ont une influence réelle sur la réglementation et la régulation étatiques. Ainsi, la *soft law* peut donner une impression de

des sources privées peuvent produire une normativité, « notamment à travers les contrats, les usages, les principes généraux du droit, la jurisprudence arbitrale, voire le pouvoir institutionnel de certaines organisations privées ». Une *lex electronica* multidimensionnelle produite par les acteurs privés de la "toile" semble ainsi avoir émergé, dont une part importante est constituée par les normes techniques de l'internet (référentiels de sécurité, d'accessibilité et d'interopérabilité) qui sont à la base du fonctionnement du réseau.

¹⁴⁶⁹ F. LATTY, *op.cit.*, p. 59.

¹⁴⁷⁰ P. TRUDEL; « La *lex electronica* », in A. CH. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 254 et s.

¹⁴⁷¹ SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, 18 novembre 2005, WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rév.1)-F, paragraphe 63 : « Les pays ne devraient pas intervenir dans des décisions relatives au domaine de premier niveau correspondant au code de pays (ccTLD) d'un autre pays ».

¹⁴⁷² A.-T. NORODOM, « Propos introductifs – Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, Actes du 47^e colloque du 30 mai au 1^{er} juin 2013, éd. A. Pedone, Paris, 2014, p. 27.

¹⁴⁷³ R. QUADRI, « Le droit international cosmique », *R.C.A.D.I.*, 1959/III, vol. 98, p. 568, cité par A.-T. NORODOM, *op.cit.*, p. 28.

¹⁴⁷⁴ CH. REED, *Internet Law, Text and Materials*, Cambridge, 2nd ed, 2004, p. 2, cité par A.-T. NORODOM, *op.cit.*, p. 28.

¹⁴⁷⁵ [www.afrinic.net] (consulté le 9 août 2017) : AFRINIC est le registre régional africain de gestion de l'adressage sur Internet.

¹⁴⁷⁶ P. RUIZ, « Afrinic pourrait ne plus allouer d'adresses IP aux pays africains qui suspendent l'accès à Internet à leur population », Chroniqueur d'actualité, *Developpez.com, club des développeurs et IT pro*, 14 avril 2017. [https://www.developpez.com/actu/130017/Afrinic-pourrait-ne-plus-allouer-d-adresses-IP-aux-pays-africains-qui-suspendent-l-acces-a-Internet-a-leur-population/] (consulté le 8 août 2017). Suite à la recrudescence des cas de suspension de l'accès à Internet par les gouvernements des pays africains, un collectif de fournisseurs d'accès à Internet a récemment déposé une proposition de sanctions contre ces derniers auprès d'Afrinic.

¹⁴⁷⁷ O. ITEANU, *op.cit.*, p. 23 et s.

¹⁴⁷⁸ R. BERTHOUE, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse, Rennes I, 2004, p. 218.

¹⁴⁷⁹ F. LATTY, « La diversité des sources du droit de l'internet », in Société française pour le droit international, *op.cit.*, p. 57.

non-droit faute de franchir le « seuil de normativité »¹⁴⁸⁰ publique et coercitive, mais elle est un des « jalons normatifs »¹⁴⁸¹ porteurs de normes au potentiel de coutume du Net. Si la *soft law* concerne au plus haut point les lois souples du marché, elle est aussi en lien avec la « gouvernance » de l'Internet. Cette dernière emprunte des voies multipartites en apportant « des modes plus horizontaux »¹⁴⁸² de production normative avec la participation d'acteurs non-étatiques. Au regard de ce qui précède, l'Internet et son économie apportent des défis contemporains transcendant ceux de la seule régulation du marché des télécoms. En Europe et en France, leurs institutions habilitées ont instauré des *corpus juris* spécifiques : leurs règles forment les droits de l'Internet, des télécoms et des communications électroniques (aspect d'accès au réseau) ou alors les droits du commerce électronique et de l'économie numérique (critère d'accès au contenu).¹⁴⁸³ La comparaison consiste à observer comment la RDC, parmi les États africains, réaligne les points de son droit positif, face aux phénomènes protéiformes de l'Internet auxquels ils ne peuvent se soustraire. Au regard des expériences comparées plus avancées, comment assurer la primauté du droit étatique sans laisser le marché être dominé, ni dominer par ses sources non-étatiques, informelles ou transnationales?¹⁴⁸⁴

587. Avec l'Internet, il apparaît le cyberspace ou l'« infosphère » en tant qu'environnement humain et technologique.¹⁴⁸⁵ L'ubiquité de l'Internet crée une identité d'enjeux entre États, en les mettant face à des nouvelles problématiques juridiques. Dès lors, « Le droit des médias et de la communication touche à l'ensemble des branches du droit, aussi bien au droit public qu'au droit privé, au droit interne, qu'au droit européen et international. Les techniques et les supports d'information et de communication sont multiples et se développent de plus en plus ». ¹⁴⁸⁶ En effet, « [c]ette intimité de la régulation par rapport à la technicité interne de l'objet sur lequel elle porte ne peut être effacée ». ¹⁴⁸⁷ Mais, les régulations transversales demeurent désormais et de plus en plus dans le domaine des communications électroniques, du fait de l'évolution de la concurrence sur le marché et de la convergence des médias. En ce sens, des alternatives à la régulation sectorielle se présentent tout en conservant « pour chaque objet technique une régulation spécifique ». ¹⁴⁸⁸ D'une part, l'alternative de la régulation convergente permet « de fusionner les autorités institutionnelles des secteurs concernés ». ¹⁴⁸⁹

¹⁴⁸⁰ P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, n°1, p. 13 et s.

¹⁴⁸¹ A. PELLET, « le bon droit et l'ivraie – plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, A. Pedone, 1984, p. 488.

¹⁴⁸² F. LATTY, *op.cit.*, p. 62.

¹⁴⁸³ L. BENZONI, « De l'accès aux infrastructures à l'accès aux moyens numériques : Nouvelle frontière pour la régulation des communications électroniques », in M.-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, *op.cit.*, p. 18.

¹⁴⁸⁴ Cf. pour le bloc des idées de ce paragraphe : F. LATTY, *op.cit.*, p. 50-73 et s. A. BLANDIN-OBERNESSER (sous la dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, préc., spéc. : C. ERHEL, « Souveraineté et innovation : trouver l'équilibre », pp. 91 et s ; S. TURGIS, « Les valeurs du Conseil de l'Europe appliquées à Internet », pp. 17 et s ; A. BLANDIN-OBERNESSER, « Les entreprises souveraines de l'internet : un défi pour le droit en Europe », pp. 95 et s. J. M. MOULIN, « Rapport introductif », in S. CHATRY (sous la dir.), *La régulation d'internet, regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, Actes de colloque, éd. mare & martin, coll. droit privé et criminel, Paris, 2015, pp. 17-39. L. BELL, *De la gouvernance à la régulation de l'internet*, préc. M. Volle, « Géopolitique du cyberspace », in Cahier français, *La société numérique*, La documentation française, n°372, Paris, 2013, pp. 8-11. M. DE SAINT PULGENT, « Les besoins d'interrégulation engendrés par l'Internet. Propos introductifs », in M.-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 3-5.

¹⁴⁸⁵ T. FUENTES-CAMACHO, *op. cit.*, p. 1 et 5.

¹⁴⁸⁶ L. DELPRAT et C. HALPERN, *Communication et Internet : pouvoirs et droits*, éd. Vuiber, coll. lire agir, Paris, 2007, pp. 9-266.

¹⁴⁸⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸⁸ M. DE SAINT PULGENT, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs », in M.-A. ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, 2016, p. 4.

¹⁴⁸⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 86.

588. En Europe, la France n'a pas mené une telle expérience dans le domaine des communications électroniques. La Grande-Bretagne en est un exemple avec son « *Office of communications* » (*Ofcom*), qui regroupe les fonctions d'anciens régulateurs séparés : *office of telecommunication* (*Oftel*), *Independant Television Commission*, *Broadcasting Standard Commission*, *Radio Authority* et *Radio Communications Agency*.¹⁴⁹⁰ En Afrique, la RDC ne dispose pas encore d'expérience de cette nature. Néanmoins, la Tanzanie présente le cas de fusion d'anciens régulateurs sectoriels de télécoms¹⁴⁹¹ et de radiodiffusion¹⁴⁹² au sein de la « *Tanzanian Communications Regulatory Authority* » (TCRA). D'autre part, l'alternative de l'« interrégulation [...] suppose de mettre en place des réseaux entre des autorités demeurées autonomes, mais s'échangeant des informations, se rencontrant, collaborant sur des dossiers communs, etc. ». ¹⁴⁹³ En France, cette expérience existe de manière horizontale entre l'ARCEP (communications électroniques) et le CSA (communication audiovisuelle). La situation en RDC est analogue entre l'ARPTC et le CSAC, mais à cette différence que les deux régulateurs fonctionnent vraiment « en silo »¹⁴⁹⁴, chacun évoluant dans son « domaine régulé »¹⁴⁹⁵ de prédilection.¹⁴⁹⁶

589. En conclusion, les marchés dérégulés des États africains, comme la RDC et ceux du monde entier, sont aujourd'hui confrontés aux enjeux tout à faits différents mais complémentaires par rapport à la démonopolisation et à la concurrence des secteurs publics. Le marché libéralisé n'est pas seul en mesure de répondre aux inégalités d'accès au réseau. Celles-ci restent drastiquement considérables en RDC par rapport au niveau de développement aussi bien numérique qu'économique de l'Europe et de la France. Le rôle des autorités nationales de régulation reste crucial dans la conduite des politiques publiques de lutte contre le « fossé numérique » entre le Nord et le Sud, et au sein du même marché national.¹⁴⁹⁷

590. C'est ainsi que deux cadrans de comparaison recentrent la mise en rapport des droits européens, français, africains et congolais, autour de deux étapes technologiques. Grâce à l'OMC, la dérégulation a apporté les premières règles homogènes des télécoms en droit international, tandis que la globalisation avec l'Internet apporte une seconde confrontation d'expériences dans tous les ordres juridiques. La réglementation sectorielle *ex ante* des télécoms est imprégnée des « législations horizontales », en suggérant que les branches traditionnelles du droit ne sont pas exclues du champ spécifique. Il s'agit surtout du droit de la concurrence, mais également du droit de la consommation. Sur le plan de la régulation sectorielle *ex post*, celle-ci « est née de la nécessité de prendre en compte la spécificité des secteurs en accompagnant la libéralisation de ceux-ci ». ¹⁴⁹⁸ À ce propos, le processus de dérégulation des télécoms en RDC est en cours depuis les réformes législatives de 2002 visant à répondre aux standards des marchés européens et français, tels que diffusés sur le plan international à travers l'OMC. (**Chapitre 2.**)

¹⁴⁹⁰ *Office of Communications Act 2003*, in [www.legislation.gov.uk.] et [www.ofcom.org.uk/about/sdrp/] (consultés le 3 avril 2017). « Ofcom » a été créé le 1^{er} avril 2003 et est entré en fonction le 29 décembre 2003.

¹⁴⁹¹ Il s'agissait de *Tanzania Communications Commission* (notre traduction : Commission des communications de la Tanzanie).

¹⁴⁹² Ex-TBC, *Tanzania Broadcasting Commission* (notre traduction : Commission de l'audiovisuel de la Tanzanie).

¹⁴⁹³ *Ibidem*.

¹⁴⁹⁴ M. DE SAINT PULGENT, *op.cit*, p. 4.

¹⁴⁹⁵ Pour le « domaine régulé » des services audiovisuels, cf. J. Ph. COLSON et P. IDOUX, *op.cit*, p. 466.

¹⁴⁹⁶ Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse en rapport aux nouvelles tendances de la régulation.

¹⁴⁹⁷ Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2 de la présente thèse.

¹⁴⁹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, préc., p. 86.

591. Finalement, il apparaît que le droit de l'Union européenne et le droit français disposent d'un niveau de protection et d'expérience plus avancé que les États africains face aux enjeux des télécoms de base et ceux de communications électroniques. Une troisième époque d'enjeux technologiques est en gestation, à savoir : l'Internet des choses, entendu comme l'ère du tout connecté,¹⁴⁹⁹ et dans une certaine mesure le « droit des robots ».¹⁵⁰⁰ Toutefois, sur ces questions les progrès technologiques sont encore en cours, ils se précisent au préalable pour constituer un objet d'étude suffisant.

¹⁴⁹⁹ T. PIETTE-COUDOL, *op.cit.*, p.1 « Si cette approche est pauvre et élémentaire, elle n'est pas fausse pour autant. Il existerait déjà selon le cabinet IDC en France en 2014 près de 19,2 millions d'équipements informatiques portables sur le marché qui pourraient atteindre le nombre de 112 millions en 2018. » Cf. « Dossier : Les objets connectés, nouvelle passion française », *Le monde* 25 nov. 2014.

¹⁵⁰⁰ R. GELIN et O. GUILHEM, *Le robot est-il l'avenir de l'homme ?*, La documentation française, coll. « doc' en poche place au débat », Paris, 2016, pp. 3-156. « Les progrès de l'informatique et de l'électronique sont en passe de donner corps à un vieux rêve de l'homme : créer un être à son image, polyvalent, capable d'interagir, d'apprendre et de prendre des décisions. Tout indique en effet que le robot s'apprête à occuper une place de choix dans nos vies [...] Notre modèle juridique doit-il leur faire davantage de place ? ». Cf. aussi : A. BENSOUSSAN et J. BENSOUSSAN, *Droit des robots*, Larcier, Minilex, Bruxelles, 2015, p. 121. Dans la conclusion de leur étude, les auteurs laissent la perspective suivante : « La singularité du robot dans l'espace juridique a vocation à s'accroître ; symétriquement, tandis que la pertinence de la qualification des biens meubles décroît, la nécessité de doter le robot intelligent d'un statut juridique inédit se fait plus pressante ».

CHAPITRE 2 :

LE PROCESSUS DE DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS EN RDC DANS SES LOIS DE 2002 FACE AUX MARCHÉS EUROPÉENS ET FRANÇAIS

592. Officiellement depuis 2002, le droit positif congolais s'est inscrit dans l'ordre de transformation des « services publics »¹⁵⁰¹ sous la poussée de la mondialisation des marchés à partir de la décennie 1980. Il s'est engagé dans le même processus de déréglementation des télécoms¹⁵⁰² qu'aux États-Unis (pionnier du mouvement), en Europe (autonome dans ses réformes conduites par ses États et ses institutions) et dans le reste du monde (signataire des accords néolibéraux de l'OMC).¹⁵⁰³ Le modèle international a procédé par une démonopolisation en faveur de la libéralisation, nécessitant l'instauration d'une régulation indépendante de la concurrence et un changement des modes d'intervention publique sur le marché libéralisé. Ainsi, la reconfiguration a visé le standard de séparation des fonctions et des organes de réglementation, dérégulation et d'exploitation dans le secteur des télécoms. En RDC, deux « lois dérégulatrices »¹⁵⁰⁴ du 16 octobre 2002 ont redéfini les règles d'accès aux télécoms,¹⁵⁰⁵ sous l'autorité établie d'un régulateur étatique (ARPTC).¹⁵⁰⁶

593. Mais, les réalités locales du marché suscitent des contraintes qui rendent difficiles l'application du modèle néolibéral de l'OMC. Par rapport à la *ratio legis* de la régulation de 2002, le droit congolais n'intègre ni les enjeux antérieurs du marché, ni les aspects de son développement postérieur au niveau national et international. Son *statu quo* n'a pas non plus permis au cadre juridique d'appréhender progressivement les aspects de la société de l'information. (**Section 1.**)

594. *De facto*, le schéma néo-ordo-libéral de l'OMC connaissait des contraintes d'application, puisque le système de marché consacré par la loi-cadre de 2002 se situait à mi-chemin du changement obtenu par le marché. La contrainte générale provenait de la réserve d'un segment exclusif dans le marché libéralisé. (**Section 2.**)

¹⁵⁰¹ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, La Mémoire du Droit/Librairie Armand Colin, Paris, 1999 (1913), p. XIX. « L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande ; il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne. » Dans la pensée de Léon Duguit, ces idées ont été longtemps péremptoires. Elles se rapprochent bien, par exemple, d'autres courants : colbertisme, protectionnisme, souveraineté et intangibilité des frontières, étatisme nationaliste.

¹⁵⁰² Cf. à nouveau, D. LINOTTE et A. GRABOY-GROBESCO, *Droit public économique*, Dalloz, coll. mémentos, Paris, 2001. « Dans le domaine de l'économie, la déréglementation se destine à favoriser la libre entreprise et l'exercice d'une libre concurrence tout en maintenant certaines règles du jeu élémentaires par les moyens d'une régulation qui s'opère par les agents économiques privés eux-mêmes, soit par l'entrée en jeu de formes d'administration plus adaptées et plus souples (autorité administratives indépendantes) ».

¹⁵⁰³ C. GUERRIER, *op.cit.*, pp. 94 et s. L'auteur rappelle que la RDC (ex-Zaïre) n'avait pas adhéré à l'OMC en 1997.

¹⁵⁰⁴ Cf. A. GIRAUD, « Les prémisses de la déréglementation », *Les cahiers de l'AHTI*, n°9, janvier 2008, p. 7. Les termes « lois dérégulatrices » en RDC sont inspirés de l'expression « première loi "dérégulatrice" en France », employée par cet auteur et déjà reprise dans la présente thèse à la Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, section 2, §1, A, intitulé « Les lois françaises de dérégulation des télécoms dans la construction du marché européen ».

¹⁵⁰⁵ Loi-cadre n°013/2002 sur les télécommunications en RDC, JORDC, n° spécial, 44^e année, 25 janv. 2003, pp. 17-46.

¹⁵⁰⁶ Loi n°014/2002 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications, ARPTC, JORDC, n° spécial, 44^e année, 25 janv. 2003, pp. 47 et s.

**SECTION I -
LA TRANSFORMATION DES SERVICES PUBLICS DES TÉLÉCOMS
DANS LES LOIS DE 2002 POUR L'OUVERTURE DE LA RDC AU MARCHÉ MONDIAL**

595. Contrairement à la LCEN française de 2004, la loi-cadre congolaise n'a pas inscrit les télécoms dans l'économie numérique. Sa philosophie s'est limitée à réaménager le régime de monopole par l'introduction et la définition des règles de concurrence sectorielle. Sur le marché électronique national, le processus formel de dérégulation était précédé par les forces économiques qui ont investi le domaine des télécoms, sans une démonopolisation légale.

596. Le délitement du monopole public des télécoms était acquis dans les faits grâce aux mesures réglementaires prises dans les tendances de la mondialisation, alors que la loi elle-même restait encore colbertiste. La libéralisation a été effective sur le marché, avant d'être entreprise *de jure* par le législateur, sans qu'il ne l'ait toutefois achevé à ce jour. (§1.) Aussi, la loi-cadre a-t-elle engagé des transformations générales des institutions juridiques du secteur des PTT en RDC, sans en avoir assuré la pleine concurrence sur le plan du droit. (§2.)

**§1. Le secteur des télécoms en RDC avant 2002
entre démonopolisation « de facto » et libéralisation partielle « de jure »**

597. Comme en France, la « conception classique »¹⁵⁰⁷ des « services publics »¹⁵⁰⁸ congolais est entrée dans l'ordre d'économie marché concernant le domaine des télécoms.¹⁵⁰⁹ Il est indispensable d'appréhender les enjeux de la dérégulation congolaise avant et après la promulgation des lois réformatrices du secteur des télécoms datant de 2002. Ces enjeux fondent les difficultés présentes d'application de la loi sectorielle et justifient les évolutions envisagées vers l'économie numérique. Entre les expériences des droits français et congolais, il y a effectivement un parallèle d'historicité juridique par rapport à leurs processus communs de changement, tout en notant la différence de leurs niveaux respectifs de réalisation. (A/)

598. Toutefois, le processus congolais présente des chaînons manquants qui marquent le départ entre ce qui relève de la comparaison et de la projection, conformément au tableau complet des réformes françaises.¹⁵¹⁰ (B/)

¹⁵⁰⁷ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 522, 554-556. Pour Rolland, le service public est « une entreprise ou une institution d'intérêt général destinée à satisfaire des besoins collectifs du public [...] par une organisation publique, sous la haute direction des gouvernants ». Les lois de Rolland, dans leur formulation classique et initiale ont déjà été précisées dans les notes antérieures. Pour la discussion sur l'exhaustivité des « lois de Rolland », voir E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, 2e éd., préc.

¹⁵⁰⁸ L. DUGUIT, *Les transformations du Droit public*, éd. MDD, 1999 (Librairie Armand Colin, 1913), pp. XVII-XVIII.

¹⁵⁰⁹ J. T. HONDE, *Service public et efficacité ; la réforme des télécommunications en France*, Thèse de doctorat en droit public sous la dir. du prof Roland Drago, Université Panthéon Assas, Paris, soutenue en mai 1993, p.211.

¹⁵¹⁰ Cf. Partie 1, Titre I de la présente thèse, spéc. : « Chapitre 2 : Les transitions du droit des télécommunications et des communications électroniques en Europe et en France ».

A./LA TRASITION COMPARÉE DES MONOPOLES CONGOLAIS ET FRANÇAIS DES TÉLÉCOMS VERS
L'ÉCONOMIE DE MARCHÉ INTERNATIONAL

599. Au « Congo-Kinshasa »¹⁵¹¹ entre 1940 et 1968, l'État assurait directement et en exclusivité la gestion du domaine des télécoms, directement par les moyens et le personnel de l'administration publique. Les mêmes idéaux colbertistes qu'en Europe ont servi de fondement aux monopoles coloniaux en Afrique et en RDC. Les télécoms font partie des besoins collectifs que les pouvoirs publics doivent donner aux populations. Cet objectif d'intérêt général alimente alors la gestion du secteur public à l'aide des méthodes et techniques, relevant du droit public. Ce régime a longtemps été consacré par l'ordonnance législative n°254/Télec. du 23 août 1940 sur les télécommunications. Elle plaçait les télécoms dans le champ des services publics sous monopole de la colonie (Congo-belge). Son article 2, alinéa 1^{er} disposait : « *La colonie a seule le droit d'établir et d'exploiter sur le territoire de la colonie des voies et installations de télécommunications de quelque nature que ce soit pour la correspondance du public* ». À ce stade, la loi confirmait le cumul des pouvoirs importants par « l'État congolais »¹⁵¹² pour légiférer, réglementer, appliquer ses propres règles et exploiter le domaine des télécoms.¹⁵¹³

600. C'est en 1968 que le législateur a institué l'Office congolais des postes et des télécommunications (OCPT) comme un organisme administratif de droit public (EPA) de gestion du monopole public des télécoms. En lui transférant ses prérogatives, l'État l'habilitait à agir en son nom pour concéder des droits d'exploitation à des personnes morales, bénéficiaires d'autorisations particulières. En cette qualité, l'OCPT exerçait ainsi les trois fonctions d'exploitant, d'autorité réglementaire et de régulateur. L'article 2 de l'ordonnance-loi n°68-475 du 13 décembre 1968 portant création de l'OCPT le confirme, en ayant fait de cet office, l'agent d'application de la législation et de la réglementation des PTT.¹⁵¹⁴

601. En 1978, le gouvernement congolais changea le statut administratif de l'OCPT, ainsi que son nom à sa création dix ans plus tôt pour devenir l'office national des postes et des télécommunications du Zaïre (ONPTZ).¹⁵¹⁵ L'ordonnance n°78-222 du 5 mai 1978¹⁵¹⁶ transforma cet EPA¹⁵¹⁷ en EPIC¹⁵¹⁸, tout en maintenant, à son actif, le monopole public des

¹⁵¹¹ J.-P. LANGELLIER, *Mobutu*, éd. Perrin, coll. « biographie », Paris, 2017, pp. 1-430. Autour de la personne du dictateur « Mobutu », l'auteur évoque les changements d'appellations du pays entre 1885 et 2007, à la suite de nombreux événements politiques avant et après 1960, date d'accession de la RDC à son indépendance. Le terme « Congo-Kinshasa » est plus conforme à la période de 1940 à 1968. La RDC actuelle a connu successivement les noms d'États Indépendant du Congo (1885-1908), de « Congo-Belge » (1908-1960), de « République Démocratique du Congo » puis de « Congo-Kinshasa » (entre 1960 et 1971). Le pays s'appela ensuite « Zaïre », avant de redevenir la « République Démocratique du Congo ».

¹⁵¹² A. MBAUNWEA NKIERI, *Droit congolais des télécommunications, état des lieux, Analyse critique et comparative*, éd. Juricongo, Kinshasa, 2012, p.100. « Par colonie on entend, l'Administration coloniale en tant qu'exerçant la souveraineté d'État et disposant de la personnalité juridique internationale pour agir au nom des peuples et du territoire sous sa tutelle. »

¹⁵¹³ J. CHEVALLIER, *Le service public*, op.cit., pp. 95 et s.

¹⁵¹⁴ Article 2, ordonnance-loi n°68-475 du 13 décembre 1968 portant création de l'OCPT, *Moniteur congolais*, n°3, 1^{er} février 1969, p.101 : « L'office est chargé de l'exploitation du service public des Postes et Télécommunications. À cet effet, il exerce le monopole postal, télégraphique, téléphonique, de radiocommunications par satellites. Il applique la législation et la réglementation relative aux Postes et Télécommunications ».

¹⁵¹⁵ Cf. K. NDUKUMA, op.cit., pp. 63 et s. J.-P. LANGELLIER, op.cit., pp. 1-430. Le changement de statut a accompagné le changement de régime politique au Congo qui devint le Zaïre. Sous le régime de Mobutu, le statut et le nom de l'Office fut changé en Office National des Postes et des télécommunications du Zaïres (ONPTZ).

¹⁵¹⁶ Ordonnance n°78-222 du 5 mai 1978 portant statut de l'ONPTZ, JOZ., n°12, du 15 juin 1978.

¹⁵¹⁷ Pour l'EPA, voir : ROMIEU, Conclusions sous Conseil d'État, 22 mai 1903, Caisse des Écoles, Rec., p.396 : « ce qui caractérise l'établissement public, c'est d'être une personne morale créée pour la gestion d'un service public ». L'EPA est soumis au régime de droit public. Tel est le cas du RENATELSAT. Voir J. CHEVALLIER, *Le service public*, op.cit., 105.

¹⁵¹⁸ Pour l'EPIC, voir : Conseil d'État, Arrêt du Bac d'Eloka, Société commerciale de l'Ouest africain, 22 janvier 1921. Par cette décision, le tribunal des conflits admet l'existence de services publics fonctionnant dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée et donne naissance à la notion de service public industriel et commercial. La société était propriétaire de l'une des voitures qui furent gravement endommagées dans l'accident survenu au bac dit d'Eloka, sur la lagune de Côte d'Ivoire et exploitée directement par la colonie. Cette qualification a permis d'appliquer les règles de compétence du juge

télécoms. Par ailleurs, l'OCPT/ONPTZ conservait les prérogatives de réglementation des PTT qui lui avaient été attribuées en 1968. Celles-ci l'habilitaient à concéder à des tiers exploitants – dits « radioélectriques privées » au sens de la législation de 1971¹⁵¹⁹ – le droit d'installer, d'établir et/ou d'exploiter des réseaux de télécoms ouverts au public. Son droit de délégation et d'autorisation a été exercé vis-à-vis des opérateurs privés implantés dans l'ex-Zaïre et en RDC jusqu'à la loi de libéralisation de 2002.¹⁵²⁰

602. Entre 1989 et 1995, les politiques de déréglementation américaines et européennes en RDC apportent aux secteurs monopolistiques et au reste du monde, une dynamique libérale contraire au colbertisme d'héritage colonial. La mondialisation motivait l'urgence d'une ouverture du marché congolais tout autant que les raisons internes du pays. Au niveau extérieur, les enjeux d'internationalisation des réseaux et de multinationalisation des opérateurs ont confronté les services publics congolais aux pressions des marchés étrangers. Par exemple, « France télécom issue d'une administration publique chargée de la coopération avec les pays "amis", va se transformer en opérateur offensif » sur les marchés africains.¹⁵²¹ En outre, la conjoncture intérieure des pays africains comme en RDC se caractérisait par une situation difficile des finances publiques ne leur permettant pas, encore moins ses EPA/EPIC, de rééquiper, d'adapter ou de moderniser les équipements publics face aux évolutions de la technique et du marché électroniques. L'ouverture des droits d'accès au marché national offrait au moins l'opportunité de « mutabilité des services publics »¹⁵²² compte tenu des besoins en investissements étrangers et en recettes fiscales en devises.

603. Dès la fin des années 1980, le gouvernement entreprit des mesures politiques et administratives en contournant le monopole législatif des télécoms. Ainsi, avec pragmatisme, le gouvernement octroya des autorisations d'exploitation spécialement délivrées pour la téléphonie mobile, en évitant manifestement de briser le monopole que l'OCPT/ONPTZ exerçait réellement sur le segment de téléphonie filaire. Au début en 1989, les opérateurs privés ont été autorisés à exploiter le système de téléphonie mobile « AMPS » (*Advanced mobile Phone System*). C'est ainsi que les sociétés *Telecel*, *Comcell* et *Afritel* furent autorisées à opérer dans le domaine des télécoms de l'ex-Zaïre (dénomination de la RDC avant mai 1997), censé rester sous le monopole absolu de l'OCPT/ONPTZ. Les autorités gouvernementales françaises avaient agi également de la sorte face à leurs lois de monopole public des télécoms, avant les premières ouvertures législatives de 1990.

604. Comparativement à la France, l'introduction des opérateurs privés dans le système de téléphonie mobile au Zaïre de l'époque (RDC de la décennie 1980-1990) se rapproche de la décision d'autoriser SFR à opérer en 1987 dans le segment du marché de la radiotéléphonie.¹⁵²³ Le ministre français des PTT avait contourné la situation législative analogue de monopole de la DGT/France Télécom, dont la branche dénommée « Radiocom 2000 » devait exploiter en concurrence ledit segment. Toutefois, la différence réside à l'époque dans le fait que l'article 37 du Code français de la poste et des télécommunications

judiciaire et non du juge administratif, et par conséquent l'application du régime de droit privé à ses rapports dans le commerce juridique avec les usagers. Tel est le cas de l'OCPT avant sa transformation en Société commerciale. Voir J. CHEVALLIER, *Le service public*, op.cit., 105.

¹⁵¹⁹Ordonnance-loi n°71-015 du 15 mars 1971 sur les installations radioélectriques privées, *Moniteur congolais*, n°8, 15 avril 1971, p. 362.

¹⁵²⁰A. MBAUNWA NKIERI, op.cit., p.101.

¹⁵²¹B. JAFFRÉ, op.cit., p.77.

¹⁵²²M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), op.cit., pp. 522, 554-556. La mutabilité suppose pour le service public une adaptation (qualitative et quantitative) aux besoins et à la demande, pour satisfaire l'intérêt général.

¹⁵²³R. GILARDIN, op.cit., pp. 52-55.

permettait au ministre des PTT d'intervenir par voie d' « autorisation » pour l'établissement des installations de télécoms dans le pays.¹⁵²⁴

605. Cependant en RDC, il apparaît que les premières « concessions »¹⁵²⁵ des droits d'exploitation (dites « licences ») ont été réalisées au profit des opérateurs privés, mais sans une logique globale de transformation du service public. Contrairement à la France, les sources de ces concessions ne résultaient pas d'une habilitation légale du ministre des PTT. Elles contournaient non seulement le monopole réglementaire de l'OCPT/ONPTZ, mais aussi son pouvoir de délégation de ses droits. Elles étaient des décisions politiques d'opportunité à la mesure des réalités de la mondialisation du marché international et aussi en considération des besoins internes du pays. Ces mesures administratives affectaient le monopole légal. Quoiqu'étant des mesures pionnières, elles n'entraient pas dans une ligne de cohérence politique, ni n'offrait de sécurité juridique, puisque deux ans après les concessions de 1989, le même pouvoir exécutif congolais adopta une mesure inverse à son orientation libérale du marché. Une ordonnance créa en effet un autre EPA monopolistique en 1991. En contradiction avec la tendance libérale de la fin des années 1980, l'ordonnance n°91/240 du 30 septembre 1991 a créé le REZATELSAT¹⁵²⁶ en lui attribuant le monopole des communications nationales par satellite aux côtés de l'OCPT/ONPTZ chargé des télécoms terrestres.¹⁵²⁷ Rebaptisé RENATELSAT¹⁵²⁸ en 1997, il conserve encore à ce jour son statut d'établissement public.¹⁵²⁹

606. Autrefois, sous leur régime de monopole de droit public, l'OCPT/ONPTZ et le RENATELSAT/REZATELSAT bénéficiaient des royalties des réseaux privés tiers. Ces « radioélectriques privés »¹⁵³⁰ rétribuaient le monopole réglementaire soit pour les autorisations que les opérateurs de monopole leur accordaient, soit simplement pour gérer leurs droits d'exploitation obtenus du Ministre des PTT, en l'absence de loi de libéralisation.

607. Ainsi entre 1988 et 1991 (voire jusqu'à ce jour), les mêmes contradictions ressortent des politiques publiques et législatives. L'orientation politique reste toujours partagée entre le monopole d'État par idéologie et le libéralisme par nécessité.¹⁵³¹

¹⁵²⁴ Article L33, CPT de 1987 : « aucune installation de télécommunications ne peut être établie ou employée à la transmission de correspondances que par le ministre des postes et télécommunications ou avec son autorisation [...] ».

¹⁵²⁵ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2004, pp. 24 et s.

¹⁵²⁶ REZATELSAT est le sigle de Réseau zaïrois de télécommunications par Satellite.

¹⁵²⁷ K. NDUKUMA ADJAYI, *op.cit.*, p.83.

¹⁵²⁸ RENATELSAT (Réseau National de Télécommunications par Satellite) a été choisi à la fin du régime zaïrois du Président Mobutu le 17 mai 1997, pour se conformer à la nouvelle appellation de la RDC, en remplacement du Zaïre.

¹⁵²⁹ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2004, pp. 24 et s. Il s'agit du chapitre sur les principes généraux en rapport aux établissements publics. « Lorsqu'un service public est organisé, on le rattache ordinairement à l'un de ces patrimoines généraux [celui de l'État ou d'autres patrimoines d'entités publiques] : cela veut dire que les dépenses de gestion de ce service seront acquittées avec les ressources de ce patrimoine général. [...] Non seulement les recettes seront affectées aux dépenses du service, non seulement on s'arrangera pour que des revenus permanents, se reproduisent périodiquement en assez grande quantité, soient à la disposition des agents publics pour acquitter les dépenses du service ; mais encore on organisera, à titre permanent, un nouveau patrimoine administratif, distinct des patrimoines généraux. [...] L'excédent des recettes d'un patrimoine général. On dit alors qu'il y a établissement public ; ou encore, on dit que tel service public a été personifié ». Le grand critère de l'établissement est d'être une personnification de droit public, mais avec des affectations générales et permanentes des recettes et des dépenses de services publics, tout en étant accompagné de « séparation d'un patrimoine général ».

¹⁵³⁰ Ordonnance-loi n°71-015 du 15 mars 1971 sur les installations radioélectriques privées, Moniteur congolais, n°8, 15 avril 1971, p. 362.

¹⁵³¹ En 2002, la LCT a traduit cette indécision en ouvrant le marché, tout en faisant des réserves de droits exclusifs. L'histoire de France relève que le télégraphe de Chappe était sous la gestion du Ministre de la Guerre, de la marine et de l'intérieur jusqu'à la seconde grande guerre. L'histoire de l'Internet relève le fait que le Ministre de la défense des États-Unis était à la base du programme de création et de développement de cette technologie. Dans une interview, le Président américain Barack Obama n'a-t-il pas dit : « nous avons possédé Internet. Nos entreprises l'ont créé, l'ont étendu, l'ont perfectionné, de telle

608. En 1990, il fut question d'anticiper la transformation du secteur des PTT pour faire face aux enjeux internationaux qui se dessinaient dans les discussions multilatérales au sein de l'OMC (1986-1994). C'est ainsi qu'en 1993, une décision avant-gardiste du gouvernement est allée à l'encontre du principe de la loi de monopole de l'époque. Il s'agit de l'arrêté ministériel n°CAB/MIN/PTT/0027/31/93 du ministre des PTT du 18 novembre 1993 fixant les conditions d'exercice des activités dans le secteur des télécommunications.¹⁵³² En effet, le ministre des PTT prit un règlement d'organisation des télécoms en contrariété¹⁵³³ avec la légalité externe de trois textes supérieurs précités, à savoir: l'ordonnance-législative n°254/Télec. de 1940, l'ordonnance n°78-222 de 1978 sur l'OCPT (EPIC) et l'ordonnance n°91/240 du 30 septembre 1991 sur le RENATELSAT. Le règlement susdit est encore d'application à ce jour, malgré son inconstitutionnalité originaire.¹⁵³⁴

609. Sans doute, le gouvernement congolais était conscient des discussions multilatérales engagées au sein de l'OMC depuis 1986, dont les axes de réforme s'annonçaient dans le sens de la « déréglementation » des services publics.¹⁵³⁵ Dans l'urgence de la mondialisation et vu les nécessités d'intérêt général, un minimum réglementaire et normatif devait être défini pour encadrer l'activité des « nouveaux entrants »¹⁵³⁶ dans les télécoms en attendant des réformes législatives plus profondes et respectant le parallélisme de forme. Ce besoin d'intérêt général fut confirmé en 1996 par une estimation de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT), en relevant un trop faible niveau de développement des télécoms monopolistiques. Le Journal officiel de la RDC rapportait des statistiques trop faibles d'« une télé-densité de 0,08 lignes téléphoniques principales pour 100 habitants ou au total de 36 mille lignes téléphoniques principales ».¹⁵³⁷

manière qu'ils [les Européens, ndlr] ne peuvent pas lutter. (« *White House. Red Chair. Obama meets Swisher* », Kara Swisher, *Radonet.net*, le 15 février 2015). La RDC est restée longtemps dans l'idée que les télécoms sont un domaine stratégique dont il vaut mieux assurer le contrôle par l'État ou à défaut par ses entités opérationnelles, plutôt que de laisser faire complètement le marché. En 2017 encore, le projet de loi sur les télécoms et les TIC reçu au parlement le 19 avril 2017 fait apparaître clairement la présence des « services d'intelligence » dans le processus décisionnel à conduire par le Ministre des PTT et l'ARPTC avant d'accorder les droits d'accès aux équipements et aux exploitants des réseaux. Dans ledit projet de loi, le statut de l'exploitant public est également maintenu, sous la définition de son article 5-82, comme « Personne morale, représentant l'État congolais, bénéficiant des droits exclusifs et/ou spéciaux en ce qui concerne la détention, la gestion et l'exploitation des infrastructures de base des télécommunications et des technologies de l'information et de la communication ». Le projet de loi consacre un seul article à définition du « régime de l'exploitant public » en lui réservant les « infrastructures de base », « l'établissement et l'exploitation des passerelles nationales et internationales » ainsi que « les réseaux de transport, de distribution et d'accès à fibre optique et satellitaire » (article 17). Ce qui laisse penser que les mesures d'application le feront.

¹⁵³² Arrêté ministériel CAB/MIN/PTT/0027/31/93 fixant les conditions d'exercice des activités dans le secteur des télécommunications, JO RDC, n° spécial, 25 janvier 2003, pp. 64 et s.

¹⁵³³ En RDC, sous peine des articles 162, 168 al. 2 de la Constitution (exception d'inconstitutionnalité), le caractère anticonstitutionnel de l'Arrêté concerné réside dans le fait qu'en tant que règlement il doit être pris en conformité aux lois relevant de la hiérarchie supérieure d'actes juridiques, chapeautés par la Constitution. Cf. J. BONNET et P.-Y. GAHDOUN, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, 1^{re} éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, 2014, p. 3. Pour la France, l'auteur précise que « [d]epuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, toute personne peut, en effet, contester une disposition législative devant un juge en invoquant le non-respect, par cette disposition, des droits et libertés protégés par la Constitution. Ainsi définie, la QPC se livre un peu. Mais pas encore assez. ». La « Question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) est la réforme du droit français de 2008 permettant à tout individu de saisir en inconstitutionnalité d'un acte le conseil constitutionnel (via le Conseil d'État ou la Cour de cassation). En RDC, ce droit existait déjà depuis les procédures des années 1980 devant la Cour suprême de justice en permettant de soulever une « exception en inconstitutionnalité » devant le juge inférieur. Celui-ci sursoit à statuer dans le fond jusqu'à ce que la Cour suprême de Justice saisie se prononce. Aujourd'hui l'article 162 de la Constitution de la RDC du 18 février 2006 a consacré ce droit vis-à-vis de la Cour constitutionnelle.

¹⁵³⁴ A. MBAUNWA NKIERI, *op.cit.*, p. 97. « L'approche diachronique des différents textes constitutionnels qui ont régi la RDC de 1967 à 1993 renseigne que le secteur des télécommunications relevait toujours du domaine de la loi ».

¹⁵³⁵ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 de la présente thèse.

¹⁵³⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la Régulation...op.cit.*, pp. 100-101. Le nouvel entrant est « un opérateur extérieur au secteur ou au marché mais qui va ou vient d'y entrer. Dans un marché pleinement concurrentiel, cette entrée se fait sans difficulté », en principe.

¹⁵³⁷ « Exposé des motifs », LCT-RDC, JO RDC, n° spécial, 25 janvier 2003, p. 47.

610. Dans la décennie 1990, le réseau de l'opérateur public avait atteint son obsolescence, sans possibilité d'y remédier suite à la guerre et à la déliquescence de l'État. Ainsi, le pays restait en marge du marché électronique mondial. L'interconnexion entre les différentes provinces du pays fut difficile. Les prix des communications internationales étaient trop élevés, celles-ci n'étant possibles qu'avec les abonnements des opérateurs privés tolérés sur le marché en principe monopolistique. Le monopole réglementaire ne répondait plus ni aux besoins à l'intérieur du pays, ni à la tendance économique extérieure. Le pragmatisme commandait d'assurer une offre d'accès aux télécoms pour les populations congolaises.

611. Ces réalités locales ont amené le gouvernement à entreprendre des ajustements des règles, défiant le monopole légal. Celui-ci subissait donc une remise en question « de facto », en dehors de tout texte de loi réaménageant le monopole. De plus en plus d'opérateurs privés furent autorisés à entrer en concurrence avec les opérateurs publics, qu'il s'agisse des secteurs des infrastructures, des équipements ou des services des télécoms (par fil, sans fil ou par satellite). Plus tard, ces décisions gouvernementales seront pleinement justifiées comme ayant « cherch[é] à promouvoir l'innovation technologique, la modernisation des infrastructures, la diversification des moyens de communication et l'amélioration de la qualité des services distribués ». ¹⁵³⁸

612. L'accord spécifique de l'OMC sur les télécoms du 15 février 1997 engageait les États signataires à adopter un régime libéral de marché régulé, impliquant la démonopolisation pour adopter les principes de l'économie de marché. Il était désormais impérieux d'anticiper la libéralisation du marché congolais (ex-Zaïre), au regard du mouvement enclenché par l'OMC. Le conseil des ministres considérait également les technologies pouvant assurer l'interopérabilité des réseaux et leur stabilité au regard de leurs tendances présentes et futures face à l'obsolescence technique. En s'appuyant sur l'arrêté ministériel avant-gardiste de 1993 annonçant la libéralisation, ¹⁵³⁹ le gouvernement décida d'adopter au cours de l'an 1997 la norme technique européenne comme standard d'exploitation du marché des télécoms pour la RDC. À cet effet, celle de la téléphonie GSM fut utilisée comme standard officiel choisi pour tous les réseaux en activité dans le pays. Le GSM est la norme européenne de préférence en RDC par rapport à la norme américaine « CDMA ». ¹⁵⁴⁰ La numérisation des réseaux faisait également partie des mesures de transition arrêtées par le gouvernement, tant pour les nouveaux entrants sur le marché congolais que pour les opérateurs privés, déjà en activité auparavant. ¹⁵⁴¹

613. En fait, « l'exploitation de la technologie numérique GSM a bouleversé les données juridiques du [monopole] qui devenaient de plus en plus caduques sur le terrain ». ¹⁵⁴² Dans la situation post-conflit de la guerre de 1997, le gouvernement congolais accorda plusieurs licences d'exploitation de la téléphonie mobile cellulaire, notamment à CWN (*Congolese Wireless Network*) ¹⁵⁴³, à Celtel Congo ¹⁵⁴⁴, à *Oasis Sprl* (dite « S.A.I.T. ») ¹⁵⁴⁵, à *Congo Korea*

¹⁵³⁸ *Ibidem*, pp. 47 et s.

¹⁵³⁹ Arrêté ministériel CAB/MIN/PTT/0027/31/93 fixant les conditions d'exercice des activités dans le secteur des télécommunications, JO RDC, n° spécial, 25 janvier 2003, pp. 64 et s.

¹⁵⁴⁰ À l'ouverture des marchés africains de télécoms, alors que les autres États africains levaient l'option du CDMA, norme techniques européenne d'exploitation des télécoms, la RDC choisissait directement le GSM, norme technique européenne pour le standard d'exploitation de son secteur des télécoms.

¹⁵⁴¹ K. NDUKUMA ADJAYI, *op.cit.*, p.84-85.

¹⁵⁴² *Ibidem*.

¹⁵⁴³ Cf. [www.vodacom.cd] (consulté le 12 janvier 2013). Vodacom Congo RDC Sprl porte le nom de Vodafone depuis le cours de l'année 2017. Ainsi, la première licence GSM-900 Mhz revient en 1998 à la société CWN (*Congolese Wireless Network*). En 2001, *Vodacom International Ltd* conclut une joint-venture avec CWN ayant permis la création et l'entrée en

Télécom (CKT).¹⁵⁴⁶ L'ensemble de ces faits impriment la transformation du monopole de droit public vers l'économie des marchés. (B.)

B./L'ADOPTION DES PRINCIPES D'ÉCONOMIE DE MARCHÉ EN DROIT PUBLIC CONGOLAIS

614. En 2000, la bascule du service public des télécoms était acquise *de facto* dans l'économie de marché. La situation restait toutefois atypique entre le fait et le droit faute de « loi dérégulatrice ». Les données irréversibles de changement étaient les suivantes : non-respect du monopole réglementaire, entrée en concurrence des privés dans les domaines de l'opérateur public, absence d'autorité de régulation institutionnalisée et inactivité de l'opérateur public OCPT/ONPTZ. Il y avait nécessité d'un règlement général pour un régime de fonctionnement de marché libéralisé de fait, qui ne pouvait être livré seulement à sa propre autorégulation. Ainsi, le ministre des PTT a publié le 31 janvier 2000 un arrêté fixant le cahier des charges pour opérateurs en téléphonie cellulaire et mobile.¹⁵⁴⁷ Cet arrêté pionnier, encore d'application, oblige notamment les opérateurs à obtenir l'accord du ministre des PTT avant tout changement d'actionnariat.

615. Comme ce dernier arrêté, les règlements d'organisation pris en 1993, 1997 et 2002 avant le réaménagement législatif du monopole restent clairs et durables. Ils sont les symboles de l'effritement du monopole naturel et réglementaire : l'État maintient la surveillance du marché par un contrôle *intuitu personae* des sociétés détentrices des licences d'exploitation à travers les cahiers des charges des opérateurs ainsi que leurs obligations financières et autres, d'intérêt général.¹⁵⁴⁸ Le processus congolais de dérégulation des télécoms en RDC aura donc été porté par les forces du marché mondialisé, par le droit international (OMC et UIT) et par le pragmatisme visionnaire du gouvernement zaïrois, puis congolais.

616. Finalement, la promulgation des deux « lois dérégulatrices » des télécoms en RDC est intervenue le 16 octobre 2002. Spécialement, la loi n°14/2002 sur l'ARPTC établit ses attributions, sa mission et ses règles de fonctionnement sur le marché. Essentiellement, la Loi-cadre a libéralisé les sous-secteurs des équipements et des services des télécoms. Le principe s'applique aussi à l'importation, à la fabrication des équipements et terminaux, en en fixant les règles de normalisation et d'homologation. Il concerne également les services de base (téléphonie, télex), services à valeur ajoutée (SMS) et services innovants (courriel, *e-business*).¹⁵⁴⁹ Le législateur congolais affiche l'ambition d'offrir un « cadre clair et cohérent pour assurer, sur des bases stables, un développement du marché des télécoms à court, moyen

activité depuis mai 2002 de Vodacom Congo RDC, opérant depuis 2017 sous la dénomination Vodafone. Cf. ZoomEco, « RDC : Vodacom change d'identité visuelle et s'aligne à la stratégie du groupe Vodafone ! », 9 février 2017, in [www.zoom-eco.net] (consulté le 9 juin 2017).

¹⁵⁴⁴ Celtel Congo RDC : actuellement Airtel RDC à l'issue de plusieurs cessions. [www.africa.airtel.com] (consulté le 18 juillet 2016). En 2000, la deuxième licence de même type a été délivrée à Celtel Congo RDC, opérant actuellement sous la dénomination Airtel »

¹⁵⁴⁵ En 2000, la troisième licence GSM-1800 Mhz revint à la société d'initiative belge, Oasis Sprl, ayant opéré sous la dénomination Tigo avant son rachat en avril 2016 par Orange. Oasis Sprl : cédée à Tigo RDC, elle est actuellement acquise à 100% par la française *Orange RDC* depuis avril 2016. Cf. J. TE-LESSIA, « Orange finalise le rachat de Tigo RDC », *Jeune Afrique*, 21 avril 2016 [www.jeuneafrique.com/319909/economie/orange-finalise-rachat-de-tigo-rdc] (consulté le 8 juillet 2016.)

¹⁵⁴⁶ Dans la même période 1997 et 2000, il fut accordé d'autres licences d'exploitation de téléphonie fixe sans fil, notamment à « *Congo Korea Telecom* » (CKT), fruit d'une association entre les secteurs publics et privés congolais et sud-coréens. Le nom actuel d'exploitation de « CKT » est « Standard télécom » offrant des services de téléphonie et d'Internet filaire.

¹⁵⁴⁷ JO RDC, n° spécial, 25 janvier 2003, pp. 47 et s.

¹⁵⁴⁸ Cf. Partie 1, Titre I, Chapitre 2, Section 2 de la présente thèse. En droit comparé français, l'expérience des lois pionnières est semblable à celle des actes réglementaires de dérégulation en RDC. En effet, « la première loi dérégulatrice » des télécoms (« Loi Mexandeu » de 1982) fait toujours partie de l'arsenal juridique français à ce jour.

¹⁵⁴⁹ *Ibidem*.

et long termes ».¹⁵⁵⁰ L'article 82 de la loi-cadre (LCT) abroge expressément l'ordonnance-législative n°254/Télec. du 23 août 1940 sur les télécoms datant de l'époque coloniale.

617. Toutefois, la *ratio legis* de 2002 ne tint pas pertinemment compte des réalités antérieures du fonctionnement du marché, ni de l'orientation libérale pourtant dessinée déjà au niveau international avec l'OMC (1994-1997)¹⁵⁵¹ et en droit comparé avec les directives « ONP » et du « paquet télécom » (1990-2002).¹⁵⁵² Le législateur fit par conséquent preuve des faiblesses et des erreurs évitables. Premièrement, la loi présente une vision très modeste du commerce électronique, qu'elle considère comme un sous-ensemble des télécoms. Et pourtant en Europe, le système juridique place les communications électroniques dans son continuum avec le commerce électronique. L'intermédiation technique des télécoms sert la finalité d'accès aux ressources numériques disponibles en ligne : la fameuse « valeur au bout du clic ».¹⁵⁵³ Deuxièmement, la loi-cadre réserve encore des « droits exclusifs et spéciaux » au profit de l'exploitant public, sans en préciser la durée bien qu'elle les affirme à titre temporaire.¹⁵⁵⁴ En somme, le législateur n'a transformé qu'en partie le service public des télécoms anciennement monopolistique, sans atteindre le seuil de libéralisation totale du marché. En RDC, le monopole résiduel est une option médiane adoptée depuis 2002 par le législateur, qui le maintient encore à ce jour.¹⁵⁵⁵

618. En droit comparé, la loi-cadre congolaise sur les télécoms (LCT) s'apparente aux « lois Quilès » adoptées en France le 2 juillet 1990 et le 29 décembre 1990. Ces dernières avaient consacré la même situation de marché que celle actuellement rencontrée en RDC, étant restée plus proche des modes classiques de services publics que de la nouvelle forme de l'économie (numérique). Mais les lois françaises de 1996 avaient rompu avec les réserves de droits exclusifs, en adoptant une réglementation libérale et en transformant le statut de l'administration publique. C'est ainsi que l'exploitant public « France Télécom » fut détaché de la DGT, branche de l'administration des PTT.¹⁵⁵⁶ En 1990, la réserve des droits exclusifs protégeait momentanément les actifs nécessaires de l'opérateur historique, pour le préparer progressivement à la pleine concurrence, décidée par le législateur de 1996. Ses infrastructures et son système de gestion devaient rester en dehors de la concurrence, le temps nécessaire pour sa recapitalisation et/ou la mise à niveau de ses moyens opérationnels. Sur un terme initial de dix ans à dater des lois de 1990, la France a franchi plus tôt le cap de la concurrence avant l'an 2000, car l'évolution ne motivait plus la coexistence d'un segment exclusif (infrastructures) et concurrentiel (services et terminaux) du marché.¹⁵⁵⁷

619. Cependant en RDC, la loi-cadre (LCT) de 2002 a adopté un système, abrogé en France dix ans avant et le maintient encore quinze ans après, au 21^{ème} siècle. À l'origine, copier le droit français de 1990 pouvait encore avoir un sens. Les principes de l'OMC¹⁵⁵⁸ et du droit français auraient au moins conduit à maintenir l'exclusivité décennale, mais les évolutions du marché débordent le cadre légal et institutionnel du 16 octobre 2002. Les

¹⁵⁵⁰ « Exposé des motifs », LCT (RDC), préc.

¹⁵⁵¹ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1 de la présente thèse.

¹⁵⁵² Cf. Partie 1, Titre I, Chapitre 2 de la présente thèse.

¹⁵⁵³ V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 1 et s.

¹⁵⁵⁴ Article 38, LCT (RDC) : « L'exclusivité temporaire consiste pour l'Exploitant Public à posséder seul le réseau de référence auquel tout exploitant concessionnaire de service public est tenu de s'interconnecter, et par lequel, il fait transiter son trafic national et international ».

¹⁵⁵⁵ Cf. le point B. suivant du présent § concernant « les transformations générales des institutions juridiques des télécoms de base en RDC ».

¹⁵⁵⁶ Cf. Partie 1, Titre I, Chapitre 2, Section 2 de la présente thèse.

¹⁵⁵⁷ Cf. Partie 1, Titre I, Chapitre 2, de la présente thèse.

¹⁵⁵⁸ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1, de la présente thèse.

développements ci-dessus expliquent les transformations générales du secteur des télécoms et du droit qui l'encadre. L'analyse juridique exige de théoriser et d'apporter des critiques sur les institutions juridiques des télécoms instaurées par la loi-cadre de 2002. (§2.)

§2. Les transformations générales des institutions juridiques du secteur des télécoms de base en RDC

620. La loi-cadre a engagé formellement la RDC dans un processus de dérégulation des télécoms en se situant au stade primaire de la « transformation numérique » des services publics et des marchés dans le cadre de la société de l'information.¹⁵⁵⁹ Elle entreprend la transition du droit public et du droit privé pour le pays sur le marché électronique. Elle réaménage le monopole public et introduit le principe de concurrence régulée des équipements et des services des télécoms. Pour le secteur privé, le libéralisme (dérégulation) a conduit à une reconnaissance des droits d'exploitation des activités économiques au sein du service public (licences et autorisations). Ces concessions sont assorties d'obligations d'intérêt général, à charge des opérateurs et au profit des utilisateurs. Il s'agit principalement de la protection spécifique des consommateurs et du service universel.¹⁵⁶⁰ L'État congolais s'est aligné sur la libéralisation adoptée par le monde moderne et sur la reconfiguration des moyens d'intervention de la puissance publique sur le marché.¹⁵⁶¹ Les aspects généraux de ces transformations sont les suivants : création d'un organe de régulation du secteur, ouverture de la téléphonie mobile à la concurrence (libéralisation), désengagement de l'État-entrepreneur, restructuration de l'opérateur historique et, le cas échéant, sa privatisation.¹⁵⁶²

621. En effet, l'objet d'étude concerne les enjeux et la dynamique des changements induits par la législation congolaise sur les télécoms.¹⁵⁶³ Les bases du droit européen enrichissent l'analyse de ces transformations en RDC, en s'inspirant des mêmes expériences dans les États africains.¹⁵⁶⁴ Étant de portée planétaire, la transition structurelle des services publics présente les mêmes aspects essentiels en Afrique (RDC) et en Europe (France). Les changements portent sur le droit et le marché ; ils affectent l'État et ses institutions classiques. La déréglementation apporte le modèle de marché ouvert à la concurrence avec la garantie de l'intérêt général, sous l'autorité de l'État-régulateur. En influant sur les secteurs monopolistiques des télécoms, ce modèle d'économie de marché a favorisé la diversité d'acteurs et la pluralité d'activités dans un domaine où le service public monolithique ne connaissait que l'État-entrepreneur. De ce fait : « l'État et le droit sont des réalités étroitement liées, au point d'apparaître traditionnellement comme indissociables, consubstantielles l'une à l'autre : non seulement en effet l'État agit par le droit [...] règles obligatoires qui expriment sa puissance de contrainte, mais encore il est tout entier coulé dans le moule du droit ». ¹⁵⁶⁵

¹⁵⁵⁹ WATIN-AUGOUARD, « Préface », in F. LORVO, *op.cit.*, p. 7. Les télécoms entrent dans le lot d'une succession d'avancées technologiques, ayant débouché à la révolution numérique.

¹⁵⁶⁰ Cette restructuration, ayant connu des approfondissements, se traduit, soit par une privatisation partielle ou totale, soit par une ouverture de la téléphonie fixe à la concurrence, ou les deux graduellement.

¹⁵⁶¹ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op.cit.*, pp. 70 et s., pp. 99 et s.

¹⁵⁶² *Ibidem.*, pp. 77-125.

¹⁵⁶³ D'autres transformations sur le plan technique, sociétal ou économique dépassent le cadre des télécoms de base. Ils sont étudiés en rapport aux nouveaux défis de l'économie numérique, à l'ère de la société de l'information (révolution numérique). Cf. Partie 2, Titre I, Chapitre 2 de la présente thèse.

¹⁵⁶⁴ J. DO-NASCIMENTO, « Le développement du téléphone portable en Afrique », p.1 [www.iut-orsay.u-psud.fr] (consulté le 21 novembre 2016).

¹⁵⁶⁵ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op.cit.*, p. 99.

622. La loi-cadre de 2002 marque une nouvelle expérience du droit public économique des télécoms comme en Europe. Notamment, la loi n°14/2002 sur l'ARPTC a introduit la régulation du marché. (A/) Cependant en RDC, la reconfiguration du marché des télécoms ressemble à celle des lois « Quilès » de 1990 en France.¹⁵⁶⁶ Le marché congolais comporte encore deux segments, l'un exclusif et l'autre ouvert à la concurrence. La restructuration de l'exploitant public reste un enjeu d'approfondissement de la dérégulation tant en Europe (France) qu'au sein des organisations internationales. (B/)

A./ L'APPARITION DU DROIT DE LA RÉGULATION SECTORIELLE DES TÉLÉCOMS EN RDC

623. Le « droit de la régulation » résulte de l'instauration d'organes de régulations des marchés anciennement monopolistiques.¹⁵⁶⁷ Il s'agit d'un « droit sectoriel »¹⁵⁶⁸ qui a pour objet technique la dissociation des fonctions de réglementation, d'exploitation et de régulation dans le marché des télécoms ainsi que leur harmonie de cohabitation. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un basculement total du « droit des services publics » en un « droit de la concurrence ». Il s'agit du « droit sectoriel des télécoms » qui n'a pas uniquement pour finalité le fonctionnement du jeu concurrentiel dans le marché régulé, mais également l'atteinte de l'intérêt général. Ce droit ne se confond pas à la gestion de la concurrence (ententes, position dominante) relevant du droit classique de la concurrence. Il concerne la gestion des ressources patrimoniales et domaniales du secteur libéralisé, nécessitant l'intervention d'une autorité administrative indépendante pour assurer l'équilibre.¹⁵⁶⁹ Les autorités nationales de réglementation (ARN) restent des intervenants de l'État et le représentent dans le marché ouvert aux acteurs privés. En RDC, le ministre des PTT reste dans son rôle d'administration traditionnelle, tandis que l'ARPTC agit en sa qualité d'autorité administrative voulue indépendante.¹⁵⁷⁰ Cette restructuration confirme que « la régulation a toujours un arrière-plan politique, puisqu'elle est un choix de cadre général d'économie libérale, réagissant aux défaillances de marché d'une autre façon que par l'économie administrée, laquelle s'opère par interventions étatiques ».¹⁵⁷¹

624. Ainsi, la dérégulation est un mécanisme relevant aussi de l'économie. Mais, l'étude juridique n'entre pas dans les analyses économiques du marché libéralisé des télécoms. Elle appréhende les effets induits de l'économie sur les institutions juridiques relevant anciennement du monopole public ; de manière générale, les lois de dérégulation tiennent autant compte des mutations de l'économie libérale sur les services publics, qu'elles offrent à ces dernières un régime particulier. En RDC, les phénomènes économiques ont servi de facteurs pour la législation et la transformation du droit public classique¹⁵⁷². Le colbertisme des lois coloniales a été bousculé par la mondialisation de l'économie, la multinationalisation des opérateurs et la globalisation du marché électronique. En suivant peu à peu le

¹⁵⁶⁶ France : Lois Quilès du 2 juillet 1990 et du 29 décembre 1990, préc.

¹⁵⁶⁷ L. BUSHABU WOTO, *De la mise en œuvre de la régulation des télécommunications en droit congolais (RDC)*, Mémoire pour obtention de BADGE, Promo 2005, Télécom Paris Ecole nationale supérieure des télécoms (ENST)/Arcep Burkina-Faso/Institut de la Banque mondiale/ESMT Dakar, Ouagadougou, 2005, pp. 13-17.

¹⁵⁶⁸ D. POPOVIC, *op.cit.*, pp. 1 et s.

¹⁵⁶⁹ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 15 et s. WEIL EL ZEIN, *op.cit.*, pp. 8 et s.

¹⁵⁷⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation... op.cit.*, pp. 13-15, spéc. pp. 23-26. Verbo : « Arcep » et « Autorité administrative indépendante ». L'AAI est la forme juridique que le législateur a le plus souvent choisie pour construire les autorités de régulation. L'AAI n'est que la forme juridique, et le droit français a accordé une très grande importance à celle-ci, suivant la tradition souvent formaliste du droit public. » De leur nombre, on peut citer l'ARCEP, l'ARJEL, l'AMF, etc.

¹⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 115.

¹⁵⁷² D. TRUCHET, *Le droit public*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., Paris, 2010 (2003), pp. 5-1. G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, la notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2004, pp. 1-35, pp. 36-64 et pp. 64-66.

« mouvement inverse » du monopole, la déréglementation de la LCT associe les « valeurs traditionnellement opposées du conservatisme et du progressisme ».¹⁵⁷³

625. En RDC comme en France, « le droit public économique ne s'est pas soustrait à ce mouvement cyclique de périodes de réglementation et de reflux de l'encadrement juridique des activités économiques ».¹⁵⁷⁴ La transformation des services publics est le « résultat d'une véritable tendance idéologique à voir dans le libéralisme et le marché, les antidotes aux divers maux attribués aux contraintes administratives de l'intervention publique ».¹⁵⁷⁵ Les télécoms s'insèrent dans l'économie des marchés, avec leur « libéralisme, qui préside aujourd'hui à la déréglementation en droit public ».¹⁵⁷⁶ Les transformations juridiques et institutionnelles répondent d'« un mouvement systématique de grande ampleur de banalisation de la gestion publique »¹⁵⁷⁷, ayant pu paraître pour « n'être ainsi qu'une mode administrative de plus ».¹⁵⁷⁸ Selon Marie-Anne Frison-Roche, « [l]e cœur de la [dé]régulation est donc le régulateur, [il en est ainsi] en France [avec] des Autorités administratives indépendantes qui coordonnent des opérateurs publics ou privés. Mais le politique est encore présent d'une autre et très forte façon à côté du droit et de l'économie. »¹⁵⁷⁹

626. La transformation de droit public économique conduit à une redistribution des attributs régaliens de l'État entre le gouvernement (qui l'exerçait seul) et une nouvelle AAI, instituée en arbitre indépendant du jeu de marché.¹⁵⁸⁰ Mais celle du droit public congolais n'est pas parvenue à faire reconnaître pour l'ARPTC, le statut d'autorité administrative indépendante (AAI). Au sens de la loi n°014/2002 à sa création, « l'option a été levée pour un organe public doté d'un statut intermédiaire situé entre le régime des entreprises publiques instituées par la loi-cadre du 6 janvier 1978 et le régime d'une régie mais dotée d'une large autonomie ».¹⁵⁸¹ À juste titre, la loi-cadre sur les télécoms consacre le principe de l'indépendance des fonctions de régulation, de celles de réglementation, d'élaboration des politiques et d'exploitation des secteurs de télécoms.¹⁵⁸² C'est l'autonomie décisionnelle et fonctionnelle du régulateur qui détermine l'« impact de la régulation sur les marchés »¹⁵⁸³ : elle ne se décrète pas, mais se construit.¹⁵⁸⁴

627. Les transformations générales conduisent à deux conséquences pratiques en droit de la dérégulation, à savoir l'indépendance de la régulation et la restructuration de l'opérateur historique.

¹⁵⁷³ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp. 199-200.

¹⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 198.

¹⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 199.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷⁷ J. CHEVALIER, « La politique française de modernisation administrative », *L'État de droit*, Mél. G. Braibant, 1996, p. 79.

¹⁵⁷⁸ J.-P. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp. 198 et 199.

¹⁵⁷⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...op.cit.*, p. 115.

¹⁵⁸⁰ Article 1^{er}, al.1, Loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc. : « Il est institué, en République Démocratique du Congo, un organe indépendant de régulation de la poste et des télécommunications dénommé [...] ARPTC en sigle ».

¹⁵⁸¹ « Exposé des motifs », Loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

¹⁵⁸² Article 7, LCT, préc. : « Dans l'exercice des attributions qui lui sont conférées par la présente loi, le ministre veille à ce que soient : a) assurées la séparation et l'indépendance de la fonction de régulation du secteur des télécommunications de celle d'exploitation des réseaux ou de fourniture des services [...] ».

¹⁵⁸³ O. BOYLAUD et G. NICOLETTI, « Le secteur des télécommunications : réglementation, structure du marché et pertinence », *Revue économique*, OCDE, 2001, pp. 111-158. Cette « étude de l'OCDE a tenté de mesurer l'impact de ce mouvement de libéralisation dans le secteur des télécommunications. Les auteurs, à partir de données sur 24 pays de l'OCDE couvrant la période 1991-1997, concluent que la libéralisation a entraîné une augmentation de la productivité, une baisse des prix et une amélioration de la qualité de service. Ils montrent en particulier que plus un pays se rapproche de la date d'ouverture à la concurrence, plus les prix baissent, tandis que la qualité de service augmente. Ainsi, les effets se feraient sentir avant même la mise en œuvre effective de la libéralisation (effet d'anticipation de ou des opérateurs en place) ».

¹⁵⁸⁴ Cf. Section 2 du présent chapitre de thèse, spécialement son §1 développant l'aspect particulier de la « dissociation de la réglementation *ex post* et de la régulation *ex ante* ».

628. *Premièrement*, la réglementation et la régulation sont des fonctions régaliennes non-détachables de l'État. Si les attributions du ministre des PTT concernent la réglementation *ex post*, la réglementation *ex ante* est à l'Autorité de régulation. Les principes qui contrebalancent la concurrence sur le marché ne pouvant être qu'économiques, ceux purement politiques doivent demeurer possibles d'application sur le marché libéralisé.¹⁵⁸⁵ Une fois encore, les transformations juridiques pour le marché électronique relevant du droit de la concurrence n'aboutissent pas seulement à régler les questions d'abus de position dominante, d'entente ou d'encadrement des concentrations entre entreprises. Le droit de la régulation opère « une mise en balance entre le principe de concurrence et un autre principe, "a concurrentiel", voire anticoncurrentiel. Elle se rattache donc à une théorie libérale [...] Mais elle suppose que ce principe ne suffise pas à l'organisation complète et suffisante d'un marché, d'un secteur, d'une filière ». ¹⁵⁸⁶ Selon Jean Cattat, le « *droit du jeu concurrentiel* » traduit mieux les objectifs du droit de la régulation sectorielle.¹⁵⁸⁷ De ce point de vue, l'élaboration des règles de concurrence a assuré l'épanouissement et la protection des communications électroniques.¹⁵⁸⁸

629. *Deuxièmement*, les fonctions économiques d'exploitation des télécoms sont détachables de l'État. Le recul de l'État comme entrepreneur laisse la place à l'initiative privée en tant que moteur de l'activité économique dans les anciens monopoles publics. Le marché est ouvert à la concurrence des opérateurs publics et privés des télécoms, sous réserve des droits spéciaux, reconnus à l'exploitant public. L'exclusivité en sa faveur consiste à détenir le seul « réseau de référence » et porte sur le marché des infrastructures de base. Le législateur attribue à titre transitoire ce statut au RENATELSAT et à l'OCPT, anciens détenteurs de monopoles réglementaires, en attendant la restructuration de leurs formes respectives.¹⁵⁸⁹ Elle les autorise seuls à posséder le « réseau de référence », c'est-à-dire celui de base pour les interconnexions et la collecte du trafic de tous les autres opérateurs du marché.¹⁵⁹⁰ Néanmoins, la loi-cadre tempère ce monopole restant, en reconnaissant au ministre des PTT la faculté d'accorder des autorisations dérogatoires¹⁵⁹¹, après avis du régulateur et de l'exploitant public.¹⁵⁹²

630. Cependant, avant les « lois dérégulatrices » de 2002, les opérateurs privés avaient déjà déployé leurs propres infrastructures de télécoms. Ils devaient pallier l'absence d'infrastructures publiques, en vue de fournir les services de télécoms autorisés sur le marché. En dissimulant cette réalité de fait, le législateur avait créé une situation de droit très déphasée de la réalité du marché local. Le marché avait déjà acquis un niveau de développement et de fonctionnement qui ne coïncidait pas avec la segmentation artificielle du marché exclusif et concurrentiel. La situation de l'exploitant public était source d'enjeux particuliers, appelant

¹⁵⁸⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, pp.114-115.

¹⁵⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁸⁷ J. CATTAT, *op.cit.*, p. 209. Par exemple, L'Autorité de la concurrence concluait en faveur de l'ARCEP que « *un autre avantage résiderait dans la régulation ex ante des charges de terminaison d'appel [pour] offrir aux opérateurs une prévisibilité suffisante, notamment sur l'évolution de leurs ressources ou de leurs dépenses* ». Avis n°10-A-17 du 29 juillet 2010, relatif à une demande d'avis de l'ARCEP en application de l'art. L.37-1 du CPCE, p.9.

¹⁵⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁸⁹ Article 79, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁵⁹⁰ Articles 37 et 38, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁵⁹¹ Article 38, alinéa 3, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.: Le Ministre peut « autoriser, à titre exceptionnel, l'Autorité de régulation entendu, un exploitant concessionnaire du service public des télécoms à disposer de ses propres voies de sortie à l'international et d'écouler ses propres trafics interurbains ou de posséder ses propres voies de sortie à l'international, sous diverses conditions dont la principale est d'écouler les trafics des autres exploitants interconnectés au réseau de référence ».

¹⁵⁹² Article 38, alinéa 2, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

des développements approfondis sur ces conséquences vis-à-vis de l'assise de l'Autorité de régulation.¹⁵⁹³

631. En somme, le droit congolais de la régulation est donc essentiellement à mi-chemin entre le dirigisme (tout provient de l'extérieur) et l'autorégulation (tout provient de l'intérieur). Sous l'angle de la mondialisation, ce droit sectoriel constitue une perspective encourageante, car il est constitué de règles de toute provenance (publique ou privée, écrite ou d'usage) et des arbitrages (venant d'un juge ou d'un quasi-juge). Et le tout fonctionne sans un gouvernement extérieur et sans, à proprement parler, la substitution de l'État.¹⁵⁹⁴ De manière générale, la fin des monopoles publics ne supprime pas l'intervention de l'État dans le secteur des télécoms, mais a changé la nature de son intervention. La « loi-cadre » de 2002 n'a pas transformé uniquement la forme d'intervention publique, mais elle a modifié le champ du monopole lui-même. Sur ce point, le processus de dérégulation en Afrique et en Europe s'est appesanti sur des modalités particulières d'approfondissement de la libéralisation. Leurs expériences démontrent que la réforme de la réglementation des télécoms se poursuit dans le champ de restructuration de l'exploitant public, même dans l'hypothèse d'expiration de ses « droits exclusifs et temporaires ».¹⁵⁹⁵

*B./ LA THÉORISATION DES RESTRUCTURATIONS DE L'EXPLOITANT PUBLIC DANS LES EXPÉRIENCES
COMPARÉES EN EUROPE (FRANCE) ET EN AFRIQUE (RDC)*

632. L'État devait aménager sur le marché des services un environnement de concurrence loyale pour les nouveaux opérateurs privés, et ensuite sur celui des infrastructures des télécoms de base. En effet, sur le continent africain, nombre d'États avaient encore réservé à leurs opérateurs historiques des droits exclusifs pour une période de dix ans, le temps de réaménager leurs statuts. La situation des années 2000 laissait aux opérateurs leur monopole sur les services de base (téléphone fixe et télex), tandis que les opérateurs privés augmentaient sur le secteur des services de téléphonie cellulaire, de courrier électronique, de télécopie et d'autres services à valeur ajoutée. Par ailleurs, avec l'affluence de nouveaux entrants, la restructuration de l'opérateur historique, jadis monopolistique a été, comme en Europe et en France, le moyen d'approfondissement de la déréglementation.

633. En droit comparé, les positions de la Commission européenne¹⁵⁹⁶ et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)¹⁵⁹⁷ rappellent bien la volonté de prévenir l'appui du gouvernement, de nature à fausser la concurrence, sous forme d'aide d'État à son ancien opérateur historique (exemple de France Telecom).¹⁵⁹⁸ Cette logique est demeurée la même dans le schéma d'ouverture du marché électronique africain, car la participation de l'État à l'opérateur historique altère la concurrence du marché. Elle préjudicie l'indépendance du

¹⁵⁹³ Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 de la présente thèse, spéc. Section 2 analysant « les contraintes de la dérégulation du marché face à l'exploitant public des télécoms » et plus particulièrement son §1 sur « le contraste entre les droits exclusifs résiduels et l'inactivité de l'exploitant public sur le marché congolais ».

¹⁵⁹⁴ J. CHEVALLIER, « réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1996, n°3254, p.35.

¹⁵⁹⁵ Article 38, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. En RDC, ce monopole partiel figure encore dans la loi-cadre tandis que la France l'a abrogé depuis les années 1990.

¹⁵⁹⁶ J. CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 89. La position sur le caractère illicite de l'aide d'État a été exprimée par la Commission européenne le 16 décembre 2003 à propos d'EDF, le 26 janvier 2010 à propos de la Poste et le 11 février 2010 à propos de la SNCF.

¹⁵⁹⁷ France v. Commission, affaire C-559/12P, avril 2014, CJUE Communiqué de presse n°48/14, Luxembourg, 3 avril 2014 [www.curia.europa.eu] (consulté le 14 juin 2016). Dans son arrêt du 3 avril 2014, *France/Commission*, la CJUE a confirmé le point de vue de la Commission. La transformation d'une série d'établissements publics industriels et commerciaux en sociétés – imprimerie nationale (1993), France Télécom (1996), EDF et GDF (2004), Aéroports de Paris (2005) et aussi La Poste (2010) – est la conséquence directe de cette interprétation.

¹⁵⁹⁸ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, de la présente thèse, spéc. B/ « La loi de privatisation de "France télécom" ancien opérateur de monopole ».

régulateur sur les décisions à prendre, éventuellement à l'encontre de l'opérateur public. Celles-ci seraient comme des sanctions de l'État contre lui-même, représenté en tant qu'actionnaire unique par le gouvernement, au sein de l'exploitant public. Dans l'expérience française, la privatisation devait faire obstacle à l'État-régulateur de prendre le parti de l'État-entrepreneur.

634. Dans d'autres États d'Afrique, les transformations de l'exploitant public ont changé leurs statuts de droit public en celui de droit privé ou encore la structure de leur participation, en actionnariat majoritairement privé. Ainsi, deux mécanismes de droit ont complété la restructuration de l'opérateur historique, personne morale de droit public : il s'agit de sa privatisation et/ou du changement de son statut public en société commerciale. Sur le marché français, ce processus subsidiaire à la dérégulation se traduit par les transformations de « France Télécom ». ¹⁵⁹⁹ Elle fut d'abord ancienne branche de l'administration des PTT, ensuite EPA/EPIC, finalement « société anonyme », avant de devenir la « société privée » sous la raison sociale « Orange » opérant actuellement. ¹⁶⁰⁰

635. Trois exemples se présentent en Afrique. Au mieux, la cession des parts dans le capital social des opérateurs historiques africains a été une modalité pour niveler le statut des acteurs en société de droit commun. Mais, la privatisation n'a pas toujours pu être réalisée, faute de cession totale des parts de l'État dans le capital des opérateurs historiques. En fait, leurs privatisations ont été une composante des mesures de normalisation et de restructuration du secteur public imposées comme « linkage financier » des institutions financières internationales. Sur le continent africain, ce renforcement des mesures de dérégulation a été réalisé sous la pression des programmes d'ajustement structurel (PAS) du FMI et de la BM, selon les principes généraux de l'OMC, qui n'en exigeait pas tant. Ces programmes intervenaient dans le cadre d'un désengagement plus global de l'État en dehors des accords de l'OMC. Les privatisations ont donc été imposées aux États africains, non pas comme stratégie de libéralisation du secteur, mais comme une « modalité de traitement de la dette extérieure ». ¹⁶⁰¹

636. Pour l'année 2002, l'étude coordonnée sur la « Société numérique et développement en Afrique » ¹⁶⁰² a permis de recenser, trente (30) pays, dont l'opérateur historique bénéficiait de son statut public et du monopole sur le segment de la téléphonie fixe. ¹⁶⁰³ À l'inverse, vingt-deux (22) pays africains avaient déjà pu procéder à une privatisation de leur opérateur historique, soit par cession totale des parts ¹⁶⁰⁴, soit par cession partielle. ¹⁶⁰⁵ Mais, privatiser en dehors de la logique de déréglementation peut revenir à substituer des monopoles publics par des monopoles privés. L'existence des uns ou des autres

¹⁵⁹⁹ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2 de la présente thèse. Il est fait état de la disparition de « France Télécom » sur le marché national français depuis 2013. Ses filiales « FT Marine » et « France Telecom e-commerce » gardent encore la dénomination historique, sans survivance de la raison sociale-mère.

¹⁶⁰⁰ Les dates clés de « France Télécom » sont les suivantes : 1988 : création ; 1988 : séparation des PTT ; 1990 : transformation en exploitant public ; 1993 : nouveaux grades de fonctionnaires-reclassification ; 1996 : transformation en SA ; 1997 : ouverture du capital ; 2000 : acquisition d'Orange ; 2004 : privatisation partielle ; 2005 : mise en place du plan NExT ; 2007 : fin de la minorité du plan Orange ; 2010 : lancement du plan « conquête 2015 » ; 2013 : France Télécom change de nom pour devenir Orange. (Source : www.orange.com)

¹⁶⁰¹ O. VALLÉE, « La dette publique est-elle privée ? », *Politique africaine*, n°73, mars, 1999.

¹⁶⁰² J.-J. GABAS, *La société numérique et le développement en Afrique, usages et politiques publiques*, éd. Karthala, Paris, 2004.

¹⁶⁰³ *Ibidem*. Ce fut le cas des pays suivants : Algérie, Libye, RDC, Gabon, Bénin, Gambie, Libéria, Sierra-Leone, Namibie, Swaziland, Egypte, Tunisie, Djibouti, Erythrée, Ethiopie, Kenya, Burundi, Cameroun, Congo, Tchad, Burkina-Faso, Mali, Niger, Togo, Angola, Botswana, Malawi, Mozambique, Zambie, Zimbabwe.

¹⁶⁰⁴ *Ibidem*. Ce fut le cas avec Seychelles et Somalie.

¹⁶⁰⁵ *Ibidem*. C'est le cas du Maroc, Tanzanie, Maurice, Ouganda, Soudan, Rwanda, RCA, Guinée équatoriale, Sénégal, Mauritanie, Nigéria, Sao-Tomé et Principe, Côte d'Ivoire, Ghana, Guinée, Guinée Bissau, RSA, Lesotho et Madagascar.

fausse toujours les effets d'ouverture du marché à la pleine concurrence. En effet, le plus important est que l'absence d'égalité des droits ne corrige pas le nivellement des statuts pouvant se faire en apparence entre les opérateurs.

637. Ainsi, des exemples anticoncurrentiels ont été enregistrés dans l'expérience des États africains, comme venant des oligopoles privés et non pas de l'exploitant public. En RDC (et en Afrique), la téléphonie mobile a supplanté l'offre de téléphonie filaire. La dominance porte donc sur un segment de marché où l'opérateur historique n'a jamais été présent. Les opérateurs privés acquièrent la puissance significative sur le marché. Ils érigent de nouvelles barrières stratégiques, mais anticoncurrentielles. Il est souvent advenu que des opérateurs privés refusent d'accorder l'interconnexion à d'autres concurrents.¹⁶⁰⁶ Il peut s'agir d'ouvrir l'accès aux abonnés des réseaux préexistants ou refuser le partage d'infrastructures qui assureraient une mutualisation des maillons de réseaux, en réduction des coûts d'installation pour « les nouveaux entrants » (*new comers*).¹⁶⁰⁷ Par les « économies d'échelle »¹⁶⁰⁸, les opérateurs privés plus anciens développent les mêmes réflexes de dominance connus ou présumés des opérateurs historiques, afin de préserver leurs parts de marché. Par conséquent, la dominance du marché n'est pas que l'apanage présumé de l'opérateur historique, mais aussi et réellement celui des privés, en situation oligopolistiques.

638. Pour la RDC, deux statuts d'exploitant public se présentent, mais les droits exclusifs de la loi-cadre de 2002 demeurent intacts. Le premier exploitant public « RENATELSAT » est resté dans son statut d'établissement public, défini à sa création en 1991. La réforme du portefeuille de l'État ne l'a pas concerné. Cependant en 2008, le second exploitant public « OCPT » s'est transformé en une société commerciale avec la totalité des parts détenues par l'État. Son ancien statut d'EPIC de 1978¹⁶⁰⁹ a ainsi été restructuré sans lien avec la dérégulation des télécoms. L'OCPT a été rebaptisé depuis lors « Société congolaise des postes et des télécommunications », « SCPT ». Cette réforme fait suite au désengagement de l'État sur le portefeuille de ses anciennes entreprises publiques dans les lois de 2008. Ce cas, « [o]n le retrouve ainsi, au titre des politiques d'ajustement structurel imposées par le FMI, dans nombre de pays dont le sous-développement économique et social s'accompagne pourtant encore d'un encadrement juridique insuffisant dans des nombreux domaines ».¹⁶¹⁰ Actuellement, la Banque Mondiale a signé un acte d'engagement avec le gouvernement en vue de la restructuration effective de la SCTP, dont la conditionnalité est reprise dans l'accord du 24 juillet 2015,¹⁶¹¹ comme composante du projet « CAB5 ».¹⁶¹²

¹⁶⁰⁶ *Ibidem*. Exemple au Burkina-Faso : Refus de l'opérateur historique ONATEL, d'accorder l'interconnexion à Celtel et Telecel, deux opérateurs privés de téléphonie mobile, jusqu'à ce que l'autorité de régulation ait décidé de la cessation de cet abus dominant, sur plainte de Celtel du 12 avril 2002.

¹⁶⁰⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la Régulation...op.cit.*, pp. 100-101.

¹⁶⁰⁸ *Ibidem*, pp. 100-101 et 18-20. Cf. Verbo « Nouvel entrant », « Asymétrie (régulation asymétrique, asymétrie d'information) ». Les « économies d'échelles » déterminent les comportements économiques entre « nouveaux entrants » et opérateurs (privés ou publics) plus anciens sur le marché, au regard de la dimension de leurs réseaux respectifs et de la densité de leurs activités respectives. Les économies d'échelle permettent aux réseaux plus petits de profiter de la densité des réseaux hôtes et surtout de jouer avec les marges du prix de l'interconnexion, négociés avec de grands opérateurs. Ces derniers se protègent contre la pratique de prix trop bas qui sont habituellement offerts aux abonnés finaux des réseaux plus petits. Le refus d'interconnexion est une mesure de puissance qui peut influencer sur la concurrence.

¹⁶⁰⁹ Ordonnance n°78-222 du 5 mai 1978 portant statut de l'ex-ONPTZ, préc.

¹⁶¹⁰ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 199.

¹⁶¹¹ Ordonnance [du Président de la RDC] n°14/073 du 5 décembre 2014 portant approbation de l'accord de don H81-ZR conclu entre la RDC et la Banque mondiale, au titre de la 5^e phase du programme régional des réseaux de télécommunication haut débit en Afrique centrale (CAB5), JO RDC, 59^e année, n° spécial, 10 janv. 2015, col.2.

¹⁶¹² CAB5 : *Central African Backbone Round 5* est un projet d'intégration sous-régionale, dans 11 pays, avec financement de la BM et réalisé en plusieurs phases par pays. CAB1 en 2009 : Cameroun, République centrafricaine, Tchad. CAB2 : Sao Tomé et Principe. CAB3 en 2011 : République du Congo. CAB4 en 2012 : Gabon. CAB5 en 2014 : RDC.

639. En effet, le cadre légal des PTT est resté le même malgré la transformation de l'OCPT en société commerciale d'État, société anonyme. L'OCPT (ex-ONPTZ), créé en 1968, devenu une EPIC en 1978, a été rebaptisé en 2009, « Société commerciale des postes et des télécommunications », SCPT en sigle. Ce changement fait suite au désengagement de l'État concernant les entreprises et établissements publics. Il a été décidé entre 2008 et 2009 par le gouvernement sur tout son portefeuille d'entreprises.¹⁶¹³ Cette opération a donc une logique et un fondement extérieur au cadre réglementaire des PTT. En effet, la loi n°08/007 du 7 juillet 2008 restructure « [l]es entreprises publiques organisées par la Loi-cadre n°78-002 du 06 janvier 1978 [parce que celles-ci] n'ont pas atteint les objectifs économiques et sociaux leur assignés. Pour cette raison, leur réforme s'impose ». ¹⁶¹⁴ Comme pour d'autres EPIC, la loi n°08/007 place l'OCPT (ancienne EPIC) sous statut de société commerciale, dans laquelle l'État détient 100% de participation. Cette mesure législative a été exécutée par le décret n°09/12 du 24 avril 2009, établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics.¹⁶¹⁵ Néanmoins, la loi n°08/007 ci-dessus sur la transformation des entreprises de l'État maintient, à titre exceptionnel, le RENATELSAT sous son ancien statut d'établissement public.

640. Par ailleurs, ces évolutions du portefeuille public ne suppriment aucunement la tutelle de l'État sur l'OCPT et le RENATELSAT. Leur tutelle administrative et financière est assurée par le ministre en charge du portefeuille de l'État.¹⁶¹⁶ Le RENATELSAT étant un établissement public (EPA),¹⁶¹⁷ est maintenu également sous la tutelle technique du ministre des PTT. Mais malgré son statut particulier de S.A.,¹⁶¹⁸ la SCPT n'est placée qu'indirectement sous l'autorité du ministre des PTT. Ce dernier exerce une surveillance générale des politiques publiques des télécoms, faisant appel aux compétences techniques, aux infrastructures ou aux droits de la SCPT ou du RENATELSAT.¹⁶¹⁹

641. En définitive, les transformations du secteur public congolais restent le prolongement du modèle de dérégulation, étant aux États-Unis depuis 1970-1980 et en Europe depuis 1980-1990.¹⁶²⁰ Le processus de déréglementation est un « mouvement de l'économie et du droit » engagé au nom de la liberté (du marché) et de l'efficacité (de l'État) dans les

¹⁶¹³ Loi n°08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, JO RDC, 49^e année, n° spécial, 12 juillet 2008.

¹⁶¹⁴ « Exposé des motifs » et article 7, Loi n°08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques JO RDC, 49^e année, n° spécial, 12 juillet 2008, pp. 2-8.

¹⁶¹⁵ Décret n°09/12 du 24 avril 2009, préc. « Annexe 1 : liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales », point 17, JO RDC, 50^e année, n° spécial, 30 avril 2009, pp. 12-17. Ce décret est pris en application de la Loi n°08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, JO RDC, 49^e année, n° spécial, 12 juillet 2008. Cf. aussi [www.legalnet.cd/Legislation/Droit%20Public/EPub/d.09.12.24.04.09.htm] (consulté le 9 juillet 2016.)

¹⁶¹⁶ Article 1, B. 9, Ordonnance n°12/008 du 11 juin 2012 fixant les attributions des Ministères, JO RDC, 53^e année, n° spécial, 14 juin 2012, p. 33 : « 9. Ministère du portefeuille – Administration, gestion et rentabilisation du portefeuille de l'État ».

¹⁶¹⁷ Loi n°08/009 du 07 juillet 2008 Loi n°08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, JO RDC, 49^e année, n° spécial, 12 juillet 2008.

¹⁶¹⁸ *Ibidem*.

¹⁶¹⁹ Article 1, B. 18, Ordonnance n°12/008 du 11 juin 2012 fixant les attributions des Ministères, JO RDC, 53^e année, n° spécial, 14 juin 2012, p. 41 : « 18. Ministère des Postes, télécommunications et Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication – Mise en œuvre de la politique définie par les pouvoirs publics dans le domaine des télécommunications nationales et internationales, particulièrement en ce qui concerne la séparation et l'indépendance de la fonction de régulation du secteur des télécommunications et celle d'exploitation des réseaux ou de fourniture des services de télécommunications, les conditions d'une concurrence effective et loyale [...] ».

¹⁶²⁰ En Europe, le départ institutionnel du processus politique de déréglementation est marqué en 1984 par le Sommet de Fontainebleau (France) réunissant les Chefs d'État et de Gouvernement autour de l'idée de construction d'une Europe des télécoms. Le premier *Livre vert* de 1987 sur la question est suivi d'une série de directives en 1988 pour un décloisonnement des marchés des équipements, puis en 1990 pour une ouverture du marché (ONP) et enfin en 2002 pour un approfondissement, suivi de l'évolution (paquet télécom, tel modifié en 2009).

services publics anciennement monopolistiques.¹⁶²¹ L'accord (spécifique) de l'OMC de 1994 (et de 1997 sur les télécoms) a permis de véhiculer les transformations des institutions juridiques jusqu'en RDC. Le législateur congolais de 2002 en a fait application, mais avec des déphasages par rapport aux réalités du marché local et par rapport à sa *ratio legis*. Il convient de comprendre l'application du modèle de l'OMC, dans la transition juridique des services publics des télécoms congolais. (Section 2.)

SECTION II - L'APPLICATION DU MODÈLE DE L'OMC DANS LA RESTRUCTURATION DES TÉLÉCOMS EN RDC

642. Depuis la chute du mur de Berlin en 1989, le libéralisme est considéré comme un modèle triomphant.¹⁶²² En effet, il ouvre à l'« extension du domaine de marché » les secteurs publics qui étaient auparavant soustraits à la philosophie mercantiliste pour des raisons d'intérêt général ou pour des principes d'utilité publique.¹⁶²³ Des dispositifs de droit public étaient censés enfermer les effets de l'économie de marché : « monopoles, intervention de tutelles publiques fortes, adoption de réglementations contraignantes », etc.¹⁶²⁴ Au départ aux États-Unis et en Europe, ces transformations du droit classique apportent un paradigme en « équilibre entre valeurs marchandes et non-marchandes », dans une série de changements « écartelés entre marché et non-marché, pour une certaine forme de "régulation", destinée à créer ou à préserver l'équilibre des intérêts en cause ». ¹⁶²⁵

643. L'OMC a appliqué ce modèle de postmodernisme – selon Jacques Chevallier¹⁶²⁶ - dans les différents États du monde.¹⁶²⁷ En application de l'accord spécifique sur les télécoms de 1997,¹⁶²⁸ la loi-cadre de 2002 a transcrit en droit positif les principes et innovations du droit de la régulation sectorielle. L'élément marquant de la réforme est la mise en place d'un « système régulateur » du marché des télécoms, qualifiable d'« ordre juridique régulateur » : la régulation a un contour et un contenu politiques (remodelage de l'État), économiques (relations avec le marché) et administratifs (idée de service public).¹⁶²⁹ L'institution des ARN spécifiques au secteur des télécoms exprime les mutations imprimées par la déréglementation. Les principes de l'OMC exigent la dissociation de la réglementation classique *ex post* et la

¹⁶²¹ J.-P. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp. 199-200.

¹⁶²² N. THIRION, « Économie de marché, réglementations sectorielles et droit économique », in N. THIRION (sous la dir.), C. CHAMPAUD, D. DANET, P. LE FLOCH, P. LE GALL, É. MALIN, F. MARTIN, B. MONTELS, T. PENARD ET P. STEPHANTA, *Libéralisations, privatisations, réglementations, aspects juridiques et économiques des réglementations sectorielles*, Larcier, Bruxelles, 2007, pp. 11-18, spéc. p.11. « Depuis la fin de la Guerre froide et l'effondrement du modèle soviétique, on assiste, pour paraphraser le titre du premier roman de Michel Houellebecq, à une irrépressible "extension du domaine du marché". [...] La défaite de son principal ennemi permettait ainsi à ce que, pour faire bref, l'on appellera "le régime capitaliste" d'asseoir son empire sur une panoplie d'activités de plus en plus étendues ».

¹⁶²³ *Ibidem*, p. 11.

¹⁶²⁴ *Ibidem*, p. 11.

¹⁶²⁵ *Ibidem*, p. 12.

¹⁶²⁶ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne...*, *op.cit.*, pp. 68 et s.

¹⁶²⁷ UIT, Rapport 2002, cité par J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p. 134-135. En 2001, selon les rapports de l'UIT, 67% des pays africains, soit 33 États sur 55, s'étaient dotés d'une institution spécifique de régulation (en tant qu'organisme indépendant) ou d'une unité fonctionnelle relevant d'un ministère ou d'une branche gouvernementale. La même année, l'Europe comptait 69%, l'Océanie 34% et les États Arabes (Asie) 43% des pays avec des organes de réglementations spécifiques. En 2002, année de promulgation de la Loi-cadre sur les télécoms (RDC), ce chiffre passa à 52 États sur 55 en Afrique disposant d'organes de régulation, soit 94% des États et une progression de 28%.

¹⁶²⁸ J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p. 129-135. En fin 1999 jusqu'au début de l'an 2000, l'accord de l'OMC sur les télécoms avait enregistré l'adhésion de trente-cinq (35) États africains sur cinquante-cinq (55) pays dans le continent.

¹⁶²⁹ N. THIRION, « Économie de marché, réglementations sectorielles et droit économique »...*op.cit.*, pp. 11 et 12.

régulation *ex ante*. Comment le législateur congolais a-t-il fait application des principes d'ajustement nécessaires des institutions juridiques selon les règles de l'OMC dans ce domaine ? (§1.)

644. En RDC, l'application des principes de l'OMC présente des différences. La consécration de la régulation est liée à des événements transnationaux et à un objet technique empreint de la localisation et de la déterritorialisation, pour motiver un regard au-delà des originalités locales, afin de se rapprocher de l'expérience de l'Europe.¹⁶³⁰ Sur le marché intérieur européen, la filière des télécoms a le « dispositif communautaire [...] *le plus avancé et le plus exhaustif de tous les instruments du droit européen, gouvernant les industries en réseau* ». ¹⁶³¹ Dans l'un ou l'autre contexte, la régulation sectorielle est l'élément crucial de réorganisation du monopole public en marché libéralisé. Partout, les contraintes du modèle apparaissent pour une réalisation de l'équilibre du marché là où le monopole était seul à assurer le contrôle d'intérêt général et des intérêts économiques. En effet, « les deux [intérêts] ont besoin d'être régulés – certains diront, selon leur sensibilité, contrôlés ou réglementés – car [...] la moindre défaillance peut ébranler un édifice [...] bien vulnérable ». ¹⁶³² Le libéralisme a conduit les « services publics » à une diversification des prestataires privés, mais « laisser à la seule concurrence le soin de gérer les marchés [...] serait tout aussi illusoire et dangereux que reconnaître aux marchés [...] le soin de régir la concurrence ». ¹⁶³³ En RDC, les autorités de réglementation ne disposent pas d'une maîtrise cognitive, antérieure aux mécanismes du droit sectoriel, tandis que la régulation doit s'affirmer au milieu d'un faisceau d'enjeux économiques et administratifs. Ils sont tels que les marchés faiblement régulés, sont livrés au phénomène d'oligopoles privés remplaçant les monopoles publics. (§2.)

§1. La dissociation dans les lois des télécoms de 2002 des fonctions de réglementation « *ex post* » et de régulation « *ex ante* »

645. Dans le passé, la philosophie des services publics était autrefois limitée à la gestion dite des « PTT » (Postes, Télécoms et Télégraphe). Sous cet angle, un même organisme gouvernemental exerçait les trois fonctions suivantes : élaboration des politiques publiques, régulation et exploitation des réseaux électroniques. En RDC, la loi-cadre de 2002 sur les télécoms opère un premier point de rupture avec le fondement idéologique du service public. ¹⁶³⁴ À la suite du démantèlement des monopoles publics, la spécialisation des fonctions distinctives de l'État est désormais confiée à deux organes publics. La distinction organique des fonctions de l'État est la conséquence de la libéralisation. « La [dé]régulation vise à instaurer la concurrence autant qu'il est nécessaire, dans un secteur où elle n'existait pas ou très peu et à concilier l'exercice loyal de cette concurrence avec la mission d'intérêt général

¹⁶³⁰ *Ibidem*, p. 15.

¹⁶³¹ *Ibidem*, p. 14.

¹⁶³² P. LE GALL, « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », in N. THIRION (sous la dir.), C. CHAMPAUD, et AL., *op.cit.*, pp. 21 et s.

¹⁶³³ *Ibidem*.

¹⁶³⁴ I. CROCQ, *op.cit.*, p. 2. « L'histoire de la pensée économique montre ainsi que le rôle dévolu à l'État dans l'économie de marché est variable. [...] le mercantilisme [...] en Europe entre la fin du XV^e siècle et le XVIII^e siècle, prône une forte implication de l'État. Les mercantilistes [...] considèrent que l'État doit stimuler l'activité nationale et l'orienter par différents moyens : manufactures d'État, [...] protection de l'industrie nationale contre la concurrence étrangère, etc. En France, cet interventionnisme a d'une certaine manière perduré jusqu'à la période contemporaine, comme en témoigne la politique des grands projets industriels et technologiques en matière de réseaux câblés ou de télématique. »

dont sont investis les services publics ».¹⁶³⁵ En RDC, le service public des télécoms, autrefois monopolistique, se réaligne autour des axes internationaux de la déréglementation (A/). Par ailleurs, le droit congolais des télécoms comporte des aspects particuliers à rapprocher des droits comparés de la régulation (B/).

A. / LES AXES DE LA DÉRÉGLEMENTATION DU SECTEUR DES TÉLÉCOMS EN RDC

646. Les transformations de la déréglementation des télécoms se démontrèrent en pratique et en théorie sous la forme d'intervention de la puissance publique. Le changement de l'État-entrepreneur en un État-régulateur des télécoms marque « le passage de l'État inséré à l'économie caractérisant les années 60, 70 à un État compétitif plus soucieux de la rationalisation des dépenses ». ¹⁶³⁶ Selon Jacques Chevallier, « la spécificité de l'État en tant que mode d'organisation politique réside dans le phénomène d'institutionnalisation du pouvoir et cette institutionnalisation passe par la médiation du droit ». ¹⁶³⁷ Sur cette lancée, « les services publics marchands sont invités à s'inscrire de plus en plus dans un univers concurrentiel ce qui suppose l'abandon de leurs privilèges ». ¹⁶³⁸ Il fut alors constaté le « mouvement général de libéralisation qui s'étend à la plupart des économies mondiales à partir des années (80-90) ». ¹⁶³⁹

647. L'OMC exige l'« indépendance des organes réglementaires », ce principe figure à l'intitulé de la section 5 sur son accord spécifique aux télécoms de 1997. Dans son prescrit, « [l']organe réglementaire est distinct de tout fournisseur de services de télécommunications de base et ne relève pas d'un tel fournisseur. Les décisions des organes réglementaires et les procédures qu'ils utilisent seront impartiales pour tous les participants sur le marché ». ¹⁶⁴⁰ Ainsi, le législateur de 2002 établit en RDC le principe selon lequel « la fonction de régulation du secteur des télécommunications est indépendante de celle de l'exploitation des réseaux et de la fourniture des services de télécommunications ». ¹⁶⁴¹ Selon l'article 1^{er} de la loi n°14/2002, l'ARPTC est instituée comme régulateur, ¹⁶⁴² tandis que l'article 7 de la loi-cadre confie au ministre des PTT la mission de veiller à l'effectivité de cette séparation fonctionnelle. ¹⁶⁴³ La ligne de démarcation semble claire entre les exploitants et « régulateur ». Il peut s'agir de « la personne ou l'organe qui surveille et contrôle le secteur pour y maintenir l'équilibre entre le principe de concurrence et un autre principe » d'intérêt général. ¹⁶⁴⁴ Toutefois, la séparation des rôles paraît plus difficile à appréhender et à réaliser entre les autorités de régulation nationales congolaises: le ministre des PTT et l'ARPTC.

¹⁶³⁵ J. BERGOUNOUX, *Services publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Rapport du groupe présidé par Jean Bergounoux, Commissariat général du Plan, La documentation française, 2000, p.347, cité par L. BUSHABU WOTO, *op.cit.*, p.14.

¹⁶³⁶ WAEL EL ZEIN, *op.cit.*, pp. 18 et s.

¹⁶³⁷ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne...*, *op.cit.*, pp. 68 et s.

¹⁶³⁸ *Ibid.*

¹⁶³⁹ *Ibid.*

¹⁶⁴⁰ Accord de création de l'OMC du 24 avril 1996.

¹⁶⁴¹ Article 3, alinéa 3, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁶⁴² Article 1^{er}, al. 1, Loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc. : « Il est institué en République démocratique du Congo, un organe indépendant de régulation de la poste et des télécommunications dénommé [...] ARPTC, en sigle ».

¹⁶⁴³ Article 7, a), Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : « [...] le ministre veille à ce que soient : a) assurées la séparation et l'indépendance de la fonction de régulation du secteur des télécommunications de celle d'exploitation [...] ».

¹⁶⁴⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...* *op.cit.*, p. 113. Pour les télécoms, le régulateur veille à l'attribution des licences pour la téléphonie mobile, à la gestion des ressources domaniales de l'État, nécessaires à l'exploitation du marché.

648. L'article 4 de la loi-cadre définit et distingue les fonctions de « régulation »¹⁶⁴⁵ et de « réglementation ».¹⁶⁴⁶ Dans le langage juridique, « réglementation » et « régulation » ne sont pas synonymes. En effet, si réglementer est assujettir une activité à des règlements, réguler est chercher à donner un rythme régulier, une certaine stabilité à un système, le régler, en assurer le bon fonctionnement.¹⁶⁴⁷ Le consensus, sur la définition précise de ces termes, diffère selon les sources, mais il est certain que le terme anglais « *regulation* », signifie « réglementation » dans le système de tradition juridique romano-germanique. Il a un sens différent dans le système anglo-saxon, car « *regulation* » (en anglais) est utilisé pour nommer un règlement administratif qui clarifie les droits et les responsabilités. Il se distingue à la fois de la législation issue d'un corps législatif élu (*rule of law*) et de la norme jurisprudentielle (*rules of precedent*). Le système régulateur est d'expérience britannique¹⁶⁴⁸ (première en Europe) : « ce qui explique que le terme anglais *regulation* désigne simplement la réglementation (qui doit se traduire correctement par *regulatory system*) ».¹⁶⁴⁹ L'idée générale des marchés est de donner accès à de nouveaux opérateurs dans les domaines des *publics utilities*, services d'utilités publiques. Cette approche avait été à la base de la création des instances de régulation.¹⁶⁵⁰ (Certains pays africains, comme le Rwanda, ont encore conservé sous l'autorité d'un seul régulateur¹⁶⁵¹ la régulation conjointe des secteurs de l'eau, de l'électricité et des télécoms.)

649. En droit comparé européen, des « autorités réglementaires nationales », dites « ARN », sont instituées dans le domaine des communications électroniques.¹⁶⁵² En France, leurs compétences se répartissent entre le ministère en charge du numérique et l'ARCEP.¹⁶⁵³ S'agissant des autorités de régulation en général, leur « rôle [est] central dans la promotion de la concurrence : si elles n'ont pas toujours le pouvoir d'octroyer elles-mêmes des licences ou des autorisations, elles n'en ont pas moins une compétence d'avis à l'égard de l'autorité ministérielle, habilitée à procéder à l'octroi ; elles ont à en contrôler la bonne exécution et sont appelées à trancher les problèmes les plus épineux qui peuvent surgir entre opérateurs ».¹⁶⁵⁴

650. En RDC, l'option du législateur de 2002 est la même sur ce point. En institutionnalisant un organe de régulation à part entière, le législateur entreprend la démarcation entre la réglementation *ex post* et la régulation *ex ante*. La définition des attributions des ARN est indispensable pour éviter les conflits de compétences entre elles, afin

¹⁶⁴⁵ Article 4-24, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. « Aux termes de la présente loi, on entend par : [...] régulation : application ou la mise en œuvre de la réglementation. Le but de la régulation est de faciliter, stimuler et impulser le marché des télécoms pour rencontrer la demande de la clientèle, permettre aux utilisateurs de communiquer ou faire des affaires à partir de n'importe quel moment et au prix le plus bas possible. »

¹⁶⁴⁶ Article 4-23, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. « Aux termes de la présente loi, on entend par : [...] réglementation : la fonction qui consiste essentiellement à veiller au bon fonctionnement et au développement de l'ensemble du secteur des télécoms par un encadrement normatif et institutionnel adapté et adéquat. »

¹⁶⁴⁷ I. JEUGE-MAYNART (sous la dir.), *Le petit Larousse illustré 2017*, éd. Larousse, Paris, 2016, pp. 985 et 986. *Verbo* « réguler », « réglementer », « régulation », « réglementation ».

¹⁶⁴⁸ Il convient de rappeler que la déréglementation européenne a été aussi fortement influencée par la conception ordolibérale allemande (qui appelle à l'intervention publique sur les marchés en tempérant les dérives du libéralisme total) et par un compromis avec la conception colbertiste française des services public (en retenant des obligations de service universel pour les opérateurs privés du marché régulé).

¹⁶⁴⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...op.cit.*, p. 69.

¹⁶⁵⁰ T. PENARD et N. THIRION, « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », in N. THIRION (sous la dir.), C. CHAMPAUD, et AL., *op.cit.*, pp.87 et s.

¹⁶⁵¹ [www.rura.rw] (consulté le 18 juillet 2016) : *Rwanda utilities regulatory Authority*, RURA, en sigle.

¹⁶⁵² D. POPOVIC, *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, *op.cit.*, p. 28 et s.

¹⁶⁵³ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1, sections 1 et 2 de la présente thèse.

¹⁶⁵⁴ T. PENARD et N. THIRION, « La régulation dans les télécommunications [...] », *op.cit.*, p. 93.

d'assurer la cohérence de la « corégulation » étatique.¹⁶⁵⁵ Les principes de l'OMC assurent un rapprochement législatif et institutionnel entre l'Europe, la France et la RDC. La libéralisation « ménage la transition d'une configuration monopolistique ou à dominan[ce] monopolistique à situation concurrentielle ou à dominan[ce] concurrentielle ».¹⁶⁵⁶ La pérennité de l'État est assurée par ses interventions protéiformes sur le marché, tant que la « finalité ultime (la mise en place d'une situation de concurrence effective) n'est pas encore atteinte ».¹⁶⁵⁷ En effet, la « déréglementation s'est depuis longtemps inscrite dans cette évolution qui conduit aujourd'hui à [...] la modernisation de l'État ».¹⁶⁵⁸ Elle apporte donc d'autres formes de législation d'application *ex-ante*, au titre de régulation sectorielle (droit de la régulation du marché). Elle s'associe à la forme d'une législation d'ordre général d'application *ex-post*, au titre de régulation transversale (droit de la concurrence). Autant « l'inflation réglementaire [...] est partiellement à l'origine de cette réforme »,¹⁶⁵⁹ autant elle est à sa suite.

651. Ainsi, l'organe étatique de régulation (ARPTC) apparaît au centre de la réforme législative des services publics des télécoms ainsi que de la transformation consécutive des institutions juridiques classiques. Au-delà de l'« inflation législative » produite par la déréglementation et la démonopolisation,¹⁶⁶⁰ le régulateur congolais affermit son autonomie et son indépendance dans la cohabitation avec d'autres acteurs publics et des forces du marché. Cette autonomie est un atout majeur pour la mission du régulateur (ARPTC). Elle est indispensable pour bâtir son autorité et sa légitimité sur le marché.¹⁶⁶¹ « Les instances indépendantes, rassemblant des personnes pertinentes, doivent être compétentes, indépendantes et incontestables. La compétence est requise pour la complexité même du domaine [...] L'indépendance participe également à la qualité du jugement : celui-ci sera le fruit d'une réflexion libre de tout préjugé, de tout parti pris. Compétence et indépendance sont indispensables pour asseoir le caractère incontestable de l'autorité [...] »¹⁶⁶²

652. Cependant, trois aspects de dissociation de la régulation sont nécessaires en RDC. La loi-cadre de 2002 a réparti les compétences entre chaque autorité nationale de réglementation des télécoms (l'administration publique et le régulateur étatique).¹⁶⁶³ La loi n°14/2002 a ensuite spécifié les attributions et les procédures d'action de l'ARPTC ainsi que ses missions et ses formes de décisions par rapport au ministère des PTT. En outre, l'objet technique de la régulation sectorielle évolue : l'Internet a apporté aux télécoms la convergence des réseaux et des médias.¹⁶⁶⁴ Sur ce point, le droit des télécoms congolais doit

¹⁶⁵⁵ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 440. « La co-régulation désigne une forme partenariale de régulation qui associe l'ensemble des acteurs et autorités concernés par un secteur d'activité, de façon à considérer l'intérêt de la régulation privée tout en respectant le principe largement admis de son caractère supplétif ou complémentaire avec les modes publics de régulations ».

¹⁶⁵⁶ T. PENARD et N. THIRION, *op.cit.*, p. 93.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁶⁰ *Ibid.* Les auteurs utilisent le terme « inflation juridique » comme une cause du déclin du droit et de sa difficulté d'application. Mais, le terme « inflation législative » se rapporte aux travaux inspirés d'autres auteurs. Cf. R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », D. 1977, chron. p. 43. J.-P. HENRY, « Vers la fin de l'État de droit ? », *RDCP* 1977, p. 1207.

¹⁶⁶¹ UIT, *Tendances des réformes dans les télécommunications, 2002, Une régulation efficace*, Rapport 2002.

¹⁶⁶² PH. MOREAU DEFARGES, *La gouvernance, op.cit.*, p. 64.

¹⁶⁶³ Pour le ministère des PTT, les articles 6 et 7 de la LCT fixent les principales attributions et finalités de sa mission. En revanche, celles de l'ARPTC sont définies à l'article 8 de la LCT, ainsi qu'à l'article 3 de la loi n°014/2002 portant sur sa création (précitée).

¹⁶⁶⁴ F. BALLE, *Les médias*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », Paris, 8^e éd. 2014 (2004), spéc. pp. 40-55. S. CHATRY (sous la dir.), *La régulation d'Internet, op.cit.*, spéc. pp. 29 et s. L. BELL, *De la gouvernance à la régulation d'Internet, op.cit.*, spéc.

être éclairé quant aux domaines comparés de la régulation, de la communication audiovisuelle et de celle des communications électroniques.¹⁶⁶⁵ (B./)

*B./ LES DOMAINES DE RÉGULATION DES TÉLÉCOMS ET DE L'INTERNET
DANS LES ÉVOLUTIONS DES DROITS COMPARÉS*

653. *Premièrement*, le ministre des PTT représente l'État (gouvernement) et reste en charge de l'élaboration de la politique sectorielle, notamment définir et établir les objectifs et les paramètres de l'activité du secteur des télécoms. La régulation est dévolue à une autorité administrative, voulue indépendante (vis-à-vis des injonctions politiciennes et des interférences gouvernementales). Elle se charge de la mise en œuvre des directives générales arrêtées par le gouvernement, en vue du bon fonctionnement du marché. « La régulation [...] présuppose l'existence des marchés ouverts, dans lesquels des opérateurs, disposant d'une capacité d'action autonome, déploient des stratégies concurrentielles ; la régulation vise seulement à assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble par l'établissement de certaines règles et une intervention permanente pour amortir les tensions ».¹⁶⁶⁶

654. Toutefois, la dérégulation fonde l'approche libérale d'un marché de fourniture des services de télécoms. Elle contredit l'idée de services publics monopolistiques. Ceux-ci étaient jusque-là gérés comme un département ministériel assujéti à une intervention politique et administrative, permanente et prépondérante. Mais, ce modèle de « déréglementation » de l'OMC (1997) ne signifie pas non plus le contrôle du secteur des télécoms par les seules forces du marché. Elle arrive au contraire à une forme nouvelle de réglementation.¹⁶⁶⁷ C'est une politique législative qui vise à réduire les pesanteurs de la réglementation, tout en rendant plus précise l'application du droit sur le marché. Les déréglementations initiées dans les années 1970 aux États-Unis, 1980 en Europe, 1990 dans le monde et 2000 en RDC répondent toutes d'une motivation devenue classique : « le tribut payé à la mode de la modernisation administrative ».¹⁶⁶⁸

655. Ainsi, la loi-cadre de 2002 a habilité en RDC deux autorités de réglementation, mais leurs actes décisionnaires se distinguent, dans la fonction réglementaire, par la forme, la procédure et la portée légale et constitutionnelle. D'une part, le ministre des PTT « statue par voie d'Arrêté », conformément à l'article 93 de la Constitution. Il applique dans le département des PTT, le programme gouvernemental dont il est responsable, sous la direction et la coordination du Premier ministre. D'autre part, le régulateur statue par voie de « décisions du collège de l'Autorité en matière de régulation », conformément à l'article 17, al. 4 de la loi n°014. Ses décisions sont soumises à des formes de légalité externe et interne,¹⁶⁶⁹ susceptible de recours (« pour excès de pouvoir »¹⁶⁷⁰) devant la Conseil d'État,¹⁶⁷¹

pp.27-31. M. HANOT, « Nouveaux écrans, nouvelle régulation ? Prendre le tempo et le temps de la mutation », in P.F. DOCQUIR et M. HANOT, *Nouveaux écrans, nouvelle régulation ?*, Larcier, Bruxelles, pp. 9-21, spéc. p. 13. « Ouverte sur Internet sans être une simple télévision sur Internet, centrée sur l'objet traditionnel télévision, sans plus être une, la télévision connectée se cherche et se découvre, à l'instar de tout nouveau média, dans le contexte et la société qui la portent ».

¹⁶⁶⁵ Journaux officiels, *Communications électroniques et services de communication audiovisuelle*, les éd. Journaux officiels, coll. « aux sources de la loi », p. 1779. P. DEVEDJIAN, « Discours sur le projet de loi relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle », in *Ibidem*, pp. 1-9. E. DÉRÉUX, *Les droits des médias*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5^e éd. pp. 49-54 et pp. 158-160.

¹⁶⁶⁶ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op.cit., p. 63.

¹⁶⁶⁷ UIT, *Tendances des réformes dans les télécommunications, 2002, Une régulation efficace*, Rapport, Genève, 2002.

¹⁶⁶⁸ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, op.cit., p. 198.

¹⁶⁶⁹ D. TRUCHET, *Le droit public*, op.cit., pp. 76-77. « Le respect du droit public interne. Il nous paraît naturel que l'État respecte le droit public qu'il fait et qui le fait. [...] En droit, on nomme principe de légalité, la règle qui veut que toute

ancienne « Section administrative de la Cour Suprême de Justice ». ¹⁶⁷² Les mêmes exigences de légalité et types de recours administratif concernent les arrêtés du ministre, ¹⁶⁷³ mais l'exécution de la « décision » entreprise par l'ARPTC n'est pas suspendue par le recours. ¹⁶⁷⁴ Le « principe hiérarchique » ¹⁶⁷⁵ s'impose particulièrement pour les arrêtés ministériels. Un recours est aussi possible devant la cour constitutionnelle, pour toute personne agissant en exception d'inconstitutionnalité contre un acte réglementaire en RDC. ¹⁶⁷⁶

656. *Deuxièmement*, la régulation s'entend du « fait de maintenir un équilibre dans un système complexe et d'en coordonner les actions en vue d'obtenir un fonctionnement régulier » ¹⁶⁷⁷. Elle est le « fait de maintenir et de régler le fonctionnement [...] ou d'un système » pour « en assurer un bon fonctionnement ou un déroulement harmonieux » ¹⁶⁷⁸ et « un rythme régulier ». ¹⁶⁷⁹ Il s'agit de multiples actions de l'État, confiées à un agent public sur le contrôle des comportements du marché, dans un secteur d'activités libéralisées, en vue d'y assurer le respect de l'intérêt général. ¹⁶⁸⁰ La régulation connaît une flexibilité et une adaptabilité en raison de l'instabilité du marché et une adaptabilité en raison de son objet technique. La finalité d'action est d'assurer l'efficacité et la gestion de concurrence. ¹⁶⁸¹ « La création d'un organe de régulation a été motivée dans les pays développés par : – la complexité des rapports et des activités ; – les conflits d'intérêts, – la diversité des intervenants ». ¹⁶⁸²

657. En effet, le rôle spécifique de la régulation est apparu dès la démonopolisation officielle du marché des télécoms, mais le pouvoir réglementaire reste du ressort de l'État. La différence est fondamentale entre réglementation et régulation. La régulation aide à fournir des avis sur les décisions des pouvoirs publics et sur les comportements des acteurs du marché. À cet effet, elle collecte l'information et les statistiques pertinentes sur le marché concerné. Cependant, la régulation ne se confond pas à l'application du droit de la concurrence. Elle s'applique d'abord aux secteurs où existent des obligations de service

autorité de l'État (et plus largement toute autorité administrative) agisse conformément aux règles qui s'appliquent à elle. C'est une garantie fondamentale de l'État de droit. »

¹⁶⁷⁰ *Ibidem*, pp. 76, 77 et 78. « Pourtant les juridictions [...] sont des organes de l'État et elles ne peuvent pas employer les forces de police contre lui ! Comment dès lors l'empêcher de s'affranchir du droit ? [...] Toute action illégale de l'État peut donner lieu à une action devant le juge. [...] Les actes administratifs illégaux sont justement *annulés* par le juge administratif à condition bien sûr qu'il en soit saisi, notamment par cette procédure simple qu'est le *recours pour excès de pouvoir*. Lorsque l'État cause un dommage, il peut être condamné à indemniser la victime [...] ».

¹⁶⁷¹ Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, JO RDC, n° spécial, Kinshasa, 18 octobre 2016.

¹⁶⁷² Depuis lors, l'article 154 de la Constitution de la RDC du 18 février 2006 a institué un ordre de juridictions administratives composé du Conseil d'État et des Cours et tribunaux administratifs. « Pour plus d'efficacité, de spécialité et de célérité dans le traitement des dossiers, les Cours et tribunaux ont été répartis en trois ordres juridictionnels : les juridictions de l'ordre judiciaire placées sous le contrôle de la Cour de cassation ; celles de l'ordre administratif sous la coupe du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle. »

¹⁶⁷³ D. TRUCHET, *op.cit.*, p. 76.

¹⁶⁷⁴ Article 17, avant et derniers alinéas, Loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

¹⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 77. « Le principe de la légalité est confronté par le *principe hiérarchique* qui irrigue toute l'administration de l'État. Il donne au supérieur d'une part l'assurance que ses subordonnés agiront conformément à ses instructions, d'autre part, des moyens de contrôle et de correction pour y veiller. »

¹⁶⁷⁶ Article 162, al. 2, Constitution de la RDC du 18 février 2006, préc.

¹⁶⁷⁷ A. REY et al, *Le Petit Robert de la langue française*, (2017), *Verbo* : « réguler », « régulation ».

¹⁶⁷⁸ [<http://www.le-dictionnaire.com/definition.php?mot=R%E9guler>] (Consulté le 21 novembre 2016.)

¹⁶⁷⁹ *Dictionnaire de poche 2012*, Larousse, Paris, 2011, p. 689.

¹⁶⁸⁰ A. BAUDRIER, *Administration et droit de la régulation*, Cours ENST-Paris, Ouagadougou, 13 juin 2005 [inédit]. Pour cet auteur, il s'agit de « toutes les actions de contrôle des comportements que l'État ou une autorité ayant vocation à la représenter conduit dans le respect de l'intérêt général ».

¹⁶⁸¹ J.J. CHEROT, « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », *Rencontres Petites affiches*, Paris, 6 fév.2002, p. 17-25.

¹⁶⁸² « Exposé des motifs », Loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'ARPTC, JO RDC, n° spécial, 44^e année, janv.2003, p. 60.

public, nécessitant un certain aménagement de la concurrence, pour pouvoir être correctement remplies. Libéraliser les services publics souligne que la régulation est encore plus que nécessaire pour veiller au développement du secteur des télécoms.¹⁶⁸³

658. En pratique, la régulation *ex ante* du marché procède par application de mesures correctives et des sanctions en cas d'infraction, sans fixer des règles précises à l'avance ou en n'en fixant qu'un petit nombre. Le marché libéralisé des télécoms pose plusieurs questions particulières ne paraissant pas trouver de solutions préétablies dans la réglementation *ex post*. Notamment, le droit de la concurrence *ex post* laisse à la régulation *ex ante* le traitement des aspects sectoriels du marché des télécoms : colocalisation d'infrastructures, accessibilité aux abonnés, tarifs d'interconnexion, maintenance ou dépannage, plan de numérotation, gestion des fréquences radioélectriques, etc. La régulation répond à l'attente de transparence et de flexibilité, dans un marché ouvert, indispensable pour agir dans l'accès aux télécoms, sur le marché et chez les consommateurs,¹⁶⁸⁴ selon les axes suivants : conditions d'entrée, fixation des prix, octroi des licences, interconnexion des réseaux, attribution des ressources d'exploitation (fréquences, numérotation), de service universel, publication de l'information, droit de recours ou de révision.¹⁶⁸⁵ Pour autant, la régulation fait recours à un ensemble de moyens d'actions : la réglementation (*rule-making*), la surveillance (*monitoring*), l'allocation des droits (*adjudication*), le règlement des litiges (*dispute resolution*).¹⁶⁸⁶

659. Troisièmement, en RDC, les télécoms restent la sémantique officielle. L'article 4-9 de la loi-cadre distingue la « télédistribution » du domaine de réglementation spéciale des télécoms.¹⁶⁸⁷ À la différence de l'audiovisuel, le législateur de 2002 a choisi la dénomination au singulier : « télécommunication ». ¹⁶⁸⁸ Mais sa définition à l'article 4-1 de la loi-cadre ne se démarque cependant pas d'avec la précédente. Bien au contraire, les éléments de définition en rapport au domaine des télécoms semblent englober la télédistribution (audiovisuel) comme sous son domaine. En Europe et en France, la convergence numérique des télécoms et de l'audiovisuel est traduite dans le changement de sémantique officielle : « communications électroniques ». ¹⁶⁸⁹ La définition officielle du synonyme de l'audiovisuel français reste encore très proche des modes de transmission. L'effort du législateur est de ressortir la finalité sonore et télévisuelle des modes de transmission satellitaires, filaires, terrestres ou hertziennes de signaux.¹⁶⁹⁰ Mais, la faiblesse de la définition congolaise est de ne pas inclure les éléments de définition distinctifs, comme « la communication au public de contenu » en vue d'exclure celles ayant le « caractère d'une correspondance privée ». ¹⁶⁹¹

¹⁶⁸³ L. BUSHABU WOTO, *De la mise en œuvre de la régulation des télécommunications en droit congolais (RDC)*, Mémoire pour obtention de BADGE, Promo 2005, Télécom Paris Ecole nationale supérieure des télécoms (ENST)/Arcep Burkina Faso/Institut de la Banque mondiale/ESMT Dakar, Ouagadougou, 2005, p.13-17.

¹⁶⁸⁴ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 17 et s.

¹⁶⁸⁵ UIT, *Tendances des réformes dans les télécommunications, 2002, Une régulation efficace*, Rapport, Genève, 2002.

¹⁶⁸⁶ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne, op.cit.*, p.63.

¹⁶⁸⁷ Article 4-9, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : « Télédistribution : La transmission ou la retransmission à des abonnés à travers un réseau de câble et/ou hertzien, des signaux de radiodiffusion sonore et de télévision reçus par satellite ou par un système de terre approprié ou produits localement. »

¹⁶⁸⁸ Article 4-1, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : « Télécommunication : Toute transmission, émission ou réception de signe, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignement de toute nature, par fil, radioélectrique, optique ou autres systèmes électromagnétiques ».

¹⁶⁸⁹ Cf. Partie 2, Titre II, Chapitre 1, §2 de la présente thèse.

¹⁶⁹⁰ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, section 2 de la présente thèse.

¹⁶⁹¹ En France, la LCEN (loi n°2004-575) modifie l'article 1^{er} de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relatif à la liberté de communication, la communication au public par voie électronique est libre. « On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée. »

660. Cependant, ces mutations peuvent rendre confuses entre activités, médias et industries, mais elles ne changent pas le domaine de la régulation des télécoms qui reste précis. « *La convergence et la digitalisation révolutionnent l'offre, les contenus et les modes de consommations médiatiques, entraînant les médias historiques – et plus particulièrement la télévision – dans une phase de mutation profonde qui devrait conduire à la définition d'un nouveau modèle de communication.* »¹⁶⁹² Les domaines régulés entre l'audiovisuel et les télécoms se rapprochent avec le risque de se confondre sur l'Internet, mais ils restent distincts. Dans leurs critères classiques de distinction par rapport à l'audiovisuel, les télécoms apparaissent comme le « contenant », comme le « véhicule » ou le « support physique et logique » de l'ensemble des « contenus », y compris ceux mis en ligne sur Internet. Ces contenus accessibles au public (en ligne) relèvent de l'édition, plus particulièrement de la diffusion sonore ou visuelle. La régulation des communications audiovisuelles concerne l'offre de contenus accessibles au public, au moyen de différents médias : la télévision, la radio ou l'Internet. Leurs cadres réglementaires et leurs régulations sont distincts. Le droit et la régulation des télécoms s'inscrivent en complémentarité avec le droit des médias (audiovisuels et Internet). Leurs domaines respectifs sont les réseaux et les services, supports de communications électroniques. Ceux-ci ont désormais été inclus à la demande de SMAD dans les services de médias audiovisuels.¹⁶⁹³

661. Sur le plan organique, la RDC reste encore dans la tradition des ministères des PTT, parce qu'il n'existe pas un ministère de l'économie numérique.¹⁶⁹⁴ Ainsi, la réglementation du secteur d'activités audiovisuelles relève d'un autre ministère en charge des médias et de l'information. Le régulateur de l'audiovisuel est concerné par les programmes et les contenus mis à disposition du public. Son régulateur sectoriel est le CSAC¹⁶⁹⁵ depuis 2011 en RDC, l'équivalent en France du CSA depuis 1989.¹⁶⁹⁶ Toutefois, la communication audiovisuelle requiert l'assignation des fréquences ou l'accès aux ressources des télécoms. Sur ce registre, le ministère des PTT et l'Autorité de régulation interviennent pour délivrer les autorisations indispensables à l'utilisation des moyens des communications, après avis favorable du ministre des médias, au vu du projet éditorial (contenu des communications).¹⁶⁹⁷

662. À titre illustratif, certains pays africains ont déjà pris en compte l'importance de l'apport de la convergence numérique dans la régulation nationale. Ils ont modifié les attributions sectorielles des différents régulateurs, pour les fusionner en un

¹⁶⁹² M. HANOT, « Nouveaux écrans, nouvelle régulation ? Prendre le tempo et le temps de la mutation », in P.F. DOCQUIR et M. HANOT, (sous la dir.), *op.cit.*, p. 9.

¹⁶⁹³ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp. 466-467. Loi n°86-1067, article 1 au sujet des SMAD définis à l'alinéa 6 comme : « tout service de communication au public par voie électronique permettant le visionnage de programme au moment choisi par l'utilisateur et sur sa demande, à partir d'un catalogue de programme dont la sélection et l'organisation sont contrôlés par l'éditeur de service ».

¹⁶⁹⁴ En France, le réaménagement du portefeuille ministériel des PTT a donné lieu à la création du ministère de l'économie numérique. La Côte d'Ivoire a fait de même dans son cadre organique. La RDC conserve la logique des PTT. Pour le secteur des télécoms, le changement d'intitulé aurait traduit l'idée politique d'une gestion d'activités de l'économie de marché, en rupture avec la logique administrative de gestion d'un service public.

¹⁶⁹⁵ Loi organique n°11/001 du 10 janvier 2011 portant composition, attributions et fonctionnement du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel et de la Communication, in [<http://www.leganet.cd/Legislation/JO/2011/JOS.16.01.2011.Loi.11.001.pdf>] (consulté le 17 juin 2017)

¹⁶⁹⁶ E. DÉRIEUX, *Les droits des médias*, *op.cit.*, pp. 49 et s. « L'article « 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 fait du CSA une "autorité indépendante". Si ce n'était pas le cas, l'indépendance des médias audiovisuels ne serait pas garantie ! ». M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...op.cit.*, p. 54-55. « Le CSA est une AAI qui a pris la suite de la haute autorité de l'audiovisuel, par la loi du 17 janvier 1989. Elle a pour fonction première d'assurer l'autonomie de la télévision publique par rapport au pouvoir politique. »

¹⁶⁹⁷ En France, l'ARCEP traite de la régulation des communications électroniques et le CSA traite de la régulation de l'audiovisuel.

seul « convergent ». Ainsi, l'Afrique du Sud,¹⁶⁹⁸ le Kenya¹⁶⁹⁹ et la Tanzanie¹⁷⁰⁰ disposent d'un régulateur unique des télécoms et de l'audiovisuel. Les pays concernés sont, de tradition juridique anglo-saxonne, sans doute s'inspirent-ils de la Grande-Bretagne qui avait fusionné dans l'OFCOM les anciens régulateurs, séparés des télécoms (OFTEL) et de l'audiovisuel.¹⁷⁰¹

663. Cependant, avec l'Internet les mutations nécessaires ont un large domaine. Le droit comparé européen contribue à l'avancée du champ de la régulation des communications électroniques. Elle consiste à assurer, par les opérateurs de réseaux et les fournisseurs de service, le respect de la réglementation. Elle reste du ressort d'une autorité nationale de régulation qui doit être strictement indépendante de toute influence des forces économiques et/ou politiques ainsi que d'autres entités privées transnationales. La régulation de l'Internet n'a plus uniquement pour objet et objectif les problématiques de l'accès et du fonctionnement du marché électronique, mais elle connaît aussi une nouvelle « génération de difficultés propres à l'économie numérique ». En effet, le site web implique l'utilisation de divers éléments tels que le texte, des éléments graphiques, sonores ou audiovisuels et nombre de ces mêmes sites exploitant la base de données, des recueils d'information ». ¹⁷⁰²

664. Dans leurs missions, les autorités de réglementation nationales des télécoms doivent rester autonomes vis-à-vis des régulateurs techniques transnationaux, des gouvernements étrangers, du marché numérique mondial et aussi d'autres régulateurs transversaux. L'expérience de la régulation sectorielle se renforce à travers des réseaux internationaux, continentaux ou régionaux de régulations pour éviter des conflits de compétences, mais aussi pour assurer des collaborations nécessaires et d'intérêts. L'enjeu devient l'approfondissement de leur statut commun, d'indépendance selon leurs objets techniques particuliers, tout en mutualisant leurs rôles, dans les objectifs convergents. ¹⁷⁰³

665. Il n'en demeure pas moins que « la régulation de l'Internet » ne peut pas être intégralement le fait des autorités de réglementation des télécoms comme l'ARPTC ou son équivalent français l'ARCEP. Les aspects qu'elle comporte, sont transversaux, multiples et parfois en dehors du cadre juridique et institutionnel des télécoms. Plusieurs autorités et entités nationales, internationales ou transnationales sont impliquées dans la gestion de l'internet concernant : les ressources-racines du nom de domaine TLD (ICANN), les activités

¹⁶⁹⁸ En Afrique du Sud, la même approche est constatée à travers son nouveau régulateur : l'ICASA, *Independent Communications Authority of South Africa* (en anglais). Il est issu de la fusion des deux organes de régulation antérieurs, établis séparément par les télécoms (ex-IBA, *Independent Broadcasting Authority* [notre traduction française, Autorité indépendante de l'audiovisuel]) et la radio-télédiffusion (ex-SATRA, *South African Telecommunications Regulatory Authority* [notre traduction française, Autorité de régulation des télécommunications sud-africaines]).

¹⁶⁹⁹ Au Kenya, la loi sur les télécommunications de 2009 modifie la loi sur le même objet, à savoir la *Kenyan Communication Act (KCA)* n°2 de 1998. Sur la base de la KCA, il fut créé en 1999 l'autorité des communications du Kenya (CAK, *Communication Authority of Kenya* en anglais). La *Communication Authority of Kenya* CAK avait été instaurée comme régulateur du sous-secteur des PTT et gestionnaire national des fréquences radioélectriques. Au regard de la convergence numérique, la loi kenyane de 2009 a étendu la mission de la CAK aux services de la radiodiffusion, des multimédias, des télécoms et postaux ainsi que le commerce électronique. Le législateur entend faciliter le développement des secteurs de l'information et de la communication dans leur ensemble.

¹⁷⁰⁰ La Tanzanie est aussi concernée par la même expérience. La TCRA, *Tanzanian Communications Regulatory Authority* est le fruit d'adaptation de la régulation à la transition numérique des TIC. La TCRA est la fusion des régulateurs des télécoms (ex-TBC, *Tanzanian Broadcasting Commission* [notre traduction, Commission des communications de la Tanzanie]).

¹⁷⁰¹ [www.ofcom.org.uk] (consulté le 17 mai 2016). "We regulated the TV, Radio and video on demand sectors, fixed line telecoms, mobiles, postal services, plus the airwaves over which wireless devices operate." (Notre traduction : nous régulons les secteurs de la télévision, de la radio et de la vidéo à la demande, les téléphones fixes, les réseaux mobiles, les services de post, en plus des fréquences sur lesquelles les appareils sans fil fonctionnent.)

¹⁷⁰² J.-M. MOULIN, « Rapport introductif », in S. CHATRY (sous la dir.), *op.cit.*, p. 29.

¹⁷⁰³ M.-A. FRISON-ROCHE, *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 3-183. L. BENZONI et P. DUTRU, « De l'accès aux infrastructures à l'accès aux moyens numériques : nouvelle frontière de la régulation des communications électroniques », in M.-A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, pp. 17-41.

numériques (ANC : autorité nationale de la concurrence, DGCCRF, CSCE), les données personnelles (CNIL) et la régulation technique (IETF), etc. En tant que réseau des télécoms, sa gouvernance est effectuée par les autorités nationales de réglementation (ARN) des télécoms (ARPTC et ministère des PTT), s'il s'agit d'accorder des autorisations d'accès au marché et/ou des offres d'accès au public dans leurs rapports avec les prestataires techniques établis (opérateurs, transporteurs, hébergeurs, FAI). Ceux-ci sont sous la régulation des télécoms en leur qualité d'exploitants de réseaux de télécoms nationaux, donnant accès à l'Internet. Mais l'emprise s'arrête là, car l'Internet « favorise le glissement du schéma "monolithique pyramidal", que caractérise l'État moderne, vers une architecture normative polycentrique dans le cadre de laquelle les pouvoirs publics sont côtoyés par des entités non étatiques dans l'exercice de la fonction de régulation. »¹⁷⁰⁴ Concernant la régulation de l'Internet, Luca belli conclut en « l'inadéquation à la réalité du vieux modèle "statocentrique"¹⁷⁰⁵ [de l'OMC]. L'activité régulatrice d'origine publique est donc complétée – ou parfois concurrencée – par des mécanismes autorégulateurs, dans lesquels les auteurs et les destinataires de la régulation coïncident, ainsi que par des modèles de régulation contractuelle.¹⁷⁰⁶ »

666. Les questions sur la régulation de l'Internet relèvent « des nouveaux défis de législation des télécoms pour l'accès de la RDC à l'économie numérique ».¹⁷⁰⁷ Dans le présent chapitre, la logique se limite à définir le domaine de la régulation sectorielle des télécoms, en précisant son objet technique. Il est indispensable d'appréhender et d'explicitier en premier lieu l'objet de la régulation sectorielle issue de la transformation des institutions juridiques des télécoms de base, pour ensuite cerner les nouveaux défis juridiques, liés à la régulation de la convergence numérique et de l'Internet. Maintenant que l'objet de la régulation des télécoms de base est défini et ses mutations profilées, il convient d'analyser les contraintes générales d'application avec la diversité des prestataires. Comme la régulation elle-même, la pluralité d'acteurs inégalitaires sur le marché est une conséquence de la déréglementation ; celle-ci a produit un système complexe de marché en lieu et place de l'ancien système de monopole public. Telle est la contrainte du modèle de l'OMC. (§2.)

§2. Les contraintes générales de la régulation du marché libéralisé des télécoms face à la diversité des prestataires en RDC

667. En RDC, la régulation sectorielle est source de contraintes pour son application. Outre le fait que la libéralisation des télécoms s'est faite sans préparation de l'État, elle comporte beaucoup d'artifices et d'archétypes à réguler par rapport au marché des télécoms. D'une part, la pluralité d'acteurs et l'effacement de l'exploitant public rendent cruciale la mission déjà délicate du régulateur des télécoms. (A./) D'autre part, le comportement économique des acteurs privés complique la réalisation des principaux objectifs d'équilibre du marché et d'intérêt général, eu égard aux tendances générales de défaillance des marchés en Afrique. (B./)

¹⁷⁰⁴ L. BELL, *op.cit.*, pp. 26 et 27.

¹⁷⁰⁵ G. TIMSIT, « La régulation, la notion et le phénomène. », *RF adm. publ.*, n°109, janvier 2004, p. 8. Selon l'auteur, la régulation est conçue comme un « moyen de pallier les déficiences de la hiérarchie » du modèle étatique traditionnel [sur le champ de l'Internet univers numérique].

¹⁷⁰⁶ F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.*, n°109, janvier 2004, p. 28.

¹⁷⁰⁷ Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 de la présente thèse.

A./ LA NÉCESSITÉ DE LA RÉGULATION DU MARCHÉ LIBÉRALISÉ DES TÉLÉCOMS EN RDC

668. Au début des années 1990, la plupart des États africains, y compris la RDC, ne disposait pas de ressources publiques leur permettant d'affronter les derniers soubresauts du Colbertisme *high-tech*, comme en France avant la libéralisation.¹⁷⁰⁸ Pour ces États, l'enjeu immédiat des réformes néolibérales était l'arrivée massive de l'investissement privé ainsi que l'apport des capitaux pour le développement du secteur des télécoms.¹⁷⁰⁹ La transition pour un désengagement de l'État devait permettre de construire les réseaux, d'accueillir des investissements nouveaux et/ou de réaliser les objectifs de service universel.¹⁷¹⁰

669. En accélérant le rythme des économies, la mondialisation a provoqué une rapide transformation des services publics congolais. En 2002, la loi-cadre a lancé la dérégulation officielle des télécoms. Mais dès les premiers instants du processus, le pays a expérimenté *de facto* la pleine concurrence du marché, alors que celle-ci avait fait l'objet d'une progression encadrée en Europe durant plus d'une décennie (1984-1997).¹⁷¹¹ Entre l'accord OMC de 1997 et l'année 2004 en Afrique, seuls 14 pays africains sur 55 n'avaient pas encore libéralisé leurs secteurs.¹⁷¹² L'Europe et l'Afrique ont enregistré respectivement 88% et 85% des États qui ont autorisé la concurrence en cette période.¹⁷¹³ Dans la foulée, la RDC a été confrontée à une exposition aux marchés internationaux, sans que ses institutions publiques ne soient préparées à un minimum de régulation, faute d'expérience cognitive du modèle de déréglementation. Ainsi, « l'espace public était le monopole de l'État, [...] maître de la force légitime. Désormais, l'État est un acteur parmi beaucoup d'autres : multinationales, [...] organisations interétatiques...et individus ». ¹⁷¹⁴

670. Par ailleurs, l'impact de l'État s'est trouvé réduit suite à l'arrêt d'activités de l'opérateur historique sur le marché, aux débuts de sa dérégulation. « Le pouvoir [de l'État] se décompose [...] ce qui reste du pouvoir se distribue en fonction de la capacité à contrôler

¹⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 3. P.A. SAMUELSON, « The pure theory of public expenditures », *Review of Economics and Statistics*, vol.36, 1954, p. 387-389. R.A. MUSGRAVE, *The theory of public finance*, McGraw-Hill, New York, 1959. Les idées d'État mercantiliste de Colbert constituent des cas de confrontations d'école avec Adam Smith, pour un État-gendarme limité à la défense ou à l'administration de la justice, sinon à la réalisation de grands travaux d'insuffisante rentabilité pour être produit par les marchés. Mais les synthèses des travaux de Samuelson et Musgrave, en faveur de l'État-régulateur, « justifient au contraire une intervention plus importante des pouvoirs publics fondée sur la correction des « défaillances » du marché. »

¹⁷⁰⁹ Par ailleurs, un exemple mérite d'être évoqué : en Afrique, le Maroc reste le pays africain à avoir tiré le plus gros avantage financier immédiat de la transition de ses services publics monopolistiques des télécoms vers leur libéralisation et leur mondialisation au sein de l'OMC. En effet, il fut l'un des premiers pays africains à avoir octroyé une licence de téléphonie GSM à un nouvel opérateur sur son marché, pour le chiffre record d'un milliard de dollars en 1999. Depuis lors, son autorité de régulation œuvre à approfondir la libéralisation progressive du secteur. D'autres licences concernant les technologies GPRS, VSAT, Fixe, 3G et le partage des ressources radios (3RP) ont été ensuite attribuées. L'introduction de la concurrence et la privatisation de l'opérateur historique ont permis un développement important du marché marocain aussi bien en terme de consommation que celui de dynamisme de l'offre. En effet, ces actions ont permis une forte progression du nombre d'abonnés mobiles, qui a été multiplié par 30 en quatre (4) ans. Outre les bénéfices financiers de vente de licence, les chiffres renseignent la progression d'un taux de pénétration de la téléphonie (de 6 % en 1997 à plus de 35 % en 2004) ainsi que l'élargissement de la couverture de la population marocaine, qui atteint actuellement près de 95 %.

¹⁷¹⁰ Les articles 39 et 40 de la Loi-cadre sur les télécoms (RDC) sont la preuve de cette motivation d'enjeu. Il dispose que les recettes générées par l'activité des télécoms servent au développement du secteur des TIC. D'où la construction d'un fond de service universel alimenté par une quotité des taxes et redevances dudit secteur.

¹⁷¹¹ Cette période de 1984 à 1997 se situe entre le premier Sommet de Fontainebleau sur une Europe des télécoms, les premières mesures de libéralisation de 1988 par la Commission de la communauté européenne et les dernières directives ONP ayant assuré la fourniture d'un réseau pleinement ouvert à la concurrence, avec l'instauration des ARN des télécoms. Ce fut une période de treize (13) ans de préparation pour l'Europe alors que la RDC dut la franchir en moins de cinq (5) ans, séparant la signature de l'accord spécifique de l'OMC de 1997 et la LCT de 2002. Cf. Partie 1, Titre II, Chapitres 1 et 2 de la présente thèse.

¹⁷¹² J. DO-NASCIMENTO, « Le développement du téléphone portable en Afrique », p.1 [www.iut-orsay.u-psud.fr] (consulté le 21 novembre 2016).

¹⁷¹³ J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, in J.J. GABAS, *op.cit.*, p. 137.

¹⁷¹⁴ PH. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance*, *op.cit.*, p. 45.

les flux. »¹⁷¹⁵ L'exploitant public était inactif sur le marché à la promulgation de la loi-cadre de 2002. Cette inactivité a réduit la présence nécessaire de l'État telle que conçue par la politique législative, pour aider l'ouverture du marché. Le vœu du législateur était de disposer d'un opérateur étatique dans la gestion et le contrôle des flux de communications nationales et internationales. Il devait jouer le rôle central dès les premiers instants de la dérégulation, en offrant l'infrastructure de base pour l'interconnexion de tous les réseaux des opérateurs privés. La défaillance de l'exploitant public a laissé libre cours à la concurrence, non seulement sur les segments dédiés à cet effet, mais aussi sur celui réservé. La libre entreprise devrait offrir aux opérateurs non seulement le droit d'accès au marché, mais aussi les garanties d'un environnement stable et digne de foi ne pouvant être fournies par le marché seul.¹⁷¹⁶

671. La dérégulation a entraîné l'entrée massive et diversifiée des opérateurs privés et multinationaux sur l'ensemble des marchés africains, y compris congolais.¹⁷¹⁷ Au cours de la période 2002-2003 correspondant à celle de la loi-cadre, cent (100) opérateurs étaient recensés en activité sur le continent noir, avec une diversité de cinq opérateurs privés par pays.¹⁷¹⁸ En RDC, l'entrée des opérateurs concerne encore le marché de la téléphonie mobile, puisque la concurrence à ce jour reste faible sur le segment de la téléphonie fixe.¹⁷¹⁹ Le tableau général donne un aperçu de l'afflux d'opérateurs étrangers, lors de leur prise de position durable dans les marchés électroniques des États africains.¹⁷²⁰

672. Ainsi, des enjeux nouveaux de régulation économique apparaissent suite à l'entrée des opérateurs privés multinationaux et à leur prise de pouvoir sur des segments de marché, en supplantant nettement les opérateurs publics monopolistiques d'autrefois. Le constat est fait en RDC : les opérateurs privés sont devenus plus dominants sur le segment de la téléphonie mobile ou de l'Internet mobile, là où il n'a jamais existé d'opérateurs historiques. La diversification des opérateurs du marché reste un trait caractéristique de la transformation des services publics. Elle apporte à la régulation des contraintes générales pour gérer les risques et traiter les distorsions de marché. En un bref délai, le marché congolais autrefois monopolistique se transforma en marché d'oligopoles, traduisant les faiblesses les plus courantes des marchés africains. En effet, les multinationales privées adoptèrent des types de

¹⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹⁷¹⁶ J. CATTAN, *op.cit.*, pp. 15 et s.

¹⁷¹⁷ J. DO-NASCIMENTO, « Le développement du téléphone portable en Afrique », p.1 [www.iut-orsay.u-psud.fr] (consulté le 21 novembre 2016). En outre, il y a un fait remarquable, les opérateurs étrangers sont les plus nombreux sur le marché : Vodafone de la Grande-Bretagne, Portugal Télécom, France Télécom, Malaysia MSI Cellular des Pays-Bas, etc. Malgré l'europanisation dominante, l'Afrique connaît néanmoins des opérateurs multinationaux d'origine africaine : l'égyptien Orascom télécom, les sud-africain Vodacom et MTN, etc.

¹⁷¹⁸ A. BAMDÉ, *L'Architecture normative du réseau Internet, esquisse d'une théorie*, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, Paris, 2016, p. 16-19. L'étape présente de notre thèse ne s'intéresse pas à la cartographie précise des acteurs ni à examen de marché, car il ne s'agit pas d'une étude de l'économie de la régulation. Néanmoins, à ce jour la cartographie générale des acteurs du marché africain comporte un très grand nombre d'acteurs diversifiés : fournisseurs d'accès à Internet, opérateurs de transport, hébergeurs, opérateurs de cache, autres fournisseurs de moyens et de contenus, fabricants d'équipement expérimentaux, etc. L'architecture de l'Internet regroupe aussi une pluralité d'acteurs non-recensés dans les textes officiels nationaux, mais qui participent à l'écosystème numérique.

¹⁷¹⁹ B. POLLE, « Téléphonie mobile : le nombre d'abonnés africains en hausse de 70% depuis 2010 », *Jeune Afrique*, rubrique Économie, entreprises et marchés, 1^{er} août 2016 [www.jeuneafrique.com/345544/economie/État-de-leconomie-mobile-afrique-rapport-gsma-2016] (consulté le 21 novembre 2016). Selon des chiffres récents de GSMA (Dar-Es-Salaam, 26 au 28 juillet 2016), environ 46% des 1,17 milliards d'africains avaient souscrit à des offres de téléphonie mobile, soit 557 millions d'abonnés uniques à la fin de l'année 2015. Ce qui constitue un bond de +70,34% par rapport aux 327 millions d'abonnés uniques de 2010 (31% des 1,04 milliards d'africains) recensés alors par GSMA. Selon ses projection de croissance, le chiffre de 725 millions d'abonnés uniques est envisagé à échéance 2020, et ce principalement au Nigéria, en Ethiopie, en Egypte, au Kenya, en Tanzanie, en RDC et en Algérie. Les usagers africains qui possèdent souvent plusieurs cartes SIM, cumulaient 965 millions de SIM à la fin 2015. Une progression du chiffre à 1,3 milliards est possible fin 2020.

¹⁷²⁰ J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p.137.

stratégies les positionnant en situation de puissance sur les marchés africains, ce qui rendit encore plus difficile la réalisation de l'équilibre sur le marché. Très rapidement, le pays se retrouva dans le contexte général des États africains, dont la « défaillance de marché »¹⁷²¹ et la « capture du régulateur »¹⁷²² sont les faiblesses les plus courantes. C'est ce qu'a soutenu précisément le rapport 2016 de la Banque Mondiale sur les dividendes numériques.

673. Particulièrement pour l'Afrique, « les nouveaux modèles d'affaires doivent souvent leur succès au fait qu'ils s'attaquent à des marchés qui connaissent des distorsions profondes et sont pratiquement dominés par des monopoles ou des oligopoles. Il convient donc de mesurer le risque posé par l'entrée de nouveaux acteurs sur un marché sous-réglementé à l'aune des avantages que peut présenter pour les consommateurs une offre de services moins chers et plus commodes ».¹⁷²³

674. Concernant la régulation, au sein des États, « La mise en œuvre de cette fonction suppose la réunion de plusieurs conditions : une position d'extériorité par rapport au jeu économique ; une capacité d'arbitrage entre les intérêts en présence ; une action continue afin de procéder aux ajustements nécessaires ».¹⁷²⁴ L'autorité « régulatoire » est à bâtir dans la qualité de ses mesures, comportements et réponses face à l'état situationnel des forces du marché libéralisé et mondialisé. La régulation correspond à « [l]'idée de gouvernance [qui] illustre la transformation du rôle et de la légitimité de l'État ».¹⁷²⁵ En effet, le système de marché régulé est le « reflet d'une organisation politique ».¹⁷²⁶ Dans le modèle post révolutionnaire de l'État marqué par la verticalité et la séparation des pouvoirs, « les autorités de régulation ont été imposées par des directives européennes à partir des années 1990 ».¹⁷²⁷ Même en France, comme le rappelle Marie-Anne Frison Roche, pendant une longue période le modèle de régulation économique a eu du mal à y être accepté sous forme d'organisation. La régulation prend la « forme d'organes pouvant être administratifs mais devant être nécessairement indépendants du gouvernement dès le moment qu'opéraient sur le marché des entreprises publiques, mais qui elles aussi obéissaient au gouvernement à travers la théorie de l'État actionnaire ».¹⁷²⁸

675. Pour le droit positif congolais, l'Autorité de régulation est donc au cœur des enjeux de l'équilibre et du bon fonctionnement du marché libéralisé, étant donné que le secteur public fait l'objet de déréglementation. Ainsi, le troisième protocole annexé à l'AGCS de l'OMC de 1994 exigeait des États signataires africains, l'idée de la législation concurrentielle d'application *ex ante*. Celle-ci fonde la nécessité de mesures de régulation non correctives, mais préventives pour des pratiques anticoncurrentielles ou répréhensibles. La mission du régulateur consiste à prendre en considération la multiplicité d'intérêts présents sur les marchés libéralisés et de faire en sorte qu'un équilibre s'instaure entre, d'une part, les

¹⁷²¹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...op.cit.*, p.55. « Le marché est normalement autorégulé. Il subit les défaillances ponctuelles lorsque des agents ont des comportements anticoncurrentiels, principalement l'entente ou l'abus de position dominante [...], sanctionnés *ex post* par les autorités dans des décisions individuelles ponctuelles. »

¹⁷²² B. JAFFRÉ, *op.cit.*, p. 77. Dans le cadre de la réforme mondiale du secteur des télécoms, les effets attendus pour le consommateur sont la qualité des services et une baisse des prix qu'autorisent en principe la réduction des coûts inhérents au progrès technologique et le caractère désormais concurrentiel de l'environnement sectoriel. L'observation en Afrique a démontré que les opérateurs privés entrent en compétition sur des aspects de qualité des services, de couverture radio du pays, en consolidant leurs positions de groupe multinational simultanément dans plusieurs pays.

¹⁷²³ BANQUE MONDIALE, *Rapport mondial 2016, op.cit.*, p. 19.

¹⁷²⁴ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne, op.cit.*, p. 63.

¹⁷²⁵ PH. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance...*, préc.

¹⁷²⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...op.cit.*, p.34. Verbo « Check and balance ».

¹⁷²⁷ *Ibidem*, pp. 34 et 35.

¹⁷²⁸ *Ibidem*, pp. 35.

préoccupations économiques gouvernant les positions et d'autre part, les activités de l'opérateur historique ou des nouveaux entrants.¹⁷²⁹

676. Aussi, la dérégulation pose-t-elle la contrainte de la reconnaissance et de la garantie juridique de la concurrence, qui suppose l'ouverture du droit d'accès aux marchés. L'intervention de la puissance publique doit établir effectivement une égalité réelle entre acteurs.¹⁷³⁰ L'efficacité de la régulation sectorielle demande d'éviter des connivences d'intérêts, tout en justifiant la défense des intérêts de l'État, souvent réalisée à travers l'opérateur public. Au départ de la transition, il était important que le statut et les mesures du régulateur traduisent son indépendance, afin de renforcer son acceptation au titre de consensus intermédiaire, avant la transformation de l'opérateur historique (en société ou en la privatisant).¹⁷³¹

Notre tableau: entrée de nouveaux opérateurs de téléphonie mobile
aux premières années post-déréglementations en Afrique (2002-2004)

Années	1 seul opérateur en activité :	2 opérateurs en activités :	3 opérateurs en activité :	4 opérateurs en activité :	5 opérateurs en activité :	6 opérateurs en activité :
2003	12 pays	21 pays	8 pays	6 pays	2 pays	0 pays
	Libye, Cap Vert, Gambie, Guinée Équatoriale, Lesotho, Namibie, Swaziland, Rwanda, Djibouti, Ethiopie, Somalie, Érythrée	Maroc, Tunisie, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Togo, Sierra Leone, Angola, Botswana, Malawi, Zambie, Mozambique, Tchad, Cameroun, Centrafrique, Kenya, Soudan, Maurice, Réunion	Égypte, Burkina-Faso, Côte d'Ivoire, Guinée, RSA, Congo, Ouganda, Algérie	Bénin, Ghana, Nigeria, Madagascar, Zimbabwe, Gabon	RDC, Tanzanie	
2004	14 pays	21 pays	14 pays	4 pays	0 pays	1 pays
	Libye, Cap Vert, Gambie, Guinée Équatoriale, Lesotho, Namibie, Swaziland, Rwanda, Djibouti, Ethiopie, Somalie, Érythrée	Algérie, Angola, Botswana, Cameroun, Égypte, Gambie, Kenya, Malawi, Mali, Maroc, Maurice, Mauritanie, Mozambique, Niger, Réunion, Sénégal, Seychelles, Sierra Leone, Tchad, Togo, Tunisie	Burkina, Burundi, Congo-Brazza, RCA, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Lesotho, Madagascar, Ouganda, Somalie, RSA, Zambie, Zimbabwe	Bénin, Ghana, Nigeria, Tanzanie		RDC

Sources : pour les années : 2002-2003¹⁷³² et 2004¹⁷³³

¹⁷²⁹ T. PENARD et N. THIRION, *op.cit.*, p.1.

¹⁷³⁰ J. CATTAN, *op.cit.*, pp. 19-22, 24 et 27.

¹⁷³¹ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 de la présente thèse, quant aux schèmes généraux de la dérégulation de l'OMC.

¹⁷³² Source : [http://www.cellular-news.com/coverage] ; [http://www.ibctelex.com.gsmafrica] ; [http://www.cellular.co.za]

¹⁷³³ Source : chiffres cités par J. DO-NASCIMENTO, « Le développement du téléphone portable en Afrique », préc.

677. Globalement, la dérégulation incite et arbitre le jeu de la concurrence. Mais la libéralisation a suscité des problèmes d'attribution entre acteurs démultipliés, disposant des prérogatives particulières de droit public ou exerçant des rôles distincts sur le marché, avec des influences différentes. La fonction de régulation est destinée à gérer ces rapports complexes, à la fois économiques, techniques, politiques et juridiques. Elle doit veiller à la prévention et au règlement des conflits, mais surtout à la loyauté de la concurrence en édictant des directives et des lignes de conduite *ex ante*. Ces dernières ont l'avantage d'être très proches de la pratique des affaires dans la filière des télécoms. Pour associer concurrence et intérêt général, le rôle du régulateur nécessite une gouvernance, en « osmose entre l'organisation et son environnement », ¹⁷³⁴ Son type d'action confirme que « [l]a persuasion remplacerait la force ». ¹⁷³⁵ La contrainte de la régulation est d'être « réflexive » c'est-à-dire « [l]'ordre au lieu d'être imposé d'en haut (*top-down*) et détesté, est modelé d'en bas (*bottom-up*). L'enjeu n'est plus de se mobiliser contre un ennemi extérieur mais d'obtenir le consentement de chacun à des disciplines ». ¹⁷³⁶

678. Ainsi, l'équilibre du marché libéralisé est l'enjeu principal de la régulation. La régulation sectorielle doit créer et préserver la concurrence effective sur les marchés (lien avec la politique *antitrust*). Elle doit aussi conserver un contrôle sur la production et l'évolution de celle-ci (lien avec la politique technologique et industrielle), et doit enfin assurer la redistribution des avantages de la libéralisation du marché, en faveur des catégories déterminées de la population ou des territoires (service universel, baisse des prix, qualité des services). Le rôle de l'État-régulateur est de veiller autant à l'intérêt général qu'au développement du marché. On peut prêter à la concurrence des vertus pour atteindre des objectifs sociaux que le monopole public n'a pas su garantir, mais il faut un régulateur pour imposer au marché des obligations anticoncurrentielles ou de service public. Le modèle de gouvernance de la dérégulation implique un pouvoir doux (*soft power*), agissant par l'incitation et la persuasion, en opposition au pouvoir dur (*hard power*) imposé par la force. » ¹⁷³⁷

B./L'AUTORITÉ DE LA RÉGULATION ÉTATIQUE FACE AU MARCHÉ OUVERT DES TÉLÉCOMS

679. En réalité, la fonction du régulateur (ARPTC) s'installe au milieu des intérêts divergents des acteurs du secteur. Le risque de capture du régulateur par les différents protagonistes du secteur est bien présent. ¹⁷³⁸ Le droit de la régulation insère donc une sorte de contrainte des rapports de force. Mais une fois ces éléments incorporés, le but est d'obtenir les équilibres souhaités par leur seul jeu. Des contraintes apparaissent à la fois au sujet de ces derniers et de la volonté de les laisser jouer dans un cadre juridique structurellement modifié par la loi.

1. Les aspects économiques de la régulation du secteur des télécoms

680. Des problèmes nouveaux se sont posés, notamment : l'émergence des puissances et des dominances sur le marché autrefois monopolistique. Le phénomène s'illustre également sur de nouveaux segments de marché qui n'avaient pas connu d'opérateurs historiques. Il apparut donc la nécessité de répondre, notamment, aux questions de « position dominante dérivée » qui n'étaient plus l'œuvre de monopole. Les forces du marché ouvert ont produit

¹⁷³⁴ PH. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance ...op.cit.*, p. 57.

¹⁷³⁵ *Ibidem*, p. 55.

¹⁷³⁶ *Ibidem*, pp. 37-38.

¹⁷³⁷ *Ibidem*, p. 53.

¹⁷³⁸ I. CROCQ, *op.cit.*, pp. 2 et s.

une « situation assimilable à la détention d'une position dominante, consistant en une position de prééminence sur un marché distinct, de nature à créer une dominance dérivée, pouvant empêcher l'accès au marché connexe ». ¹⁷³⁹ Tel est le cas d'un nouvel entrant sur le marché du mobile, offrant également des services sur l'ensemble des marchés connexes, où il n'y a jamais eu d'opérateurs historiques dont on aurait redouté l'abus de position dominante ou l'unilatéralisme des décisions. ¹⁷⁴⁰

681. À titre d'exemple en RDC, trois opérateurs dominants, détenant 91% du marché des télécoms et de l'Internet mobile ¹⁷⁴¹, décidèrent en juin 2016 d'augmenter les tarifs de l'ordre de 500%, sans préavis légal. ¹⁷⁴² Pris au dépourvu, le régulateur (ARPTC, en charge de « définir les principes d'interconnexion et de tarification des services publics des PTT » ¹⁷⁴³) dut demander aux opérateurs de revenir à leurs tarifs initiaux au regard de la loi-cadre (LCT). ¹⁷⁴⁴ À part un opérateur local, tous les opérateurs multinationaux oligopolistiques n'ont obtempéré que modérément à l'injonction. Les tarifs ont été baissés, mais sans revenir à leur niveau initial à la hausse unilatérale. ¹⁷⁴⁵

682. Il apparaît que certaines défaillances du marché empêchent la baisse tarifaire, escomptée comme objectif de libéralisation au profit des consommateurs. Le résultat d'une concurrence par les prix, - dite « guerre des prix » - est certes bon pour le consommateur africain à faible pouvoir d'achat, mais elle n'est pas profitable dans le rapport entre le coût d'investissement pour le service final rendu et le prix payé pour sa consommation. Une politique tarifaire favorable à la réduction des coûts ne permet pas aux opérateurs privés de "rognier" les parts de marché de leurs concurrents et affecte inutilement leurs revenus. ¹⁷⁴⁶

683. Par conséquent, « la guerre des prix » laisse place à la technologie et aux nouveaux services qui créent un atout distinct, singulièrement attrayant pour un opérateur vis-à-vis de la clientèle du marché, sans affecter son propre retour sur investissement. ¹⁷⁴⁷ Comme le « dumping » (« casser les prix ») n'est pas l'objectif recherché des firmes multinationales, celles-ci vont privilégier d'autres formes de concurrence. Il s'agit notamment des stratégies commerciales suivantes : 1° celles préservant leurs parts de marché mondial, 2° celles renforçant leurs résultats d'exploitation et par conséquent leurs positions d'oligopoles et 3°

¹⁷³⁹ T. PENARD, « L'accès au marché dans les industries du réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *RIDE*, n°2/2, Paris, 2002, pp. 293-312.

¹⁷⁴⁰ T. PENARD et N. THIRION « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du Droit », p. 5 [https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:49RX7tVNRdMJ:scholar.google.com/&hl=fr&as_sdt=0,5] (consulté le 14 juin 2016). T. PENARD, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *RIDE*, n°2/3, Paris, 2002, pp. 293-312.

¹⁷⁴¹ Pour un ensemble d'environ 35 millions d'abonnés actifs multi-SIM sur le marché congolais des télécoms, les parts de marché en 2016 sont de l'ordre de : 33% pour « Vodacom » ; 32% pour « Airtel » ; 26% pour « Orange RDC » (depuis son acquisition officielle le 21 avril 2016 des 100% de part de la société « Tigo RDC »). Cf. aussi « Orange finalise le rachat de l'opérateur Tigo », 21.04.2016, *MCN* [www.mediacongo.net/article-actualité-17267.html] (consulté le 20 juin 2016) : « Avec cette acquisition, Orange consolide sa position en RDC où le groupe français s'est installé en 2012 depuis le rachat des activités de Congo Chine Télécom, pour un montant de 143 millions d'euros. Orange RDC a connu une croissance solide depuis trois ans, passant de 1,79 millions d'abonnés fin 2003 à 5,27 millions d'abonnés fin 2015, tandis que son chiffre d'affaires progressait de 62 millions d'euros à 149 millions d'euros l'an dernier [2015]. Tigo pour sa part revendiquait près de 6 millions d'abonnés et la troisième place en RDC »

¹⁷⁴² A. REVERT, « RDC : envolée des prix de l'Internet », *TV5 Monde*, 14 juin 2016 [http://information.tv5monde.com/afrique/rdc-envolée-des-prix-de-l-Internet-112843] (consulté le 8 juillet 2016).

¹⁷⁴³ Article 3, point e), Loi n°014/2002 du 16 Oct.2002 portant création de l'ARPTC, préc.

¹⁷⁴⁴ Président de l'ARPTC, Communiqué de presse, 19 juin 2016, *Politico.cd*, « Internet : L'ARPTC ordonne aux télécoms de revenir aux anciennes tarifications » [www.politico.cd/actualite/la-une/2016/06/19/Internet-larptc-ordonne-aux-telecoms-de-revenir-aux-anciennes-tarifications.html] (consulté le 20 juin 2016).

¹⁷⁴⁵ Dans leur propre autorégulation, les opérateurs dominants du marché : Vodacom, Orange et Airtel ont uniformément revu à 30Gb/mois de forfait Internet pour 100\$ alors que seul Africell, est revenu au prix initial de 60Gb/45jours pour 100\$.

¹⁷⁴⁶ J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p. 140.

¹⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 140-141, 149 et s.

celles réalisées au moyen de « *l'innovation technologique et/ou l'absorption des concurrents et/ou la multinationalisation* ». ¹⁷⁴⁸

684. Une autre contrainte de la régulation est celle de traiter les défaillances du marché libéralisé, de manière à ne pas atteindre la capacité des opérateurs privés pour rentabiliser leurs investissements. Au sens de l'OMC (1997), des mesures complémentaires prémunissent les opérateurs privés contre une expropriation *de jure* (nationalisation) ou contre des restrictions *de facto* de deux ordres. Les enjeux de l'État vis-à-vis du marché sont donc de : réduire le risque « régulateur » et assurer les conditions favorables à l'investissement privé. Quand certaines mesures émanent de l'État, on parle de régulation, comme le refus d'autoriser une hausse légitime des prix pour préserver le pouvoir d'achat, d'obligation de service universel afin d'éviter de se cantonner aux zones économiquement rentables. D'autres peuvent cependant émaner de l'opérateur historique, notamment : le refus d'interconnexion ou des conditions inéquitable pour le bénéfice d'égalité de tous les concurrents privés. ¹⁷⁴⁹

685. En RDC, la démonopolisation du marché a abouti à la démultiplication des oligopoles privés, au détriment des aspects attendus des services publics : intérêt général, service universel par accessibilité des coûts et disponibilité des services. Ce constat est assez répandu en Afrique. En termes d'enjeux de transition numérique, l'effritement du monopole public sans une régulation efficace face à la puissance des marchés, est un jeu de réforme limité. Car, « *le caractère oligopolistique du marché agit comme un frein aux retombées favorables que cette réforme devrait présenter pour le consommateur sur le plan tarifaire* ». ¹⁷⁵⁰ Aussi, « la notion de service universel a été forgée comme contrepoids à la logique de la concurrence. [En effet,] l'universalité n'est pas un attribut général de tout service public : le service universel correspond en fait à un type particulier de services publics, le service en réseau couvrant l'ensemble du territoire, voire à certaines prestations d'un service public donné (par exemple, le téléphone fixe pour les télécommunications) ». ¹⁷⁵¹ Les enjeux de l'accès universel sont étudiés au dernier chapitre de thèse en rapport aux objectifs initiaux de création du régulateur congolais et aux perspectives d'ajustement de ses missions à l'ère numérique. Il est question d'analyser les solutions juridiques sur les transformations oligopolistiques.

686. À la lumière du droit comparé de l'Union européenne, les institutions juridiques ci-après résument les contraintes décrites ci-dessus : analyse des « marchés pertinents », identification des « positions dominantes » individuelles ou conjointes et détermination des « obligations *ex ante* ». Malheureusement en RDC, ni le droit de la régulation, ni celui de la concurrence ne sont encore parvenues ni en pratique et ni par l'expérience cognitive à faire face à toutes les contraintes décrites ci-dessus. En premier lieu, la régulation économique *ex ante* est très effacée face à un marché aguerri, disposant des synergies de groupes multinationaux et d'une intelligence stratégique aiguisées. ¹⁷⁵²

2. Les aspects juridiques d'organisation de la régulation *ex ante*

687. Sur le plan juridique, il n'existe pas de réglementation spécifique, ni de lignes directrices, ni de mesures d'application. Dans les faits, les acteurs sont préexistants à la loi et

¹⁷⁴⁸ C.A MICHALET, *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, éd. La découverte, 2002, cité par J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p. 140.

¹⁷⁴⁹ J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p. 128.

¹⁷⁵⁰ P. MUSSO, *op.cit.*, pp. 74 et s. J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p. 140.

¹⁷⁵¹ J. CHEVALLIER, *Le service public*, *op.cit.*, p. 99.

¹⁷⁵² L. ESSOLOMWA, « Téléphonie mobile : la RDC entre consolider les groupes et ouvrir le marché », 24 juin 2016, Adiac-Congo/MCN, *MediaCongoNet*, [www.mediacongo.net/article-actualité-18636.html] (consulté le 8 juillet 2016).

leur assise précède celle du régulateur,¹⁷⁵³ en accentuant les risques de « capture » du régulateur » et d' « asymétrie informationnelle ».¹⁷⁵⁴ En second lieu, le droit de la concurrence est aussi lacunaire, alors que cette législation *ex post* pouvait pallier aux pratiques concurrentielles effectives. Les sources congolaises de la législation *ex post* sont trop vétustes, étant de l'époque coloniale et limitées, soit l'ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950 sur la concurrence déloyale¹⁷⁵⁵, dont le projet de loi de remplacement n'a été déposé au parlement qu'au cours de l'année 2016.

688. L'expérience européenne est l'une des plus élaborées et des plus terminées. Elle résout toutes ces contraintes : l'architecture du droit européen de la régulation (et de celui de la concurrence) est solide autant que la pratique de ses autorités de réglementation (ARCEP en France) est adaptée quant à leur application du droit dans l'économie de régulation. En effet, le cadre réglementaire actuel est constitué du « paquet télécom » (2002-2009), supplantant au dispositif communautaire des « directives ONP » (1990-1997). L'architecture normative est formée d'une directive principale complétée d'autres spécifiques, de manière à couvrir tous les aspects du marché des télécoms. Ainsi, la portée de la « directive "cadre" » est renforcée par les directives sectorielles en rapport à « interconnexion », aux "autorisations" (d'accès), au « service universel », à la « vie privée et communications électroniques » et à la « concurrence ».¹⁷⁵⁶

689. Cependant en RDC, la « loi-cadre sur les télécoms » (LCT) a regroupé dans un seul *corpus juris* de seulement 82 articles tous les aspects juridiques précités du marché des télécoms. Une « licence » ou une « autorisation » spécifiques sont nécessaires pour accéder au marché congolais, afin d'opérer comme prestataire des services de télécoms. L'interconnexion est obligatoire entre les réseaux ouverts au public. La finalité est d'éviter toute réticence, principalement de la part de l'« opérateur historique », à défaut de transparence sur leurs installations et équipements. Les dispositions de la loi n°014/2002 sur l'ARPTC comportent 31 articles sur l'organisation de ses structures internes et de ses missions. Mais cela ne suffit pas, toutes les situations de défaillance du marché semblent déborder de ses schémas juridiques et institutionnels. Cette comparaison des cadres réglementaires convainc sur les écarts de niveau de législation de la RDC en droit comparé.¹⁷⁵⁷ Le constat du retard congolais s'illustre par rapport à l'état des enjeux du marché

¹⁷⁵³ A la genèse de la dérégulation en RDC, l'ARPTC a été instituée bien après l'entrée des premiers opérateurs sur le marché. Dès le départ, la « rente informationnelle » des opérateurs privés influe sur les rapports de forces entre les opérateurs du marché et l'ARPTC chargé du rôle d'arbitre. Le fait pèse sur le droit, en renforçant l' « asymétrie d'information » en faveur du marché des oligopoles et au détriment de son régulateur. La « capture du régulateur » est un risque important face au comportement stratégique des entreprises privées, mobilisées pour influencer à leur avantage les politiques publiques.

¹⁷⁵⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...op.cit.*, pp. 18-20 et pp. 33-34. Le fonctionnement du marché est idéalement réalisé avec des « relations symétriques » entre acteurs, sauf des cas de « régulation asymétrique » afin d'orienter le marché vers une tendance » (comme en Grande-Bretagne aux lendemains de la libéralisation en faveur de nouveaux entrants sur le marché). Mais l'asymétrie d'information est celle qui offre aux managers une « rente informationnelle » leur permettant de transférer des risques sur les autres et de s'octroyer de nombreux avantages. La capture du régulateur est une situation qui peut survenir quand une institution perd son indépendance par l'influence exercée par un tiers sur lui, et en l'occurrence par les acteurs du marché.

¹⁷⁵⁵ Ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950 sur la concurrence déloyale et sa répression, Bulletin Administratif [Congo-Belge], 1950, p. 811. Arrêté départemental DENI/CAB/06/013/87 portant création et fonctionnement de la Commission de la concurrence, JOZ, n°12, 15 juin 1987, p. 62.

¹⁷⁵⁶ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1 de la présente thèse. Quatre directives du 7 mars 2002 (directive 2002/19/CE, dite directive « Accès » ; directive 2002/20/CE, dite directive « Autorisation » ; directive 2002/21/CE, dite directive « service universel », JOCE, 24 avril 2002, L 108, pp. 7 et s. Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 (directive « vie privée et communications électroniques »), JOCE, 31 juillet 2002, L 201, p. 37 et s. Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés de réseaux et des services de communications électroniques, JO. CE, 17 septembre 2002, L 249, pp. 21 et s.

¹⁷⁵⁷ Le §2 du présent chapitre apporte des compléments sur ces écarts des réalités du marché face à la Loi-cadre sur les télécoms (RDC), afin de présenter les contraintes générales d'application du modèle de dérégulation de l'OMC en RDC.

dérégulé. Les prévisions du législateur congolais sont dépassées par rapport aux transformations du secteur des télécoms, sous l'effet de la déréglementation. Face aux réalités de l'économie de marché, le recours au droit comparé est donc nécessaire.

690. La partie précédente de notre thèse a structuré « la transition des droits européens et français d'accès aux télécoms » afin de démontrer que l'économie numérique résulte du processus de déréglementation des services publics monopolistiques.¹⁷⁵⁸ Mais, la finalité d'étude de l'expérience européenne, telle que nous l'avons précisément annoncé en première partie, est de rapprocher les réalités post-monopolistiques des marchés en RDC et en Europe (France). Les deux marchés ont été soumis au droit de la régulation sectorielle, selon le processus de l'OMC et la diffusion à l'échelle planétaire des standards des règles de la mondialisation.

691. En illustration, le droit de l'Union européenne donne des remèdes aux autorisations de réglementation contre la transformation des marchés de télécoms en structures oligopolistiques. La directive 2002/21/CE (« directive "cadre" ») et ses « lignes directrices »¹⁷⁵⁹ tracent un schéma pour trouver des solutions contre les défaillances du marché. La méthode légale est une trilogie d'étapes à suivre par les ARN, en procédant à l'identification d'une « puissance » sur un « marché pertinent » avant de prononcer des « obligations *ex ante* » à son encontre, pour prétendre à toute situation de concurrence potentielle.¹⁷⁶⁰

692. *Premièrement*, les analyses des marchés sont l'appui de toute démarche d'imposition, pilier des obligations *a priori* à des opérateurs de télécommunications.¹⁷⁶¹ En pratique, l'analyse doit démontrer un marché pertinent, en fonction du critère des produits¹⁷⁶² ou des zones géographiques.¹⁷⁶³ Dix-huit marchés pertinents (de gros ou de détail) ont été identifiés par la Commission européenne, qui laisse aux autorités de réglementation nationales la faculté de compléter la liste.¹⁷⁶⁴

693. *Deuxièmement*, la puissance se mesure par rapport au marché, préalablement déterminé comme pertinent, en vue d'identifier un ou des « opérateurs puissants » à qui le droit sectoriel s'appliquera *a priori*. À la différence du droit de la concurrence, il ne s'agit pas d'une « concurrence effective » constatée *ex post (a posteriori)*, mais d'une prévention *ex*

¹⁷⁵⁸ Cf. annonce faite à l'intitulé de la première partie de thèse, spéc. : « Titre II : la transition des droits européens et français d'accès aux télécoms à la base de l'économie numérique (pour l'Afrique et la RRDC) ».

¹⁷⁵⁹ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JOCE, 11 juillet 2002, C 165, pp. 6 et s.

¹⁷⁶⁰ Recommandation 2003/311/CE de la Commission du 11 février 2003 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, JO. CE du 8 mai 2003, L 114, pp. 45 et s.

¹⁷⁶¹ Article 15, directive 2002/21/CE (« directive "cadre" »), préc.

¹⁷⁶² Il est mis en avant-plan les critères de substituabilité suite à la demande et l'offre sur le marché. Selon la Commission, « un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. »

¹⁷⁶³ M. GLAIS, « Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence », économie rurale, 2003, n°27, pp. 325-332, cité par T. PENARD et N. THIRION, *op.cit.*, p. 97. : « le marché pertinent géographique comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées concourent à l'offre et à la demande des produits ou services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable ».

¹⁷⁶⁴ Le même article 15, §3 précité laisse la possibilité aux autorités de réglementation de définir d'autres marchés pertinents, en dehors des dix-huit marchés pertinents (de gros et de détail) que la Commission européenne a identifiés comme pouvant être soumis à la régulation sectorielle. Par exemple, dans le segment de la téléphonie vocale, il a été identifié trois marchés de gros : terminaison d'appel vocal à destination des réseaux mobiles, itinérance internationale et appels au départ des réseaux mobiles.

ante par rapport à des critères de « concurrence potentielle ». La position significative ou importante s'apprécie notamment selon les modalités suivantes : calcul des parts de marchés, pouvoir des clients et fournisseurs ou barrières possibles d'entrée (interconnexion). Les jurisprudences de la CJCE et du TPI ont clarifié l'article 82 du TCE sur la prohibition des abus de position dominante, en soulevant des règles d'orientation pour la pratique de la régulation sectorielle.¹⁷⁶⁵ Plusieurs formes de dominances sont possibles : dominance individuelle, collective ou conjointe et « dominance connexe »¹⁷⁶⁶. Concernant la dominance conjointe, les ARN doivent examiner si les entreprises concernées forment ensemble une entité collective à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs sur un marché déterminé. La forme structurelle ou conjoncturelle de l'entente importe peu, mais deux critères sont déterminants pour conclure sur la dominance collective. Il a été jugé que celle-ci s'apprécie soit à l'absence de concurrence effective entre les entreprises concernées, soit à l'adoption d'une même ligne d'action ou une politique commune sur le marché concerné.¹⁷⁶⁷

694. *Troisièmement*, des obligations spécifiques sont imposées aux opérateurs à titre de « remèdes » de la régulation à l'issue des deux premières étapes. Les autorités de réglementation nationales imposent des obligations *ex ante* aux opérateurs, mais elles n'arrêtent pas de « sanctions » *a priori* d'abus de position de dominance, selon les termes de l'article 82 du TCE. Les lignes directrices de la commission européenne précisent que « l'objectif visé par l'imposition d'obligations *ex ante* aux entreprises désignées comme puissantes sur le marché est de garantir que ces entreprises ne puissent utiliser leur puissance de marché pour restreindre ou fausser la concurrence sur le marché pertinent ou faire jouer cette puissance sur des marchés adjacents »¹⁷⁶⁸.¹⁷⁶⁹

695. À cet égard, les mesures imposables sont de « concurrence préventive » et non de « concurrence corrective » : publication d'une offre de référence, contrôle tarifaire, séparation comptable, etc. Des modalités prévues au « paquet télécom » entourent l'imposition d'obligations, en vue de prévenir tout autoritarisme ou excès, dans le respect des principes de gouvernance de l'économie libérale. Aussi, les autorités de réglementation nationales sont-elles tenues de « justifier les raisons pour lesquelles, elles estiment nécessaires d'imposer de telles obligations *ex ante*. De surcroît, les obligations ainsi imposées devront être strictement proportionnées aux besoins de la protection d'une concurrence effective. Le dessein poursuivi est ainsi de combiner harmonieusement, liberté d'action des opérateurs et garantie de la structure concurrentielle des marchés ».¹⁷⁷⁰

696. En définitive, les télécoms gardent la particularité d'un service public dans l'ordre économique mondial. Leur gestion est concédée aux privés qui en exploitent les ressources

¹⁷⁶⁵ CJCE, *Compagnie Maritime belge (transport SA) et Dafra-Lines A/S c/ Commission*, aff. Jtes C-395/96 C-396/6 P, 16 mars 2000, Recueil de la jurisprudence, 200, I, pp. 1365 [<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-395/96&language=fr>] (consulté le 11 juin 2017) et s. TPI, *Gencor Ltd/ Commission*, arrêt 25 mars 1999, aff. T-102/96, Recueil, 199, II, pp. 753 et s. cf. points 86 et s. Lignes directrices de la Commission, préc. Reprenant les règles dégagées par ces jurisprudences sur les questions de position dominante collective.

¹⁷⁶⁶ Article 15, directive 2002/21/CE (« directive "cadre" »), préc. : « lorsqu'une entreprise est puissante sur un marché particulier, elle peut également être considérée comme puissance sur un marché étroitement lié, lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent d'utiliser sur un des deux marchés, par effet de levier, la puissance détenue sur l'autre marché, ce qui renforce la puissance de l'entreprise sur le marché ».

¹⁷⁶⁷ CJCE, *Compagnie Maritime belge c/ Commission*, C-395/96 C-396/6 P, TPI, *Gencor Ltd/ Commission*, aff. T-102/96, préc.

¹⁷⁶⁸ Point 16, *Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché...*, préc. JO. CE, 11 juillet 2002, C 165, pp. 6 et s.

¹⁷⁶⁹ T. PENARD et N. THIRION, « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », in N. THIRION (sous la dir.), C. CHAMPAUD, et AL., *op.cit.*, pp.98-99.

¹⁷⁷⁰ *Ibidem*, p. 99.

dans un cadre ouvert, transparent et équitable, sous l'autorité d'un régulateur qui doit veiller au bon fonctionnement du marché. Cette synopsis du modèle explique toutes les contraintes du système de marché régulé. En fait, la libéralisation des secteurs publics de télécoms a été la base de phénomènes oligopolistiques, en désorientant les objectifs attendus de la concurrence au profit des consommateurs.¹⁷⁷¹ Le droit comparé européen s'avère plus avancé et efficace face aux contraintes de la déréglementation du marché des télécoms. Plus spécialement dans le secteur libéralisé, les acteurs publics sont de nature différente. Si la diversité des prestataires privés est source d'enjeux juridiques pour l'équilibre du marché, la pluralité des acteurs publics pose des contraintes de leur fonctionnement sur le même marché.¹⁷⁷²

697. En conclusion de la première partie de thèse, le droit comparé européen (français) et africain (congolais) a concerné les aspects du marché libéralisé des télécoms, en donnant un aperçu global des enjeux juridiques de l'Internet, à l'ère numérique.¹⁷⁷³ Ce chapitre a analysé les expériences de la dérégulation des marchés de télécoms, dans une approche comparée entre deux continents. D'une part, le droit de l'Union européenne a utilisé les directives comme instruments clés dans l'ouverture des secteurs monopolistiques de télécoms, chaque État membre (comme la France) étant chargé de leur transposition dans son système juridique national. Le cadre réglementaire européen des années 1990 avait initialement procédé de la libéralisation et de l'instauration de la régulation sectorielle, censée garantir à la fois la concurrence et préserver l'intérêt général. Par la suite, les directives de 2002 sont revenues au « principe de régulation minimale », en laissant finalement les législations horizontales intervenir dans la concurrence du marché.

698. Par des réformes successives, les institutions européennes¹⁷⁷⁴ ont effectué la transition des règles juridiques entre les directives « ONP » et « paquet télécom ». Depuis la décennie 1980, les mesures de libéralisation et d'harmonisation ont permis aux États d'effectuer la déréglementation de leurs secteurs de télécoms autrefois monopolistique. Les interventions de la réglementation étatiques sont maintenues au strict minimum par principe de subsidiarité. Cependant, la co-régulation et l'autorégulation sont encouragées pour le fonctionnement du marché, sans réglementation sectorielle permanente. Celle-ci s'applique « lorsque le droit de la concurrence s'avère inefficace pour contrôler le pouvoir du marché des entreprises, ou lorsque le marché seul ne permet pas de satisfaire certains objectifs, comme par exemple la fourniture du service universel. »¹⁷⁷⁵ D'autre part, les États africains ont supprimé les monopoles initialement consacrés par leurs droits de télécoms sur la base des accords de l'OMC, en faisant application des principes néolibéraux et ordo-libéraux

¹⁷⁷¹ P. MUSSO, *op.cit.*, p.75 et s. B. JAFFRÉ, *op.cit.*, p.77.

¹⁷⁷² Il s'agit du ministère des PTT au titre d'administration publique, de l'ARPTC au titre de régulateur et de l'OCPT/SCPT au titre d'exploitant public.

¹⁷⁷³ Le chapitre 2 (inclus dans la Partie 1, Titre 2) est consacré à l'étude des transformations du droit congolais de l'économie numérique, dans le cadre de la « Partie 2 » de la présente thèse. Cette seconde partie correspond au second cadran des aspects juridiques de l'internet, spécifiquement ceux liés aux enjeux des activités numériques : commerce électronique, données personnelles, cybersécurité, etc.

¹⁷⁷⁴ J. L. Burban, *Les institutions européennes*, vuibert, 3^e éd., coll. gestion internationale, Paris, 2002, pp. 3-47 et 49-61. Pour l'adoption des règles juridiques, les institutions concernées sont : la Commission de Bruxelles, le Conseil des ministres, le Parlement européen. Dans les faits, en accord avec l'auteur, « la Cour européenne de justice s'est aussi très vite imposée comme un rouage essentiel de l'équilibre institutionnel communautaire » (p. 57).

¹⁷⁷⁵ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 50. Le cadre réglementaire européen (paquet Télécom de 2002) renforce le principe de régulation minimale. Les mécanismes de co-régulation devraient être guidés par les mêmes principes que la réglementation formelle. Ils devraient être objectifs, justifiés, proportionnels, non discriminatoires et transparents. (Considérant 48, directive « service universel »). M.-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.), *Les régulations économiques, légitimité et efficacité*, Vol. n°1, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, Paris. Par rapport aux autorités de régulation, il est posé la question suivante : « leur indépendance et leur efficacité compensent-elles leur manque de légitimité ? Ne faut-il pas envisager ces problèmes de pair plutôt qu'en terme de compensation ? »

européens. Les secteurs publics monopolistiques ont ainsi été libéralisés en marchés régulés, mais sans avoir encore atteint le même niveau du processus européen et français.

699. La première partie de notre thèse analysé de manière séparée les institutions juridiques du commerce électronique et de l'économie numérique dans le contexte européen et français. Elle s'achève en établissant le lien entre les problématiques et les modes de régulation que les États du monde ont adopté en commun, soit dans le cadre de l'OMC, soit par des moyens informels, soit de manière autonome. Notre thèse a établi deux contextes d'enjeux entre les droits étrangers afin de mieux situer leurs expériences respectives dans un temps commun des mutations technologiques. Les objets de droit comparé français et congolais ont évolué d'un côté, en fonction de la dérégulation du marché des télécoms et d'un autre côté, en fonction de l'économie de l'Internet. La seconde partie de notre thèse en démontre les ressemblances mais aussi les écarts de niveau et résultats entre la RDC et la France au sein de l'Europe. L'état des solutions du droit congolais est appréciable mais pas adéquat pour répondre aux défis successifs du cadran des télécoms de base et de l'ère numérique. Les expériences françaises et européennes apportent donc plus de lumière, pour dégager une *opinio juris* sur la valeur du droit positif congolais, critiquer et amender les textes *lege ferenda*. (**Partie 2.**)

DEUXIÈME PARTIE : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE DE LA RDC EN RÉFÉRENCE À L'EUROPE ET À LA FRANCE

700. Face aux technologiques électroniques, des transformations des institutions juridiques déterminent en RDC le passage des télécoms vers l'économie numérique, à l'instar de l'Europe et de la France.¹⁷⁷⁶ Nous nous accordons avec Olivier Iteanu lorsqu'il s'interroge sur ces mutations : « *Notre droit ne se transforme-t-il pas avec le contact du digital ? Notre réponse à la question est positive. Oui, le droit se modifie sous l'effet du numérique et c'est de cette transformation oubliée que nous proposons de traiter* ». ¹⁷⁷⁷ En premier lieu, l'État congolais a engagé le processus de déréglementation des services publics des télécoms de base, en adoptant les principes libéraux de l'économie de marché, tels que diffusés par l'OMC à l'échelon planétaire. À cet effet, la promulgation de deux lois a marqué le 16 octobre 2002 l'étape de réorganisation du secteur d'activités des télécoms. Il s'agit de la *loi-cadre sur les télécommunications en RDC* ¹⁷⁷⁸ (ci-après la « loi-cadre » ou « LCT ») et de la *loi n° 014/2002 portant création de l'Autorité de régulation des postes et des télécommunications en RDC*, ¹⁷⁷⁹ ci-après loi n°014/2002 sur l'ARPTC. Depuis lors, ces lois sont restées dans leur état premier, malgré les mutations numériques du marché. **(Titre I.)**

701. À la suite de la dérégulation mondiale du secteur des télécoms de base,¹⁷⁸⁰ les communications électroniques se sont développées dans les différents marchés nationaux européens et africains. Elles sont devenues le vecteur de l'économie et constituent le socle de la société numérique.¹⁷⁸¹ Cette évolution de la « cybersociété »¹⁷⁸² se réfère au « cyberspace, [défini comme une] interconnexion mondiale des réseaux qui transmettent, traitent ou stockent des données numériques, [...] sans limite spatio-temporelle. ».¹⁷⁸³ Les « enjeux du numérique » concernent différents axes : « Internet, économie et pouvoir », « Internet, démocratie et politique », « Neutralité et gouvernance d'Internet ».¹⁷⁸⁴ La révolution numérique se confirme, elle devient une « source réelle du droit »¹⁷⁸⁵ et « la grande innovation de la réglementation ».¹⁷⁸⁶ Cela a conduit à la refondation (en cours) du cadre réglementaire congolais des télécoms dans le cadre de l'économie numérique, en proposant trois nouveaux projets de lois relatives aux nouvelles technologies de l'information et de la communication

¹⁷⁷⁶O. ITEANU, *Quand le digital défie l'État de droit*, Eyrolles, Paris, 2016, pp.10-11. « Cette transformation est en premier lieu d'ordre technique et technologique. [...] Elle entraîne également un bouleversement des modèles existants. Uber, Airbnb, par exemple, bousculent des modèles économiques établis depuis des décennies. D'autres diront qu'ils détruisent des équilibres économiques et sociaux au sein des sociétés européennes. [...] Cependant, ce phénomène ne génère-t-il pas une troisième transformation, en plus de l'évolution technique et économique ? »

¹⁷⁷⁷*Ibidem*, p.11.

¹⁷⁷⁸ Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en République Démocratique du Congo, JO RDC, 44^{ème} année, numéro spécial, Kinshasa, 25 janvier 2003, pp. 17-46.

¹⁷⁷⁹ Loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'Autorité de régulation des postes et des télécommunications, JO RDC, 44^{ème} année, numéro spécial, Kinshasa, 25 janvier 2003, pp. 47-59.

¹⁷⁸⁰ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, 8^e éd., LGDJ, coll. « Manuel », Paris 2006, pp. 466 et s.

¹⁷⁸¹P. TRONQUOY, « La société numérique, La révolution numérique », *Cahiers français*, n°372, *op.cit.*, p. 1. « Parler de société numérique signifie que tous les aspects de la vie sociale, l'économie, l'organisation du travail, les relations interindividuelles, la culture, les loisirs... se trouvent concernés. »

¹⁷⁸²M. QUÉMÉNER, *Cybersociété. Entre espoirs et risques*, L'Harmattan, coll. Justice & Démocratie, Paris 2013 pp. 1-227.

¹⁷⁸³ M. WATIN-AUGOUARD, une « Préface cyber-guerre mondiale ? : la vision stratégique », in X. RAUFER, *La première cyber-guerre mondiale*, MA éditions, Paris 2015, pp. 9-10.

¹⁷⁸⁴ M. QUÉMÉNER, *op.cit.*, p. 19-31.

¹⁷⁸⁵ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 25. G. CORNU, *op.cit.*, p. 980. *Verbo* « sources ». Dans les faits, la généralisation des techniques numériques et l'expansion rapide de l'Internet dans la société ont donné lieu à la révolution numérique. Elle est à la base des transformations sociales, mais elle se présente portant des données morales, économiques, sociales et politiques, qui suscitent l'évolution du droit.

¹⁷⁸⁶ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 20.

(NTIC) et au commerce électronique. Cette initiative envisage de mettre le pays en phase avec l'ère numérique et de répondre aux enjeux juridiques des technologies numériques dans le contexte de l'économie des marchés.

702. Comparativement, l'Europe des télécoms est toujours pour un projet politique pour la construction du marché électronique intérieur et actuellement celle du marché numérique unique. Le droit communautaire et ensuite celui de l'Union européenne expriment une volonté de réaliser l'objectif de diffusion technologique et d'harmonisation des règles territoriales. Les principes néo- et ordo-libéraux des États-Unis et de l'Europe sont des modèles pionniers, arrivés en RDC à la suite de l'« accord spécifique de l'OMC sur les télécoms de base » de 1997.¹⁷⁸⁷ À partir de 1994¹⁷⁸⁸, l'OMC avait fait l'écho du modèle de dérégulation, dans ses contingences libérales pour tous ses États signataires. Les mesures de libéralisation et de démonopolisation ont amené peu à peu à établir une concurrence dans le domaine des équipements des télécoms, des services et des infrastructures dans les services publics dérégulés. Aussi, en droit congolais, européen ou français, le schéma législatif commun a-t-il pour objectif de mettre fin aux monopoles publics tout en instaurant un régime et un système de marché régulé dans le domaine des télécoms et des communications électroniques.¹⁷⁸⁹

703. Il s'avère que la RDC a entrepris une dérégulation analogue à l'Europe des télécoms,¹⁷⁹⁰ mais son cadre réglementaire de 2002 n'a plus connu de mise à jour. Les États européens ont élargi aux communications électroniques¹⁷⁹¹ leur droit initial des télécoms, en l'intégrant dans l'économie numérique.¹⁷⁹² L'Europe et la France ont opté pour « l'inscription du droit avenir dans un contexte de globalisation, non seulement économique, mais aussi juridique ».¹⁷⁹³ Suite à la libéralisation des services des télécoms et à la révolution numérique, les lois nationales font plus largement référence aux services de la société de l'information.¹⁷⁹⁴ Ainsi, « [d]ans tous les États membres [de l'Union], la vague d'innovation qui résulte de la convergence des technologies de télécommunications et de traitement de données a mené à une réflexion sur l'avenir de l'organisation du secteur des télécommunications et la nécessité d'un ajustement réglementaire ».¹⁷⁹⁵ (**Titre I, Chap. 1.**)

704. En revanche, le droit positif congolais reste limité dans sa logique sectorielle. Aussi, de nouveaux défis sont apparus en RDC dans la législation. Au regard des expériences européennes et françaises, ils nécessitent un parachèvement et des correctifs dans la dérégulation de ce secteur. D'une part, la loi-cadre de 2002 n'affirme pas de manière explicite le principe de la liberté d'offre des services de télécoms. Elle maintient encore en faveur de l'exploitant public, des droits exclusifs sur les infrastructures ou le réseau de base. D'autre part, l'accession du pays à l'économie numérique entraîne d'autres types d'enjeux juridiques du numérique dépassant le cadre sectoriel prévus pour les télécoms, d'autant que la législation congolaise ne prévoit pas de régime pour plusieurs aspects des activités numériques

¹⁷⁸⁷ Partie 1, Titre II, Chapitre 2 de la présente thèse.

¹⁷⁸⁸ Accord spécifique de l'OMC sur les télécoms de base (1997), précité.

¹⁷⁸⁹ Cf. Partie 1, Titre II, Chap. 1 et 2.

¹⁷⁹⁰ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1 de la présente thèse.

¹⁷⁹¹ Article L.32-1, 3°, CPCE.

¹⁷⁹² Cas de la France : LCEN, préc. En Europe : Directive 2000/31CE, préc.

¹⁷⁹³ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 24. Pour cette affirmation, l'auteur fournit des références. J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, coll. « systèmes », 2^e éd., Paris 2010. M.-C. PONTTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 2006, p.20 et s.

¹⁷⁹⁴ Cf. Directive 2000/31/CE, préc. Loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN), préc. Loi n°2004-669 relative aux communications électroniques et aux services de communications audiovisuelles, préc.

¹⁷⁹⁵ Commission européenne, « vers une économie européenne dynamique », *Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunication*, COM (87) 290 final. J. CATTAN, *op.cit.*, p. 20-21.

(commerce électronique, données personnelles, cybercriminalité, preuve et signature numériques). Dans le monde entier, l'avènement de la société numérique devient le centre des « forces créatrices » des nouvelles institutions juridiques.¹⁷⁹⁶ Effectivement, Léon Duguit est « de ceux qui pensent que le droit est beaucoup moins l'œuvre du législateur que le produit constant et spontané des faits ».¹⁷⁹⁷ Les lois des télécoms sont largement dépassées dans leur portée au regard du fonctionnement transversal du marché électronique et de l'Internet.¹⁷⁹⁸ L'essor de ces derniers constitue une source matérielle du « droit de l'économie numérique » pour le présent et l'avenir de la société congolaise de l'information. Toutefois, en attendant le renouveau de la législation congolaise en fonction des transformations numériques, le pragmatisme juridique permet l'adoption des mesures administratives et l'application des lois du marché sous l'encadrement des autorités nationales de réglementation (ARN). Leurs décisions infra-législatives apportent quelques réponses de droit aux nouveaux défis de l'économie numérique, en attendant une vraie réforme législative en RDC. **(Titre I, Chap. 2).**

705. En France, la doctrine constatait déjà que « l'émergence du réseau électronique confirme le débordement du cadre institutionnel établi en 1958 ».¹⁷⁹⁹ En « [a]llant au-delà d'une simple "organisation du conflit entre pouvoirs exécutif et législatif"¹⁸⁰⁰, nos représentants légitimes [français] n'ont plus forcément la compétence technique requise pour "dire le droit" du réseau. ».¹⁸⁰¹ À l'épreuve de l'Internet planétaire et de la globalisation, le droit congolais peut-il se suffire de la déréglementation des télécoms « ignorer la révolution numérique ? »¹⁸⁰² Au rythme de l'Europe des télécoms, la France a opéré graduellement les transpositions du « millefeuille réglementaire européen » dans son système juridique national. Depuis l'invention du télégraphe de Chappe au XVIII^e siècle, le droit français a appréhendé progressivement les enjeux des lignes télégraphiques et téléphoniques, des réseaux câblés à fil de cuivre et sans fil, des bouquets Internet ADSL et des réseaux multimédias 3G, 4G, 5G, jusqu'à la popularisation des connexions Internet via la fibre optique. La RDC a connu un saut du « désert téléphonique » à des réseaux cellulaires 2G, 3G, 4G et à la fibre optique.¹⁸⁰³

706. Sur le plan technique, les âges des technologies en RDC correspondent bien à la même vague des évolutions du marché et des générations de technologies (analogiques et numériques) qu'en Europe. Les facteurs de législation restent en principe les mêmes au niveau européen, français et congolais. Mais, le droit congolais reste incomplet dans le

¹⁷⁹⁶ M. DELMAS-MARTY, « À l'heure de la mondialisation, nous avons besoin d'un droit flou », in *Libération*, Paris, 23 septembre 2016. Selon l'auteur, « La règle fait aller le droit [...] Mais parfois la réalité ne se plie pas, ou échappe, parce qu'elle a pris des formes inédites ou trop complexes, à la "linéaire" du droit [...] mett[a]nt le droit au défi ».

¹⁷⁹⁷ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd. revue, La Mémoire du droit, Paris, 2008, p. 3.

¹⁷⁹⁸ F. VON HAYEK, *Droit, législation, liberté*, t. I, PUF, Paris, 1979. Selon Hayek, l'ordre artificiel de l'État interventionniste, qu'il qualifie de « taxis », est partisan et peu au fait des informations pertinentes. Il lui oppose l'ordre spontané du marché, qu'il qualifie de « cosmos », susceptible de produire une organisation sociale informée et impartiale. Le législateur propose le droit comme moyen d'encadrement des offres et des pratiques du marché, car les « lois souples » de ce dernier ne sauraient satisfaire à elles seules, l'intérêt général.

¹⁷⁹⁹ M-C. ROQUES-BONNET, *op.cit.*, p.63.

¹⁸⁰⁰ P. MONTANE DE LA ROQUE, « Propositions pour un nouveau régime », *Écrits politiques et constitutionnels*, Toulouse, Presses de l'IEP de Toulouse, 1982, p. 37.

¹⁸⁰¹ M-C. ROQUES-BONNET, *op.cit.*, p.63.

¹⁸⁰² *Ibidem*.

¹⁸⁰³ « Exposé des motifs », LCT-RDC, JO RDC, n° spécial, 25 janvier 2003, p. 47. Pour l'an 1996, le journal officiel de la RDC rapporte « une télé-densité de 0,08 lignes téléphoniques principales pour 100 habitants ou au total de 36 mille lignes téléphoniques principales ». Pour le troisième trimestre 2016, soit 20 ans après, la RDC compte plus de 28 millions d'abonnés téléphoniques au réseau mobile GSM, 7 millions de souscriptions Internet mobile (3G) et plus de 2 millions d'utilisateurs de transfert de la monnaie électronique via leurs téléphones. ARPTC, *Observatoire du marché de la téléphonie mobile*, Rapport du 3^e trimestre, préc., p.3.

domaine du numérique et contraste radicalement avec la construction du cadre réglementaire pour les filières économiques et autres usages sociaux des télécoms.

707. Ainsi, il est devenu indispensable de « révolutionner » le droit des télécoms de 2002, au vu de la « transformation numérique »¹⁸⁰⁴ du marché, de l'économie et de la société. Depuis 2012, le gouvernement congolais examine trois projets conjoints de loi concernant, selon leurs intitulés : 1° les « télécoms et les TIC », 2° les « échanges et le commerce électroniques » et 3° la réforme de l'ARPTC en « ARPTNTIC ».¹⁸⁰⁵ Ces textes de loi ont été présentés et déclarés recevables en séance plénière de l'Assemblée nationale le 19 avril 2017.¹⁸⁰⁶ Ils engagent le législateur à un renouveau du cadre juridique pour un droit congolais de l'économie numérique. Il s'agit de la deuxième série des réformes après la première déréglementation de 2002. L'économie numérique commande de pallier le retard législatif figé sur une approche sectorielle, tout en corrigeant les erreurs et les défaillances de la loi-cadre actuelle sur les télécoms.

708. À la lumière des expériences du droit comparé européen et français, la finalité politique est de réajuster le cadre légal et institutionnel selon les mutations sociétales que les technologies de l'information et de la communication apportent sur le marché, présentent pour l'économie et provoquent dans la société. Sur le volet marchand, les défis juridiques de l'économie numérique et du commerce électronique dépassent les objectifs politiques de la dérégulation sectorielle, alors même que l'esprit des lois congolaises de 2002 n'a jamais franchi le niveau correspondant en 1990 aux directives ONP en Europe ou aux lois d'organisation des télécoms en France.¹⁸⁰⁷ En réalité, les autorités politiques de la RDC entendent « refondre » les textes de loi des télécoms et transcender leur portée sectorielle surannée afin d'atteindre l'aspect transversal des télécoms pour l'économie (et la société). Ainsi, la prospective proche de *lege ferenda* permet, grâce à un régime approprié, de remédier aux vides juridiques concernant les données personnelles, la cybercriminalité et d'autres activités numériques dans le pays. **(Titre II, Chap. 1.)**

709. Dans les faits particulièrement en RDC, les mécanismes adoptés pour la démonopolisation des télécoms ne satisfont plus les besoins législatifs de l'ère numérique. Le renouveau du droit positif postule pour une amélioration globale des dispositions sur les contenants et les contenus des activités numériques. En effet, les récents « bouleversements technologiques, économiques et sociaux des industries de la culture et des médias mettent en évidence la transformation de ces secteurs et nous conduisent à analyser, à la fois, la nouvelle organisation qui se dessine et les défis qui l'accompagnent ».¹⁸⁰⁸ En RDC, l'architecture du futur droit de l'économie numérique est bâtie autour de la loi générale sur les TIC et se

¹⁸⁰⁴ WATIN-AUGOUARD, « Préface », in F. LORVO, *Numérique : de la révolution au naufrage ?*, éd. Fauves, Paris, 2016, p. 7. « Cette transformation numérique est le fruit d'une succession d'avancées technologiques mises au point de façon souvent empirique par des pionniers, bâtisseurs d'un nouveau monde, qui n'imaginaient sans doute pas la forme que prendrait leur "cathédrale sans plan". »

¹⁸⁰⁵ Cf. Appendice de la thèse : Lettre n°CAB/PM/CNTIC/PCK/2015/8005 du 17 décembre 2015 du premier ministre de la RDC, Matata Ponyo Mapon, ayant pour « Objet: la relance de programmation en commission des lois des textes sur les télécoms et TIC [...] Y faisant suite, je vous informe que j'accède à votre demande d'examiner, en Conseil des Ministres, les projets de loi sur : (i) les télécommunications et les technologies de l'information et de la communication, (ii) les échanges et le commerce électroniques, et (iii) la modification de la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications du Congo ».

¹⁸⁰⁶ M. TSHISHIKU, « Assemblée Nationale : Les députés refusent au ministre Ambatobe le droit de défendre trois projets de loi », in *La tempête des Tropiques*, 20 avril 2017. [<http://7sur7.cd/new/2017/04/assemblee-nationale-les-deputes-refusent-au-ministre-ambatobe-le-droit-de-defendre-trois-projets-de-loi/>] (consulté le 21 avril 2017)

¹⁸⁰⁷ Cf. Partie I, Titre II, Chapitre 1 de la présente thèse.

¹⁸⁰⁸ N. SONNAC, « Marchés convergents, intérêts économiques divergents ? Le secteur audiovisuel », in P-F DOQUIR et M. HANOT, *op.cit.*, p. 55.

complète de deux lois spéciales qui esquissent deux lignes de perspectives. La première axe de réforme refonde un « droit spécial des échanges et du commerce électroniques », tandis que le deuxième étend le domaine de la régulation des télécoms à celui des communications numériques (dites NTIC).

710. À cet égard, le chantier législatif congolais se montre plus attentif et original dans son approche. Sa nouvelle sémantique juridique des télécoms se rapporte aux « TIC », d'autant que l'Europe et la France parlent des communications électroniques. Selon l'OCDE¹⁸⁰⁹, le secteur des TIC concerne les domaines de la production¹⁸¹⁰, de la distribution¹⁸¹¹ et des services¹⁸¹². Les options congolaises de politique législative confirment le fait que « [l]es États, à l'origine, relativement absents de la construction du cyberspace en raison de son caractère très "américano-centré", reprennent peu à peu leur place pour assumer leurs fonctions régaliennes. Dans un espace sans frontière qui remet en cause l'ordre "westphalien", ils cherchent à rétablir leur souveraineté, leur enjeu de puissance, voire de domination économique ou culturelle ».¹⁸¹³ La déréglementation reste un aspect de modernisation de l'État.¹⁸¹⁴ De ce fait, la future loi devra résoudre la problématique du rattachement tutélaire de l'ARPTC, définir son statut et lui assigner ses missions en tant qu'autorité de régulation des postes et des nouvelles technologies de l'information et de la communication (ARPTNTIC). Ses objectifs traditionnels d'intérêt général sur les télécoms doivent être associés à des objectifs particuliers et multisectoriels répondant aux enjeux de la société et de l'économie numériques. **(Titre II, Chap. 2.)**

711. En définitive, le cyberspace est devenu la « nouvelle frontière du monde » obligeant de réaligner certains points du droit. Sous l'effet de la globalisation (du cyberspace), légiférer nécessite de penser local tout en voyant global.¹⁸¹⁵ Les transformations du droit à l'épreuve du numérique soulèvent des considérations au-delà des questions sectorielles des télécoms.¹⁸¹⁶ Les métamorphoses normatives et structurelles des télécoms devraient aboutir à un droit de l'économie numérique pour la RDC. La fonction de ce droit est non seulement de répondre aux défis de l'économie de marché face aux services publics des télécoms, mais aussi d'être une synthèse des expériences juridiques comparées à l'épreuve de l'Internet. La complexification des rapports, des activités et de l'écosystème numérique rend indispensable la référence au droit international et le recours au droit comparé.¹⁸¹⁷

712. Globalement, les enjeux du numérique ne s'appliquent pas uniquement à l'économie, mais à l'ensemble de la société, au-delà du droit de l'économie numérique pour

¹⁸⁰⁹N. COUTINET, *op.cit.*, p.21. Cf. aussi [<http://www.eventsrdc.com/rdc-une-loi-sur-les-tic-en-elaboration/>] (consulté le 28 août 2016).

¹⁸¹⁰ Secteurs producteurs de TIC : fabrication d'ordinateurs et de matériel informatique, de TV, radios, téléphone, etc.

¹⁸¹¹ Secteurs distributeurs de TIC : commerce de gros de matériel informatique, etc.

¹⁸¹² Secteur des services de TIC : télécommunications, services informatiques, services audiovisuels, etc.

¹⁸¹³ M. WATIN-AUGOUARD, une « cyber-guerre mondiale ? : la vision stratégique », in X. RAUFER, *La première cyber-guerre mondiale*, MA éditions, Paris 2015, pp. 10-11. « Cette régulation est complexe à établir. [...] le cyberspace ne peut connaître qu'une gouvernance composite à laquelle le secteur privé et les usagers doivent apporter une contribution ».

¹⁸¹⁴J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp. 472 et s.

¹⁸¹⁵N. MALLET-POUJOL, « Le droit de l'Internet à l'épreuve de la mondialisation », *Cahiers français*, n°272, p.21.

¹⁸¹⁶C. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, pp.157 et s. V. FAUCHOUX, P. DEPREZ et J.-L. BRUGUIÈRE, *Le droit de l'Internet : lois, contrats et usages*, 2^e éd., LexisNexis, Coll. Communications et commerce électronique, Paris, 2013, pp.1-23. « L'encadrement de l'Internet par le droit n'est pas aisé, car si les autoroutes de l'information disposent bien de leur « code de la route », à savoir nos règles de droit, et de leurs « gendarmes » [...], elles ignorent toute notion de « ligne jaune », de frontière. [...] Ces sources non conventionnelles du droit de l'Internet invitent à plusieurs interrogations : académiques et pratiques. ».

¹⁸¹⁷O. MORÉTEAU et J. VANDERLIDEN, *La structure des systèmes juridiques...op.cit.*, pp. 17-85.

un véritable « cyberdroit ».¹⁸¹⁸ Ainsi, dans l'économie numérique, « la question de la souveraineté numérique [devient] incontournable. C'est un sujet dont la puissance publique et le politique devaient s'emparer tant il nous concerne tous et partout ».¹⁸¹⁹ La France, à travers sa « loi pour une République numérique » du 7 octobre 2016, lance une expérience nouvelle, « nervurant » les différentes branches du droit par l'approche sociétale d'un numérique plurisectoriel et transversal.¹⁸²⁰ Mais les perspectives de comparaison entre la RDC et la France s'arrêtent à ce stade. Les besoins législatifs dépendent du niveau de développement de chaque société. Les lignes d'horizon de la prospective congolaise ne franchissent pas encore le seuil des objectifs de l'économie de la connaissance, de l'économie de la donnée ou encore de la société du « gigabit », lesquels objectifs sont profilés dans les évolutions présentes de l'ordre juridique européen et français. Il faut le préciser encore : le besoin législatif de la RDC est trop éloigné de ces nouvelles lignes de transformation des droits européens et français, au regard des modèles de socialisation et des moyens de leurs politiques. Créer un cybermonde n'est ni une ambition, ni un objectif de politique publique en RDC... Parvenir au droit de l'économie numérique et du commerce électronique est encore un défi de *lege ferenda* (**Titre II**).

713. Au préalable, la refondation du droit en RDC impose d'achever le processus de dérégulation des télécoms. Le cadre juridique actuel nécessite des ajustements à cause non seulement des défaillances de législation, mais surtout de sa portée trop sectorielle (**Titre I**).

¹⁸¹⁸ C. FÉRAL-SCHUHL, *op.cit.*, pp.18 et s. Sous le vocable cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet est mis à l'évidence en vue de regrouper et d'étudier les sources formelles : données à caractère personnel, cybersurveillance dans l'entreprise, commerce électronique, droits d'auteur, noms de domaine, preuve, signature, archivage, responsabilité, cybercriminalité.

¹⁸¹⁹ C. ERHEL, « *Souveraineté et innovation : Trouver l'équilibre* », in A. BLANDIN-OBERNESSER, *op.cit.*, p. 91.

¹⁸²⁰ Cf. Partie 2, Chapitre 2, Section 1.

TITRE I - LA REFONDATION DU DROIT CONGOLAIS DANS LA RÉGULATION MONDIALE DES TÉLÉCOMS DE BASE

714. Au cours de ces trente dernières années, les États-Unis et l'Europe ont diffusé à travers l'OMC (1994-1997) aussi bien leurs technologies que l'ordre mondial des marchés des télécoms. « La technologie influe sur les règles (le cadre réglementaire et les normes) pour engendrer de nouvelles idées – par exemple, nouvelles méthodes de production des biens et des services. Si la plupart des règles sont établies localement, la technologie fait l'objet d'échanges entre les marchés et à travers les frontières ». ¹⁸²¹ Dans les faits, la RDC s'était engagée depuis 1989 dans le même processus de transformation de son secteur public des télécoms qu'en Europe, avant même d'adopter formellement les lois de dérégulation en 2002. À la fin de la décennie 1990, le Gouvernement avait autorisé les opérateurs privés à exploiter sous licence le nouveau segment de la téléphonie mobile, alors que la législation d'alors maintenait depuis 1940 le régime de monopole public sur l'ensemble des activités des télécoms. ¹⁸²² Les lois de 2002 ¹⁸²³ ont redéfini les rôles d'acteurs publics et privés sur le marché des télécoms, en réalisant une séparation organique des fonctions d'exploitation, de réglementation (*ex post*) et de régulation (*ex ante*). ¹⁸²⁴ Néanmoins, il résulte de cette réforme, la configuration d'un marché semi-libéral *de jure*, en déphasage avec la réalité totalement concurrentielle *de facto* des activités numériques. Dès le début, le droit congolais de la régulation sectorielle s'est confronté à des contraintes de mise en œuvre. Celles-ci s'expliquent par l'existence de droits exclusifs résiduels de l'exploitant public et par des erreurs de réglementation alimentant des conflits de compétences entre les autorités étatiques de réglementation nationale. À la différence du même processus réalisé en France, la RDC n'avait préparé ni son exploitant public, ni son administration nationale à l'évènement de la concurrence du marché électronique mondial. Cette réalité est source d'enjeux juridiques particuliers pour la régulation du marché congolais des télécoms. **(Chapitre 1)**

715. D'autres défis de législation sont apparus avec l'accès à l'Internet pour le grand public congolais. ¹⁸²⁵ La connexion au réseau télématique mondial a ainsi engagé une

¹⁸²¹ Groupe de la Banque mondiale, *Les dividendes du numérique...*, *op.cit.*, p. 29.

¹⁸²² Ancienne ordonnance législative n°254/Téléc. du 23 août 1940 sur les télécommunications, article 2, alinéa 1^{er} : « La colonie a seule le droit d'établir et d'exploiter sur le territoire de la colonie des voies et installations de télécommunications de quelque nature que ce soit pour la correspondance du public ».

¹⁸²³ La loi-cadre sur les télécoms (LCT) est complétée par la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002.

¹⁸²⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...* *op.cit.*, p. 69. *Verbo* : « *Ex ante/Ex post* ». L'*ex ante* reste une expression usuelle de l'économie, correspondant à l'« a priori » en droit. Il désigne l'appréhension d'une situation avant que celle-ci ne se constitue. L'*ex post* est l'*a posteriori* désignant la réaction d'un organisme face à une situation ou un comportement constaté, au regard d'un cadre général. Ainsi, les décisions de justice ou les règlements de litige relèvent de l'*ex post*. La « régulation *ex ante* » est particulièrement celle qui concerne les télécoms, en se distinguant de celle de la concurrence. L'autorité de la concurrence agit sur un marché établi et réagit en cas de pratique anticoncurrentielle censée être sanctionnée en application des lois. Le droit de la concurrence se développe *ex post*. Mais, la régulation sectorielle, celle du secteur des télécoms, « utilise des outils que l'on pourrait dire "sur page blanche", essentiellement des réglementations, c'est-à-dire de l'*ex ante* ».

¹⁸²⁵ En RDC, 2012 est l'année de délivrance des premières licences d'exploitation des réseaux GSM 3G. En effet, la fourniture de l'Internet mobile grand public a contribué à ce que la RDC passe à l'ère de l'économie numérique. Au préalable, le régulateur (ARPTC) avait adopté des mesures judicieuses d'intérêt public, afin d'encourager l'offre des services à valeur ajoutée des télécoms. Celles-ci ont accompagné la migration technologique du marché vers l'Internet mobile (GSM 3G, 3G+, H+). L'État congolais a investi dans sa première connexion au réseau de câble à fibre optique transatlantique, soutenu avec plus de 600 kilomètres de ligne terrestre. Le câblage de ce réseau numérique traverse 2 provinces sur les 26 du pays, en partant du front de l'océan Atlantique (Matadi) vers la capitale (Kinshasa). Cette passerelle internationale « international Gateway » achemine des communications numériques haut débit à intégration des services entre la RDC et le reste du monde. Ce réseau de l'État assure la collecte, la desserte et le transport des signaux pour l'ensemble du marché, en permettant aux opérateurs des réseaux privés de rationaliser leurs investissements physiques, l'usage de leurs fréquences et

dynamique de changements juridiques et économiques. À la faveur des politiques de déréglementation, le développement du marché permet le passage des réseaux analogiques au numérique. Celui-ci favorise l'offre des services multimédias, grâce au phénomène Internet et de convergence des communications électroniques. L'Internet devient l'artère de l'économie. Même s'il demeure comme à ses origines, un réseau des télécoms, les opérateurs deviennent des prestataires techniques de commerce électronique. L'apparition de l'économie numérique et de la pleine concurrence ont aussi promu la « régulation transversale »¹⁸²⁶, en considérant comme atteints les objectifs primaires du droit sectoriel, à savoir : démonopolisation, ouverture d'accès au marché électronique et assise et fonctionnement de l'autorité d'un régulateur.¹⁸²⁷ Les bases conçues pour la régulation sectorielle des télécoms sont remises en question.

716. L'avènement de la société de l'information a posé des problématiques nouvelles. En 2012, la relance des activités de l'exploitant public a effacé l'apparence décorative de ses droits exclusifs sur des infrastructures dont il ne disposait pas, dix ans auparavant à compter depuis la réforme de 2002. Les droits exclusifs sont toujours inscrits dans la loi au profit de l'exploitant public : sa nouvelle exploitation d'infrastructures à fibre optique alimente les craintes du marché quant à la réactivation effective du monopole, en soulevant des risques sur les investissements que le secteur privé a déjà consentis en construisant ces dix dernières années des infrastructures numériques là où l'absence de l'opérateur historique le requerrait. Ainsi en RDC, les nouveaux défis du numérique s'ajoutent aux enjeux initiaux de régulation du jeu concurrentiel des télécoms. Mais, les limites des attributions de l'ARPTC ne lui assurent pas l'interrégulation, malgré la transversalité des télécoms dans d'autres secteurs. Par ailleurs, la loi-cadre sur les télécoms (LCT) laisse transparaître l'absence des régimes portant sur des questions essentielles de l'économie numérique : données personnelles, cybercriminalité, preuve et signature électroniques, etc. Malgré le pragmatisme des autorités nationales de réglementation (*ex ante*), une loi de l'économie numérique est nécessaire pour limiter l'autorégulation du marché numérique congolais et donner ainsi à l'encadrement juridique du marché sa portée générale et impersonnelle au profit des acteurs et de l'intérêt général. (**Chapitre 2**)

des segments satellitaires sur certains axes. Ces nouveaux investissements publics et privés ont contribué à l'innovation technique et à la construction d'un marché numérique congolais.

¹⁸²⁶ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp. 472 et s. M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...op.cit.*, p. 69. A la différence de la régulation sectorielle de l'ARPTC qui se limite à l'objet technique d'un secteur, « les régulations transversales ont pour vocation de s'appliquer indifféremment à l'ensemble des secteurs d'activité ou, du moins, sont susceptibles de tous les intéresser directement ». La régulation du prix est exercée par le ministre de l'économie, qui collabore *a posteriori* avec l'ARPTC exerçant une « régulation *ex ante* », utilisant, selon les termes de M.-A. FRISON-ROCHE, « des outils que l'on pourrait dire "sur page blanche", essentiellement des réglementations. »

¹⁸²⁷ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1 de la présente thèse.

CHAPITRE 1 : LES ENJEUX PARTICULIERS DU DROIT DE LA RÉGULATION DANS LE MARCHÉ CONGOLAIS DES TÉLÉCOMS

717. En 2002, l'État congolais engagea formellement son service public des télécoms dans la mouvance mondiale, pour opérer la déréglementation, aux fins de franchir le seuil de l'économie (numérique) des marchés. L'influence des marchés, les contingences de l'OMC et la diffusion des technologies furent la base des mutations communes du droit en RDC, suite à l'expérience similaire européenne. Néanmoins, selon M. Thonon, « une technologie est le résultat d'une logique scientifique, certes, mais elle doit, pour son existence même, négocier avec les logiques propres aux contextes politiques, sociaux culturels de la société dans laquelle elle s'invente et s'invite ».¹⁸²⁸ Il faut insérer l'universalité des principes de la déréglementation dans les singularités des aspects des réformes congolaises.¹⁸²⁹

718. Quinze ans après (2002-2017), le processus congolais de dérégulation des télécoms fait encore face à des enjeux particuliers. L'un d'entre eux se rapporte au maintien des « droits exclusifs et spéciaux » au profit de l'exploitant public.¹⁸³⁰ Même si ceux-ci ne sont pas absolus,¹⁸³¹ la loi-cadre a néanmoins accordé d'office le bénéfice de tels droits aux deux opérateurs historiques du service public congolais, à savoir : l'OCPT/SCPT et le RENATELSAT.¹⁸³² La législation congolaise conserve la finalité d'aménagement du monopole réglementaire portant sur les infrastructures de base, tandis que les équipements et les services sont désormais libres d'accès sous régime de licence ou d'autorisation pour des concessionnaires privés.¹⁸³³ Mais ce « monopole résiduel » affecte l'autonomie du régulateur (ARPTC), tout autant qu'il perturbe le fonctionnement du marché. La réforme législative de 2002 comporte des défaillances fondamentales, dont il convient d'analyser et de corriger les erreurs de logique, les contradictions et les conflits des compétences.

719. En RDC, le marché dérégulé présente une configuration duale, semi-libérale et semi-monopolistique. Cette option médiane du législateur tient compte des enjeux particuliers liés au maintien des droits exclusifs de l'exploitant public sur les infrastructures des télécoms de base. Cette situation pose des contraintes non seulement au fonctionnement du marché connexe des services, mais aussi à l'autonomisation du régulateur sectoriel. (**Section 1.**)

¹⁸²⁸ M. THONON, « Libéralisation des contenus. La carte postale, le téléphone, la télévision », in G. DELAUAUD, *Nouveaux médias, nouveaux contenus...op.cit.*, p. 45.

¹⁸²⁹ JO RDC, n°spécial, 25 janvier 2003, Kinshasa, 44^{ème} année, pp. 17 et s. et pp. 47 et s. Il s'agit de la loi n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécoms en RDC et de la loi n°014/2002 de la même date sur l'ARPTC.

¹⁸³⁰ Article 38, al. 1 et 2, LCT, préc. : « L'exploitant public de télécommunications est un opérateur qui jouit de l'exclusivité temporaire. L'exclusivité temporaire consiste pour l'exploitant public à posséder seul le réseau de référence auquel tout exploitant concessionnaire de service public de télécommunications est tenu de s'interconnecter, et par lequel, il fait transiter son trafic international. »

¹⁸³¹ Article 38, al. 3, LCT, préc. : « Le Ministre peut exceptionnellement, moyennant avis préalable de l'Autorité de régulation, autoriser un exploitant concessionnaire du service public de télécommunications d'écouler ses propres trafics interurbains et de posséder ses propres voies de sortie à l'international, sous diverses conditions dont la principale est d'écouler les trafics des autres exploitants interconnectés au réseau de référence ».

¹⁸³² Article 79, LCT, préc. : « En attendant la création et la mise en place de l'autorité de régulation et de l'exploitant public, le secrétariat général aux Postes et télécommunications, l'Office congolais des postes et des télécommunications et le Réseau national de télécommunications par satellite, assurent le rôle de l'autorité de régulation pour le premier et le rôle de l'exploitant public pour les 2 derniers dans leur forme juridique respective actuelle ».

¹⁸³³ La LCT (article 38) habilite le Ministre des PTT exceptionnellement, moyennant avis préalable de l'Autorité de régulation, à autoriser un exploitant concessionnaire du service public de télécommunications d'écouler ses propres trafics interurbains et de sortie internationale.

720. D'autre part, La résistance au changement a fortifié les contraintes de réalisation des réformes entre les instances étatiques. Des « erreurs exemplaires »¹⁸³⁴ d'exécution de la loi-cadre et les faiblesses d'approche de réglementation ont renforcé des conflits de compétences entre les autorités de réglementation nationales. (**Section 2.**)

SECTION I

LES CONTRAINTES DE LA DÉRÉGULATION DU MARCHÉ EN RDC FACE À L'EXPLOITANT PUBLIC DES TÉLÉCOMS

721. Dans le processus de dérégulation des télécoms, le législateur de 2002 évoque des « dispositions transitoires ». Celles-ci attribuent à l'OCPT/SCPT et au RENATELSAT le statut d'exploitant public des télécoms, avec des droits exclusifs sur le segment de marché des infrastructures de base.¹⁸³⁵ En principe, ce « monopole résiduel » limite la libéralisation aux seuls segments de marché des équipements et des services. Les limites posées *de jure* au marché ne cadrent pas avec la libéralisation *de facto*.

722. Il y a donc contraste entre les droits des opérateurs du marché et ceux de l'exploitant public, dans sa manière de penser à une survivance des corollaires du monopole d'autrefois. Les privilèges réclamés contrastent avec les acquis de la concurrence sur le terrain, mais aussi avec l'inactivité de l'exploitant public sur le segment qui lui est réservé. Les premiers contrastes sont apparus à la, suite des revendications de l'opérateur historique, réclamant aux nouveaux entrants des rétributions de son exclusivité, sans exciper d'une contrepartie de services rendus sur le marché (§1). Les deuxièmes contraintes sont nées de la nécessité d'un compromis entre les prétentions de l'exploitant public et l'autonomie fonctionnelle de l'ARPTC (§2).

§1. Le contraste entre les droits exclusifs résiduels de l'exploitant public et son inactivité sur le marché congolais des télécoms

723. L'exclusivité légale de l'exploitant public est la base du contraste entre le droit et les faits. Trois dimensions expliquent la tension entre : 1° cette situation de monopole réglementaire partiel et le marché ouvert, 2° le processus de dérégulation et la restructuration de l'exploitant public et 3° l'énonciation des droits exclusifs et l'indisponibilité du réseau de référence en faisant l'objet. Toutes ces dimensions d'enjeux particuliers ont des conséquences sur le marché.

724. La législation congolaise entretient à ce jour un contraste notable entre la libéralisation engagée vers l'économie de marché et la conservation partielle des droits exclusifs au profit de l'ancien opérateur de monopole public. (**A./**) L'enjeu de ce contraste a donné lieu à une décision de principe, particulièrement motivée, de la part de l'autorité de régulation afin de garantir les intérêts du marché à dominance privée. (**B./**)

¹⁸³⁴ PH. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation...*, *op.cit.*, p. 110. L'expression « erreur exemplaire » est empruntée à l'auteur. Il y voit, dans le cadre de la mondialisation, des événements d'histoire politique avec des conséquences « systématiques » et protectionnistes.

¹⁸³⁵ Article 79, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : « En attendant la création et la mise en place [...] de l'Exploitant public [...] l'Office Congolais des Postes et des Télécommunications et le Réseau National des Télécommunications par Satellite assurent [...] le rôle de l'Exploitant Public pour les deux derniers dans leur forme juridique respective actuelle ».

A./ LA DIMENSION DU CONTRASTE ENTRE LA LIBÉRALISATION ET LES DROITS EXCLUSIFS

725. La loi-cadre sur les télécoms (LCT) de 2002 a entrepris la dérégulation du secteur des télécoms, mais en dotant l'exploitant public des « droits exclusifs et spéciaux » rattachés à son statut et ayant la détention des infrastructures de base du réseau national. Par ailleurs, celui-ci était autorisé par la loi à participer à la concurrence sur les autres segments de marché ouvert, concernant les services ouverts au public, ceux à valeur ajoutée et autres, à caractère innovant.

726. Selon le législateur, le terme « public » dans « exploitant public » se rapporte à la nature des services et non au statut de la personne morale, celle-ci pouvant être sous contrôle public ou privé.¹⁸³⁶ Cependant, le législateur a désigné à titre transitoire l'OCPT et le RENATELSAT, anciens détenteurs du monopole public, au statut d'exploitant public.¹⁸³⁷ Mais, dans les faits il a longtemps été constaté la défectuosité, puis l'indisponibilité de ses infrastructures de collecte, d'acheminement et de sortie des communications électroniques. L'obsolescence de son réseau ne lui permettait pas d'en offrir l'accès car, en manque d'infrastructures nécessaires pour l'acheminement des communications nationales et internationales, comme reconnu par la loi. Il est vrai que son monopole partiel n'était pas matérialisé par les moyens d'installations techniques. Mais, un problème se pose toujours sur la libéralisation des télécoms, précisément les droits de « licence » ou d'« autorisation » accordés aux opérateurs privés sur le segment du marché concurrent des services.

727. Le conservatisme de la loi-cadre de 2002 n'aide pas pour avancer les objectifs de dérégulation du service public des PTT, au cours des mutations technologiques du marché numérique. Si la forme juridique de l'OCPT a été modifiée en une société commerciale, ses droits exclusifs autant que ceux du RENATELSAT n'ont cependant pas été abolis en tant qu'exploitant public. Selon l'article 38 de la loi-cadre, chacun d'eux a le droit de détenir seul sur le marché le « réseau de référence », soit un réseau de base filaire terrestre pour le premier et le réseau satellitaire pour le second. Le législateur a imposé aux opérateurs privés de faire transiter leurs communications nationales et internationales, à travers le réseau de transmission de l'exploitant public. Dès lors, le marché dérégulé fait face à l'enjeu de monopole résiduel de l'exploitant public.

728. Avant et après 2002, le droit positif congolais conserve la tutelle administrative de l'exploitant public par l'État ainsi que les droits exclusifs sur les réseaux de base.¹⁸³⁸

1. La tutelle administrative comme aspect rétrograde de la dérégulation en RDC

729. *Premièrement*, ces règles de droit public impliquent l'État dans la gestion interne de ces entités, en affectant leur gestion quotidienne. Concernant la tutelle, le ministre du portefeuille de l'État continue en effet, d'exercer la « [g]estion des mandataires publics dans les entreprises publiques du portefeuille de l'État (entreprises publiques transformées en sociétés commerciales et sociétés d'économie mixte) ». ¹⁸³⁹ C'est sur sa proposition que le Président de la République, nomme des mandataires publics dans les entreprises d'État.¹⁸⁴⁰

¹⁸³⁶ Exposé des motifs, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁸³⁷ Articles 38 et 79, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁸³⁸ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics, op.cit.*, pp. 15-20. Il est question de l'« examen des différents critères proposés » pour reconnaître qu'il y a service public.

¹⁸³⁹ Article 1, B. 9. 5^e tiret, Ordonnance n°12/008 du 11 juin 2012 fixant les attributions des Ministères, JO RDC, 53^e année, n° spécial, 14 juin 2012, p. 33.

¹⁸⁴⁰ Article 81, alinéas 5 et 6, Constitution de la RDC du 18 février 2006, JO RDC.

Les fréquentes nominations des dirigeants confirment l'instabilité et l'inadéquation de ces mécanismes de droit public : la mainmise de l'État se renforce dans la gestion interne de l'exploitant public, en contraste avec le dynamisme économique et managérial du marché numérique.¹⁸⁴¹

730. En effet, l'OCPT est l'entreprise congolaise qui a enregistré le plus grand nombre de PDG depuis sa création en 1968, à savoir plus de soixante en dix ans, soit une moyenne d'un PDG tous les six mois. Quel plan de développement pouvait-on attendre d'une telle instabilité, comment pouvait-on le mettre en place avec des mandats aussi brefs ?¹⁸⁴² Plus récemment, la même influence directe de l'État dans la gestion interne de cette société s'est confrontée à l'arrêté ministériel n°008/MINPF/LMM/2016 du 1^{er} novembre 2016 portant suspension d'un mandataire public au sein de la « SCPT SA ».¹⁸⁴³ Cet arrêté de la ministre du portefeuille a « suspendu de toutes ses fonctions »¹⁸⁴⁴ le directeur général de la SCPT (exploitant public). Il intervient moins de deux ans seulement après sa nomination par ordonnance du Chef de l'État n°15/017 du 25 mars 2015.¹⁸⁴⁵ En « considérant l'existence des indices suffisamment précis, graves et concordants qui établissent une présomption sérieuse de fautes de gestion dans [son] chef »,¹⁸⁴⁶ la fin de ses fonctions a été confirmée en cours d'année 2016.¹⁸⁴⁷

731. Ainsi, il apparaît que malgré le processus de déréglementation, l'État conserve un contrôle direct et ferme sur la gestion interne de l'exploitant public. Sa transformation d'EPIC à société commerciale d'État (SA) ne change rien au conservatisme public. Cette emprise tutélaire contraste avec les principes néolibéraux d'organisation des télécoms : elle prive l'opérateur historique d'une souplesse d'adaptation, face au jeu concurrentiel du marché. L'État reste donc présent dans les choix opérationnels d'un acteur public du marché. Cette attitude a été étudiée par la commission et la justice européennes comme des cas de distorsion possible de la concurrence pour des entreprises publiques françaises, dans les secteurs libéralisés.¹⁸⁴⁸ Réguler l'exploitant public ou le sanctionner revient à réguler la politique du ministre du portefeuille traduite dans les actions économiques de l'entreprise. Cette situation pose un réel problème à l'indépendance de l'Autorité de régulation. En effet, les affaires relatives à l'exploitant public mettent le régulateur directement aux prises avec les politiques publiques du gouvernement, exécutées par ledit exploitant qui lui sert d'instrument direct d'action. Ces contraintes de la dérégulation congolaise opposant l'ARPTC, l'OCPT et le

¹⁸⁴¹ G. JÈZE, *op.cit.*, pp. 10-11. L'auteur évoque « la situation juridique des individus employés par l'administration [qui] n'est pas la même suivant qu'ils sont affectés de manière permanente à un service public proprement dit, ou qu'ils consacrent leur activité à l'accomplissement des tâches qui ne sont pas des services publics proprement dits ».

¹⁸⁴² G. N'KULI, « Discours DGA : contribution de Vodacom Congo à la construction de la RDC », *Vodanews*, n°15, dépôt légal n°MPI/021/2004, juillet-septembre 2006, p.19.

¹⁸⁴³ Article 1^{er}, Arrêté ministériel n°008/MINPF/LMM/2016 du 01 novembre 2016 portant suspension d'un mandataire public au sein de la société congolaise des postes et télécommunications, en sigle "SCPT SA" [inédit]. « Le directeur général de la SCPT, Didier Musete suspendu, 3 novembre 2016, MCNTEAM, *Mediacongo* [http://www.mediacongo.net/article-21757.htmlactualité] (consulté le 4 novembre 2016.) » RDC Congo : Didier Musete, l'ADG de la SCPT, suspendu de ses fonctions pour 3 mois », *Agence écofin, TIC & Telecom*, 4 novembre 2016 [www.agenceecofin.com] (consulté le 22.11.2016).

¹⁸⁴⁴ Article 1^{er}, Arrêté ministériel n°008/MINPF/LMM/2016 du 01 novembre 2016, préc.

¹⁸⁴⁵ Ordonnance n°15/017 du 25 mars 2015 portant nomination des mandataires publics au sein de la Société commerciale des postes et télécommunications, en sigle SCPT, JO. RDC, 56^e année, 1^{er} avril 2015, col. 9-10.

¹⁸⁴⁶ Préambule, Arrêté ministériel n°008/MINPF/LMM/2016 du 01 novembre 2016, préc.

¹⁸⁴⁷ Jusqu'à ce jour, la SCPT est sous la direction d'un DG *ad interim*.

¹⁸⁴⁸ CJUE, France c/ Commission, C-559/12P, 3 avril 2014. Les transformations des EPIC suivantes entrent dans la logique d'approfondir la libéralisation des marchés, anciennement monopolistiques : imprimerie nationale (1993), France Télécom (1996), EDF et GDF (2004), Aéroports de Paris (2005) et la Poste (2010).

gouvernement sont approfondies comme « les aspects controversés de l'assise d'autonomie du régulateur (ARPTC) face à l'exploitant public ».¹⁸⁴⁹

2. Le contraste entre le fait et le droit dans le statut de l'exploitant public

732. Deuxièmement, l'exploitant public est censé exploiter un monopole partiel portant sur le segment du marché des infrastructures. La loi lui reconnaît ce droit exclusif de possession sur le marché (dé)régulé. Cette exclusivité a cependant été décrétée sans réinvestir dans les capacités de son réseau et dans sa fonctionnalité. L'exploitant public n'a donc pas été doté des infrastructures techniques nécessaires pour la mission que le législateur de 2002 lui confiait sur le marché en cours de libéralisation. Sur le principe de l'article 10 de la loi-cadre, « [l]e réseau de référence est l'ensemble des réseaux [...] établis ou utilisés par l'Exploitant public [...] pour les besoins publics ». Son exclusivité est temporaire, mais sans précision sur son terme final. Ce délai importe beaucoup pour la lisibilité du marché ainsi que l'atteinte des objectifs de la pleine concurrence. Le délai est en cause par rapport au fonctionnement et au développement du marché électronique congolais.

733. Logiquement, après le délai légal d'exclusivité, d'autres opérateurs privés sont censés autorisés à établir eux aussi des réseaux de référence, s'ils ne le sont pas déjà *de facto* depuis longtemps. À ce jour, le « monopole spécial » de l'exploitant public est dépassé, car faute de disposer d'infrastructures adéquates, la concurrence s'est installée sur son propre segment désuet. Les opérateurs privés de télécoms évoquent leurs droits de « licence » d'accès au marché et/ou d'« autorisation » de fourniture des services de télécoms. À juste titre, ils considèrent leurs droits (concessions) comme étant inexploitable sans établir eux-mêmes les maillons manquants des réseaux de transmission. Les infrastructures de base constituent le préalable *sine qua non* pour la fourniture des services ouverts au public et dont les opérateurs privés ont l'obligation. Le contraste entre la loi et le marché réside dans le fait que c'est bien ce dernier qui a bâti le « kilomètre invisible » du réseau de transport des communications avant d'offrir au public l'accès au « au dernier kilomètre » (« *last mile* »), selon ses obligations de licences.¹⁸⁵⁰

734. Le législateur de 2002 présente un niveau de transition des normes, comparable à l'ancienne expérience dans le système juridique européen. Mais à la différence de la RDC, l'expérience française a toujours associé son processus de libéralisation avec la reconfiguration de son administration des PTT, dont son exploitant public émane. La loi-cadre de 2002 se rapproche davantage de la législation française entre 1990 et 1996,¹⁸⁵¹ mais les « lois dérégulatrices » des télécoms restent systématiquement et conjointement édictées avec celles restructurant son exploitant public.

735. Depuis 1990, la démarche française a permis d'effectuer une ouverture du marché des services et des équipements, tout en aménageant et réaménageant les droits exclusifs de

¹⁸⁴⁹ Cf. §2 de la présente section de thèse.

¹⁸⁵⁰ BANQUE MONDIALE, « les dividendes numériques », Rapport 2016, préc., p. 14 et s. Le déploiement du réseau de transport procède d'un central (*switch*, en anglais) ainsi que du réseau de transmission dit « kilomètre invisible », car celui-ci reste souvent enfoui dans la terre ou est dématérialisé par ondes électromagnétiques. Le « dernier kilomètre » ou réseau d'accès est celui qui relie le combiné du client ou le terminal de l'abonné avec le reste du réseau de collecte et de transmission. Les services rendus au client concernent ce dernier maillon du réseau d'accès, tandis que le kilomètre invisible concerne les relations d'affaires entre opérateurs du marché, celles qui devraient interconnecter le réseau de l'exploitant public avec ceux des privés.

¹⁸⁵¹ Il en a été ainsi des « lois Quilès », à savoir : la loi n°90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications et la loi n°90-58 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, JO RF, 08 juillet 1990, p. 8070. En 1996, il intervient deux lois : la loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications en France (préc.) et la loi n°96-660 du 26 juillet 1996 de relative à l'entreprise nationale France Télécom (préc.).

l'exploitant public « France Télécom » jusqu'à sa privatisation en 2013. Créée en 1988, « France Télécom » avait bénéficié du statut d'exploitant public, sous la forme d'EPIC détaché de l'administration (DGT/EPA) en 1990. En 1996, deux lois ont été promulguées sur la « réglementation des télécoms »¹⁸⁵² et sur « l'entreprise nationale France Télécom ».¹⁸⁵³ Elles assurent la libéralisation totale du marché, tout en transformant France Télécom en société anonyme de droit privé. Cependant, en anticipation et/ou en accompagnement des transformations législatives, le « colbertisme high-tech » avait permis de préparer l'opérateur public français (autrefois exclusif) à la concurrence.¹⁸⁵⁴

736. Depuis 1998, l'objectif des politiques publiques françaises est arrivé à son but en respectant les délais de la loi de 1996, levant la réserve des droits au profit de la pleine concurrence sur le marché français. Les réserves des droits exclusifs ont permis de financer l'opérateur historique pour une modernisation nécessaire face à la concurrence. La réserve temporaire de ce segment a assuré aussi le recouvrement des investissements publics antérieurs sur les infrastructures, tout en gardant la part des revenus sur les services de communications téléphoniques.

737. Dans le même sens qu'en France, la *ratio legis* congolaise a reconnu « des droits exclusifs et spéciaux »¹⁸⁵⁵ à l'exploitant public, en vue de lui procurer également un « avantage prospectif »,¹⁸⁵⁶ voire spéculatif,¹⁸⁵⁷ face à la libéralisation du marché. Ce privilège réglementaire devait servir à sa recapitalisation, avec l'aide d'investisseurs potentiels pour attirer cette garantie de droit.¹⁸⁵⁸ Cependant en RDC, pendant plus de dix ans, l'utilité pratique de ce conservatisme législatif est restée symbolique dans sa finalité, plutôt qu'effective. L'an 2002 fut la date d'édiction de ces réserves de droit sur le marché. La fin et le début des années 2000 et 2010 marquent respectivement les premiers soubresauts de relance d'activités de l'exploitant public (depuis la loi-cadre de 2002,¹⁸⁵⁹) sachant que le marché avait évolué entretemps, faute d'exploitant public.¹⁸⁶⁰

¹⁸⁵² Loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications [en France], préc.

¹⁸⁵³ Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 de relative à l'entreprise nationale France Télécom [en France], préc.

¹⁸⁵⁴ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2 de la présente thèse.

¹⁸⁵⁵ Article 38, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁸⁵⁶ Exposé des motifs, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), JO RDC, n° spécial, 25 janvier 2003, p. 22. L'usage du futur est illustratif : « Le statut de l'exploitant public sera entendu comme la forme juridique qu'il adoptera et les obligations auxquelles il souscrira par la signature du cahier des charges et contra-programme ».

¹⁸⁵⁷ *Ibidem*. La motivation législative est de déterminer un statut pour le besoin de sa « capacité [...] à mobiliser les ressources » (JO RDC, *ibidem*.)

¹⁸⁵⁸ *Ibidem*. « Ce statut est déterminé par la capacité de l'exploitant public à mobiliser les ressources nécessaires pour construire un réseau national de télécommunications permettant d'atteindre au moins un taux de pénétration téléphonique soit 1 ligne téléphonique pour 100 habitants d'ici l'an 2002 ».

¹⁸⁵⁹ Cf. Partie 2, Titre I, Chapitre 2 de la présente thèse. Le chapitre suivant étudie les nouveaux défis d'économie numérique, marqués par la relance d'activités techniques et commerciales de la SCPT/OCPT, après 10 ans de droits exclusifs inactivés. La relance intervient à l'expiration des droits exclusifs, alors que les investissements privés avaient pris le relais et s'attendaient à la suppression des droits de l'exploitant public. En fait, l'État congolais a négocié et conclu avec la Chine en 2008 des contrats de modernisation des infrastructures pour une enveloppe globale de plus de 6 milliards de dollars américains. Ce contrat inclut la construction d'un réseau national de télécoms à fibre optique rendu opérationnel et commercialisé entre 2013 et 2014, à la suite de l'adhésion du pays au Consortium WACS (*West african cable system*) quelques années auparavant. Celle-ci a permis sur la côte Atlantique congolaise (Moanda) la construction d'un point d'atterrissage du « système de câble ouest-africain » à fibre optique, le seul dans l'histoire du pays. Les constructeurs et équipementiers chinois ont construit la phase 1 et 2 de la ligne de transmission reliant le WACS avec le réseau de câble de 600 kilomètres (Phase 1 : province du Sud-ouest, Kinshasa-Moanda-Bandundu) déjà mis en exploitation depuis 2012, de plus, 3.000 kilomètres sont en cours de construction avec la même expertise chinoise (Phase 2 : provinces du centre et du Sud-est, grand Kasai et grand Katanga). Toutes ces infrastructures high-tech de l'État sont sous la gestion de la SCPT/OCPT.

¹⁸⁶⁰ Radio Okapi, « la RDC officiellement connectée au câble à fibre optique », Monusco, Fondation Hirondelle, le 08 juillet 2013, [www.radiookapi.net/actualité/2013/07/08/la-rdc-officiellement-connectée-au-cable-fibre-optique] (consulté le 18 août 2016).

738. En effet, aucune infrastructure, ni réseau actif, ni savoir-faire technique de l'opérateur historique défaillant n'ont valorisé son privilège légal devant lui servir d'atout de protection, de valorisation de ses opérations, de modernisation de ses infrastructures ou de sauvegarde des revenus. Le législateur lui accordait le monopole sur le segment des transmissions de signal à partir de son réseau de référence. Mais il est à constater que l'absence d'offre d'accès au réseau de l'opérateur public reste à la mesure des attentes du marché et du public. Il n'existe de service offert sur le marché de détail (*retail sales*) face à la concurrence, tandis que l'interconnexion (*whole sales*) n'est disponible en RDC que depuis 2014 dans seulement trois provinces sur 26. Les travaux de déploiement du réseau ont été engagés en 2009 avec 3.900 kms de câble à fibre optique sur les 50.000 kms nécessaires au pays. Ils ont été installés suite à la convention de collaboration signée respectivement le 17 septembre 2007 et le 22 avril 2008 par l'État congolais et des investisseurs chinois.¹⁸⁶¹ La situation de la totale inactivité de l'exploitant public a duré pendant dix ans, elle a quasiment rendu caduque l'usufruit de ses droits exclusifs. Les opérateurs du secteur privé ont organisé et investi ce segment monopolistique « pour la fourniture des services de base ouverts au public », dont l'exploitant public (OCPT/RENATELSAT) était désigné comme « opérateur de monopole ».¹⁸⁶²

739. Par conséquent, le contraste de la loi et des faits est bien établi et crée des enjeux au droit de la régulation. Depuis 1999, trois ans avant la loi-cadre, les premiers investissements d'opérateurs privés des télécoms ont commencé à combler la défaillance en infrastructures de base de l'exploitant public, OCPT/RENATELSAT. « La nature des choses abhorre le vide » : les opérateurs privés successifs ont supplanté l'exploitant public. Il en est ainsi par exemple des services téléphoniques internationaux, autorisés à la concurrence pour sa fourniture. L'usage de l'identifiant téléphonique national « +243 » était autrefois l'apanage exclusif de l'opérateur historique, OCPT.¹⁸⁶³ Pour des raisons pratiques, le marché agit en lieu et place de l'exploitant public, sous le couvert de sa licence d'exploitation. Le contraste se situe donc entre l'exclusivité spéciale de l'opérateur historique, accordée par la loi, les titres d'exploitation de la concurrence et les contraintes réelles sur le marché.

740. C'est sur la base de ce contraste qu'en 2005, il y eut le désaccord entre l'exploitant public et le reste du marché, impliquant aussi l'Autorité de régulation. Les indemnités revendiquées par l'exploitant public étaient formulées et calculées en fonction de l'usage du « code +243 »¹⁸⁶⁴ par les réseaux privés, au motif que ces derniers empiétaient sur ses droits

¹⁸⁶¹ T. COLOMA « Quand le fleuve Congo illuminera l'Afrique, Le "Contrat du siècle", *Le Monde diplomatique*, février 2011, [https://www.monde-diplomatique.fr/2011/02/COLOMA/20108]. Signés en RDC et en Chine, ces contrats couvrent des prêts titrisés en donnant à la Chine 14 milliards de dollars de réserves de cuivre et de cobalt, en lien avec un programme d'investissement qui confie l'exploitation de ces ressources Socomine, appartenant à des sociétés d'État chinoises (68%) et congolaises (32%). Le « contrat chinois » est resté illustre pour l'implication économique croissante de l'Empire du Milieu sur le Continent noir, par le débat qu'il a suscité au Parlement congolais et les efforts du FMI pour réduire le niveau d'endettement de la RDC.

¹⁸⁶² Cf. « De l'exploitant public », Exposé des motifs, LCT, JO RDC, n°spécial, 25 janvier 2003, p. 22.

¹⁸⁶³ UIT, *Atelier sur la création du nouveau plan de numérotage national en Afrique*, Cotonou, Bénin, 30 juin-4 juillet 2003. Cf. pour la synthèse des recommandations de l'atelier : [http://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/2003/Benin/index-fr.html] (consulté le 8 octobre 2017) Le plan de numérotage national comprend : 1° le préfixe international (PI), en anglais *international prefix* (IP) aussi qualifié d'indicatif du pays (IP), en anglais *country code* (cc), 2° le numéro significatif national (NNS), en anglais *National Significant* (NSN), 3° l'indicatif national de destination (IND), en anglais *National Destination Code* (NDC) souvent appelé interurbain ou code de zone, 4° le numéro d'abonné (NA), en anglais *Subscriber's Number* (SN), soit PI-NNS-IND-NA pour la structure d'un numéro d'appel en RDC comme +243-81-631-0639.

¹⁸⁶⁴ *Ibidem*. Le Code +243 pour la RDC, comme le code +33 en France, est l'indicatif du pays (*country code*) attribué par l'UIT comme élément du plan de numérotation téléphonique permettant d'identifier un pays dans le réseau mondial interconnecté. Il figure comme préfixe du numéro de téléphone personnel de l'abonné d'un réseau congolais ou français selon le cas, afin de se combiner avec d'autres éléments (régionaux et identifiants) locaux identification. Dans l'interconnexion

exclusifs. L'exploitant public exigeait la rétribution de ses prérogatives, alors qu'il était dans l'incapacité technique d'assurer lui-même de tels services. L'exploitant public, l'OCPT précisément, réclamait des royalties au motif qu'ils empiétaient son domaine légal d'exclusivité. Les faits de la cause révélaient ainsi les prétentions de l'exploitant public fondées sur l'énoncé législatif des droits, mais sans fondement. Il était en effet inactif sur son segment de marché, faute d'infrastructures opérationnelles.

741. Aussi, sur décision de l'ARPTC, le différend opposant l'OCPT – exploitant public – aux opérateurs privés a-t-il été tranché pour éviter un fâcheux précédent quant à l'usage des ressources domaniales de l'État. Sa décision n°001/ARPTC/2015 détermine une règle générale et de principe durable de sécurité juridique: « *les frais d'utilisation du code +243 [...] sont difficiles à appréhender dès lors que ce code n'est qu'un identifiant attribué à la République Démocratique du Congo par l'Union Internationale des Télécommunications et dont l'utilisation par les usagers est une nécessité pour joindre leurs correspondants habitant la République Démocratique du Congo* ». ¹⁸⁶⁵

742. L'enjeu juridique de ce désaccord est d'avoir alimenté le pragmatisme de la régulation. La décision précitée a servi de source de sécurité juridique pour l'intervention supplétive des privés sur le segment de marché des infrastructures réservées à l'exploitant public. En effet, ledit désaccord est à la base d'une décision historique du régulateur ayant limité durablement la portée pratique des « droits exclusifs » entre la loi et les faits sur le marché. Ensuite, il aura également servi à construire le compromis sur la sécurité juridique des investissements privés réalisés dans le segment exclusif de l'opérateur historique. Il aura enfin servi à séparer l'exploitant public et l'ARPTC sur l'usage des ressources du domaine public dont l'opérateur historique avait la pleine jouissance, avant l'institutionnalisation du régulateur. Les deux dernières conséquences concernent des aspects particuliers post-dérégulation, ayant placé les prérogatives et privilèges de l'exploitant public (OCPT/RENATELSAT) ainsi que de l'Autorité de régulation (ARPTC) dans un même champ de législation. Un point spécifique de notre thèse développe ces corollaires. ¹⁸⁶⁶

743. En conséquence, il s'avère que la décision n°001/ARPTC/2015 du régulateur a un effet direct sur le fondement « des droits exclusifs » de l'exploitant public par rapport au marché. Il convient de spécifier qu'elle est depuis 2005 une source indéniable de fonctionnement du marché. **(B.)**

B./ L'AVIS DU RÉGULATEUR SUR LE CONTRASTE DES DROITS DE L'EXPLOITANT PUBLIC ET DU MARCHÉ

744. L'importance de la décision n°001/ARPTC/2005 est telle, qu'elle précise le contour des droits exclusifs de l'exploitant public. Elle fait « jurisprudence » en établissant le fondement juridique selon lequel l'exclusivité des droits demeure une réserve légale mais reste non-effective tant que sa matérialisation n'est pas assurée par des infrastructures opérationnelles, mises à disposition sur le marché. Comme dans les réformes législatives en Europe ¹⁸⁶⁷ ou en France ¹⁸⁶⁸, ce sont des infrastructures territoriales préexistantes, qui

internationale, le dialogue des machines se limite à identifier le pays par son code en vue d'ouvrir la voie d'un appel ou l'aiguiller.

¹⁸⁶⁵ Décision n°001/ARPTC/2005 du 25 avril 2005 [inédit].

¹⁸⁶⁶ Cf. point B. du présent § et son § suivant dans la présente thèse.

¹⁸⁶⁷ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1 de la présente thèse. Il s'agit notamment de la directive européenne 90/387/CEE, dite « directive ONP », préc.

¹⁸⁶⁸ Cf. *Ibidem*. Il est à noter que les Lois Quilès des 2 juillet et 29 décembre 1990 de réglementation des télécoms et d'organisation du cadre des services publics ainsi que relative à France Télécom, préc.

justifiaient au profit de leur détenteur étatique, la réserve de ce segment dans la loi. C'est en ce sens que des droits exclusifs et temporaires avaient été conservés en faveur des opérateurs historiques sur leurs actifs (équipements et valeurs) anciennement monopolistiques. Fondamentalement, cette décision précise que l'esprit de la loi-cadre était de doter l'opérateur historique d'un statut privilégié pour favoriser sa capacité à mobiliser de nouveaux investissements. La relance du maillon principal du réseau national (dit « *backbone* ») devait servir au progrès technologique et à la concurrence sur le marché électronique. Mais il n'était pas destiné à servir de fait générateur pour une prime d'inactivité de l'exploitant public sur le marché.

745. Effectivement, l'exploitant public confondait ses « droits »¹⁸⁶⁹ exclusifs en tant que prérogatives légales sur les infrastructures des télécoms avec un « pouvoir »¹⁸⁷⁰ régalién sur les ressources nationales en numérotation. Si le monopole absolu pouvait permettre cette délégation de pouvoir de l'État au profit de l'ex-ONPTZ/OCPT/SCPT dans son statut de 1978,¹⁸⁷¹ les droits exclusifs de 2002 étaient de simples réserves d'activités et non des droits de substitution à l'État. C'est à juste titre que le législateur de 2002 n'imposait pas forcément le contrôle de l'opérateur de ce réseau par l'État, mais il ciblait plutôt celui de la nature des infrastructures concernées.¹⁸⁷² L'ARPTC a tenu compte de cette logique de la loi (*ratio legis*) dans sa décision précitée du 25 avril 2005.

746. En fait et en droit, l'autorité de régulation a qualifié d'inopérante les prérogatives d'un exploitant public défaillant, l'empêchant de profiter de son segment monopolistique, à tel point qu'il ne serait pas en mesure d'offrir au marché, l'infrastructure nécessaire au transport des signaux et communications électroniques. L'opérateur d'infrastructures de base ne saurait empêché les opérateurs privés d'offrir des services au marché, ceux-ci sont fondés le cas échéant à substituer leurs propres installations pour pallier l'absence d'un réseau de référence. Les possibilités techniques sont telles qu'il n'est pas obligatoire de faire recours au réseau de transmission de l'exploitant public pour assurer l'acheminement des signaux au niveau national ou international. Sur le plan commercial, il est de « principe [...] que tout service rendu, soit rémunéré. Dès lors, on est en droit de se demander quel est le service rendu par la SCPT (OCPT) et le RENATELSAT aux opérateurs pour attendre une rémunération. En effet, ils paient l'opérateur public qui joue effectivement le rôle de centre de transit, en mettant à leur disposition les infrastructures nécessaires pour ce faire ».¹⁸⁷³

747. En réalité, avec l'économie de marché, la dérégulation a substitué les règles de droit privé dans le marché, en opposition aux pratiques de droit public liées aux services publics. La régulation a désormais interdit à l'opérateur de monopole de prétendre à des indemnités quelconques, sans avoir assuré au préalable, une offre d'accès pour des opérateurs hôtes.¹⁸⁷⁴ Par ailleurs, une règle est établie en RDC depuis 2005 à la suite du différend opposant

¹⁸⁶⁹ G. CORNU, *op.cit.*, p. 793. *Verbo* « prérogative ». P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, préc., p.92. *Verbo* « prérogative ». S'agissant d'un « attribut d'un droit, chacun des pouvoirs exclusifs spécifiés, des moyens d'actions, etc. » (selon Gérard Cornu), les droits exclusifs ne pouvaient se confondre avec le « [p]rivilege attaché à l'exercice d'une compétence » (au sens de pierre Avril et Jean Gicquel).

¹⁸⁷⁰ P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, préc., p.89. *Verbo* « pouvoir ». Le pouvoir désigne la « [f]orce qualifiée par le droit » ; il « [d]ésigne les actes qu'une autorité publique est juridiquement habilitée à accomplir. Du point de vue de droit constitutionnel, il renvoie à l'exercice de la *souveraineté* et présente un caractère originel : [...] le *pouvoir exécutif*, dont sont investis certains organes qui constituent les *pouvoirs publics* ».

¹⁸⁷¹ Ordonnance n°78-222 du 5 mai 1978, préc.

¹⁸⁷² Exposé des motifs, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁸⁷³ A. MBAUNWA NKIERI, *op.cit.*, p.180.

¹⁸⁷⁴ Par absurde, la défaillance de l'opérateur public à réaliser ses droits exclusifs correspond à un manquement au devoir sous-jacent de mettre à la disposition du marché le réseau de référence, obligé par la loi, précisément au sens de l'article 38, Loi-cadre sur les télécoms (RDC).

l'OCPT, exploitant public et les opérateurs privés sur l'usage du « code pays » (country code). En l'espèce, la régulation congolaise a statué de manière à conclure que « les ressources-racines » ne sont pas la propriété d'un quelconque réseau national, spécialement, l'identifiant téléphonique du pays « +243 ». ¹⁸⁷⁵ Par application de cette règle, le nom de domaine « .cd » (TLD) ou des adresses IP ("*Internet protocol*") sont du domaine public ; l'État les concède aux exploitants ou en autorise l'utilisation sur son territoire. Ces ressources sont des identifiants essentiels à configurer dans un réseau fonctionnel pour l'interopérabilité avec d'autres systèmes électroniques. L'exploitant public ne peut donc en être rétribué que si une contrepartie des services transite par son réseau de base. Les opérateurs historiques OCPT ou le RENATELSAT n'étant pas en mesure, de satisfaire cette condition pratique, la rétribution de l'exclusivité est sans objet. Par conséquent, le marché devient fondé à agir *de facto* dans le domaine de l'exploitant public, au sens dérogatoire de l'article 30 dernier alinéa de la loi-cadre de 2002. Leurs propres installations sont couvertes par leurs droits de licence, leur permettant des « interconnexions maillées », là où l'« interconnexion étoilée » ¹⁸⁷⁶ n'était plus susceptible d'assurer le « cœur de la chaîne » de transmission des appels téléphoniques et des données, autour de l'exploitant public.

748. En somme, la mutation du droit congolais des télécoms s'effectue plus lentement que le saut technologique vers le numérique et l'économie de marché. La politique législative de 2002 a des difficultés à maintenir l'exclusivité des droits sur les infrastructures. Les enjeux de globalisation transcendent le protectionnisme local. ¹⁸⁷⁷ Le compromis de 2005 reste entre les principes conservatistes applicables pour l'exploitant public et l'idéologie libérale dominante dans le monde. ¹⁸⁷⁸ Les licences individuelles et autres autorisations d'accès permettent la fourniture des services de télécoms. Ces « concessions de service public » ¹⁸⁷⁹ valent des titres administratifs d'exploitation, fondant à déployer des installations alternatives pour fournir les services ; ces titres les habilitent et les astreignent. Cette faculté se justifie tant que l'opérateur public ne présente pas d'offre d'infrastructures correspondantes sur son segment de marché exclusif conformément à la loi-cadre de 2002.

749. Toutefois, les bases de ce compromis sont en train de connaître deux mutations nouvelles sur le marché numérique congolais. D'un côté, le cadre légal des télécoms de 2002 est en cours de révision. De l'autre, depuis le début 2010, l'opérateur historique (OCPT) est en phase 1 et 2 sur 5 de sa reprise d'activités sur le marché congolais. Après plus de dix ans d'absence due à des équipements désuets de l'héritage colonial, il révolutionne son offre en investissant dans un réseau de transmission exclusivement à fibre optique. Avec une offre

¹⁸⁷⁵ K. NDUKUMA ADJAYI, *op.cit.*, p. 99. Cf. Décision n°001/ARPTC/2005 du 25 avril 2005 relative au désaccord entre l'Office congolais des postes et télécommunications (OCPT) et les sociétés de télécommunications (inédite). [Source : archivage de la notification de la décision faite à la société Vodacom Congo, l'une des parties litigantes]. La règle, qui se dégage de la décision n°001/ARPTC/2005 de l'ARPTC est ainsi formulée : « les frais d'utilisation du code +243 [...] sont difficiles à appréhender dès lors que *ce code n'est qu'un identifiant attribué à la République Démocratique du Congo par l'Union Internationale des Télécommunications* et dont l'utilisation par les usagers est une nécessité pour joindre leurs correspondants habitant la République Démocratique du Congo ».

¹⁸⁷⁶ L'interconnexion étoilée ou « *starred interconnection* » est un hébergement de toutes les liaisons des réseaux par un système hôte qui réachemine les appels dans chaque route des réseaux tiers qui y converge.

¹⁸⁷⁷ L'absolutisme des droits ne devrait pas entraver le développement du marché. La préservation du climat des affaires requiert la protection des investissements privés. Les fameux « *sunk cost* » concernent les télécoms, imposant des coûts, inhérents au déploiement d'une industrie de réseau. Ils sont difficilement récupérables et requièrent une stabilité de longue durée.

¹⁸⁷⁸ Décision n°001/ARPTC/2005 du Collège de l'ARPTC du 25 avril 2005, préc.

¹⁸⁷⁹ G. CORNU, *op.cit.*, p. 396. *Verbo* « *concession* » : les droits de licence et autorisation d'accès sur le marché découle de la concession de service public de l'État aux opérateurs privés, comme l'« [a]cte partiellement conventionnel, par lequel l'administration confie à une personne choisie à raison de ses qualités, la gestion à ses risques et périls d'un service public, moyennant une rémunération perçue par les usagers de ce service ».

d'interconnexion à ses infrastructures (en cours de déploiement), l'exploitant public renouvelle le défi juridique de son exclusivité face au marché. Cette relance alimente le débat sur la révision de la loi de 2002, dont le projet est soumis à l'Assemblée nationale depuis le 19 avril 2017. Faut-il préserver l'exclusivité afin de protéger et favoriser les réinvestissements publics dans les infrastructures "high-tech" à fibre optique ? Faut-il plutôt tenir compte des investissements privés fonctionnels, sachant que le secteur privé craint leur « nationalisation »¹⁸⁸⁰ ? Les enjeux de la transition numérique face à la loi-cadre sont examinés au chapitre des défis de législation des télécoms pour l'accès de la RDC à l'économie numérique.¹⁸⁸¹ Les défis d'un renouveau du cadre légal de 2002 sont abordés aux deux derniers titres de notre étude. À ce stade de développement, la révision des lois de 2002 déborde des aspects réservés aux enjeux actuels du marché face à l'exploitant public, son statut et son « monopole résiduel ».¹⁸⁸²

750. Les développements sur ce point évoquent le contraste général des droits exclusifs énoncés par la loi-cadre avec les réalités du marché. Il part d'une observation, à la lumière du droit comparé, en vue d'éclairer les enjeux particuliers sur cet aspect. Les défis spécifiques inhérents à l'exploitant public ont été approfondis. Ils concernent leurs rapports vis-à-vis du marché (secteur privé), mais ces derniers et les prétentions face à l'instauration de l'ARPTC sont aussi source de mêmes types d'enjeux. (§2.)

§2. Les aspects controversés de l'assise d'autonomie du régulateur (ARPTC) face à l'exploitant public des télécoms

751. Les débuts de la dérégulation ont opposé l'OCPT/SCPT et l'ARPTC. Ils dévoilent le compromis trouvé pour assurer l'autonomie de l'Autorité de régulation face à l'exploitant public. Au terme de l'article 8 de la loi-cadre, l'ARPTC est « un service public dotée (*sic*) de la personnalité juridique ». Par ailleurs, l'article 1^{er} de la loi n°014/2002 précise la nature de la création, au titre de « personne morale de droit public dotée de la personnalité civile ». Les moyens d'action de la régulation garantissent son indépendance vis-à-vis du gouvernement, de l'exploitant public et du marché, semblable à la nature d'« AAI » pour l'ARCEP en France.¹⁸⁸³ L'article 38 de la même loi-cadre consacre l'exploitant public, à qui il reconnaît des droits exclusifs.

752. En pratique, il s'est alors posé une problématique fondamentale entre la nouvelle assise de l'État-régulateur et l'idée de l'État-entrepreneur dans le secteur des télécoms. (A./) : L'autonomisation financière du régulateur étatique s'est particulièrement trouvée en butte aux revendications de l'ancien opérateur de monopole public. Pour autant, l'instauration de la taxe de régulation s'est caractérisé non seulement par des avancées réglementaires maladroites, mais aussi par des controverses statutaires. (B./)

¹⁸⁸⁰ Source documentaire : Lettre collective n°DPE/LYK/BL/F.0516/2014 du 12 mai 2016 de la Fédération des entreprises du Congo (FEC) adressée au VPM, Ministre des PTT, concernant : « Transmissions [...] commentaires des opérateurs [privés] de Téléphonie et des ISP réunis au sein de la FEC ». Sur les 7 points de la lettre, le 4^e concerne la « nationalisation des infrastructures ». La FEC soutient que : « La conséquence sur les licences des opérateurs en cours qui seront convertis dans les trois mois de l'entrée en vigueur de la loi sera l'éclatement de tous les réseaux de titres d'exploitations non cumulatifs et consacrera la *nationalisation des infrastructures* puisqu'elles tombent dans le domaine public ».

¹⁸⁸¹ Cf. Partie 2, Titre II, Chapitre 2, section 1, §1, A et B de la présente thèse.

¹⁸⁸² Cf. Partie 2, Titre II, Chapitre 1 et 2 de la présente thèse.

¹⁸⁸³ M. THOUZEIT-DIVINA, *Dictionnaire de droit public interne*, LexisNexis, Paris, p. 44. S'agissant d'une « Autorité administrative indépendante (AAI) », il s'entend de l'« organisme qui présente la double particularité éponyme non seulement d'agir comme une institution ou une administration publique mais ce, sans être soumis au pouvoir hiérarchique de contrôle et de direction (et donc sans « dépendre ») de l'État – qui l'a pourtant créé – ainsi que des opérateurs des secteurs dans lesquels il évolue. »

*A./ L'AUTONOMIE DU NOUVEAU RÉGULATEUR (ARPTC) AUX PRISES AUX DROITS EXCLUSIFS
DE L'EXPLOITANT PUBLIC*

753. La déréglementation a déterminé les acteurs publics (régulateur, administration et opérateur historique) dans le domaine des PTT où il n'existait qu'un seul opérateur de monopole public. Le droit public classique conférait au détenteur du monopole le pouvoir de réglementation dans le service public.¹⁸⁸⁴ En institutionnalisant l'Autorité de régulation sur le marché, la loi-cadre exécutait à son profit le transfert du pouvoir de réglementation de l'OCPT exerçait jusqu'en 1982, dans le cadre légal de son monopole de 1978.¹⁸⁸⁵ L'assise d'autonomie du régulateur était, dans le même domaine de régulation que l'ARPTC, l'enjeu principal que les droits exclusifs soulevaient. La distinction devait nécessairement être faite entre les droits détachables de l'État, confiées à un opérateur public, et les droits régaliens non-détachables de l'État, confiés à une autorité administrative.

754. Sur ce point, l'enjeu particulier procède de la titularisation des droits et avantages de cette réglementation *ex ante*. La « taxe de régulation » a été l'objet de la résistance au changement exprimée par l'OCPT face à l'ARPTC. À cet effet, l'État congolais a obtenu un équilibre entre l'autonomie (financière et fonctionnelle) des pouvoirs de l'Autorité de régulation et les droits de l'opérateur historique en tant qu'exploitant public. Des royalties sont versées à l'exploitant public, en les prélevant sur les recettes devant revenir au régulateur. Ce compromis assure à cette dernière de réglementer le secteur, sans avoir à subir les rivalités de l'exploitant public. Le gouvernement a entrepris une laborieuse construction juridique de cet accommodement entre droit fiscal, droit administratif et droit de la régulation pour réussir l'essentiel de la dérégulation des télécoms en RDC.¹⁸⁸⁶

755. En effet, depuis sa création en 2002, l'Autorité de régulation construit son autonomie fonctionnelle et financière. En exécution de la loi-cadre sur les télécoms et de la loi n°014/2002,¹⁸⁸⁷ le gouvernement décida de lever la « taxe de régulation » au profit de l'ARPTC par l'arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN&BUD/2003 et 001/CAB/MIN/PTT/2003.¹⁸⁸⁸ Cette mesure politico-administrative reste originale quant à sa conception et aux aspects de sa stabilisation. À la base, ce sont les « frais de terminaison » des appels téléphoniques qui constituent l'assiette de ladite taxe. Elle a pour base de calcul le tarif des communications internationales entrantes en RDC, usant du « *country code +243* », l'« indicatif pays » assigné au pays par l'UIT. Cet arrêté prévoyait une perception de la quotité de 0,05\$/minute au bénéfice du régulateur, sur les frais de terminaison obligatoirement facturés à 0,20\$/minute par tout opérateur local vis-à-vis des opérateurs étrangers.¹⁸⁸⁹

¹⁸⁸⁴ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 522, 554-556. Cf. *supra* : l'ordonnance de 1978 (préc.) sur le statut de l'ex-ONPTZ/OCPT/SCPT lui déléguait le pouvoir de faire appliquer la réglementation dans le département des PTT.

¹⁸⁸⁵ Encore faut-il préciser qu'en droit congolais, le pouvoir de réglementation de 1978 avait été repris à l'ex-ONPTZ/OCPT/SCPT en 1982 par l'Ordonnance n°82-027 du 13 décembre 1982. Cette ordonnance transférait ce pouvoir au Secrétariat général (Administration) des PTT sous la tutelle du Ministre des PTT, en révision de l'ordonnance n°78-222 du 5 mai 1978 ayant consacré la confusion des pouvoirs d'exploitation, de réglementation et de régulation dans le chef de l'ex-ONPTZ.

¹⁸⁸⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, *op.cit.*, p.115. « Le cœur de la [dé]régulation est donc le régulateur. »

¹⁸⁸⁷ Article 21, de la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'ARPTC, préc. : « L'autorité de régulation dispose de ressources ordinaires et de ressources extraordinaire. A. Les ressources ordinaires comprennent : [...] d) la taxe de régulation ».

¹⁸⁸⁸ Arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN&BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 du 25 janvier 2003 portant fixation de la taxe terminale sur les communications internationales entrantes, JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janvier 2003, p.50 et s.

¹⁸⁸⁹ Au sens de l'arrêté n°006/CAB/MIN/FIN&BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 précité, la hauteur de la « *taxe terminale* » ou « *frais de terminaison d'appel* » est de l'ordre de 0,20\$ par minute d'appel téléphonique international entrant en RDC. C'est l'opérateur du réseau étranger qui rétrocède au réseau situé en RDC cette quotité sur la facture de l'émetteur d'appel.

756. C'est par la suite entre 2003 et 2005 que la taxe de régulation devient l'objet d'un quadruple enjeu de politique sectorielle, tantôt en contraste, tantôt en conformité avec des règles administratives et des procédures fiscales. Tous ces enjeux concourent à l'indépendance de l'ARPTC vis-à-vis de l'exploitant public et du gouvernement, sachant que l'autonomie financière du régulateur contribue à son fonctionnement optimal et renforce par conséquent son indépendance.

757. Le gouvernement a employé le rôle de redistribution des finances publiques pour pacifier les rapports entre les organes étatiques démultipliés par la dérégulation au sein du même secteur. Les mécanismes financiers ont permis d'obtenir une entente pour l'insertion du régulateur dans les PTT, en tant que nouvel organe de régulation sectorielle. Asseoir l'autonomie fonctionnelle de l'ARPTC requerrait d'écarter les obstructions des anciens régulateurs monopolistiques : OCPT et RENATELSAT. L'enjeu d'indépendance de l'Autorité de régulation procédait aussi de la séparation de ses moyens de fonctionnement avec l'administration des PTT, chargée également des missions de réglementation. Cette modalité a permis d'asseoir le rôle du régulateur en obtenant la nécessaire entente avec l'opérateur historique.

758. En réalité, le législateur de 2002 dispose que les recettes prélevées des titres d'exploitation doivent servir au développement des télécoms.¹⁸⁹⁰ L'État congolais n'avait pas préparé le réseau de l'OCPT à rester viable face à la concurrence internationale du marché après la démonopolisation. L'opérateur historique s'estimait en droit d'obtenir des ressources publiques dans le but de maintenir tout au moins son administration en état de fonctionnement et à terme, de moderniser son réseau suranné et défectueux. L'exploitant public considérait la taxe de régulation comme une source indirecte de rétribution de son monopole réglementaire, transmué en droits exclusifs. Trois mois seulement séparaient la création de la taxe de régulation (janvier 2003) et la promulgation de la loi-cadre sur les télécoms ainsi que la loi n°014/2002 (octobre 2002). L'opérateur historique s'opposait au nouveau régulateur dès 2005, faute de recevoir des royalties de la part des opérateurs du marché, se fondant sur le fait que le régulateur en était largement pourvu via la taxe calculée sur son ancien [at]tribut de monopole : le code +243.¹⁸⁹¹

759. Avant la loi-cadre de 2002, l'exploitant public (OCPT) avait acquis d'appliquer la réglementation aux acteurs de son champ du monopole de service public. Historiquement, des royalties lui étaient versées pour les autorisations d'intervention qu'il délivrait aux « radioélectriques privées ».¹⁸⁹² « Traditionnellement, les opérateurs historiques aux mains de l'État assuraient des services de télécommunications en régime de monopole sur la plupart des marchés. Les activités de télécommunications étaient considérées comme une branche de

L'opérateur local est ainsi rémunéré pour le service de délivrance des appels téléphoniques en provenance de l'étranger auprès du destinataire final se trouvant sur le territoire congolais. Sur ce segment de marché, l'ARPTC obtenait 0,05\$/minute d'appel tandis que l'opérateur conservait 0,15\$/minute d'appel sur ses frais de terminaison. À ce jour (2017) cette taxe demeure toujours, mais seulement son taux est ramené à 20% pour compte du trésor indifféremment des frais de terminaison librement pratiqué entre opérateurs basés en RDC et opérateurs étrangers.

¹⁸⁹⁰ Article 40, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : « Les recettes tirées des frais de licence, d'autorisations de déclarations, de taxes et redevances, en rapport avec les télécommunications, servent essentiellement au développement de télécommunications ».

¹⁸⁹¹ Cf. Point A du présent § de thèse. Au préalable, il a été démontré ci-dessus que les opérateurs privés avaient obtenu de ne pas rémunérer le monopole de l'exploitant public. La décision obtenue de l'ARPTC les fondait en refusant de lui verser des royalties sans contrepartie d'accès à des infrastructures de base, même s'il en avait en principe l'exclusivité.

¹⁸⁹² Ordonnance-loi n°71-015 du 15 mars 1971 sur les installations radioélectriques privées, *Moniteur congolais*, n°8, 15 avril 1971, p. 362.

l'administration publique, parallèlement aux services postaux, aux transports routiers, et aux autres services publics, de sorte que les licences n'étaient pas jugées nécessaires ».¹⁸⁹³

760. En énonçant les droits exclusifs temporaires et partiels de l'exploitant public, le législateur de 2002 confortait l'idée d'une extension ou délégation des pouvoirs de l'État à sa compétence sur le marché. S'estimant encore dans les schèmes du droit administratif classique,¹⁸⁹⁴ l'OCPT tendait à exercer des attributs de puissance publique notamment sur le « *country code* +243 » pour tirer des bénéfices économiques et financiers au nom de l'État. À défaut pour les opérateurs privés de transiter par son réseau inexistant, l'OCPT avait encore la mentalité d'être une Administration et, par conséquent, une émanation de l'État à qui des droits devaient être versés du simple fait, non pas de passer par son réseau, mais d'intervenir dans son domaine légal. Comme le disait Gaston Jèze, « il est des besoins d'intérêt général auxquels l'administration [fut] la seule chargée de satisfaire à l'*exclusion des particuliers* : justice, police, communications télégraphiques, téléphoniques, transport des lettres, etc. Il y a monopole ».¹⁸⁹⁵

761. Cependant sur ce point, il faut rappeler que l'Autorité de régulation adopta la décision n°001/ARPTC/2005 du 24 avril 2005, mettant fin au différend opposant les opérateurs privés à l'exploitant public.¹⁸⁹⁶ Elle établissait la règle que des royalties étaient indues à l'exploitant public pour autant que ses droits exclusifs portaient sur des infrastructures auxquelles la contrepartie d'accès était techniquement impossible pour défaillance du réseau.¹⁸⁹⁷ L'opérateur retournait le raisonnement de cette décision contre le régulateur : si les droits restaient indus pour non prestation des services, ils devaient l'être vis-à-vis de l'État en grevant « les recettes tirées des frais de licence [...] servant en principe au développement des télécoms ».¹⁸⁹⁸ Sur cette base, l'exploitant public décida de s'attaquer aux droits de l'ARPTC au sein du gouvernement, au même motif que la taxe de régulation portait sur l'identifiant pays +243. Selon l'OCPT, cet indicatif (*country code*) était un élément technique de son exclusivité sur les infrastructures qu'il aurait exploitées si l'État lui avait consenti des investissements conséquents pour ce faire. Dès lors, l'exploitant public contestait le fait pour l'ARPTC d'être le seul bénéficiaire des recettes de la taxe de régulation perçue auprès des concessionnaires sur le marché des télécoms.

762. Depuis deux ans (2003-2005), les opérateurs s'acquittaient de la taxe auprès de l'État, à défaut de payer une quelconque indemnité à l'exploitant public dénué de réseau de référence. Un enjeu sous-jacent explique le contraste d'attitude de marché à l'égard de la taxe de régulation. Le marché trouvait un double avantage politique et stratégique à payer la taxe de régulation. D'une part, l'assiette de la taxe était liée à une activité relevant en principe du monopole des droits exclusifs de l'exploitant public portant sur les passerelles internationales (« *international gateway* »), usant du code +243.¹⁸⁹⁹ Les opérateurs pouvaient s'en acquitter

¹⁸⁹³ H. INTVEN, O. JEREMY et E. SEPULVEDA, « Octroi des licences pour les services de télécommunications », in *Manuel de la réglementation des télécommunications*, Module 2, Infodev, Banque Mondiale, p. 2, cité par A. MBAUNWA NKIERI, *op.cit.*, p. 100.

¹⁸⁹⁴ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif...*, *op.cit.*, pp. 1-35.

¹⁸⁹⁵ *Ibidem*, p.1.

¹⁸⁹⁶ Décision n°001/ARPTC/2005 du 25 avril 2005 [inédit] : « les frais d'utilisation du code +243 [...] sont difficiles à appréhender dès lors que ce code n'est qu'un identifiant attribué à la R[DC] par l'U[IT] et dont l'utilisation par les usagers est une nécessité pour joindre leurs correspondants habitant la R[DC] ».

¹⁸⁹⁷ Cf. Point A du présent § de la présente thèse.

¹⁸⁹⁸ Article 40, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁸⁹⁹ JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janvier 2003, p.50 et s. Le préambule de l'Arrêté sur la taxe de régulation le confirme en « considérant la nécessité de réglementer les voies d'entrée et de sortie des communications internationales "*gateway*" ». Cf. Arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN&BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 du 25 janvier 2003, préc.

auprès de l'ARPTC sans donner un financement direct à l'exploitant public, qui restait par ailleurs concurrent sur le segment non exclusif. D'autre part, en s'acquittant de la taxe, les opérateurs privés obtenaient une plus grande sécurité juridique d'utiliser leurs droits de « licences » de fourniture de services, bien au-delà de leur simple finalité. La taxe validait indirectement le fait pour le marché d'intervenir dans le segment exclusif réservé par la loi-cadre de 2002 à l'exploitant public, car dans l'impossibilité pour lui d'offrir des infrastructures de transport des communications internationales, le marché y suppléait lui-même.¹⁹⁰⁰

763. Par ailleurs, l'objectif de la «taxe de régulation» était de financer le fonctionnement du régulateur. L'urgence de l'arrêté interministériel répondait au besoin de lever une taxe sur le marché en vue de rétribuer l'intervention de celui-ci dans le segment exclusif des infrastructures.¹⁹⁰¹ L'arrêté sur la taxe de régulation souligne la nécessité « de réglementer les voies d'entrée et de sortie des communications internationales [...] pour accroître les recettes en devises étrangères des opérateurs locaux [...] et les apports à l'économie nationale ». ¹⁹⁰² les droits de licence s'exerçant sur ces activités, le fonctionnement du marché justifiait l'intervention étatique pour assurer l'équilibre des segments exclusifs et concurrents du marché. Sur le plan économique, les opérateurs du marché congolais ont accueilli la régulation étatique comme essentielle et indispensable au jeu compétitif du marché congolais, comme ailleurs dans le monde. D'autant que le maintien du monopole était contraire aux objectifs de dérégulation, le marché ne trouvait pas justifié le financement direct de l'exploitant public. Imposer au marché la capacitation de celui-ci violait toute règle de bon sens, puisque la contrepartie de ses services n'était pas possible.¹⁹⁰³

B./ LE PRAGMATISME DE LA LA TAXE DE RÉGULATION ENTRE CONTROVERSES STATUTAIRES ET MALADRESSES RÉGLEMENTAIRES

764. L'arrêté interministériel fondant en 2003¹⁹⁰⁴ la nouvelle taxe de régulation comportait des irrégularités sur le plan juridique, même si le marché s'y conformait par pragmatisme et par réalisme. En effet, l'arrêté instituant la taxe de régulation ne respectait pas la légalité externe, soit pour cause d'inexpérience de la dérégulation, mais plus certainement pour répondre à l'urgence des besoins d'autonomie de fonctionnement de l'Autorité de régulation. En tant qu'acte administratif, la première cause de nullité formelle de l'arrêté

¹⁹⁰⁰ S'agissant d'une taxe pour l'usage du code +243, il fut même dit que dans le cas où le réseau de l'exploitant de l'OCPT était opérationnel, il devrait également payer la taxe de régulation en étant redevable vis-à-vis de l'État, vu le caractère obligatoire et impersonnel de la taxe due. L'État se distingue de l'opérateur historique. Celui-ci est astreint à la taxe, pourvu que l'État l'en exonère dans les formes requises ou le subventionne en fonction de son rôle « redistributeur » des finances publiques (subventions).

¹⁹⁰¹ JO RDC, n° spécial, 25 janvier 2003, pp. 46 et s. « Considérant le fait que toute communication internationale entrante en [R]DC engendre une rétribution en devises étrangères fortes [...] ». (Arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN&BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 du 25 janvier 2003)

¹⁹⁰² *Ibidem*. L'arrêté est édicté en « Considérant la nécessité de réglementer les voies d'entrée et de sortie des communications internationales [...] ». (Arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN&BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 du 25 janvier 2003)

¹⁹⁰³ En témoignage, l'auteur de la thèse a été, de 2004 à 2007, conseiller juridique de haut niveau dans la division régulation et interconnexion (*Head of division regulatory and interconnect*) de Vodacom Congo RDC, le leader actuel du marché congolais de la téléphonie GSM et de l'Internet mobile. Cette logique d'entreprise était portée par l'ensemble de la corporation des nouveaux entrants sur le marché et défendue par ses juristes.

¹⁹⁰⁴ Arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN&BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 du 25 janvier 2003 portant fixation de la taxe terminale sur les communications internationales entrantes, JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janvier 2003, pp. 50 et s.

susdit tenait du non-respect du principe hiérarchique. Son deuxième grief substantiel tenait de l'objet (taxe) qui ne respectait pas les règles et les procédures de fiscalité.¹⁹⁰⁵

765. Premièrement, la taxe de régulation était inscrite dans les « ressources ordinaires » du régulateur. Elle devait faire l'objet non pas d'un arrêté ministériel comme c'est le cas, mais plutôt d'un décret du Président de la République, conformément à la loi n°014/2002 sur l'ARPTC.¹⁹⁰⁶ L'arrêté interministériel de 2003 fixant la taxe de régulation intervint donc en violation tant de la loi que de la constitution du 4 avril 2003.¹⁹⁰⁷ Mais les vices de forme d'un acte administratif n'empêchent pas l'acte de produire des effets tant que son annulation n'est pas acquise, à l'initiative des intéressés agissant par voie d'exception ou par voie d'action.¹⁹⁰⁸ En droit judiciaire congolais, la règle commune d'annulation des actes juridiques est celle de « nullité pour grief », supposant un intérêt à faire annuler un acte non seulement pour un vice mais lorsqu'un intérêt est préjudicié.¹⁹⁰⁹ Toutefois pour les raisons politiques et stratégiques relevées ci-dessus, le marché s'accommodait et s'acquittait de la taxe de régulation, qui quoique illégale, restait en faveur de leurs droits d'accès et de licence à l'encontre de l'exploitant public. L'utilité de l'arrêté interministériel de 2003 était essentielle : il explique le silence du marché et des acteurs publics du secteur des PTT par rapport à la nullité de l'acte illégal.¹⁹¹⁰

766. D'autre part, la révision de la loi financière en 2004 mit définitivement à mal ce compromis de légalité précaire. Mais en plus d'être déjà contraire aux lois des PTT,¹⁹¹¹ l'arrêté interministériel de 2003¹⁹¹² devenait aussi contraire à la loi n°04/015 du 16 juillet 2004.¹⁹¹³ Si l'arrêté permettait sous l'ancien régime fiscal une encaisse de la « taxe de régulation » par l'ARPTC, l'unicité de la caisse du Trésor est devenue le principe impératif de la loi n°14/015. Son article 18 abroge le décret-loi n°101 du 3 juillet 2000.¹⁹¹⁴ Il n'était plus admis d'effectuer une correspondance entre imputations budgétaires et taxes perçues comme autrefois.¹⁹¹⁵ Aucun service de l'État n'était donc plus autorisé à « consommer à la source »

¹⁹⁰⁵ D. TRUCHET, *Le droit public, op.cit.*, pp. 76-77.

¹⁹⁰⁶ Article 21, dernier alinéa, Loi n°014/2002 du 16 octobre 2002, préc. : « Les modalités de calcul, le taux et le montant des redevances, frais et autres rémunérations constituant les ressources ordinaires de l'Autorité de Régulation, sont fixés par Décret du Président de la République ».

¹⁹⁰⁷ Constitution de la Transition en RDC du 4 avril 2003 [<http://mjp.univ-perp.fr/constit/cd2003.htm>] (consulté le 23 novembre 2016). Le Chef de l'État statuait « par voie de décrets délibérés en Conseil des ministres », en tant qu'il « assure l'exécution des lois et exerce le pouvoir réglementaire » (Article 71). Cette constitution ne prévoyait pas de Premier Ministre, mais un Chef d'État et du gouvernement, avec quatre vice-présidents. « Le Président de la République convoqu[ait] et présid[ait] le Conseil des Ministres au moins une fois tous les quinze jours » (Article 69). « La Présidence de la République [était] composée du Président de la République et de quatre Vice-présidents » (article 80).

¹⁹⁰⁸ D. TRUCHET, *Le droit public, op.cit.*, pp. 76-77.

¹⁹⁰⁹ Article 11, Décret du 7 mars 1960 portant Code de procédure civile, *Moniteur congolais*, 1960, p. 961 ; erratum, p. 1351.

¹⁹¹⁰ Cf. le point A du présent § de la thèse et les lignes précédentes sur les enjeux politiques de la taxe de régulation.

¹⁹¹¹ L'article 21 de la Loi-cadre sur les télécoms (RDC) exigeait pour fixer la taxe de régulation, un Décret (acte administratif de hiérarchie supérieure) et non un arrêté (acte administratif de hiérarchie inférieure).

¹⁹¹² Arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN&BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 du 25 janvier 2003 portant fixation de la taxe terminale sur les communications internationales entrantes, JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janvier 2003, p.50 et s.

¹⁹¹³ Loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des Recettes Administratives, Judiciaires, Domaniales et des Participations ainsi que leurs modalités de perception, JO RDC, 45^e année, n° spécial, Kinshasa, 22 juillet 2004, p. 1-28 (Autre publication : JO RDC, 47^e année, n° spécial, 18 août 2006, pp. 1-23.)

¹⁹¹⁴ Décret-loi n°101 du 3 juillet 2000 portant fixation de la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations et de leurs modalités de perception.

¹⁹¹⁵ Exposé des motifs, Loi n°04/015 du 16 juillet 2004, préc. « En effet, bien qu'ayant également des imputations budgétaires, au regard de la nomenclature budgétaire, les impôts et autres droits dus au Trésor public ne sont pas rattachés à ces imputations dans les textes juridiques qui les créent [...] Tel doit aussi être le cas pour les actes générateurs des recettes non fiscales, d'autant que la nomenclature budgétaire peut être modifiée suivant les nécessités du moment, sans que cela n'ait une quelconque incidence sur la situation juridique de ces actes ».

les prélèvements de taxes, soit-il pour leurs besoins de fonctionnement ou en contrepartie des services publics pour lesquels leurs missions étaient concernées.¹⁹¹⁶

767. Par conséquent, la taxe de régulation par sa nature de « taxe » ne pouvait plus servir à l'autofinancement du régulateur. Désormais la loi n°014/05 interdit l'ancienne pratique des « budgets pour ordre », dite « BPO ». À ce sujet, la loi modificative n°05/008 du 31 mars 2005¹⁹¹⁷ expose les mêmes motivations.¹⁹¹⁸ Cet aspect de réforme du droit fiscal « tient également compte de l'évolution de la législation notamment en matière [...] des télécommunications ». ¹⁹¹⁹ L'arrêté interministériel sur la taxe de régulation ne pouvait plus résister à cette illégalité substantielle. Aussi, une rupture devait-elle être marquée avec l'ancien régime des BPO sur base duquel l'ARPTC percevait la taxe de l'État comme une de ses ressources directes de trésorerie. « Quant à la suppression des imputations budgétaires, elle répond à la nécessité de distinguer la nomenclature des actes générateurs, qui découle de l'existence juridique de ceux-ci, de la nomenclature budgétaire, qui, elle est liée aux préoccupations d'exécution du budget de l'État ». ¹⁹²⁰

768. L'Autorité de régulation ne pouvait plus financer son fonctionnement sur base de l'« arrêté du compromis initial » obtenu avec le marché en marge de la légalité formelle. « Ainsi, un certain nombre d'actes générateurs nouveaux ont été repris sur la nomenclature des recettes » à percevoir pour le compte du trésor public. Les différentes évolutions de la législation financière congolaises ont confirmé les principes d'unicité de la caisse du trésor public, dûment imposés par la loi n°014/015 de 2004, telle que modifiée et complétée par la loi n°05/008 du 31 mars 2005 la modifiant.¹⁹²¹

769. Toutefois, la loi des finances n°014/2004(telle que modifiée) dispose qu'un arrêté d'exécution détermine l'assiette et le taux des taxes reprises dans sa nomenclature des recettes de l'État. Elle précise néanmoins que cet arrêté doit être interministériel. En l'espèce, la taxe de régulation devait continuer d'impliquer les signatures du ministre des finances en qualité d'ordonnateur des finances publiques et du ministre des PTT en tant que chef du service taxateur. Il est entendu que les produits de cette taxe sont désormais destinés au compte du

¹⁹¹⁶ K. NDUKUMA, « La problématique de l'application de la nouvelle loi 04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations ainsi que leurs modalités de perception », *Vodanews*, n°8, Kinshasa, sept.-oct. 2004, pp. 10-11. Nous écrivions : « il y a lieu de relever que l'article 12 de la loi 04/003 du 31 mars 2004 portant Budget de l'État pour l'exercice 2004 dispose que "les budgets pour ordre sont supprimés. Les actes générateurs des recettes pour ordre sont reclassés dans les différents ministères de tutelle et deviennent d'office des recettes non fiscales constatées et liquidées par les services d'assiette, ordonnancées et recouvrées par la DGRAD" ».

¹⁹¹⁷ Loi n°05/008 du 31 mars 2005 modifiant et complétant la Loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des Recettes Administratives, Judiciaires, Domaniales et des Participations ainsi que leurs modalités de perception, JO RDC [<http://leganet.cd/Legislation/Dfiscal/L05.008.31.03.2005.nomenclature.htm>] (consulté le 18 juillet 2016).

¹⁹¹⁸ « Exposé des motifs », Loi n°05/008 du 31 mars 2005, préc. : « La suppression du budget pour ordre a fait intégrer les recettes y relatives au budget général où elles sont réparties par nature dans les différents postes budgétaires. Elles constituent des recettes non fiscales à encadrer par la Direction générale des recettes administratives. Les recettes concernées étaient jadis perçues par [plusieurs services cités, y compris] l'ARPTC dépendant de la Présidence de la République. En application de l'article 2 de la loi n°014/015[...] il apparaît nécessaire de couvrir les actes générateurs desdites recettes par une loi. L'intégration de ces recettes non fiscales à mobiliser par la DGRAD permet, en respect du principe d'universalité du Budget de l'État, de les canaliser vers le Trésor public et éviter ainsi leur affectation à l'avance à des dépenses déterminées par les services poseurs d'Actes ».

¹⁹¹⁹ « Exposé de motifs », Loi n°014/015, préc., JO RDC, 47^e année, n° spécial, 18 août 2006, p.4.

¹⁹²⁰ JO RDC, 47^e année, n° spécial, 18 août 2006, p. 4, spéc. « Exposé de motifs », Loi n°014/015, préc.,

¹⁹²¹ En RDC, d'autres textes complémentaires, modificatifs ou applicatifs des lois de finances de 2004 et 2005 sont : 1° la loi n°11/11 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques, 2° l'ordonnance-loi n°13/002 du 23 février 2013 fixant la nomenclature des droits, taxes et redevances du pouvoir central, 3° l'ordonnance-loi n°13/003 du 23 février 2013 portant réforme des procédures relatives à l'assiette, au contrôle et aux modalités de recouvrement des recettes non fiscales, 4° le décret n°007/2002 du 02 février 2002 relatif au mode de paiement des dettes envers l'État, tel que modifié par le Décret n°011/2011 du 14 avril 2011.

trésor public et ne sont donc plus pré-affectés au profit d'une quelconque entité publique, en l'occurrence pour financer le régulateur. Par sa spécialité,¹⁹²² la loi n°014/015 des finances l'emportait donc sur la loi sectorielle n°014/2002 créant l'ARPTC, car la loi des finances « résulte de l'analyse de tous les actes générateurs [des recettes publiques] au regard tant de leur fondement juridique [...] de leur justification économique que d'éventuels conflits de compétence qu'ils auraient engendrés ». ¹⁹²³

770. Pour ces motifs, il fallait corriger le tout premier arrêté interministériel de 2003¹⁹²⁴ fondant l'autonomie de l'Autorité de régulation. En remplacement du premier texte de 2003, l'arrêté interministériel n°004/CAB/MIN/PTT/2005 et n°015/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 28 juillet 2005 portant taux de la taxe de régulation a été signé.¹⁹²⁵ Ce dernier destine la taxe de régulation au trésor comme tous les « actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participation » de l'État. Ce nouvel arrêté privilégiait la nature fiscale de la taxe de régulation au titre de ressource financière du budget général de l'État, en supplantant son énonciation comme ressource ordinaire de l'ARPTC listée à l'article 21, A, c) de la loi n°014/20012 relative à sa création. Néanmoins, la loi financière a prévu des rétrocessions des taxes perçues, en faveur des principaux services publics du domaine des PTT. En effet, la loi n°014/015 établit l'unité du budget des recettes de l'État.¹⁹²⁶

771. En définitive, la dérégulation des PTT pose aux politiques sectorielles un enjeu primaire : la séparation organique de l'exploitation du domaine public des PTT (par l'OCPT et RENATELSAT) d'avec la régulation (par l'ARPTC), sachant qu'elle-même doit être indépendante de l'administration (ministère des PTT). Les mécanismes de finances publiques ci-dessus analysés ont permis d'appliquer ce principe de dissociation imposé par la LCT de 2002.¹⁹²⁷ Finalement, le gouvernement a décidé de déduire de la taxe de régulation la quote-part légale de 5% afin de la rétrocéder solidairement au régulateur, à l'exploitant public (OCPT et RENATELSAT) et au ministère des PTT. En pratique, il a arrêté une clé de répartition, en tenant compte de leurs charges respectives de fonctionnement. L'Autorité de régulation et l'administration ont signé un protocole d'accord particulier, tandis que l'État lui-même verse une subvention aussi bien au RENATELSAT (établissement public) qu'à la société commerciale d'État S.A. (SCPT), en continuité des droits de l'OCPT (EPIC).

772. Malgré tout, l'indépendance du régulateur était davantage affectée par la construction de longue haleine du compromis avec l'exploitant public et le marché. En effet, depuis 2003, la fixation de la taxe de régulation par arrêté interministériel conduisit finalement à subordonner le financement quotidien de l'ARPTC aux délais (d'attente) des rétrocessions fiscales versées au Trésor public. Ce qui, par voie de conséquence, soumettait

¹⁹²² G. CORNU, « Maximes et adages du droit augmentés de quelques dictons et sentences », in *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p. 1100. « *Specialia generalibus derogant* : les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales ». En matière de taxation, les dispositions de loi de finances (n°014/05 du 16 juil. 2004) sont plus spéciales que la loi (n°014/2002 du 16 oct. 2002) portant création de l'Autorité de régulation. En fixant les ressources ordinaires de l'ARPTC, le but de la seconde loi évoquée n'est pas de se substituer à la loi des finances qui a pour spécialité d'encadrer l'assiette, les taux et les modalités de perception des recettes publiques.

¹⁹²³ « Exposé de motifs », Loi n°014/015, préc.

¹⁹²⁴ Arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN&BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 du 25 janvier 2003 portant fixation de la taxe terminale sur les communications internationales entrantes, JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janvier 2003, pp. 50 et s.

¹⁹²⁵ Arrêté interministériel n°004/CAB/MIN/PTT/2005 et n°015/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 28 juillet 2005 portant taux de la taxe de régulation à percevoir à l'initiative du Ministère des PTT et de l'ARPTC [inédit].

¹⁹²⁶ « Exposé de motifs », Loi n°014/015, préc. : « Elle [la loi] consacre aussi le principe de la rétrocession de 5% en faveur des ministères et services générateurs, en plus de celle reconnue à la DGRAD pour son fonctionnement, en vue d'encourager lesdites structures dans l'effort d'optimisation des recettes non fiscales ».

¹⁹²⁷ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §1 de la présente thèse, en rapport à la « dissociation de la réglementation *ex post* et de la régulation *ex ante* dans la loi des télécoms » de 2002.

son fonctionnement à l'ordre général des priorités du gouvernement, particulièrement l'ordonnancement du ministre des finances. L'autonomie d'action de l'ARPTC et son indépendance fonctionnelle étaient compromises, car précisément les procédures des finances relèvent du ministère du budget et des finances. L'appréciation de ce dernier est prépondérante, en tant qu'ordonnateur de la taxe de régulation et des rétrocessions.¹⁹²⁸ Ainsi, l'Autorité de régulation a vu son indépendance exposée aux risques d'influences politiques de sa mission et d'inféodation financière, en cas des rapports de force avec le gouvernement. Il fallait diversifier les ressources de fonctionnement pour ne pas dépendre uniquement de la taxe de régulation.

773. À cet effet, l'article 21 de la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 a établi au profit de l'ARPTC une longue liste des ressources ordinaires et extraordinaires.¹⁹²⁹ Celles-ci sont restées inactivées durant dix ans. C'est plus tard que le décret n°012/15 du 20 février 2012¹⁹³⁰ a fixé les modalités de calcul desdites ressources de fonctionnement et d'investissement de l'organe de régulation. L'arrêté ministériel n°026/CAB/VPM/MIN/PNTC/LKNG/OPS/2012 du 30 mars 2012 a assuré l'exécution dudit décret.¹⁹³¹ Désormais, les prestations du régulateur congolais des télécoms disposent d'une base juridique et tarifaire alimentant ses ressources de financement, conformément au droit administratif et fiscal. Dorénavant, ses fonds de fonctionnement ne dépendant plus intégralement de la chaîne des recettes et des dépenses du trésor public. Son autonomie financière et fonctionnelle est assurée. Ses ressources propres sont alimentées par les actes générateurs ci-après traduisant sa mission de régulation : règlement des conflits, traitement des brouillages (de fréquences), examen des catalogues et des contrats, gestion des activités d'interconnexion, gestion des services des réseaux de données.¹⁹³² Seulement, la forme juridique du décret n°012/15 ci-dessus pourrait soulever des controverses, puisqu'il est signé par le premier ministre et non par le Président de la République, comme spécifié à l'article 21 *in fine* de la loi n°014/2002.¹⁹³³

¹⁹²⁸ Article 5, Loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des Recettes Administratives, Judiciaires, Domaniales et des Participations ainsi que leurs modalités de perception, telle que modifiée et complétée par la Loi n°05/008 du 31 mars 2005 : « Toutes les recettes provenant des actes générateurs définis dans la nomenclature en annexe sont versées intégralement au compte du Trésor. Outre la rétrocession de 5% sur toutes les recettes réalisées allouées à la DGRAD pour son fonctionnement, le Trésor public rétrocède également 5% des recettes au service générateur desdites recettes, notamment pour l'octroi des primes d'encouragement à ses agents ».

¹⁹²⁹ Article 21, Loi n°014/2002, préc. : « L'autorité de régulation dispose des ressources ordinaires et des ressources extraordinaires : A. Les ressources ordinaires comprennent : a) les revenus de ses prestations ; b) les produits, des frais administratifs liés à l'étude des dossiers d'octroi ou de renouvellement des licences et/ou autorisations, d'agrément des équipements terminaux et plus généralement les produits de toute redevance en relation avec la mission de l'Autorité de régulation ; c) la taxe de numérotation ; d) la taxe de régulation ; e) les taxes parafiscales autorisées par la loi financière. [...] B. Les ressources extraordinaires comprennent : a) les avances remboursables du trésor, d'organismes publics ou privés ainsi des emprunts autorisés conformément à la législation en vigueur ; b) les subventions, dons, legs, et toutes les autres recettes en rapport avec son activité ».

¹⁹³⁰ Décret n°012/15 du 20 février 2012 fixant les modalités de calcul et les taux des revenus des prestations de l'Autorité de Régulations de la Poste et des Télécommunications, « ARPTC » en sigle, JO RDC, n°6, 15 mars 2012, col.9-10.

¹⁹³¹ Arrêté ministériel n°026/CAB/VPM/MIN/PNTC/LKNG/OPS/2012 du 30 mars 2012 portant mesures d'application du décret 012/15 du 20 février 2012 fixant les modalités de calcul et les taux des revenus des prestations de l'ARPTC.

¹⁹³² *Ibidem*.

¹⁹³³ Article 21, alinéa 3, Loi n°014/2002, préc. « Les modalités de calcul, le taux et le montant des redevances, frais et autres rémunérations constituant les ressources ordinaires de l'Autorité de régulation sont fixées par *décret du Président de la République* ». Mais les changements des Constitutions sont intervenus entre 2002 et 2011. Ils ont transféré le pouvoir de statuer par décret au Premier ministre, tandis que le président statue désormais par ordonnance. La loi n°014/2002 sur l'ARPTC découlait du système politique des deux dernières Constitutions de la transition en RDC de 1997 à 2003. Celles-ci ne prévoyaient pas de premier ministre, chef du gouvernement. Le Président de la République était Chef de l'État et aussi chef du gouvernement, statuant par voie de décret. Sous l'égide de la Constitution du 18 février 2006, modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2001, les pouvoirs correspondant reviennent aujourd'hui au premier ministre, chef du gouvernement. C'est donc à bon droit que c'est ce dernier qui signe le décret n°012/015 relatif aux ressources de l'ARPTC, car l'article 93 de la Constitution lui reconnaît le pouvoir réglementaire répondant aux aspects d'application concernés de la LCT et de la loi n°014/2002 sur l'ARPTC.

774. En conclusion, l'indépendance financière de l'ARPTC se situe au cœur des enjeux de son autonomie statutaire et décisionnelle sur le marché. Conformément à la loi des finances, l'Autorité de régulation dispose, pour son budget de fonctionnement, d'une rétrocession de 5% sur toutes les recettes générées par ses prestations donnant lieu à la « taxe de régulation ». Créée en janvier 2003, ladite taxe a permis de contourner le refus des opérateurs privés de rétribuer l'exploitant public au titre des royalties qui découleraient de ses droits exclusifs. Les opérateurs privés ne pouvaient cautionner la défaillance de celui-ci sur son segment exclusif de fourniture d'accès aux infrastructures de base. Ils s'abstenaient davantage de financer par ailleurs leur propre concurrent autorisé par la loi, comme eux, par leurs licences à exploiter le segment ouvert du marché des services. Mais, la taxe de régulation a servi d'alternative au marché et aux politiques publiques, au-delà de sa seule logique juridique et fiscale en rapport aux lois. Aussi, la taxe de régulation a-t-elle été dès 2003 le premier atout de financement des autorités de réglementation nationales et de l'exploitant public de la part de l'État. L'exploitant public (OCPT et RENATELSAT) bénéficie d'une redistribution d'une quotité des droits liés à la taxe de régulation, sans exigence de contrepartie de service à sa charge. Si la taxe de régulation n'a pas permis d'assurer l'indépendance du régulateur, elle a néanmoins désengagé l'exploitant public du champ de régulation.

775. Ainsi, le mécanisme financier de la « taxe de régulation » a apaisé le marché ainsi que la coexistence entre entités publiques du secteur des PTT. Pour le besoin de légalité, les corrections juridiques ont été effectuées, pour distinguer les ressources du trésor public et celles revenant à l'Autorité de régulation. Après dix ans de fonctionnement de la régulation et du marché dérégulé, le décret n°012/015 précité du Premier ministre assure l'autonomie financière de l'ARPTC, avec des actes générateurs propres lui faisant largement échapper à l'ordonnancement du ministre des finances, sauf pour gestion comptable.¹⁹³⁴

776. Le schéma réglementaire a été sinueux au sujet de la taxe de régulation. Il traduit sur le plan financier, toute la logique de l'équilibre que le marché et les autorités de réglementation nationales ont trouvé en rapport aux attitudes de résistance aux transformations de la part de l'« opérateur de monopole » résiduel. Des hésitations sur les plans juridique, administratif et fiscal traduisent tout autant qu'ils alimentent les enjeux particuliers de la démarcation d'un droit de la régulation sectorielle des PTT en RDC. Les « lois dérégulatrices » de 2002 comportent des erreurs de conception, des contradictions de logiques et d'application. (Section 2.)

¹⁹³⁴ Article 27, Loi n°014/2002, préc. : « À la fin de chaque exercice, le collège [...] rédige un rapport financier sur les activités de l'Autorité de Régulation. Ces documents sont transmis dans les trois mois suivant la clôture de l'exercice au Ministre ayant les finances dans ses attributions pour besoin de contrôle ».

SECTION II
LES « ERREURS EXEMPLAIRES » DE RÉGLEMENTATION
SOUS LA LOI-CADRE N°013/2002 SUR LES TÉLÉCOMS EN RDC

777. La dérégulation a été un « droit venu d'ailleurs » suivant l'expression de Jean Carbonnier.¹⁹³⁵ Les pouvoirs publics congolais ont entrepris les transformations du secteur des PTT, selon le modèle libéral de l'OMC.¹⁹³⁶ Sans expérience cognitive des schèmes de l'économie de marché, les deux autorités nationales de régulation (ARPTC et Min. PTT) ont connu des conflits des compétences entre elles, tout en faisant face aux intérêts du marché des télécoms. Plusieurs erreurs ont été commises dans le cadre réglementaire de 2002. À la lumière des expériences européennes et françaises, des critiques du droit positif congolais doivent permettre des correctifs de *lege ferenda*.

778. Des corrections sont à apporter aux erreurs de départ du processus de dérégulation en RDC. Elles procèdent de l'étude des conflits des compétences entre les autorités de réglementation nationales du domaine, à savoir : le ministre des PTT et ARPTC. (§1) Au premier plan, les contrariétés des sources de droit de la régulation concernent les principes de droit administratif. Elles affectent le fonctionnement du marché régulé des télécoms. C'est fondamentalement la logique de la législation de 2002 qui est la base des contradictions entre les faits sur le marché et le droit applicable. Dès le départ de la dérégulation, les options congolaises de politique législative étaient en déphasage par rapport aux mutations du marché électronique (inter)national et aux évolutions du droit comparé. (§2)

§1. Les sources légales des conflits des compétences
entre l'ARPTC et le Ministère des PTT

779. Le cadre juridique congolais est parsemé de contradictions concernant : les lois et leurs mesures d'application, les autorités de réglementation entre elles et/ou la logique de la législation, face au marché, dans sa structuration (inter)nationale. En séparant la régulation *ex ante* de la réglementation *ex post*, le législateur dépouillait de certains de leurs avantages, privilèges et attributions l'administration classique et l'opérateur historique.

780. Les textes légaux et réglementaires ont été édictés depuis 2002 dans un contexte de lutte des pouvoirs entre l'Administration classique et le régulateur public sectoriel. Ils sont à l'origine des conflits de compétences et autres formes d'empiètements ont pour origine (A./) Plusieurs cas de conflits spécifiques de compétences ont affecté et affectent encore les aspects importants de régulation du marché des télécoms. (B./)

A. / LES CONFLITS DE COMPÉTENCES ENTRE L'ARPTC ET LE MINISTRE DES PTT

781. À titre illustratif, l'exposé des motifs de la loi-cadre évoque « la création d'une Autorité de Régulation, placée sous la tutelle du Ministre des P.T.T. (sic) », au titre des « innovations introduites » par la loi.¹⁹³⁷ En revanche, l'article 2 de la loi n°014/2002 sur l'ARPTC dispose que celle-ci « relève du Président de la République ». La contradiction est flagrante au sujet de la tutelle du régulateur entre la LCT du 16 octobre 2002 et la loi n°014/2002 de la même date. Comment et pourquoi cette erreur demeure ainsi ? la question

¹⁹³⁵ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, préc.

¹⁹³⁶ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 2 de la présente thèse.

¹⁹³⁷ *Ibidem*, p. 19.

appelle des analyses factuelles et juridiques permettant de trouver des solutions dans le « renouveau du droit de la régulation ».¹⁹³⁸

782. Subséquemment, chacune des entités publiques concernées par la réforme a multiplié contre l'autre des « immixtions »¹⁹³⁹, des « usurpations de fonctions »¹⁹⁴⁰ et des « empiètements des fonctions ».¹⁹⁴¹

783. Encore à ce jour, les autorités congolaises de réglementation des télécoms entretiennent l'une contre l'autre des cas d'« excès de pouvoir »,¹⁹⁴² au gré de leurs intérêts par rapport au marché et/ou pour y renforcer leurs pouvoirs respectifs. En RDC, plusieurs antinomies des principes et des règles se constatent entre la loi-cadre de 2002 et ses mesures d'application. En droit comparé français, la « loi-cadre » rappelle « [l]a technique législative utilisée à la fin de la IV^e République, selon laquelle la loi énonce les objectifs ou les principes que le *gouvernement* est invité à mettre en œuvre par *décrets*. Ces derniers, qui peuvent modifier des *dispositions* législatives, deviennent exécutoires après avoir été soumis au Parlement suivant les modalités variables ».¹⁹⁴³ L'expérience congolaise de la dérégulation s'est illustrée par des objectifs contradictoires entre les décrets, arrêtés et décisions adoptés sous son régime à cause des intérêts statutaires.

784. À sa première année d'application, la loi-cadre de 2002 a été au cœur des enjeux d'attribution et d'intervention publique sur le marché entre les autorités de réglementation. La dérégulation entraînait la reconfiguration de la présence de l'État dans ce service public anciennement monopolistique. Les craintes de l'administration des PTT ont contribué à instrumenter et instrumentaliser le décret n°03/027 du 16 septembre 2003,¹⁹⁴⁴ afin de récupérer d'anciennes attributions que le législateur de 2002 a conférées au régulateur. Cette dernière également s'est fondée sur la loi de création n°014/2002 pour arrêter des décisions, au titre d'actes administratifs en défense contre l'usurpation de ses fonctions ou en revanche pour empiéter celle de l'administration.

785. En effet, ce décret n°03/027 du 16 septembre 2003 est à l'origine des contradictions, pour avoir fixé les attributions du ministère des PTT en violation des dispositions de la loi-cadre. En intervenant moins d'un an après les « lois dérégulatrices » du 16 octobre 2002, ce décret illustre la résistance au changement face à la transformation des services publics des PTT. Malgré son abrogation, quatre ans plus tard, par l'ordonnance n°07/18 du 16 mai 2007,¹⁹⁴⁵ ses violations intentionnelles de la loi ont durablement affecté la régulation du marché des télécoms.

¹⁹³⁸ Partie 2, Titre II, Chapitre 2, section 2 de la présente thèse, spéc. « §1. Le regard critique sur le statut administratif de l'ARPTC pour une révision de son "rattachement tutélaire" à la Présidence de la République ».

¹⁹³⁹ G. CORNU, *op.cit.*, p. 521. *Verbo* « immixtion » pour dire « en un sens large, toute intervention sans titre dans les affaires d'autrui se traduisant par l'accomplissement d'un acte [...] Intervention illicite dans les affaires d'autrui, l'absence de tout titre d'intervention (mandat, habilitation juridique claire, pouvoir légal) s'aggravant ici de la transgression d'une interdiction d'agir »

¹⁹⁴⁰ *Ibidem*, p. 1057. *Verbo* « usurpation de fonctions » pour désigner toute « initiative, considérée comme un cas d'incompétence radicale, qui consiste soit dans l'exécution d'une fonction administrative par une personne dépourvue de tout pouvoir légal, soit dans l'ingérence d'un agent administratif dans l'exercice des fonctions substantiellement ou organiquement séparée des siennes ».

¹⁹⁴¹ *Ibidem*, p. 396. *Verbo* « empiètement » pour désigner « la catégorie la plus ordinaire d'incompétence consistant en une ingérence d'une autorité administrative dans les attributions d'une autre autorité administrative ».

¹⁹⁴² *Ibidem*, p. 429. *Verbo* « excès de pouvoir » pour dire « Ensemble des violations par l'administration du principe de la légalité ; la locution plus générique que spécifique, ne s'emploie que dans l'expression "recours pour excès de pouvoir" ».

¹⁹⁴³ P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, préc., p. 72. Les auteurs donnent l'exemple de la loi-cadre de Deffere du 23 juin 1956 sur l'évolution des territoires d'outre-mer.

¹⁹⁴⁴ Décret n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des ministères du gouvernement de transition, JO RDC, n° spécial, 44^e année, 23 septembre 2003, colonne 22 et suivants, point 21° (Décret abrogé 4 ans après en 2007).

¹⁹⁴⁵ Il s'agit de l'ordonnance n°07/18 du 16 mai 2007 fixant les attributions des ministères. De manière constante, les ordonnances postérieures ont conforté la correction effectuée quant à l'organisation des attributions du gouvernement,

786. À ce jour (2017), les mêmes vices rétrogrades caractérisent les rapports des autorités de réglementation entre elles et/ou vis-à-vis du marché. Seule la forme de leur expression est devenue insidieuse dans le comportement des acteurs, sans une expression flagrante dans les textes réglementaires. Le décret n°03/027 de 2003 alimentait des conflits des compétences entre ARN dès la première année d'exécution du processus de régulation en RDC. En demeurant un cas d'école de l'« affront volontaire » des règlements contre la loi, le décret susdit marque le « contrecoup » orchestré dans la hiérarchie des normes juridiques par le gouvernement contre le législateur. Entre 2003 et 2005, le but des règlements était ostensiblement contraire au sens de la transition des services publics des télécoms vers l'économie (numérique) des marchés, telle que décidée par les lois de 2002.

787. Ainsi, des erreurs de réglementation ont été intentionnellement commises afin que chaque autorité de réglementation nationale puisse détourner les effets de la loi-cadre à leurs avantages respectifs, au détriment du marché et de l'intérêt général. D'autres erreurs spécifiques se sont traduites en conflits des textes juridiques et des compétences administratives concernant les aspects essentiels de la dérégulation, à savoir : homologation des équipements, règlement des litiges entre opérateurs du marché et gestion de l'accès aux ressources rares des télécoms (fréquence et numérotation).¹⁹⁴⁶ Les cas d'empiètement portent sur ces questions de réformes du service public des télécoms.

B./ LES ERREURS SPÉCIFIQUES D'ATTRIBUTION DES COMPÉTENCES ENTRE L'ARPTC ET LE MINISTRE DES PTT

788. Parmi les erreurs exemplaires de réglementation, certaines ont conduit l'ARPTC à empiéter les pouvoirs de l'administration quant à l'organisation des procédures de règlements et de sanctions des litiges entre opérateurs sur le marché. D'autres erreurs encore ont alimenté des conflits de compétences spécifiques concernant l'homologation des équipements des télécoms, la gestion du plan de numérotation ainsi que la gestion des fréquences radioélectriques

1. L'empiètement des pouvoirs du ministère des PTT sur la procédure de règlement et des sanctions des différends du marché

789. En 2003, le premier rapport public d'activités de l'ARPTC fait référence aux différends portés à sa compétence par les opérateurs. « Tous ces litiges [dans les affaires ci-après: Oasis vs Celtel, Vodacom vs Sogetel, Celtel vs Sogetel] portaient essentiellement sur le niveau du coût et du règlement de l'interconnexion. L'arbitrage du régulateur a permis de vider ces différends et concilier les opérateurs ».¹⁹⁴⁷ Le bilan en fut très encourageant, surtout au sujet de sa mission d'assurer l'équilibre de fonctionnement du marché.¹⁹⁴⁸ La loi-cadre habilite effectivement l'Autorité de régulation à arbitrer avec équité les litiges entre les opérateurs, en vue d'instaurer et de maintenir une concurrence légale et durable.¹⁹⁴⁹

790. Seulement, la loi n°014/2002 sur l'ARPTC insiste en ce sens : la « *procédure se rapportant aux sanctions et au règlement des litiges est fixé par arrêté du ministre* » des

jusqu'en 2005. Cf. Ordonnance n°15/015 du 21 mars 2015 portant le même intitulé, spécialement article 1, al. 24 sur le ministère des PTT, JO RDC, n° spécial, 56^e année, 27 mars 2015, col. 23 et s.

¹⁹⁴⁶ P. HUET, « Allocation et gestion des ressources rares », *L'actualité juridique, Droit administratif*, n°3, 20 mars 1997.

¹⁹⁴⁷ ARPTC, *Rapport public d'activités 2003*, Kinshasa, 2003, p. 18.

¹⁹⁴⁸ Article 8-a), Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : l'ARPTC « a pour attribution de [...] veiller au respect des lois, des règlements et des conventions en matière des télécoms ».

¹⁹⁴⁹ Article 5, Loi n°014/2002 sur l'ARPTC dispose qu'elle soit « saisie d'une demande d'avis sur un litige né entre opérateurs ».

PTT.¹⁹⁵⁰ Cependant, au lieu d'arrêter cette procédure, le ministre s'est attribué par le décret n°03/027 de 2003 le pouvoir d'« arbitrage des conflits entre opérateurs du secteur des postes, téléphones et télécommunications ».¹⁹⁵¹ Comme à ce jour (2017), le ministre n'a pas arrêté la procédure de règlement des litiges requis par la loi, l'Autorité de régulation a décidé de passer outre le ministre, en adoptant en 2006 deux décisions substitutives fixant *sui generis* ses propres règles en la matière.¹⁹⁵² La loi n°014/2002 l'habilite à édicter des actes réglementaires sous forme de « décision »¹⁹⁵³ susceptible de recours devant la section administrative de la Cour suprême de justice (CSJ).¹⁹⁵⁴

791. Mais sur l'objet concerné de la décision, la compétence est reconnue par la loi au ministre. En décidant en son lieu et place, le régulateur a donc opté de prendre quelques libertés d'action par rapport à la légalité formelle, afin de combler une carence de règlement et assurer un aspect de ses missions. Elle laissait le choix au ministère d'attaquer l'acte en annulation, auquel cas il devait prendre l'arrêté correspondant. L'ARPTC présupposait la mauvaise foi du ministre de le priver d'un instrument juridique indispensable à la réalisation de sa mission d'arbitre du marché. En justification de son immixtion, une étude publique de son directeur de réglementation argumente la nécessité pour son institution de traiter les conflits qui lui sont soumis, alors que le ministre tarde à appliquer la loi.¹⁹⁵⁵

792. Cependant, le droit administratif exige le « respect des règles du droit public »,¹⁹⁵⁶ sous la peine d'empiètement de fonctions de la part du régulateur à l'encontre du ministre. Faute de respecter la légalité de forme, ses décisions entrent dans « la catégorie la plus ordinaire d'incompétence consistant en une ingérence d'une autorité administrative dans les attributions d'une autre autorité administrative ».¹⁹⁵⁷ Elles n'ont pas non plus été attaquées, par défaut d'intérêt du marché qui a besoin de son pouvoir d'arbitrage des différends. Mais, dans l'hypothèse d'un différend entre opérateurs devant l'ARPTC, l'une des parties en cause pourrait toujours exciper l'illégalité des décisions n°003 et n°004/CLG/ARPTC/2006 sur la base desquelles se déroule la procédure d'examen d'arbitrage. Aussi, la sécurité juridique n'est-elle pas garantie pour les décisions arbitrales qu'arrête l'Autorité de régulation sur base de ce règlement de procédure *contra legem*. Il s'agit d'un cas non solutionné de conflit de compétence comme d'autres encore.

2. Le conflit des compétences dans l'homologation des équipements

793. La loi-cadre dispose que le régulateur « a pour attribution de [...] procéder aux homologations [d'équipements] requises par la présente loi ».¹⁹⁵⁸ La loi n°014/2002 spécifie cette mission comme consistant à « édicter les normes techniques des équipements et terminaux et procéder aux homologations requises par la loi ».¹⁹⁵⁹ La décision

¹⁹⁵⁰ Article 6, loi n°014/2002, préc.

¹⁹⁵¹ Article 1^{er}, B.21, 8^e tiret, Décret n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des ministres.

¹⁹⁵² Il s'agit : 1° de la décision n°003/CLG/ARPTC/2006 fixant les règles de procédure applicables en cas de manquements par les opérateurs de postes ou de télécommunications à leurs obligations légales ; 2° la décision n°004/CLG/ARPTC/2006 fixant la procédure de règlement des différends en matière de poste ou de télécommunications.

¹⁹⁵³ Article 17, al. 4, loi n°014/2002, préc.

¹⁹⁵⁴ Depuis lors, l'article 154 de la Constitution de la RDC du 18 février 2006 (préc.) a institué un ordre de juridictions administratives composé du Conseil d'État et des Cours et tribunaux administratifs.

¹⁹⁵⁵ L. BUSHABU, *op.cit.*, pp. 18 et s.

¹⁹⁵⁶ D. TRUCHET, *op.cit.*, pp. 70 et s.

¹⁹⁵⁷ G. CORNU [2016], *op.cit.*, p. 396.

¹⁹⁵⁸ Article 8-c), Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁹⁵⁹ Article 3-f), Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

d'homologation est prise en fonction des « spécifications techniques »¹⁹⁶⁰ que l'ARPTC elle-même publie.¹⁹⁶¹ Ainsi, cette compétence d'homologuer les équipements électroniques porte sur l'autorisation ou non d'importer, de commercialiser, de vendre ou de détenir un équipement traitant ou émettant des signaux radioélectriques, sur l'ensemble du territoire congolais.

794. Cependant une fois de plus, le ministère des PTT s'était arrogé la même compétence d'homologuer les équipements sur la base d'un arrêté de 1993, publié dans le même numéro du journal officiel que la loi avec laquelle il entre en contradiction.¹⁹⁶² Cet arrêté fixe les conditions d'exercice des activités du secteur des télécoms. La confusion des rôles avec l'Autorité de régulation a été appuyée par un autre arrêté fixant la taxe d'homologation au profit du ministre des PTT.¹⁹⁶³ Sans s'en préoccuper, le régulateur a adopté la décision n°024/ARPTC/CLG/2006 fixant le régime d'homologation des équipements terminaux et des installations des télécoms.¹⁹⁶⁴ À ce jour (2017), la décision de l'ARPTC est demeurée en vigueur. Le conflit des compétences a cessé et des ententes ont permis une collaboration sur ce point entre les deux autorités de réglementation. Le régulateur procède aux homologations, tandis que le ministère émet des notes de taxation, sur base de l'article 1^{er} de l'arrêté interministériel du 5 juillet 2014.¹⁹⁶⁵

795. Près de quinze ans après, les expériences des ARN ont muri. « Le retour à la raison garder » est atteint de la part de l'administration publique au regard du développement du marché et de l'irréversibilité du processus de dérégulation des télécoms. Les équipements constituent un segment de marché libéralisé à part entière, sous l'exploitation du secteur privé et l'encadrement de l'Autorité de régulation. Néanmoins, d'autres conflits subsistent.

3. Le conflit des compétences dans la gestion du plan national de numérotation

796. Les deux « lois dérégulatrices » de 2002 attribuent au régulateur le pouvoir d'élaborer et de gérer le plan national de numérotation.¹⁹⁶⁶ En revanche, sans reconnaître de compétences spécifiques au ministre des PTT sur ce point, la *ratio legis* de 2002 reste cohérente en inscrivant la « taxe sur la numérotation » dans la liste des ressources ordinaires de l'ARPTC, telle que prévue dans sa loi de création.¹⁹⁶⁷

¹⁹⁶⁰ Article 4-16, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : « La définition des caractéristiques requises d'un produit telles que, d'une manière exhaustive, les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, la terminologie, les symboles et les méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage ».

¹⁹⁶¹ Article 29, loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc. : « L'homologation vise à assurer la conformité des équipements et terminaux aux normes et spécifications techniques en vigueur sur le territoire national ».

¹⁹⁶² « Chapitre II », arrêté ministériel n°CAB/MIN/PTT/0027/31/93 du 18 novembre fixant les conditions d'exercice des activités du secteur de télécoms, JO RDC, n° spécial, 44^e année, Kinshasa, 25 janvier 2003, p. 64 et s.

¹⁹⁶³ Arrêté interministériel n°005/CAB/MIN/PTT/2005 et n°110/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 29 juillet 2005 portant fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministère des PTT, JO RDC, n° spécial, 46^e année, Kinshasa, 1^{er} novembre 2005, col. 57-60. Il fondait le ministre des PTT à reprendre l'homologation des équipements de télécoms dans la liste d'actes générateurs des recettes (5% de la valeur CIF) relevant de son département.

¹⁹⁶⁴ JO RDC, n°15, 47^e année, Kinshasa, 1^{er} août 2006, col. 21 et s.

¹⁹⁶⁵ Cf. article 1^{er}, 1°, Arrêté interministériel n°CAB/MIN/PT&TIC/059/2014 et n°CAB/MIN/FINANCES/2014/109 du 5 juillet 2014 portant fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du ministère des Postes, télécommunications et nouvelles technologies de l'information et de la communication [inédit]. Il dispose : « les taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministère des [PTNTIC] sont fixés comme suit : [...] 1° taxe d'homologation des équipements des télécommunications à fabriquer, à importer ou à commercialiser sur le territoire nationale ».

¹⁹⁶⁶ Article 8-c), Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. et article 3-e), Loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

¹⁹⁶⁷ Article 21-c), Loi n°014/2002, préc.

797. Cependant, cette même taxe a également fait l'objet de réclamations de paiement de la part du ministre des PTT sur la base d'un arrêté *contra legem*.¹⁹⁶⁸ Cette contrariété à la loi découlait du décret n°03/027 de 2003 attribuant au ministre des PTT l'« élaboration du Plan national de numérotation »,¹⁹⁶⁹ alors que les lois de 2002 reconnaissaient cette compétence au régulateur.

798. Par conséquent, les opérateurs privés subissaient le harcèlement fiscal et administratif de deux services de l'État intervenant auprès des mêmes opérateurs pour les mêmes compétences. En effet, le ministère des PTT insistait erronément sur des rubriques spéciales de taxes qu'il dégagait de ses propres règles du plan de numérotation, à savoir : « *country code +243* », « *préfixe identification du réseau* » et « *code sémaphore* ». Au regard des principes de légalité tant des actes administratifs que des taxes, les deux dernières rubriques avaient été rajoutées *de facto* par acte réglementaire,¹⁹⁷⁰ sans avoir été créées au préalable ni par la loi de finances¹⁹⁷¹ ni par les lois sectorielles des télécoms de 2002.

799. Un cas reste illustratif de ce dualisme administratif face au marché. Il s'agit de l'expérience connue en 2004 par *Celtel Congo RDC*, opérant à ce jour sous la raison sociale *Airtel RDC*. En effet, sur base de sa loi de création, l'Autorité de régulation décida d'attribuer à cet opérateur les blocs de numéros de téléphone à dix chiffres « *digits* » (099 MCDU), par sa décision n°006/CLG/ARPTC/2004 du 30 août 2004. Après sa publication au journal officiel, le ministère des PTT la considéra comme non avenue en remettant en question la compétence *ratione materiae* de l'ARPTC à ce sujet. Le ministre s'appuyait à cet effet sur les dispositions du décret n°03/027 du 16 septembre 2003 lui conférant plutôt la gestion de la numérotation au sein du gouvernement.¹⁹⁷²

800. Actuellement, la controverse a été tranchée. Après neuf ans d'insécurité juridique, la situation a été harmonisée et les modalités de calcul des revenus des prestations concernées ont été fixées par le nouveau décret n°012/15 du 20 février 2012¹⁹⁷³ et son arrêté d'application du 30 mars 2012.¹⁹⁷⁴ En outre, le ministre des PTT n'a plus inscrit la gestion de la numération dans la liste des taxes à percevoir par son administration.¹⁹⁷⁵ L'Autorité de régulation effectue la gestion de la numérotation des télécoms, dont la taxe est perçue désormais en contrepartie de son initiative. Les régimes de la loi-cadre et de la loi n°014/2002 sur l'ARPTC ont finalement été bien distingués, y compris dans les mesures d'application. Toutefois, la question n'est pas toujours aussi harmonieuse s'agissant de la gestion des fréquences.

¹⁹⁶⁸ Points XV-22 et XV-26 de l'arrêté interministériel n°005/CAB/MIN/PTT/2005 et n°110/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 29 juillet 2005 sur la fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministère des PTT, JO RDC, n° spécial, 46^e année, Kinshasa, 1^{er} novembre 2005, col. 57-60.

¹⁹⁶⁹ Article 1^{er}, B.21, 2^e tiret du décret du 16 septembre 2003, préc.

¹⁹⁷⁰ Arrêté interministériel n°005/CAB/MIN/PTT/2005 et n°110/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 29 juillet 2005 sur la fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministère des PTT, préc.

¹⁹⁷¹ Loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des recettes, préc.

¹⁹⁷² K. NDUKUMA, *op.cit.*, pp. 165-166.

¹⁹⁷³ Décret n°012/15 du 20 février 2012 fixant les modalités de calcul et les taux des revenus des prestations de l'Autorité de Régulations de la Poste et des Télécommunications, « ARPTC » en sigle, JO RDC, n°6, 15 mars 2012, col.9-10.

¹⁹⁷⁴ Arrêté ministériel n°026/CAB/VPM/MIN/PNTC/LKNG/OPS/2012 du 30 mars 2012 portant mesures d'application du décret 012/15 du 20 février 2012 fixant les modalités de calcul et les taux des revenus des prestations de l'ARPTC.

¹⁹⁷⁵ La taxe de numérotation ne figure plus dans l'Arrêté interministériel n°CAB/MIN/PT&TIC/059/2014 et n°CAB/MIN/FINANCES/2014/109 du 5 juillet 2014 portant fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du ministère des Postes, télécommunications et nouvelles technologies de l'information et de la communication [inédit].

4. Le conflit des compétences dans la gestion des fréquences radioélectriques

801. Le législateur de 2002 attribue au régulateur le pouvoir de « gérer et contrôler les fréquences ». ¹⁹⁷⁶ La loi n°014/2002 sur l'ARPTC complète la loi-cadre dans les mêmes termes en spécifiant la mission d'« assigner les fréquences nécessaires au fonctionnement de toute station de radiodiffusion sonore et de télévision ». ¹⁹⁷⁷ Cette précision est importante pour renforcer la compétence exclusive de l'Autorité de régulation congolaise dans ce sous-domaine des télécoms. Sur ce point, elle est l'équivalent de l'agence nationale des fréquences (ANFr) en droit comparé français. ¹⁹⁷⁸

802. Cependant, cette même compétence avait été attribuée au ministère des PTT par le décret n°03/027 de 2003, en ces termes: « - Police des ondes; - Centralisation et Gestion nationale des fréquences ». ¹⁹⁷⁹ Pourtant, la loi-cadre ne reconnaît de rôle au ministre des PTT sur ce point, sauf d'agir d'une manière générale tant sur le cadre réglementaire, la politique sectorielle, la conception, la proposition ou la mise en œuvre de celle-ci, que sur les règlements d'administration, de police ou de taxation du secteur. ¹⁹⁸⁰

803. Cette confusion a largement préjudicié la bonne exploitation des télécoms d'autant que les fréquences en constituent la ressource première essentielle. En effet, la « [g]estion des fréquences radioélectriques [est un] ensemble des actions administratives et techniques relevant de l'État et visant à assurer une utilisation rationnelle du spectre des fréquences radioélectriques assignés (*sic*) d'une manière objective, transparente et non discriminatoire aux utilisateurs ». ¹⁹⁸¹ Leur assignation à plusieurs opérateurs à la fois crée des interférences nuisant aux intérêts du marché, c'est-à-dire des opérateurs et des consommateurs. Assigner une fréquence ou un canal radioélectrique correspond à « l'autorisation donnée par l'État pour l'utilisation par une station radioélectrique d'une fréquence ou d'un canal radioélectrique déterminé selon les conditions spécifiées ». ¹⁹⁸²

804. Aux débuts de la dérégulation congolaise en 2002-2003, le manque de collaboration entre autorités de réglementation nationales entraînait les opérateurs à disposer des titres d'assignation de fréquences sur papier, mais techniquement inexploitable. En réalité, le pouvoir administratif de droit exercé par l'ARPTC en 2002 ne lui conférait pas encore la maîtrise cognitive des données de terrain, encore moins le niveau de contrôle des fréquences que l'administration des PTT en place depuis 1940. Les conséquences subsistent encore dans les cas d'occupation simultanée des bandes et canaux de fréquences par des opérateurs ¹⁹⁸³ ou dans ceux des assignations accordées en parallèle par le ministère pour en évoquer l'effectivité devant le régulateur.

805. De nos jours, la maturation du marché et des expériences des ARN permet une harmonie générale dans le respect et l'application des principes légaux. Toutefois, le marché n'est pas à l'abri des velléités encore fâcheuses d'affirmation de pouvoirs entre les autorités de réglementaires du domaine des PTT. Des soubresauts de conflits apparaissent de temps en temps. Tel est le cas du communiqué officiel du 15 avril 2009 par lequel le ministère des PTT rejette les assignations de fréquences décidées par l'Autorité de régulation. N'étant pas

¹⁹⁷⁶ Article 8-e), loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁹⁷⁷ Article 3-g), loi n°014/2002, préc.

¹⁹⁷⁸ P. HUET, « Allocation et gestion des ressources rares », préc.

¹⁹⁷⁹ Article 1^{er}, B.21, 4^e tiret du décret du 16 septembre 2003.

¹⁹⁸⁰ Article 6-a), b), c), d), loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁹⁸¹ Article 4-25, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁹⁸² Article 4-31, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁹⁸³ Exemple : conflit d'occupation par Orange des mêmes bandes de fréquences GSM antérieurement assignées à Tigo.

habiliter à annuler les décisions concernées de l'ARPTC¹⁹⁸⁴, le ministre a choisi de les dénoncer au journal officiel par la même voie de publicité.¹⁹⁸⁵

806. Ces erreurs exemplaires sont des cas d'école des conflits de compétences entre les autorités réglementaires des PTT en RDC. D'autres contradictions se situent dans la logique du cadre réglementaire de 2002, avec des impacts sur le fonctionnement du marché. (§2)

§2. Les contradictions des logiques du cadre réglementaire de 2002 sur les aspects fonctionnels du marché

807. Les erreurs du cadre réglementaire alimentent les conflits des compétences entre les ARN, tandis que ces dernières en tirent la source de leurs pouvoirs à exercer entre elles et à l'égard du marché. Mais, il est apparu d'autres contradictions dans la logique des politiques législatives des télécoms, avec des conséquences sur l'orientation du régime légal sur les activités proprement dites du marché. Le législateur de 2002 ne cerne pas le fonctionnement du marché, en mettant en place des régimes légaux de réseaux qui sont dépassés par le développement numérique de celui-ci. Des faiblesses de logique fragilisent dès le départ le cadre réglementaire congolais, uniquement orienté sur les réseaux de télécoms de base, sans envisager l'économie numérique, ni le commerce électronique en vogue grâce à Internet.

808. Il convient d'analyser les inadéquations du niveau des réformes entreprises par le législateur en RDC. Ce dernier n'a pas tenu compte de toutes les mutations pertinentes du marché électronique avant et après 2002. (A./) Les régimes et les titres que la loi-cadre des télécoms confère aux opérateurs du marché congolais sont, le cas échéant, désuets, indifférenciés ou imprécis au regard du droit comparé français et européen du commerce électronique. (B./)

A. / L'INADÉQUATION DU NIVEAU DES RÉFORMES LÉGISLATIVES AU REGARD DES MUTATIONS DU MARCHÉ ÉLECTRONIQUE

809. La loi-cadre a pour objet les télécoms de base. Elle rattrape un retard de législation de soixante ans entre 1940 et 2002, mais elle ne fait pas montre d'un code de communications électroniques. Elle situe les télécoms dans un sous-secteur sans traiter les aspects juridiques d'Internet. Elle se limite aux priorités d'accès au marché par les opérateurs de téléphonie mobile GSM. La loi-cadre apporte des transformations qui se concentrent sur la gestion domaniale et administrative des ressources du domaine public. Elle (re)structure davantage les pouvoirs du ministre des PTT, du régulateur (ARPTC) et de l'exploitant public. Elle ne définit pas suffisamment les règles du marché des télécoms dans ses aspects des services de la société de l'information. Et pourtant, l'économie numérique et le commerce électronique étaient déjà en vogue dans le monde, au moment de sa promulgation en 2002. L'Europe déjà en 1998 et 2000 avaient édicté les directives sur les services de la société de l'information.¹⁹⁸⁶

¹⁹⁸⁴ En l'occurrence : Décision n°001/ARPTC/CLG/2009 du 14 janvier 2009 et n°005/ARPTC/CLG du 24 février 2009. De plus, l'article 17 de la loi n°014/2002 sur l'ARPTC dispose que ses décisions sont susceptibles de recours devant la section administrative de la CSJ, pour assurer l'indépendance de l'ARPTC face au gouvernement.

¹⁹⁸⁵ JO RDC, n°8, 15 avril 2009, 1^{re} partie, « Avis et annonces », col. 74 [www.droitcongolais.info/files/avis-Ministere-des-Postes,-perte-certificat-JO-n-8,-annee-50,-15-avril-2009-.pdf] (consulté le 9 juillet 2016).

¹⁹⁸⁶ Directive 2000/31/CE, préc. Directive 98/34/CE, préc.

810. Par « opérateur », le législateur de 2002 entend « toute personne physique ou morale, exploitant un réseau de télécommunication ».¹⁹⁸⁷ Le « réseau »¹⁹⁸⁸ est défini comme un ensemble d'installations de transmission, d'acheminement de signaux de télécommunication ainsi que d'échange d'informations, de commande et de gestion entre des « points de terminaison ». Ces points sont ensuite définis,¹⁹⁸⁹ autant que l'« équipement terminal »¹⁹⁹⁰ ou encore les « télécommunications »¹⁹⁹¹. La loi-cadre entretient une disparité de définitions, sans catégorisation ni régimes d'activités entre opérateurs des services de télécoms, y compris de l'Internet. En revanche, le droit comparé européen et français a défini les opérateurs au titre de « prestataires intermédiaires du commerce électronique » ou au titre de « prestataires techniques de l'économie numérique ». L'expérience européenne fixe ainsi un cadre de catégorisation de ces prestataires, selon leurs types d'activités techniques sur le marché, voire dans la société de l'information.¹⁹⁹²

811. Actuellement, la loi-cadre de 2002 reste la source formelle du « droit de l'accès au marché des télécoms », lui-même de plus en plus dépassé par l'évolution technologique. En effet, le législateur privilégie le critère de catégorisation des opérateurs par rapport à une typologie de réseaux et non par type d'activités sur le marché. Le système réglementaire est construit sur la typologie des réseaux, à laquelle la loi rattache un régime et à ce dernier ensuite, un titre particulier d'exploitation. Les trois régimes existants en sont et demeurent les suivants : 1° le « réseau de base » de l'exploitant public, 2° les « réseaux concessionnaires des services publics » ouverts au public et 3° les « réseaux indépendants ». Sur cette base, la loi opère une répartition des compétences et attributions entre les autorités de réglementation nationales, en fonction des catégories, des régimes et des titres correspondants à chaque réseau. C'est cette typologie qui détermine les pouvoirs d'action du ministre des PTT et le régulateur sur les opérateurs.¹⁹⁹³ En principe, les détenteurs de « licences » exploitent des réseaux ouverts au public, tandis que les détenteurs d'« autorisations » sont destinés à exploiter des réseaux indépendants. Mais l'article 17 de la loi-cadre applique de manière très diffuse ces « régimes d'exploitation » à des services et d'activités qu'elle ne prend pas soin de définir, se limitant à insinuer leur variété.¹⁹⁹⁴

812. Paradoxalement, ce n'est qu'à son exposé des motifs que la loi-cadre évoque l'Internet à titre prospectif, en l'assimilant au statut et au régime des services à valeur ajoutée, comme supplétif des télécoms. La perspective de la loi ne franchit pas le seuil d'autres technologies plus avancées, en dehors de la téléphonie cellulaire. La finalité globale des télécoms n'est pas précisée dans l'économie et la société, ni l'objectif de la pleine concurrence. En RDC, les « lois dérégulatrices » de 2002 n'ont pas tenu compte du fait que « [l]a concurrence est un des principaux mécanismes qui permettent à l'Internet de stimuler la croissance économique ».¹⁹⁹⁵ Quinze ans plus tard (2002-2017), ces lois demeurent

¹⁹⁸⁷ Article 4-10, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁹⁸⁸ Article 4-2, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁹⁸⁹ Article 4-15, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁹⁹⁰ Article 4-14, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁹⁹¹ Article 4-1, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

¹⁹⁹² Cf. Partie 1, Titres I, Chapitres 1 et 2 de la présente thèse. La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique (préc.) catégorise les « prestataires intermédiaires » (section 4) avant de définir leur régime de responsabilité par rapport aux contenus qu'ils transportent, qu'ils stockent ou diffusent.

¹⁹⁹³ Article 9, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. « Les télécommunications comportent trois types de réseaux : - le réseau de référence ou réseau de base ; - le réseau concessionnaire des services publics ; - le réseau indépendant »

¹⁹⁹⁴ Article 17, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : « Il existe trois régimes d'exploitation distincts s'appliquant à des services et des activités également différents : a) le régime de concession ; b) le régime de l'autorisation et c) le régime de la déclaration ».

¹⁹⁹⁵ BANQUE MONDIALE [2016], *op.cit.*, p.19.

inchangées et la transformation du secteur est inachevée.¹⁹⁹⁶ Cependant, les télécoms ne sont qu'un maillon de l'« écosystème numérique ».¹⁹⁹⁷ Même si elles sont à part entière des techniques de mise en relation à distance, leur utilité finale est de donner accès aux ressources numériques et/ou de servir de support des activités numériques.¹⁹⁹⁸ Les communications électroniques ont évolué au point que l'Internet ne peut plus être maintenu par le législateur congolais à un rang accessoire, surtout au regard des statistiques en Afrique.¹⁹⁹⁹

813. De nos jours en RDC, le régime des opérateurs est construit par type de réseau. Cette architecture législative est décalée non seulement par rapport à la convergence numérique, mais aussi par rapport au droit comparé européen ou français dont le législateur congolais de 2002 s'inspirait notamment.

B./ L'INADÉQUATION DES RÉGIMES DU DROIT CONGOLAIS DES TÉLÉCOMS AU VU DU DROIT COMPARÉ

814. La loi-cadre sur les télécoms consacre trois types de réseaux auxquels il attache des régimes particuliers, à savoir : les réseaux de l'exploitant public, les réseaux concessionnaires et les réseaux indépendants. La conception et l'application de ces typologies présentent une inadéquation aussi bien par rapport au marché congolais que par rapport au niveau plus avancé du droit comparé. Le déphasage des régimes du droit congolais se démontre à travers les évolutions économiques, technologiques et juridiques du marché local et international. Une appréciation critique de chaque régime mérite d'être effectuée au regard de son contenu et des défis qu'il pose. Au vu du droit comparé français, il convient d'explicitier les critères de législation et de réglementation fondant ces régimes qui s'avèrent : « désuet » pour le cas de l'exploitant public, « indifférencié » pour les réseaux concessionnaires et « imprécis » pour les réseaux indépendants.

815. D'ores et déjà, la loi-cadre ne transfère pas les télécoms du domaine de droit public à celui de la concurrence. Les activités des télécoms restent fondamentalement rattachées au régime du droit administratif, en dehors d'autres branches du droit concernées. La dérégulation n'a pas encore autorisé une libéralisation qui aboutit à l'application des règles plus souples de droit privé aux acteurs du marché. Elle considère les opérateurs du marché comme des agents délégués d'un service public, avec qui l'État entretient des rapports sur

¹⁹⁹⁶ Cf. Partie 2 : Titre 1, Chapitre 2 et Titre 2, chapitre 1 et 2 de la présente thèse. Ces aspects sont développés au-delà des points relatifs à la dérégulation des télécoms de base. Ils correspondent aux nouveaux défis de l'économie numérique et aux projets de loi en cours d'examen actuellement au Parlement (2017).

¹⁹⁹⁷ A. BAMDÉ, *op.cit.*, p. 27. « Chaque innovation sociale est devenue porteuse de révolution sociale. L'invention du télégraphe électrique en est le parfait exemple. [...] L'idée selon laquelle l'avenir d'un pays et des peuples est étroitement lié à l'édification des réseaux de communication était désormais présente au plus profond de chacun des artisans du monde. [...] Au contraire, celle-ci a grandi et s'est enrichie à mesure que les kilomètres de fils et de câbles reliant les êtres humains entre eux ont augmenté, jusqu'à devenir le moteur de la société ».

¹⁹⁹⁸ V-L BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 1-25.

¹⁹⁹⁹ B. POLLE, « Téléphonie mobile : le nombre d'abonnés africains en hausse de 70% depuis 2010 », *Jeune Afrique*, rubrique Économie, entreprises et marchés, 1^{er} août 2016 [www.jeuneafrique.com/345544/economie/État-de-leconomie-mobile-afrique-rapport-gsma-2016] (consulté le 21 novembre 2016). Au cours de la même année 2015, les opérateurs se sont tout de même établis à 133 milliards de dollars de chiffres d'affaires cumulés en 2015 et pourraient atteindre 210 milliards de dollars à échéance 2020. Malgré la forte dominance des réseaux 2G, l'essor du haut débit est perceptible : la moitié des 74 réseaux 4G en activité en Afrique a été lancés depuis moins de trois ans (2013-2015). Cette offre croissante de l'Internet mobile encourage les acquisitions des Smartphones. En fin 2015, 226 millions de cartes SIM sont utilisées via des Smartphones, soit 23% des connexions, ce qui représente un taux de couverture assez modeste. Mais les appareils *low cost* gagnent des parts de marché aidés en cela par des prix de vente cassés à 160\$ en moyenne fin 2015 contre 230\$ en 2012. Ces prix sont encore en baisse. GSMA table sur 720 millions de connexions par Smartphone (sur 1,3 milliards de carte SIM en circulation) en 2020. Cependant, le continent africain présente le plus faible taux de couverture de l'Internet au monde. En termes de potentiel, les indicateurs font de l'Afrique le deuxième plus grand marché des technologies au monde, derrière la zone Asie-Pacifique avec 12% des abonnés uniques mondiaux.

base d'un contrat administratif. Un cahier des charges définit les règles et conditions d'exercice des activités économiques dans le secteur des télécoms.²⁰⁰⁰

1. *Le régime suranné et désuet du réseau de l'exploitant public*

816. S'agissant du premier régime de loi-cadre, le réseau de base de l'exploitant public dispose des « droits exclusifs et spéciaux » tirés directement de la loi, qui l'autorise aussi à agir sur le marché des services libéralisés. Le ministre ne peut déroger à ces droits de l'exploitant public que sur avis de l'ARPTC, l'exploitant public également entendu.²⁰⁰¹ L'exploitant public dispose d'un « réseau de référence » ou « de base » auquel les réseaux concessionnaires sont tenus de s'interconnecter et de faire transiter leur trafic national et international.²⁰⁰² La logique législative conçoit son réseau comme la colonne vertébrale du « réseau national »²⁰⁰³, qualifié de « back-bone » dans le jargon du pays, en vue d'effectuer des opérations de « simple transport », dites « *mere conduit* » en droit européen.²⁰⁰⁴ Les dispositions finales de la loi-cadre ont assigné à l'OCPT/SCPT et au RENATELSAT, à titre transitoire, le statut d'exploitant public, mais sans que l'État n'ait mis à disposition du marché les infrastructures de réseau répondant aux ambitions du législateur.

817. Dans la méthode fidèle au droit comparé, notre thèse rapproche de l'expérience européenne, les situations concrètes sur lesquelles le législateur congolais n'a pas édicté, ni su trouver des solutions adéquates.

818. En Europe, avant même les directives du « paquet télécom » 2002, l'exclusivité n'était plus à l'ère du temps. La série des directives « ONP » de 1990 avait déjà imposé aux États d'abolir les droits exclusifs ou spéciaux pour la fourniture de services de télécoms. Une exception était faite au début de la dérégulation européenne pour le service téléphonie vocale, les services par satellite et les services de radiocommunications mobiles. Le marché de l'Union européenne avait dès lors évolué et la pleine concurrence avait été introduite par la directive 96/19/CE, y compris pour les derniers « bastions monopolistiques » de la téléphonie vocale et de l'exploitation des réseaux. La directive « concurrence » de la commission, en complément du paquet télécom, a définitivement apporté la finalité d'harmonisation, de codification et de simplification du cadre réglementaire européen. Elle a remplacé toutes les directives ONP ayant posé les bases de la libéralisation, notamment la directive 98/388/CEE de la série ONCP, sans ajout d'obligations nouvelles. Sur cette base, la pleine libéralisation du marché intérieur des télécoms est assurée, sauf les seules obligations supplémentaires dans le domaine des satellites.²⁰⁰⁵

819. Malheureusement, le législateur congolais de 2002 ne s'est pas inspiré des directives européennes du paquet télécom dont la plupart des propositions avaient été présentées et adoptées en mars 2002 en Europe. La RDC n'est pas entrée dans l'ère du temps, ni dans l'ordre des avancées du droit et des marchés européens, alors que ces évolutions

²⁰⁰⁰ Arrêté ministériel CAB/MIN/PTT/0027/31/93 du 18 novembre 1993 fixant les conditions d'exercice des activités dans le secteur des télécommunications, préc.

²⁰⁰¹ Articles 10 à 12, 37 et 38, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

²⁰⁰² Article 38, al. 2, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

²⁰⁰³ Article 4-33, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. « Réseau national : l'ensemble de terminaux d'abonnés, de lignes téléphoniques, de centraux, de moyens de transmission terrestres et par satellites utilisés en République Démocratique du Congo pour la production des services de télécommunications locaux, interurbains et internationaux ».

²⁰⁰⁴ Article 12, Directive 2000/31/CE, préc. Pour le cas de l'OCPT/SCPT et RENATELSAT, la logique correspondance par rapport à la définition européenne du « Simple transport ("*mere conduit*") » se limiterait à l'aspect de « [...] fourniture d'un service », sans prendre la suite de la définition européenne qui ajoute « ou à fournir un accès au réseau de communication ».

²⁰⁰⁵ D. BOULAUD, *Le nouveau cadre européen des communications électroniques, quelle régulation pour quel équilibre ?*, Rapport d'information, n°3048, Assemblée nationale, Paris, 2001, pp. 17 et s.

étaient déjà de mise avant la promulgation de la loi-cadre, le 16 octobre 2002. Le niveau de cette dernière reste celui des premiers jalons de libéralisation graduelle des directives ONP des années 1990. Quinze ans après, la LCT est resté d'application en RDC, sans un travail parlementaire de revue périodique comme ce fut le cas des directives du « paquet télécom » en 2009, 2012, 2014 et actuellement.²⁰⁰⁶

2. *Le régime légal indifférencié des « réseaux concessionnaires »*

820. Le deuxième régime de la loi-cadre est celui des réseaux concessionnaires. Ils sont censés détenir des « licences de concession de services publics des télécoms » délivrées par le Ministre, sur instruction de dossier par l'ARPTC. Le législateur donne à la licence le sens d'un « contrat de concession liant l'État à un concessionnaire, personne physique ou morale de droit public ou privé ».²⁰⁰⁷ Au sens de Gaston Jèze, « Il est un point sur lequel il convient de retenir l'attention : le service public n'est pas toujours géré par des agents publics ; il est un cas spécial de gestion des services publics : la concession des services publics. Un individu, une compagnie privée sont chargés de faire fonctionner le service public ».²⁰⁰⁸ Tel est le cas du régime des réseaux concessionnaires en RDC. En principe, hormis la communication audiovisuelle²⁰⁰⁹, ce régime de concession concerne tous les types de réseau de télécoms ouvert au public : Internet, GSM, téléphonie fixe de type filaire ou TSF, « télédistribution »²⁰¹⁰, etc.²⁰¹¹

821. Concernant l'Internet, une liste ad hoc des FAI a été établie par les titulaires de licences et autorisations spéciales pour dénoncer des « opérateurs [dits] clandestins »,²⁰¹² fournissant lesdits services sans aucun titre d'exploitation. Le système congolais reste encore soumis à la délivrance d'une autorisation spéciale et préalable pour l'accès au marché de fournitures, tandis que les directives européennes du « paquet télécom » 2002 et 2009 n'en exigent que si l'activité entraîne une allocation de ressources radioélectriques.²⁰¹³

822. En droit de l'Union européenne, le système de l'octroi de licences individuelles fut le modèle dominant dans les années 1990 pour les États, en cours de transformation de leurs services publics monopolistiques. Ce « droit de l'accès aux télécoms » couvrirait tant l'accès au marché qu'aux consommateurs territoriaux entre États européens.²⁰¹⁴ Cette institution juridique (autorisation spéciale) était consacrée par la directive 97/13/CE, dite « directive licence » de la série ONP. Le système entendait « faciliter l'accès aux marchés nationaux »,

²⁰⁰⁶ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1, section 1 de la présente thèse.

²⁰⁰⁷ Article 13, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : Le réseau concessionnaire de service public est un réseau ouvert au public, établi sur la base de contrat de concession liant l'État à un concessionnaire, personne physique ou morale de droit public ou privé dont il attend des frais de licence, de divers paiements périodiques liés à des obligations d'intérêt public et d'autres droits dus ». Cette disposition de la LCT est l'article unique de la « Section II : Réseaux concessionnaires de services publics ».

²⁰⁰⁸ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif...*, op.cit., p. 64.

²⁰⁰⁹ En France comme en RDC, la Communication audiovisuelle relève organiquement d'un autre domaine de régulation sectorielle que les télécoms, car elle porte sur le contenu auquel les télécoms servent de support. Mais, elle reste en lien avec le secteur public des télécoms, en ce qui concerne l'attribution et la gestion des fréquences radioélectriques dont elle a besoin pour fonctionner.

²⁰¹⁰ Article 4-8, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : « Télédistribution : La transmission ou la retransmission à des abonnés à travers un réseau de câble et/ou hertzien, des signaux de radiodiffusion sonore et de télévision reçue par satellite ou par un système de terre approprié ou produits localement ». Elle reste dans le champ d'intersection entre le secteur des médias et des télécoms.

²⁰¹¹ Articles 13, 16 à 22, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

²⁰¹² RADIOOKAPI, « Me Kodjo Ndukuma s'exprime l'assainissement du secteur des télécommunications », Kinshasa, 1^{er} juin 2015, in [http://www.radiookapi.net/emissions-2/invite-du-jour/2015/06/01/kodjo-ndukuma-s'exprime-l'assainissement-du-secteur-des-telecommunications#sthash.94iJ7kQw.dpuf] (consulté le 1^{er} juin 2016).

²⁰¹³ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1, section 1 de la présente thèse.

²⁰¹⁴ J. CATTAN, op.cit., p. 17 et s.

en laissant les lois de police et les ARN à charge de la réglementation nationale. Mais cette architecture fondée sur le principe d'une « autorisation préalable » a été la source d'une « réelle hétérogénéité » des droits concédés en Europe, laquelle était nuisible au développement d'un marché intérieur concurrentiel européen.

823. Ainsi en 2002, la directive « autorisation » du paquet télécom s'est substituée à la « directive licence » de 1997, en vue d'harmoniser et niveler les droits obtenus sous l'ancien régime. Le « paquet télécom » apportait un nouveau système d'autorisation générale, n'exigeant en principe pas d'autorisation préalable sauf « en cas de d'utilisation des ressources rares, comme les fréquences et les numéros ».²⁰¹⁵ Mais pour l'accès au marché, en RDC, « [l]a déclaration est préalable et est faite auprès de l'Autorité de Régulation dans les conditions et sous les effets devant être précisées par directives de l'A[RPTC] ».²⁰¹⁶

824. Dans sa *ratio legis*, la loi-cadre de 2002 est restée globalement en deçà du niveau des directives européennes « ONP » des années 1990, visant la fourniture d'un réseau ouvert (« *open network provision* »). En revanche, la logique du libre accès (« *free access* ») irrigue les directives successives du « paquet télécom » depuis la même année. Il serait très difficile d'appliquer en RDC le principe d'entrée libre sur le marché ou d'un droit de l'accès aux télécoms sans pas-de-porte, ni contrepartie des droits pour le trésor public. Le pays mise sur les entrées de devises étrangères comme le considère clairement le gouvernement depuis 2003, en régulant étroitement le marché concurrent des communications internationales entrant dans le pays. La question des taxes administratives était aussi posée avec acuité lors de la transformation du cadre juridique européen de 2002 de l'accès au marché électronique – passant des règles « ONP » (imposant des licences) à celles du « paquet télécom » (établissant le principe d'une autorisation générale). Ce changement a été négocié entre États par un accord politique, afin de ne plus imposer la répartition des taxes entre les entreprises en fonction de leur chiffres d'affaires, ni l'exemption de paiement en faveur de petits opérateurs.²⁰¹⁷

825. Sous le régime de la loi-cadre, non seulement que la loi des finances requiert des frais de licence et d'autorisation, mais les cahiers des charges des opérateurs leur exigent le paiement d'une redevance annuelle de 2 à 3% de leurs titres, au titre d'annuité rémunératoire, au plus tard le 31 mars de l'année suivant la fin de l'exercice. À propos, l'ordonnance-loi n°13/003 du 23 février 2013 fixe la nomenclature des droits, taxes et redevances du pouvoir central. L'arrêté interministériel des ministres des finances et des PTT, qui en a fait application au 5 juillet 2014, prévoit des taxes pour l'acquisition de tous les titres correspondant à chaque régime ainsi que les redevances. C'est également le cas du principe arrêté pour la mise aux enchères de l'acquisition des « licences », dont le prix d'acquisition est indexé au minimum de la dernière licence de concession vendue.²⁰¹⁸ Les dernières licences attribuées en RDC l'ont été en 2012 au profit de la Société Yozma Times Turns S.A. pour un

²⁰¹⁵ D. BOULAUD, *op.cit.*, pp. 16 et 17.

²⁰¹⁶ Article 28, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. Il est à noter qu'en droit congolais la « déclaration » est un régime des droits de l'accès au marché moins contraignant que le régime d'autorisation et de licence, cette dernière étant dite « concession ». La déclaration est le régime le moins lourd mais requiert néanmoins un titre préalable.

²⁰¹⁷ D. BOULAUD, *op.cit.*, pp. 16 et 17.

²⁰¹⁸ Article 1-8°, Arrêté interministériel n°CAB/MIN/PT&TIC/059/2014 et n°CAB/MIN/FINANCES/2014/109 du 5 juillet 2014 portant fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du ministère des Postes, télécommunications et nouvelles technologies de l'information et de la communication [inédit] : « Taxe sur l'autorisation de concession ou contrat d'exploitation des services publics des télécommunications (Licence) : Téléphone –fixe avec câble – fixe sans fil (*wireless*) – Mobile [avec] évolution des générations 2G, 3G (IMT, UMTS, Iburst-Mobile, etc.), 4G (LTE-WIMAX, etc.) 5G, autres) »

coût de l'ordre de 55.000.000\$ et de 15.000.000\$. Elles concernaient l'établissement de ses réseaux de téléphonie GSM 2G et de l'Internet mobile 3G dans le pays.²⁰¹⁹

3. *L'imprécision du régime légal des « réseaux indépendants »*

826. En outre, le troisième régime de la loi-cadre concerne les « réseaux indépendants », soumis à une simple formalité de « déclaration » assortie du titre ainsi nommé. L'intervention du ministre des PTT n'est pas de mise dans cette procédure. Les conditions de la loi se limitent à l'exploitation de tels réseaux, à détenir et à établir moyennant autorisation de l'Autorité de régulation. Les réseaux indépendants concernent des services non ouverts au grand public : Intranet, PABX, VLAN, etc. Il s'agit notamment des services d'annuaires téléphoniques, des réseaux d'organismes et institutions étrangers et internationaux, des stations terriennes de réception individuelle et des stations de communication de « faible puissance et portée »²⁰²⁰.

827. Ces activités des réseaux indépendants peuvent se limiter à une simple déclaration « dans les conditions et sous les effets devant être précisés par directives de l'Autorité de régulation ».²⁰²¹ Ce dernier régime regroupe des activités d'exploitation de réseaux n'impliquant pas les mêmes exigences d'instruction et de compétence pour la délivrance des « concessions » de droit administratif. La loi-cadre enjoint les réseaux indépendants de ne pas obtenir un quelconque paiement de la part des bénéficiaires de leurs activités.²⁰²² Mais le régime de « réseaux indépendants » ne définit nullement ce que la loi sous-entend, contrairement aux deux précédentes catégories de réseaux. Cette lacune du législateur congolais de 2002 est flagrante face au droit comparé français, car celui-ci définit le réseau indépendant comme « un réseau de communications électroniques réservé à l'usage d'une ou plusieurs personnes constituant un groupe fermé d'utilisateurs, en vue d'échanger des communications internes au sein de ce groupe ».²⁰²³

828. Cependant, le législateur congolais reste imprécis en disposant que « [l]e régime de déclaration concerne les activités de télécommunications autres que celles soumises aux deux régimes précédents ».²⁰²⁴ La loi-cadre ouvre un assez large champ du possible sans le définir. Cette illustration fait partie de nombreuses ambiguïtés et apories de la législation sectorielle des télécoms. Ces anomalies sont à la base des confusions des droits sur le marché, du déséquilibre de la concurrence et des conflits de compétences entre autorités de réglementation nationales.

829. En pratique, la distinction de régime détermine les pouvoirs d'action respectifs du ministère des PTT pour les licences, et de l'Autorité de régulation pour les autorisations. Le raisonnement par déduction n'assure pas la sécurité juridique pour des compétences devant rester d'attribution.²⁰²⁵ Ces craintes juridiques corroborent l'étude faite en 2005 sur le thème

²⁰¹⁹ Arrêté ministériel n°CAB/MIN/PT&NTIC/0011/09/2012 du 10 septembre 2012 portant attribution de la licence d'établissement et d'exploitation de réseau public de télécommunications de troisième génération « 3G » en R[DC] (inédit.)

²⁰²⁰ Article 27, alinéa 2, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. Le point d) de cet alinéa 2 fixe cette « faible puissance [à celle] inférieure à 10 milliwatts ou [à celle] de faible portée limitée à la zone urbaine de 300 mètres ».

²⁰²¹ Articles 14 et 15, 22 à 28, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

²⁰²² Article 49, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : « Sauf stipulation contraire d'une convention particulière conclue avec l'État, il est interdit à l'exploitant d'un réseau indépendant de percevoir une redevance, rémunération ou un avantage quelconque direct ou indirect en raison de l'établissement ou de l'usage d'une installation d'un appareil privé de télécommunications ».

²⁰²³ Articles 32 à L 32-4 CPCE, spéc. L 32 - 4° tel que modifié par la loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

²⁰²⁴ Article 27, alinéa 1, Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

²⁰²⁵ G. CORNU, *op.cit.*, p. 213. *Verbo.* La « compétence » est l'aptitude [d'une autorité] à agir dans un certain domaine », soit à l'exclusion de toute autre, soit dans les règles de collaboration ou de décision.

de l'« intra-régulation », par Oscar Manikunda, alors Directeur de l'Economie et Perspective et président en exercice de l'ARPTC depuis 2009.²⁰²⁶

830. Ainsi, des « licences » ont été délivrées à des fournisseurs d'accès à Internet (FAI), en les attribuant en qualité de réseaux concessionnaires, car leurs services sont ouverts au public. Dans l'instruction de dossiers analogues, le régulateur décida aussi des « autorisations » pour des FAI établissant des réseaux en principe restrictifs, mais qui se sont étendus au public par la suite. Pour garantir la sécurité juridique de leurs réseaux, certains particuliers, professionnels ou opérateurs GSM associèrent les deux titres : concessions et autorisations pour un seul et même service.²⁰²⁷ L'auteur conclut que « [c]ette anarchie intra-sectorielle [avec] une administration publique sectorielle sclérosée et non préparée à la dynamique de mutation dans son domaine a produit un besoin, celui de rétablir le bon fonctionnement du marché par une régulation. Sans quoi, le secteur allait tout droit vers le blocage. »²⁰²⁸

831. L'harmonisation des régimes reste un élément central du travail de *lege ferenda* en cours au parlement congolais.²⁰²⁹ D'ores et déjà, la convergence des réseaux et des médias (terminaux) efface le clivage entre réseaux ouverts au public, réseaux indépendants et les services innovant y associés.²⁰³⁰ Ces derniers n'ont plus forcément besoin de réseau, ni d'infrastructures, encore moins d'installations pour opérer et faire « concurrence aux opérateurs de la téléphonie traditionnels ». ²⁰³¹ L'architecture logique de la loi-cadre fondée sur les types de réseau ne tient plus tout à fait, face aux mutations technologiques. Tels sont les cas des opérateurs des applications dits « OTT », comme *Skype*, *Whatsapp*, *Imo*, *Viber*, etc. Il existe par ailleurs « un combat qui oppose l'ARCEP à la société "Skype" qui refuse de se soumettre globalement au CPT [sous le] prétexte pris qu'elle ne fait que transiter de la voix sur l'Internet ». ²⁰³²

832. Il est aussi déplorable de constater que le législateur de 2002 ne définit pas non plus la responsabilité des acteurs du marché des télécoms, comme la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 l'avait fait en Europe deux ans auparavant.²⁰³³ Aucune distinction n'est faite entre hébergeur, opérateur, FAI et éditeur, en vue de limiter leurs risques d'investissement sur le marché et d'en favoriser le développement. En somme, l'erreur fondamentale de législation en RDC est de n'avoir pas intégré les télécoms dans le contexte global de la société de l'information. En se limitant au niveau primaire de dérégulation du secteur des télécoms selon les accords de l'OMC, la RDC n'a pas inscrit ses lois et règlements dans l'économie numérique du XXI^e siècle. Malgré sa promulgation en 2002, dans le cours de la révolution numérique, le législateur congolais n'a pas su transcender l'« effet de diligence », au sens de Jacques Perriault.²⁰³⁴ En fait, l'attitude du législateur est forgée par « [l]es mentalités

²⁰²⁶ O. MANIKUNDA MUSATA, *op.cit.*, p. 6.

²⁰²⁷ Ainsi, la décision n°002 bis/ARPTC/CLG/ 2006 du collège de l'ARPTC du 27 janvier 2006 a autorisé Celtel Congo (opérant actuellement sous la dénomination « Airtel RDC ») à fournir les services Internet au public. L'article 1^{er} de la décision arrête : « la société Celtel Congo est autorisée à fournir les services Internet au public sur l'ensemble du territoire de la RDC, à travers son réseau [téléphonique] GSM ou tout autre réseau de télécommunication ouvert au public qu'il pourra déployer ».

²⁰²⁸ O. MANIKUNDA MUSATA, *op.cit.*, p. 6.

²⁰²⁹ Cf. Partie 2, Titre II, spécialement Chapitre 1 de la présente thèse.

²⁰³⁰ P.-F. DOCQUIR et M. HANOT (sous la dir.), *Nouveaux écrans, nouvelles régulations ?* *op.cit.*, p. 13.

²⁰³¹ S. CHARTY (sous la dir.), *La régulation d'Internet, regards croisés de droit de la concurrence...*, *op.cit.*, p. 22.

²⁰³² *Ibidem*.

²⁰³³ C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, pp. 329-455.

²⁰³⁴ J. PERRIAULT, « Effet diligence, effet serendip et autres défis pour les sciences de l'information », Paris X Nanterre, CRIS/SERIES, octobre 2012, in [<http://www.pearltrees.com/u/1696102-diligence-serendip-information>] (consulté le 5 juin 2017).

habituées à des techniques désormais dépassées, utilis[a]nt les nouveaux outils avec des protocoles anciens ; c'est ce que [l'auteur] appelle "effet de diligence" ».²⁰³⁵

833. C'est ainsi que la loi-cadre paraît comme « [l]es premiers wagons [qui] ressemblaient à des diligences et les premières automobiles à des voitures à cheval ».²⁰³⁶ Adoptée à l'aube du 2^e millénaire de notre ère, la loi-cadre de 2002 n'a pas tenu compte de l'Internet, ni des obligations de sécurité publique que les autorités de réglementation nationales se sont efforcées de réglementer. Le législateur congolais aurait pu « éviter le piège de l'effet diligence », s'il s'était porté « à chercher et à identifier les pratiques innovantes à la périphérie [...] pour se repérer dans un environnement qui sera de plus en plus complexe ».²⁰³⁷ En agissant maladroitement comme des « portulans »²⁰³⁸ au XIII^e siècle, la logique du législateur congolais « situe l'environnement Internet par rapport à sa propre trajectoire [celle du législateur lui-même]. Hésitant dans la maîtrise de cet espace, il l'est ainsi en ce qui concerne le temps ».²⁰³⁹ Des développements supplémentaires sont effectués aux chapitres suivants sur les défis de correctif et de parachèvement du cadre réglementaire des télécoms en RDC.²⁰⁴⁰ Mais, dans un tel contexte des lois, les mesures de réglementation *ex ante* se sont avérées difficiles et risquées pour les ARN et le marché lui-même à plusieurs égards, notamment : la gestion prudentielle des abonnements anonymes et le droit de l'accès à l'interconnexion.

834. En résumé du chapitre, le processus de dérégulation a donné lieu en RDC à une « législation très sectorielle » des télécoms. Le législateur de 2002 a opéré la transformation du service public des télécoms, suivant le modèle de l'OMC. Toutefois, elle n'a pas réglé les enjeux majeurs du droit de la régulation sectorielle qui en découle. La transition du secteur des télécoms est résolument engagée vers l'économie du marché. L'État a transformé ses institutions juridiques, principalement en institutionnalisant la régulation, dissociée de la réglementation et de l'exploitation. Mais, des erreurs de départ affectent la logique de législation, qui pose des contraintes à son application et au fonctionnement du marché. Celui-ci s'autorégule à plusieurs égards. Il demeure à la pointe de l'innovation et donc en avance dans le processus de changement par rapport à l'État, à ses institutions et à son droit. Le processus de dérégulation doit faire face à de nouvelles mutations technologiques, pratiques et économiques.

835. Si les droits congolais et européen restent comparables avec les mêmes enjeux de la globalisation, leurs expériences présentent d'énormes écarts de niveau dans les régimes et leurs temps en Europe. À son origine, la loi-cadre de 2002 s'était référée à l'expérience des lois françaises et des premières mesures de libéralisation de la Commission européenne de 1988 avant les directives « ONP » du second semestre de 1990. La loi-cadre a repris aux débuts du 21^e siècle et maintient un modèle de politique législative déjà suranné en Europe. Sa promulgation est intervenue au moment où l'Europe, elle-même, avait déjà modifié en mars 2002 ce cadre initial de libéralisation. En revoyant lui-même son « paquet télécom » périodiquement, le droit européen s'est drastiquement distancé d'autres droits.²⁰⁴¹ Il faut non

²⁰³⁵ *Ibidem.*

²⁰³⁶ *Ibid.*

²⁰³⁷ *Ibid.*

²⁰³⁸ *Ibid.* Cf. aussi *Le petit Larousse illustré 2017*, Verbo « portulan » : carte marine de la fin du Moyen-âge et de la <Renaissance, indiquant la position des ports et le contour des côtes.

²⁰³⁹ *Ibid.*

²⁰⁴⁰ Cf. Partie 2, Titre I, Chapitre 2 de la présente thèse.

²⁰⁴¹ N. THIRION, « Économie de marché, réglementations sectorielles et droit économique », préc., p. 11. Il faut considérer le cas « dans la mesure où le dispositif communautaire qui la régit désormais est le plus avancé et le plus exhaustif de tous les

seulement corriger et parachever la dérégulation des télécoms de la RDC, mais il faut également penser à de nouvelles transitions de ses approches et adapter ses concepts. L'« effet de diligence » de la loi-cadre s'accroît, car « une invention technique met un certain temps à s'acclimater pour devenir une innovation. Pendant cette période d'acclimatation, des protocoles anciens sont appliqués aux techniques nouvelles. Ainsi, les premiers wagons avaient les formes de diligence [à chevaux] ». ²⁰⁴²

836. De nos jours, la transition numérique de l'économie et des réseaux confirme la transversalité de l'Internet dans la société de l'information. « L'essor de l'Internet, défini comme le "réseau des réseaux"[...] permet l'interconnexion d'opérateurs et de consommateurs dispersés dans différents États, sans que leur localisation géographique n'exerce d'influence significative [...]. Les activités économiques menées par l'intermédiaire des réseaux de communication participent ainsi au mouvement de mondialisation de l'économie ». ²⁰⁴³ Malheureusement, le processus de dérégulation congolaise n'offre pas encore de régime adéquat et adapté face à l'Internet et aux activités numériques.

837. En dépit de tout, le secteur des télécoms en RDC demeure faiblement réglementé, comparativement à l'Europe. Si l'État congolais voit indéniablement son marché évoluer, son droit reste en revanche figé suite au *statu quo* du cadre réglementaire de 2002, non révisé à ce jour. Son marché a effectué un saut des technologies qui le place au même niveau des défis du numérique que l'Europe et le reste du marché numérique mondial. En revanche, les systèmes juridiques européen et français ont connu des mutations graduelles du marché électronique ainsi qu'une évolution technique et juridique des « télécoms » aux « communications électroniques », dans l'ordre des services de la société de l'information. De nouveaux défis se posent à la régulation sectorielle. Des exemples attestent des écarts d'application des principes de l'OMC par la loi-cadre de 2002. Cette loi des télécoms est en décalage avec le marché, en déphasage avec la pleine concurrence et en ballotage dans sa logique de réglementation. Elle oscille entre une véritable transformation des services publics en marché libéral et la conservation des institutions administratives classiques. ²⁰⁴⁴

838. Aussi, de nouveaux défis législatifs apparaissent-ils face aux mutations de la communication et de l'économie numériques. ²⁰⁴⁵ Tout autant que les facteurs de législations ont évolué depuis les premières déréglementations, les objectifs d'approche de la régulation sectorielle sont eux-mêmes en reformulation pour une régulation plus globale. Des pistes innovantes du droit de la régulation se dessinent et se discutent, comme par exemple : la « régulation convergente » ²⁰⁴⁶ et l'« interrégulation ». ²⁰⁴⁷ De nos jours, la révolution

instruments de droit européen gouvernant les industries de réseau. Du point de vue expérimental, les télécoms offrent donc un profil idéal pour une réflexion en profondeur. »

²⁰⁴² P.-F. DOCQUIR et M. HAMOT (sous la dir.), *op.cit.*, p.13. L'ouvrage collectif reprend la pensée de J. PERRIAULT, « Effet diligence, effet serendip et autres défis pour les sciences de l'information », Paris X Nanterre, CRIS/SERIES, octobre 2012, mais en citant une autre source : [http://archives.limsi.fr/WkG/PCD2000/textes/perriault.html].

²⁰⁴³ Cf. Cahiers français, *La société numérique*, n°372, Paris, 2013, pp. 1-7 et 12-17.

²⁰⁴⁴ La section 2 du présent chapitre de thèse explique les écarts de la LCT par rapport aux réalités du marché, permettant d'appréhender les contraintes générales d'application du modèle de dérégulation de l'OMC en RDC.

²⁰⁴⁵ M. DE SAINT PULGENT, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs », M.-A. FRISON-ROCHE, *Internet et espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016, p. 3. « Comme dans d'autres domaines de la vie économique et sociale [...], les situations d'inégalité de position et d'allocation de ressources rares, fréquentes dans le monde du numérique, justifient pleinement l'intervention des pouvoirs publics ».

²⁰⁴⁶ *Ibidem.* p.4. L'économie numérique pose des questions qui débordent et qui ne touchent plus exclusivement les marchés des services de communications numériques, mais qui concernent des activités économiques et des pratiques sociales de plus en plus diversifiées. [...] De ce fait, la régulation du numérique interfère de plus en plus avec la régulation d'autres secteurs économiques. [...] Aujourd'hui [...] les points de jonction et de convergence se multiplient du fait de l'essor du numérique et de l'évolution des techniques ». Par conséquent, les objets techniques distincts par secteur peuvent fusionner, sous l'autorité d'un seul organe de régulation.

numérique a renforcé la mondialisation des marchés et la globalisation des réseaux, pour tous les États du monde, y compris la RDC. Les niveaux du droit international et comparé appellent plusieurs correctifs pragmatiques ainsi que des ajustements des sources du droit positif.

839. Ces nouveaux défis n'attendent que la *lege ferenda* du gouvernement congolais, déposée à l'Assemblée nationale le 19 avril 2017 en vue de la refondation des institutions juridiques du secteur des télécoms et de l'économie numérique. Le marché numérique congolais se transforme et se développe avec Internet et l'économie numérique qui s'y attache, mais il doit fonctionner avec le cadre juridique et les modes d'intervention étatique initialement prévus pour les télécoms. La logique de la législation, l'expérience de la régulation sectorielle et de la gouvernance du secteur montrent des limites du cadre réglementaire, sans toutefois en conclure que la loi-cadre sur les télécommunications de 2002, qui en est la source, accuse une totale désuétude. Comment ce cadre juridique répond-il aux nouveaux défis des télécoms pour l'accès à l'économie numérique, en attendant l'édiction d'une législation adéquate en RDC ? **(Chapitre 2)**

²⁰⁴⁷ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 441. « L'inter-régulation désigne [...] le lien ou la synthèse qui doit être réalisée entre l'ensemble [des régulateurs des secteurs concernés ou apparentés] comme la prise en considération de l'ensemble des points de vue pertinents et, *in fine*, l'efficacité de l'action régulatrice globale ». Cf. M. DE SAINT PULGENT, *op.cit.*, p. 5. « Le besoin d'inter-régulation procède aujourd'hui d'un souci d'unification, du moins de mise en cohérence de différents niveaux qui ne peuvent plus demeurer dans une juxtaposition confinant à l'ignorance ».

CHAPITRE 2 : LES DÉFIS LÉGISLATIFS DE LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS POUR L'ACCÈS DE LA RDC À L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

840. Depuis près de quarante ans, aux États-Unis, en Europe comme en France, en Afrique comme en RDC, les politiques de libéralisation de l'économie ont remodelé les services publics des télécoms. L'économie de marché a fait reculer la conception classique des services publics.²⁰⁴⁸ La mondialisation a renforcé l'interpénétration des marchés et des réseaux électroniques. La compétition commerciale intervient désormais entre plusieurs acteurs privés et étatiques, dans le secteur des télécoms où l'État assurait le monopole public, dans l'idée d'un entrepreneur stratégique.²⁰⁴⁹ Depuis lors, des mécanismes de régulation étatique sont devenus indispensables pour assurer l'équilibre du marché ouvert, dont le fonctionnement a occasionné de grandes avancées technologiques ainsi que la popularisation de l'offre des services numériques de télécoms. Les connexions au réseau Internet marquent l'évolution du monde²⁰⁵⁰ et appellent « ainsi à s'adapter dans ce cyber univers ». ²⁰⁵¹ Ainsi, la société et l'économie sont en mutation à l'ère numérique. Plusieurs « outils passifs » et « instruments actifs », inhérents aux technologies numériques, améliorent et agrèment le quotidien de notre société de l'information.²⁰⁵²

841. Toutefois, quinze ans après, la RDC n'a pas achevé la mise en œuvre des réformes structurelles et institutionnelle de départ. À l'ère numérique et de l'Internet, le droit congolais conserve encore des erreurs commises aux débuts du processus de déréglementation des télécoms des années 1990-2002. Notamment, la loi-cadre des télécoms n'a pas affirmé avec clarté le principe de la libre concurrence du marché des télécoms. Elle évoque seulement un « réaménagement du monopole », ²⁰⁵³ contrastant la pure logique d'une économie de marché. D'une part, les sociétés multinationales opèrent sur le territoire congolais au titre de concessionnaires des services publics. D'autre part, l'indépendance de la régulation étatique est encore un réel défi, vu la coexistence de deux autorités administratives, à savoir : l'administration classique des PTT (Ministère) et l'Autorité de régulation (ARPCT). Le Président de cette dernière a qualifié d'« intra-régulation » ²⁰⁵⁴ cette présence duale d'organes de régulation étatique, telle que voulue par le législateur. Malgré un effort notable de répartition des compétences, la loi a provoqué une confusion des rôles, alimentée par l'intervention conjointe, voire concurrente, entre deux entités publiques, au sein d'un seul et même département des télécoms. Pour autant, la logique de la loi de 2002 nécessite des correctifs.

842. C'est ainsi que les réformes législatives et sectorielles sont à parachever en vue de répondre non seulement aux anciens défis de libéralisation des télécoms, mais aussi aux

²⁰⁴⁸ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, La mémoire du droit/Librairie Armand Colin, Paris, 1999 (1913), p. XIX. « L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande ; il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne. » Dans la pensée de Léon Duguit, ces idées sont longtemps péremptaires. Elles se rapprochent bien, par exemple, d'autres courants : colbertisme, protectionnisme, souveraineté et intangibilité des frontières, étatisme nationaliste.

²⁰⁴⁹ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op.cit.*, pp. 56 et s.

²⁰⁵⁰ C. FÉRAL-SCHUHL, « Préface », in M. QUÉMENER, *op.cit.*, pp. 5-6, spéc. p. 5.

²⁰⁵¹ M. QUÉMENER, *Cybersociété entre espoirs et risques*, L'Harmattan, Coll. « Justice et Démocratie », Paris, 2013, p. 9.

²⁰⁵² *Ibidem*

²⁰⁵³ Exposé des motifs, Loi-cadre des télécoms (RDC), préc.

²⁰⁵⁴ O. MANIKUNDA MUSATA, *La dynamique de la régulation des télécommunications en République Démocratique du Congo : de la synergie intra-sectorielle à l'interrégulation*, ENST/Paris/ARTEL/ARCEP/FRATel/ESMT/Word Bank Institute, BADGE régulation des télécoms promo 2005, mars 2006, pp. 1-118.

nouveaux défis d'organisation du marché de l'Internet. En attendant des changements législatifs nécessaires, l'action de la régulation *ex ante* fait preuve de pragmatisme dans la régulation des innovations que l'Internet apporte sur le marché électronique congolais. Si la globalisation des économies suscite une réadaptation des modes de régulation, les télécoms congolaises et leur réglementation s'insèrent dans les nouvelles tendances de l'économie numérique, tel qu'en a été le cas plus avant, au niveau international, européen et français. (Section 1.)

843. À défaut de formalisme parlementaire depuis ces quinze dernières années, les autorités administratives sectorielles ont adopté de judicieux règlements pour encadrer la dynamique du marché des télécoms de base vers l'économie numérique. Effectivement en 2002, la dérégulation des télécoms avait pour finalité d'instituer un régulateur étatique sectoriel. Face aux enjeux de l'Internet, la régulation étatique *ex ante* a fait preuve de pragmatisme juridique en réadaptant non seulement ses actions sur le marché mais aussi les textes réglementaires *ex post* au regard de l'économie numérique. La régulation porte sur les aspects essentiels du droit de l'accès au marché des télécoms et des ses ressources d'exploitations.

844. D'un côté, la *régulation économique* concerne la concurrence en révélant les défis législatifs auxquels les organes régulateurs nationaux sont astreints face aux forces du marché. Pour limiter la dominance de l'autorégulation du marché, notamment dans l'offre des services Internet, d'interconnexion et autres, l'État-régulateur engage la « corégulation », comme mode de conciliation de la puissance publique avec les lois du marché. D'un autre côté, la *régulation technique* présente les défis de gestion du domaine public de l'État. Elle concerne le contrôle ainsi que la gestion des ressources en numérotation téléphonique, en fréquences radioélectriques,²⁰⁵⁵ dont le pays dispose, en tenant compte de la coopération internationale, transfrontalière et locale entre autorités de régulation sectorielles. (Section 2.)

SECTION I -

LES DÉFIS DE PARACHÈVEMENT ET DE CORRECTIF

DE LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS DE 2002 EN RDC À L'ÈRE NUMÉRIQUE

845. En ouvrant à la compétition internationale leurs secteurs publics de télécoms,²⁰⁵⁶ les États du monde en ont fait le moteur et le support de leurs économies.²⁰⁵⁷ Cependant, la loi-cadre sur les télécoms en RDC n'en avait pas explicitement formulé la libéralisation en 2002, malgré la dérégulation préconisée par l'OMC. Dans le pays, les prestataires techniques sont des acteurs économiques évoluant dans un marché semi-libéralisé.

846. Le législateur congolais maintient encore à ce jour le segment exclusif sur les infrastructures au profit de l'exploitant public, comme il en fut le cas en Europe et en France dans les étapes de réforme d'il y a 27 ans.²⁰⁵⁸ (§1) Selon l'esprit de la loi, le régulateur

²⁰⁵⁵ Pour des aspects autres que la régulation technique des fréquences radioélectriques : O. CACHARD, *Le droit face aux ondes électromagnétiques*, Lexis/Nexis, coll. actualité, Paris, 2016. Il aborde les aspects d'exposition aux ondes magnétiques, les aspects de protection juridique contre les effets des champs électromagnétiques notamment sur la santé et quant à l'installation ou le démantèlement des antennes-relais et lignes électriques.

²⁰⁵⁶ Au demeurant, la mondialisation est effective avec la mise en œuvre des communications mobiles par satellites ayant une couverture mondiale. La RDC est également partie au Consortium WACS, propriétaire du câble transatlantique à fibre optique long de 14.530 Km reliant *Cap Town* à Londres avec 14 moins d'arrêt, dont un point d'atterrissage à Moanda en RDC.

²⁰⁵⁷ « Exposé des motifs », Loi-cadre des télécoms (RDC), préc. La régulation peut assurer la capacité de l'État à assumer les attributs de sa souveraineté dans un environnement dématérialisé et transfrontière pour l'intérêt général.

²⁰⁵⁸ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1, section 2 de la présente thèse. Au niveau européen, les directives ONP de 1990 avaient prescrit des « droits réservés » sur le marché des infrastructures nationales des télécoms, tandis qu'au niveau français, la loi

congolais s'avère davantage un gestionnaire des ressources du patrimoine public immatériel de l'État,²⁰⁵⁹ qu'un arbitre de la concurrence. Dans cette logique, la régulation congolaise a du mal à se démarquer et à prendre sa réelle dimension face aux fonctions réglementaires du gouvernement. (§2)

§1. Le défi législatif d'affirmation du principe de la libre concurrence dans le secteur public des télécoms

847. Le droit congolais des télécoms ne contient pas d'affirmation législative du principe de la liberté de communication au public en ligne, contrairement à sa consécration expresse dans la législation de l'économie numérique en France (2004).²⁰⁶⁰ Le législateur congolais de 2002 a abordé « l'existence et la promotion de la concurrence effective et loyale » comme un objectif de protection des intérêts des consommateurs et des opérateurs sur le marché.²⁰⁶¹ La loi congolaise place la concurrence dans le cadre des mesures de régulation à prendre au profit du consommateur. En d'autres termes, la concurrence n'est pas forcément pensée pour le bénéfice du marché dans les rapports entre opérateurs (B2B), mais primordiallement dans sa rentabilité pour les consommateurs. Mais, il a été démontré que les transformations générales du secteur congolais se limitent au niveau comparable des réformes législatives françaises et congolaises de 1990, dont le niveau est déjà révolu. Les « Lois Quilès » avaient autorisé la concurrence seulement pour les équipements et les services de télécoms, tandis qu'elles réaménageaient des droits exclusifs d'exploitant public sur les infrastructures.²⁰⁶² (A./)

848. En comparaison des niveaux de législation, la structure duale du marché post-monopole de la France entre 1990-1996 reste celle conservée en RDC depuis les quinze dernières années. Mais dans les faits, la RDC manque d'infrastructures publiques de télécoms de base. Le législateur de 2002 a reconnu ces droits dits spéciaux à l'exploitant public auquel le secteur privé est en principe tenu de s'interconnecter.²⁰⁶³ Malgré ce prescrit légal, l'effectivité des droits d'exclusivité sur le marché n'est pas pleinement réalisée faute de réseau de référence d'État. À défaut de mise à disposition d'éléments techniques conséquents, le marché s'est ouvert à la concurrence dans tous ses segments : infrastructures, services et

sur la réglementation des télécoms de 1990 faisait de même en faveur des exploitants publics. Ces restrictions furent temporaires et maintenues jusqu'en 1996 en vue de prémunir les opérateurs historiques face à une libéralisation trop brusque sur tous les segments du marché : infrastructures, services et équipements.

²⁰⁵⁹ Par exemple, les fréquences radioélectriques et le plan de numérotation téléphonique sont immatériels. Ils constituent les ressources que l'État octroie aux exploitants moyennant autorisation et paiement des droits.

²⁰⁶⁰ La loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique est concernée en ce que son article 1^{er}, paragraphe IV, rappelle « *ce qu'il est dit à l'article 1^{er} de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, la communication au public par voie électronique est libre* ». Cet article 1^{er} de la LCEN est rangé au Titre 1^{er} de la liberté de communication en ligne, chapitre I^{er} de la LCEN, [www.legifrance.gouv.fr/affichText.do?cidTexte=JORFTEXT00000801164] (consulté le 26 mai 2016).

²⁰⁶¹ Article 3, I), loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc. : « L'Autorité de Régulation a pour mission de : [...] 1) protéger sur le marché des postes et des télécommunications, les intérêts des consommateurs et des opérateurs en veillant à l'existence de la promotion d'une concurrence effective et loyale et prendre toutes les mesures nécessaires à l'effet de rétablir la concurrence au profit des consommateurs ».

²⁰⁶² Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1, Section 2 et Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 1 de la présente thèse. Malgré le monopole en France avant 1990, le ministre des PTT avait accepté en 1987 l'entrée de SFR dans un marché non formellement libéralisé, se trouvant sous le régime monopolistique des lois Mexandeau (1982) et Léotard (1986). SFR fut autorisé à fonctionner dans un sous-secteur de service public monopolistique en concurrence avec *Radiocom* qui était une branche de la DGT, administration des PTT (EPA). Cette autorisation intervint avant la création de *France Télécom* en 1996, sous le statut d'EPIC et avant de lui faire adopter depuis 2003 le statut de société anonyme de droit privé.

²⁰⁶³ Article 38, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc.

équipements. Depuis 2002, la pleine liberté d'entreprise des télécoms est acquise *de facto* sur le marché. Mais, le défi est celui pour le marché de se conformer à la loi pour la sécurité juridique des investissements privés sur le segment réservé à l'opérateur public, d'autant que sa relance d'activités survient seulement en 2012, précisément dix ans après la promulgation de la loi-cadre de 2002 et les concessions administratives d'exploitation privée de son sous-domaine d'exclusivité. (B./)

A. / L'AFFIRMATION ÉQUIVOQUE DE LA LIBRE CONCURRENCE DES TÉLÉCOMS EN RDC

849. En règle générale dans un domaine public, « il y a parfois nécessité d'organiser l'accès, soit parce qu'il y a libéralisation d'un secteur naguère monopolistique, soit parce que des opérateurs sont encore trop puissants et qu'il faut construire cette concurrence en faveur de nouveaux entrants, ou bien parce qu'il y a des monopoles naturels ». ²⁰⁶⁴ En RDC, la loi-cadre des télécoms de 2002 est intervenue en vue de réaménager le monopole réglementaire de l'État depuis 1805. ²⁰⁶⁵ Toutefois, en conférant huit attributions au régulateur des télécoms, l'article 8 de la loi-cadre n'en prévoit aucune sur la gestion de la concurrence. ²⁰⁶⁶ C'est à titre complémentaire que la loi n°014/2002 sur l'ARPTC dispose que cette dernière a pour mission de « protéger sur le marché des postes et télécommunications, les intérêts des consommateurs et des opérateurs *en veillant à l'existence et à la promotion d'une concurrence effective et loyale*, et prendre toutes les mesures nécessaires à l'effet de *rétablir la concurrence au profit des consommateurs* ». ²⁰⁶⁷ Il apparaît que le législateur a défini le domaine de la concurrence simplement par déduction de « la fourniture des services qui ne sont pas confiés exclusivement à l'exploitant public ». ²⁰⁶⁸

850. En droit congolais, la pleine concurrence ne constitue pas la finalité de la législation : assurer et maintenir la concurrence sur le marché reste un objectif sous-jacent à atteindre par la régulation. Au sens de la loi-cadre, la concurrence du marché est à construire dans l'ordre des intérêts consommateurs dont le régulateur doit assurer le respect. À l'égard du ministre des postes et télécoms, la loi-cadre dispose qu'il « veille [...] dans les conditions d'une *concurrence loyale* » à la fourniture des services de télécoms non-exclusifs. ²⁰⁶⁹

851. En droit européen et français, l'objectif du processus a permis de parvenir à la pleine concurrence de l'accès aux communications électroniques. ²⁰⁷⁰ La subsidiarité du droit de la concurrence est clairement garantie dans la perspective d'une « régulation transversale ». ²⁰⁷¹ Celle-ci correspond au degré d'évolution des réformes du secteur des télécoms, ayant permis d'en insérer les services dans l'ordre de l'économie. À l'instar de toute autre activité commerciale, ils sont parvenus au niveau de leur régulation *ex post* sur la base du droit de la concurrence, en lui associant les règles sectorielles des communications

²⁰⁶⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 7.

²⁰⁶⁵ « Exposé des motifs », loi-cadre sur les télécommunications en RDC, JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janv. 2003, pp. 17-27. Il est à noter que 10 pages sur les 46 du journal officiel sont réservés à la seule motivation de la loi exposé des motifs.

²⁰⁶⁶ Il s'agit du « Chapitre II : De l'autorité de régulation » inscrit au « Titre II : Des structures » de la loi-cadre sur les télécommunications en RDC.

²⁰⁶⁷ Article 3-1, loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

²⁰⁶⁸ Article 7, b), loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : « Dans l'exercice des attributions qui sont conférées par la présente loi, le ministre veille à ce que soient [...] b) effectuée, dans les conditions d'une concurrence loyale, notamment entre l'exploitant public et les autres exploitants, la fourniture des services qui ne sont pas confiés exclusivement à l'exploitant public ».

²⁰⁶⁹ *Ibidem.*

²⁰⁷⁰ D. POPOVIC, *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, LGDJ, Paris 2009, pp. 11, 23 et s.

²⁰⁷¹ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, *op.cit.*, pp. 472-475 et s.

électroniques.²⁰⁷² En France, les règles du droit de la concurrence constituent une branche en plein essor.

852. En revanche, le droit positif congolais ne permet pas d'envisager une adéquate régulation transversale des télécoms, car la réalisation de la pleine concurrence n'a pas été l'objectif de la dérégulation enclenchée en 2002. En outre, le droit congolais de la concurrence est limité, car il s'oriente à la répression des actes déloyaux plutôt qu'à l'organisation générale de la concurrence. En effet, l'ordonnance-loi du 24 février 1950 reste encore pour RDC le seul texte de loi applicable en droit de la concurrence, en tant que règles de droit commun par rapport à celles sectorielles des télécoms et des TIC.²⁰⁷³ Le très court texte de ladite ordonnance-loi est composé de trois articles au total ; il concerne uniquement la répression pénale de la concurrence déloyale. Il constitue la législation *ex post* d'une nature assez éloignée du besoin d'efficacité que les télécoms attendent du régulateur des télécoms.

853. Comparativement au droit de la concurrence en France, la RDC ne dispose pas d'institutions équivalant à l'autorité nationale de la concurrence (ANC) et à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Néanmoins, un arrêté du ministre congolais de l'économie nationale a institué depuis 1987 la « Commission de la concurrence ».²⁰⁷⁴ Instauré au sein du département de l'économie et industrie, la commission peut s'autosaisir ou être saisie de toute requête des consommateurs, des concurrents ou de toute personne physique ou morale intéressée par la concurrence.²⁰⁷⁵ Par ailleurs, la législation *ex post* (droit de la concurrence) est appliquée par le tribunal de première instance à la requête de l'intéressé.²⁰⁷⁶ Sur requête, le juge peut ordonner la cessation d'acte déloyal²⁰⁷⁷ ou prononcer des peines d'amende,²⁰⁷⁸ d'emprisonnement en cas

²⁰⁷² *Ibidem*.

²⁰⁷³ Ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950 sur la concurrence déloyale et sa répression, *Bulletin Administratif*, Congo-Belge, 1950, p. 811.

²⁰⁷⁴ Arrêté départemental DENI/CAB/06/013/87 portant création et fonctionnement de la Commission de la concurrence, JOZ, n°12, 15 juin 1987, p. 62. Article 7, *ibidem* : « Dans l'accomplissement de sa mission, la Commission de la concurrence dispose des pouvoirs ci-après : 1. élaborer à l'intention du commissaire du commissaire d'État à l'Economie et à l'Industrie des projets des pouvoirs visant à : - interdire une fusion ou exiger la cessation d'une pratique abusive ; - annuler ou faire modifier des contrats abusifs passés par plusieurs entreprises dans le cadre d'une entente ou d'un abus de position dominante, déclarer nulles et sans effets les décisions prises dans ce sens ; - autoriser certains contrats ou certaines décisions dictés par l'intérêt général ; 2. infliger des amendes transactionnelles dans les limites des lois et règlements en vigueur en la matière, en cas d'atteinte aux règles de libre concurrence ou de non-respect des décisions de la Commission et en faire rapport au commissaire d'État à l'Economie nationale et à l'Industrie ; 3. classer le dossier sans suite et en faire rapport au commissaire d'État à l'Economie nationale et à l'Industrie ».

²⁰⁷⁵ Article 8, *Ibidem*. À ce jour, nos recherches n'ont pas permis de noter l'intervention de la commission de concurrence sur le marché des télécoms (en subsidiarité ou en priorité par rapport à l'Autorité de régulation congolaise).

²⁰⁷⁶ Article 1^{er}, ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950, préc. : « Lorsque, par acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle, un commerçant un producteur, un industriel, ou un artisan porte atteinte au crédit d'un concurrent, ou lui enlève sa clientèle, ou d'une manière générale porte atteinte à sa capacité de concurrence, le tribunal de première instance, sur poursuite des intéressés, ou de l'un d'eux, ordonne la cessation de cet acte ».

²⁰⁷⁷ Article 2, ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950, préc. : « Sont considérés notamment comme actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle : 1) créer la confusion, ou tenter de créer la confusion entre sa personne, son établissement ou ses produits, et la personne, l'établissement ou les produits d'un concurrent ; 2) répandre des imputations fausses sur la personne, l'entreprise, les marchandises ou le personnel d'un concurrent ; 3) donner des indications inexacts sur sa personnalité commerciale, sur son industrie ou ses dessins, marques, brevets, références, distinctions, sur la nature de ses produits ou marchandises, sur les conditions de leur fabrication, leur origine, leur provenance, leur qualité ; 4) apposer sur les produits naturels ou fabriqués détenus ou transportés en vue de la vente ou mis en vente ou sur les emballages de ces produits, une marque de fabrique ou de commerce, un nom, un signe ou une indication quelconque de nature à faire croire que les produits ont une origine ou une provenance autre que leur véritable origine ou provenance ; 5) faire croire à une origine ou à une provenance inexacte desdits produits, soit par addition, retranchement ou altération quelconque d'une marque, d'une dénomination ou d'une étiquette, soit par des annonces, écrits ou affiches, soit par la production de factures, de certificats d'origine ou de provenance inexacts, soit par tout autre moyen ; 6) faire un usage non autorisé du matériel d'un concurrent, de l'emballage, des récipients de ses produits, même sans l'intention de s'en attribuer la propriété, ni de créer une confusion entre les personnes, les établissements ou les produits ; 7) utiliser des dénominations, marques, emblèmes créant une confusion avec des services publics, des organismes publics, ou tendant à faire croire à un mandat de l'autorité ».

de récidive²⁰⁷⁹ ou d'autres peines complémentaires.²⁰⁸⁰ Les mécanismes classiques de justice obéissent au temps alors que le marché numérique est empreint du temps accéléré : le « temps du réseau ».²⁰⁸¹

854. Selon Myriam Quéméner, « [l]e juge tire sa légitimité de son pouvoir de régulation des textes législatifs et réglementaires, ce qui permet d'affirmer que le législateur est par essence le régulateur suprême. Ces lois [...] concernant la régulation de l'Internet, sont de plus en plus soumises au contrôle du juge constitutionnel qui construit progressivement une jurisprudence régulatrice ». ²⁰⁸² En RDC, c'est le tribunal qui dit le droit de la concurrence, au titre de « magistrat régulateur ponctuel et final », à défaut d'avoir institué une autorité nationale de la concurrence comme c'est le cas en France.²⁰⁸³ En effet, « [l]e juge judiciaire [est] régulateur ponctuel [...] dans la régulation d'Internet qui apparaît aujourd'hui incontournable, bien que sérieusement concurrencé à la fois par des procédures administratives et par des Autorités administratives indépendantes ». ²⁰⁸⁴ À ce propos, la jurisprudence congolaise renseigne une affaire intéressante en matière de concurrence des télécoms. En l'espèce, l'opérateur *Africell* avait saisi en 2012 la Cour suprême de justice (CSJ), faisant office de cour de cassation, pour se plaindre, en tant que « nouvel entrant », du refus d'interconnexion le confrontant aux réseaux plus anciens, établis dans le pays. Cependant, cette action judiciaire a été arrêtée à la suite d'une transaction conclue entre opérateurs en décembre 2014 et entérinée par décision de l'ARPTC en février 2015.²⁰⁸⁵

855. Par ailleurs, les droits comparés congolais et français présentent quelques convergences et des divergences de politiques législatives concernant les télécoms et les communications électroniques. En premier lieu, les mesures de libéralisation ont permis d'« assurer aux opérateurs un accès égalitaire aux supports de communications électroniques qui ne sont pas les leurs afin qu'ils puissent fournir les services [...] les plus avancés aux utilisateurs ». ²⁰⁸⁶ Le deuxième niveau des réformes aura consisté à « garantir aux utilisateurs un accès aux services existants qui soit le plus riche ». ²⁰⁸⁷ Aussi, le dispositif législatif devait-il se compléter des règles de protection des (cyber)consommateurs contre les pratiques agressives, abusives et déloyales (en ligne) dans le fonctionnement du marché.²⁰⁸⁸ De ce point de vue, les expériences françaises et congolaises convergent pour avoir inscrit assez tôt les intérêts consommateurs dans les objectifs de dérégulation des services publics des télécoms.

²⁰⁷⁸ Article 3, al. 1^{er}, ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950, préc. : « Dès que la décision n'est plus susceptible d'appel ni d'opposition, tout manquement aux injonctions ou interdictions y portées est puni d'une amende de 100 à 2.000 francs ».

²⁰⁷⁹ Article 3, al. 3, ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950, préc. : « En cas de récidive [dans un délai de 5 ans], une peine de servitude pénale de 7 jours à 2 mois peut en outre être prononcée ». Article 4, *ibidem* : « Les infractions à l'article 3 ne sont poursuivies qu'à requête des intéressés, ou de l'un d'eux ».

²⁰⁸⁰ Article 3, al. 2, ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950, préc. : « Le tribunal peut ordonner l'affichage du jugement, pendant le délai qu'il détermine, à l'extérieur des établissements du contrevenant, et aux frais de celui-ci. Il peut aussi ordonner la publication du jugement dans les journaux aux frais du contrevenant. »

²⁰⁸¹ M. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, éd. Michalon, Paris, 2010, p. 15 et s.

²⁰⁸² M. QUÉMÉNER, « Le magistrat, régulateur ponctuel, régulateur final », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 168-169.

²⁰⁸³ *Ibidem*, pp. 167-181.

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 177.

²⁰⁸⁵ Cf. section 2 du présent chapitre de thèse.

²⁰⁸⁶ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 27 et s.

²⁰⁸⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸⁸ J. ROCHFELD (sous la dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique...op.cit.*, pp. 8 et s. V. FAUCHOUX, P. DEPREZ et J.-M. BRUGUIÈRE, *Le droit de l'internet...op.cit.*, p. 196-212. Les auteurs regroupent au Chapitre 7, Section 1, Sous-sections 1 à 5 les aspects protecteurs du Code français de la consommation et de la LCEN en faveur du consommateur en ligne. Il s'agit de : Informations relatives au vendeur, au produit (service, délais et frais de livraison), acceptation de l'offre, faculté de rétractation du consommateur, preuve et archives. Cf. pour les « règles du droit de la consommation » : C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet... op.cit.*, pp. 153 et s.

856. Cependant, contrairement à la RDC, l'Europe a fait de la concurrence un élément essentiel de construction et de développement de son marché intérieur. Au courant de la décennie 1980, ses institutions politiques avaient initié la réorganisation des marchés des télécoms des États membres. En 1988, la Commission européenne adopta les premières mesures de libéralisation sur la base de l'article 86 du TCE.²⁰⁸⁹ Depuis les premières directives « ONP » (1988-1997), les règles successives du « paquet télécom » ont consolidé dès 2002 et parachèvent jusqu'à ce jour la pleine concurrence des communications électroniques.²⁰⁹⁰ Le droit communautaire devait « garantir un accès optimal aux communications électroniques, dans un environnement concurrentiel »²⁰⁹¹ en opérant « [l]a construction de la "confiance" du consommateur » sur le marché intérieur.²⁰⁹²

857. En ce sens, Judith Rochfeld souligne, « conformément à la volonté du législateur européen, que cette confiance n'est pas souhaitée pour elle-même. Elle l'est comme *le moyen de construction du marché intérieur*. La protection du consommateur et la construction de la confiance interviennent comme l'instrument de développement de ce marché ».²⁰⁹³ C'est pourquoi la directive 2000/31/CE a allégé le régime de responsabilité des prestataires des services de télécoms, en vue de favoriser non seulement leur investissement en tant qu'intermédiaires techniques du commerce en ligne, mais aussi l'innovation au sein du marché électronique.²⁰⁹⁴ En outre, les règles de « service universel » apportent la garantie des objectifs « aconcurrentiels » que le marché ne saurait pas lui-même assurer en direction des consommateurs dans le cas où les mécanismes du marché seraient à eux-seuls insuffisants pour l'intérêt général.²⁰⁹⁵ Cette « question de service universel ne se posait guère tant que le régime du monopole était en vigueur ».²⁰⁹⁶

858. S'agissant de la restructuration du marché congolais, la loi-cadre sur les télécoms intitule son « Titre III : Du régime juridique » (articles 9 à 15), sans au préalable avoir énoncé le principe de la libre concurrence ou de la liberté de communication en ligne comme en

²⁰⁸⁹ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 sur la concurrence dans le marché des terminaux de télécommunications, préc.

²⁰⁹⁰ Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans le marché de réseaux et des services de communications électroniques, JOCE L 249, 17 septembre 2002, pp. 21 et s.

²⁰⁹¹ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 27 et s.

²⁰⁹² J. ROCHFELD, « La définition du contrat électronique », in J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire...op.cit.*, pp. 8-9.

²⁰⁹³ *Ibidem*, pp. 8-9. Cette articulation se lit d'ailleurs dans les fondements des textes principaux de la législation européenne en la matière : [...] l'ancien article 100A, puis l'article 95 du Traité CE (devenu l'article 114 du Traité de Lisbonne), tous textes qui ouvrent aux mesures "qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. L'article 153 du Traité CE (devenu l'article 169 du Traité de Lisbonne) qui dispose lui que la Communauté contribue à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, ne sera que très rarement invoqué de façon autonome c'est-à-dire seul et pour l'unique objectif de protection des consommateurs. Il sera couplé avec l'article 95 évoqué [article 153, § 1 et 3, point a), Traité CE], pour signifier que la poursuite de l'établissement du marché intérieur s'effectue en tenant compte d'un haut niveau de protection du consommateur ».

²⁰⁹⁴ Cf. *a contrario* pour les lourdes obligations de transparence et de loyauté des éditeurs, C. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit...op.cit.*, pp. 279-311.

²⁰⁹⁵ La Commission européenne entend par « service universel » : « un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières ». Commission européenne, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM (2003) 270, 21 mai 2003, p. 116. Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), JOCE L 108, 24 avril 2002, pp. 51 et s. Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant 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) n° 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, JO L 337, 18 décembre 2009, pp. 11-36.

²⁰⁹⁶ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 172.

France. Le législateur organise uniquement les régimes de « concession »²⁰⁹⁷, celle-ci étant une modalité connue de gestion des services publics par des exploitants publics ou privés autres que l'État lui-même.²⁰⁹⁸ En effet, selon Gaston Jèze, « [q]uoi qu'il en soit, deux points doivent être mis en pleine lumière : 1° La *concession* ne change pas la nature juridique du service public concédé : il reste un *service public*. 2° En conséquence, c'est le *régime du service public* qu'il faut appliquer au *service concédé* ». ²⁰⁹⁹ En se limitant à catégoriser les types de réseaux électroniques, la loi-cadre de 2002 ne bouleverse pas les bases, ni les normes classiques des services publics des télécoms face à l'économie de marché. En RDC, la réforme législative de 2002 n'a donc pas servi à organiser la concurrence des télécoms, mais plutôt la typologie des réseaux et leur attacher respectivement un régime particulier qui est :

- premièrement, le « *réseau de référence ou réseau de base* » pour l'exploitant public²¹⁰⁰,
- deuxièmement, le « *réseau concessionnaire des services publics* » pour les opérateurs, de droit public ou privé, autres que l'État²¹⁰¹ ;
- troisièmement, le « *réseau indépendant* » pour les réseaux privés non connectés aux réseaux ouverts au public²¹⁰².

859. Ainsi, en réformant les services publics des télécoms, la loi-cadre de 2002 ne leur a pas fait franchir le seuil du droit de la concurrence. Elle a néanmoins institué un droit de la régulation sectorielle, sans non plus avoir atteint le niveau d'un véritable droit du marché. En RDC, le législateur a choisi de maintenir les opérateurs privés des télécoms dans le cadre du service public, plutôt que d'instituer le marché. Il a organisé l'accès des exploitants privés au domaine public, en les soumettant à l'obtention des « *licences* »²¹⁰³, d'une « *concession* » ou d'une autorisation.²¹⁰⁴ Si, en RDC, l'exploitation des services de télécoms s'est définitivement éloignée de la « *régie* »²¹⁰⁵, elle demeure toutefois solidement encadrée sous les mécanismes classiques de gestion du droit administratif. En l'occurrence, l'article 20, alinéa 1^{er} de la loi-cadre de 2002 dispose que « [l]es clauses contenues dans la licence sont celles d'usage en matière de concession de service public et elles fixent le cadre général d'exécution du service concédé ». ²¹⁰⁶

860. Néanmoins, la transformation du droit congolais public est notable à travers la reconfiguration des structures étatiques de gestion des services publics de télécoms, en ce que la « loi prévoit deux structures : a) le Ministre ; b) l'autorité de régulation ». ²¹⁰⁷ Cette dernière

²⁰⁹⁷ H. INTVEN, O. JÉRÉMY et E. SÉPULVEDA, *op.cit.*, p. 21. La concession désigne « l'octroi, par les pouvoirs publics, d'un droit d'exploiter un service, sous réserve des modalités et des conditions spécifiées dans la licence ou dans d'autres instruments ».

²⁰⁹⁸ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, la notion de service public...* *op.cit.*, pp. 64-80. L'auteur aborde au « Chapitre III [:] Des services publics gérés par un concessionnaire ».

²⁰⁹⁹ *Ibidem*, p. 65.

²¹⁰⁰ Articles 10, 11 et 12, Loi-cadre des télécoms [RDC], préc.

²¹⁰¹ Article 13, Loi-cadre des télécoms [RDC], préc.

²¹⁰² Article 14 et 15, Loi-cadre des télécoms [RDC], préc.

²¹⁰³ H. INTVEN et *al.*, *op.cit.*, p. 2 et 21, cité par A. MBAUNWEA NKIERI, *op.cit.*, p. 100 et 104. La licence est « un document juridique octroyé ou approuvé par un régulateur ou une instance gouvernementale qui définit les droits et les obligations des services de télécommunications. [...] Par conséquent, l'octroi et la mise en application d'une licence dépendent toujours, dans une certaine mesure, du droit public ou droit administratif ».

²¹⁰⁴ Articles 19, al. 1^{er}, 20 al.1^{er}, 22, 42, 43 et 45, Loi-cadre des télécoms [RDC], préc.

²¹⁰⁵ KABANGE NTABALA, *Droit administratif*, T.1, éd. Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, RDC, Kinshasa, 2005, p. 117. « On est en présence d'une régie lorsque le service est directement exploité par l'Administration au moyen de son personnel et de son patrimoine. »

²¹⁰⁶ Pour précision : « Ces clauses portent notamment sur les conditions et les obligations relatives à la couverture, à la capacité du réseau, à la qualité du service, aux conditions et redevances de la licence et à l'interconnexion. » (article 20, alinéa 2).

²¹⁰⁷ Article 5, inscrit au « Titre II : Des structures », Loi-cadre des télécoms, préc.

assume le rôle prépondérant d'« instruire les dossiers de demande de concession, [de] délivrer les autorisations, [de] recevoir les déclarations, [d'] établir les cahiers des charges correspondant aux autorisations et [de] veiller à ce que les obligations contractées par leurs titulaires soient respectés ».²¹⁰⁸ Le droit positif congolais reste attaché à la notion classique des contrats administratifs que l'État signe avec chaque opérateur privé comme condition et titre d'exploitation du service public des télécoms. Par conséquent, l'organe étatique de régulation a pour rôle de veiller au « *respect des lois, des règlements et des conventions en matière des télécommunications* ». ²¹⁰⁹ Pour autant, l'ARPTC est tout au plus arbitre de la compétition des opérateurs sur le marché, mais tout au moins gestionnaire des actifs de l'État mis en exploitation sous un régime de concession de service public.²¹¹⁰

861. À cet effet, l'autorité de régulation (ARPTC) a pour attribution de « gérer et contrôler le spectre des fréquences ; élaborer et gérer le plan national de numérotation ». ²¹¹¹ Elle représente les intérêts étatiques sur le marché des télécoms, dont il assure le fonctionnement harmonieux. En ce sens, ses missions s'orientent vers l'optimisation des recettes fiscales, parafiscales et des redevances du secteur des PTT, sans omettre plusieurs missions d'intérêt public, comme par exemple : le contrôle des risques de la libre entreprise, la résolution rapide des contentieux entre prestataires techniques, les mécanismes permanents de contrôle de qualité des réseaux de communications, les principes de tarification des communications et des services, etc. ²¹¹²

862. En définitive, le droit positif congolais ne dispose pas encore d'une loi d'économie numérique, comme il en est le cas en France depuis 2004. En lien avec de conclusions antérieures de recherches, la réforme congolaise de 2002 a donné lieu à une « loi de téléphonie » ²¹¹³, car les enjeux technologiques dont elle a tenu compte n'incluent pas la pleine dimension des TIC, ni distinctement la perspective de l'Internet. ²¹¹⁴ La loi-cadre de 2002 a eu pour finalité d'organiser un département ministériel des télécoms, en aménageant un espace d'intervention publique pour un régulateur indépendant et des opérateurs économiques. Elle n'a pas non plus défini les statuts, ni les régimes de responsabilités des « intermédiaires techniques » des télécoms quant aux contenus qu'ils transportent, hébergent ou auxquels ils donnent accès. ²¹¹⁵ Jusqu'à présent, la politique législative congolaise n'a pas considéré le commerce électronique, ni les données comme la finalité d'accès aux réseaux de télécoms. Deux approches de législations sont pourtant possibles. Il y a une première « approche par les réseaux [qui] renvoie aux débats sur la neutralité de l'Internet, la connectivité et l'interopérabilité des réseaux, le traitement égal des offreurs de services en concurrence, etc. » ²¹¹⁶ La loi-cadre de 2002 se retrouve dans l'approche basique. En revanche, la seconde « approche par les contenus renvoie aux questions de droit de propriété intellectuelle, des

²¹⁰⁸ Article 8, b), loi-cadre des télécoms [RDC], préc.

²¹⁰⁹ Article 8, b), loi-cadre des télécoms [RDC], préc.

²¹¹⁰ L'ARPTC apparaît sous le profil de gestionnaire patrimonial d'un service public.

²¹¹¹ Article 8, points e) et f), Loi-cadre des télécoms [RDC], préc.

²¹¹² Exposé de motifs, Loi n°014/2002 portant création de l'ARPTC, préc.

²¹¹³ K. NDUKUMA ADJAYI, « Le phénomène de la prospection et de la contractualisation sur Internet : entre déphasage du droit congolais des télécoms et défis de confiance du e-commerce », *Vodanews*, n°16, Dépôt légal n°MPI/021/2004, Kinshasa, oct. nov. déc. 2006, pp. 7-8.

²¹¹⁴ K. NDUKUMA ADJAYI, *Cyberdroit, télécoms, internet, contrat de e-commerce, une contribution au droit congolais*, op.cit., pp. 63-69.

²¹¹⁵ Cf. pour le cas de l'Europe : directive 2000/31/CE, préc.

²¹¹⁶ L. BENZONI ET P. DUTRU, « De l'accès aux infrastructures à l'accès aux moyens numériques : nouvelles frontières pour la régulation des communications électroniques », in M.-A. FRISON ROCHE, op.cit., p. 18.

libertés individuelles, de protection de mineurs, etc. »²¹¹⁷ La législation congolaise n'a pas encore franchi ce dernier stade du droit de l'économie numérique.

863. Tout autant que pour l'OMC, les réformes législatives en Europe et en France ont eu pour objectif et pour résultat d'insérer les télécoms dans la pleine concurrence de l'économie. En RDC, le législateur maintient encore les services électroniques dans l'approche basique des télécoms et dans les notions classiques de droit administratif. Il n'en demeure pas moins que la mondialisation a inséré la RDC dans l'économie de marché. Pour autant, la loi-cadre de 2002 conserve encore un segment exclusif au profit de l'exploitant public, en limitant la concurrence des télécoms sur le plan du droit. Mais, dans les faits, l'exploitant public n'avait pas été en mesure d'exercer ses droits exclusifs sur le marché, faute d'infrastructures de transmission dont la loi-cadre de 2002 lui reconnaît l'exclusivité de détention et d'exploitation.²¹¹⁸ Pendant dix ans, cette absence d'activité exclusive avait favorisé la pleine concurrence, jusqu'à la relance d'activité de l'opérateur public en 2012.²¹¹⁹ Ce fait ravive les risques de limitation de la concurrence acquise *de facto*, moyennant des autorisations administratives *de jure*, à valeur infra-législative.²¹²⁰

864. En finissant par conclure à l'affirmation équivoque de la libre concurrence des télécoms en RDC, quels sont les défis consécutifs à la reprise d'activité de l'opérateur public dans le contraste entre l'ordre de marché et le cadre légal congolais ? (B./)

B./ LE DÉFI DES DROITS EXCLUSIFS DANS LA RELANCE D'ACTIVITÉS DE L'EXPLOITANT PUBLIC

865. Sur le marché, les opérateurs privés ont présenté une alternative des services électroniques que le législateur avait auparavant réservés à l'opérateur historique.²¹²¹ De la sorte, la concurrence entre opérateurs privés s'est installée durant les dix années d'inactivité de l'exploitant public, à compter de la promulgation de la loi-cadre de 2002. Il a été dit ci-dessus que les défaillances de l'opérateur historique ont permis l'émergence de la concurrence sur les infrastructures des réseaux de transmission, dont la loi-cadre de 2002 réservait l'exclusivité de détention à l'exploitant public.²¹²²

866. Le législateur avait prévu l'exploitant public comme principal acteur du marché de transmission des signaux de télécoms, en tant que « réseau de base » ou « réseau de

²¹¹⁷ *Ibidem*.

²¹¹⁸ Article 38, al. 1 et 2, loi-cadre des télécoms, préc. : « L'exploitant public des télécommunications est un opérateur qui jouit de l'exclusivité temporaire. L'exclusivité temporaire consiste pour l'exploitant public à posséder seul le réseau de référence auquel tout exploitant concessionnaire de service public de télécommunications est tenu de s'interconnecter, et par lequel, il fait transiter son trafic national et international ».

²¹¹⁹ AGENCE NATIONALE POUR LA PROMOTION DES INVESTISSEMENTS, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication », *Cahier sectoriel*, ANAPI, Kinshasa, mai 2017, pp. 20 et 22. Quinze ans après la promulgation de la loi-cadre sur les télécoms, la SCPT (ex. OCPT) et le RENATELSAT (ex. REZATELSAT), les deux opérateurs publics, réapparaissent dans le « cahier sectoriel » des investissements au « profil des acteurs évoluant dans le secteur » des télécoms. Outre la connexion de la RDC au réseau transatlantique à fibre optique en 2012, la « construction de la station d'atterrage de Moanda est dans sa phase de finalisation. Celle-ci devra permettre de relayer le signal jusqu'à la station de jonction à Kinshasa. Il est déjà réalisé l'installation d'une boucle (ring) en fibre optique de 21 Km, avec une capacité de 10 Gbps couvrant la capitale Kinshasa (projet métropolitain, MAN/Kinshasa : à ce jour, tous les grands opérateurs GSM sont déjà connectés. [La] construction du Backbone National (BBN) : Kinshasa-Moanda réalisé est opérationnel. »

²¹²⁰ Article 12, loi-cadre des télécoms [RDC], préc. : « Toutefois, l'État, par l'Autorité de régulation, peut autoriser un autre opérateur à installer et exploiter sous les conditions prévues au chapitre II ci-dessous, une partie du « réseau de référence. L'Autorité de régulation fixe périodiquement le nombre de nouveaux opérateurs pouvant obtenir une telle autorisation ».

²¹²¹ Cf. D. BOULAUD, *Le nouveau cadre européen des communications électronique pour quels équilibres ?*, Assemblée nationale, Rapport d'information, n°3048, 11^e législature, Paris, 2001. En droit européen des télécoms de même que pour l'OMC, les infrastructures des télécoms ne sont pas regardées comme le commerce des biens, mais comme la fourniture des services suivant leur finalité communicationnelle.

²¹²² Article 38, al. 1, loi-cadre des télécoms, préc.

référence ». ²¹²³ Il avait hélas très peu légiféré l'interconnexion au « réseau de référence » de l'exploitant public, car il avait disposé de la signature d'un « contrat-programme » à signer le ministre des PTT et l'exploitant public et devant préciser les règles d'exclusivité. ²¹²⁴ À défaut d'une plateforme nationale d'interconnexion des réseaux (interconnexion étoilée), les opérateurs privés ont développé des maillages d'interconnexion entre leurs réseaux respectifs. Effectivement, la loi-cadre n'avait pas envisagé la généralisation des « interconnexions maillées » entre réseaux, indépendant du « cœur de chaîne » que devait offrir l'exploitant public pour le transit. Depuis lors, le marché de l'interconnexion s'autorégule.... ²¹²⁵

867. Au bout de dix ans d'inexécution de la disposition se rapportant à l'exclusivité de l'exploitant public sur le segment des infrastructures, deux événements importants ont permis en 2012 ²¹²⁶ et 2014 ²¹²⁷ de réhabiliter des maillons d'infrastructures numériques de l'exploitant public. Pour les opérateurs privés du marché congolais, l'inquiétude a été de revenir au respect *a posteriori* des droits exclusifs de l'exploitant public. Toutefois, en 2015, la Banque mondiale a été à la base d'un troisième élément appuyant la concurrence des télécoms, à la suite d'un accord avec le Gouvernement congolais pour la restructuration de l'exploitant public et la réforme du cadre légal de 2002. ²¹²⁸ Pour mieux comprendre les défis juridiques de la concurrence des télécoms en RDC, il importe de présenter la trilogie des faits juridiques se relatifs au statut de l'exploitant public.

868. *Premièrement*, depuis le 8 juillet 2014, la RDC est branchée à la station d'atterrissement du câble sous-marin international à fibre optique, construite à Moanda sur la côte Atlantique. ²¹²⁹ Ces infrastructures relèvent du « consortium international WACS », dans lequel la RDC est membre. ²¹³⁰ Ayant participé à son financement et à sa réalisation, ²¹³¹ le gouvernement congolais en a confié la gestion à l'exploitant public (OCPT/SCPT), opérateur historique, car il a estimé hautement stratégique la gestion de cette passerelle internationale. L'opérateur historique est investi désormais comme câblo-opérateur transnational parmi les

²¹²³ Article 38, al. 2, loi-cadre des télécoms, préc.

²¹²⁴ Article 11, al. 1 et 2, loi-cadre des télécoms [RDC], préc. : « Le réseau de référence ne peut être établi que par l'exploitant public qui, avec le Ministre conclut tous les trois ans, un Contrat-programme qui définit et fixe les objectifs économiques et financiers que l'exploitant public devra atteindre au cours de la période arrêtée. Ces objectifs concernent notamment le rythme de croissance des prix, le niveau d'investissement, le niveau d'endettement, la productivité du personnel, le taux de pénétration téléphonique, la qualité de service et la couverture du territoire national ».

²¹²⁵ Cf. le point B du présent § de thèse, se rapportant à la question précise de l'autorégulation du marché congolais. Ici, il est question d'aborder le défi des droits exclusifs de l'exploitant public par rapport au marché semi-libéralisé *de jure*, mais ayant acquis *de facto* la pleine libéralisation des services.

²¹²⁶ Cf. *Cahier sectoriel*, ANAPI, Kinshasa, mai 2017, p ; 20. En 2012, l'exploitant public a rendu opérationnelle le Gateway physique international à fibre optique pour des connexions à haut débit. Il s'agit de l'accès de l'OCPT non seulement au projet de câble sous-marin de transmission optique transatlantique « WACS » depuis 2012, mais aussi aux capitaux chinois pour la construction des infrastructures de base à fibre optique.

²¹²⁷ Cf. Discours-bilan du Premier Ministre (sortant) de la RDC du 22 novembre 2016 [<http://7sur7.cd/new/primature-augustin-matata-ponyo-sort-par-la-grande-porte-discours-bilan>] (consulté le 24 novembre 2016). « *Le déploiement du réseau backbone à fibre optique, Mouanda-Kinshasa (650 km) et Kinshasa-Kasumbalesa (3.300 km). Ce qui permet de relier la RDC au Congo-Brazzaville et à la Zambie* ». En 2014, l'État congolais a déployé un réseau terrestre à fibre optique sur une distance de près de 3.950 km.

²¹²⁸ Il s'agit d'un programme régional (dit CAB-5) de la Banque mondiale qui motive la pleine concurrence du marché (*full-open market*), comme aspect structurant la mise en œuvre de l'accord de don avec le gouvernement congolais.

²¹²⁹ Moanda : ville côtière de la RDC sur l'Atlantique, située dans le seul front de mer que compte la RDC et dans la province (Kongo-Central) où se situe le seul port du pays (Matadi).

²¹³⁰ [[https://en.wikipedia.org/wiki/WACS_\(cable_system\)](https://en.wikipedia.org/wiki/WACS_(cable_system))] (Consulté le 18 juillet 2016). WACS, *West African Cable system*, est un câble de communication sous-marin d'une capacité de 5,12Tbit/s mis en fonctionnement depuis 11 mai 2002 et reliant l'Afrique du Sud avec le Royaume-Uni le long de la côte Ouest. Construit par Alcatel –Lucent, il est long de 14.530 Km avec 14 point de passages et/ou « points d'atterrage » sur la côte Atlantique (de l'Afrique et en Europe) : Yzerfontein (RSA), Swakopmund (Namibie), Luanda (Angola), Mouanda (RDC), Pointe-Noire (Brazzaville), Limbe (Cameroun), Lagos (Nigeria), Lomé (Togo), Accra (Ghana), Abidjan (Côte d'Ivoire), Praia (Cap Vert), Las palmas (Espagne), Seixal (Portugal) et Highbridge (Royaume-Uni).

²¹³¹ En 2004-2005, l'opérateur privé *Vodacom Congo RDC* avait tenté en vain, auprès des autorités congolaises, d'obtenir l'autorisation de participer au projet WACS. Dans la seconde moitié des années 2000, il lui fut également refusé la possibilité de gérer, tout au moins, cette passerelle internationale, malgré la preuve de ses capacités techniques et financières.

douze autres opérateurs étrangers membres du Consortium. Pour autant, il entend pleinement disposer des droits exclusifs lui reconnus sur le marché par la loi des télécoms de 2002.²¹³²

869. *Deuxièmement*, un partenariat a été mis en place entre l'État congolais et le groupe d'entreprises chinoises (Sinohydro et CREC), à travers le protocole d'accord du 17 septembre 2007 et la convention de collaboration du 22 avril 2008.²¹³³ Les prêts faisant l'objet de ces « contrats chinois » ont été réajustés à 6 milliards de dollars à la suite de l'intervention du Fonds Monétaire International, par rapport à l'endettement initial qui fut de 8,5 milliards de dollars. Les engagements de l'État congolais avec un groupe d'entreprises chinoises sont destinés à la construction des infrastructures utilitaires, en cautionnant les revenus futurs à tirer de l'exploitation conjointe des ressources minières de la RDC.²¹³⁴ Grâce à cet arrangement, plus de 3.900 kilomètres de réseau terrestre à fibre optique ont été déployés dans le pays depuis 2009 à ce jour.²¹³⁵ L'objectif du gouvernement est de construire en 5 phases de projet, 50.000 kilomètres de réseaux numériques devant assurer le transport des données et de signaux des télécoms sur l'ensemble du territoire.²¹³⁶

870. Si la mondialisation a permis au secteur privé d'accéder aux marchés, la levée des fonds chinois a permis à l'État de financer de grands projets de transformation du paysage numérique. Traiter avec la Chine contourne les contingences et conditionnalités des instances internationales en faveur de la libéralisation prônée par comme le Fonds Monétaire International, la Banque Mondiale ou l'Organisation Mondiale du Commerce. Leurs linkages financiers (conditionnalités) soutiennent le décloisonnement des marchés monopolistiques et notamment l'ouverture du secteur des télécoms à la compétition des sociétés multinationales. La Chine émergente intéresse davantage les États africains, en prenant appui sur l'« engagement économique extraverti » de sa politique extérieure.²¹³⁷ « En changeant, la Chine nous change aussi » avec son caractère qui « nous est toujours plus semblable ».²¹³⁸ Le colbertisme high-tech congolais a été ainsi financé par la Chine sans les conditionnalités des réformes néolibérales. Les capitaux chinois ont doté l'exploitant public OCPT/SCPT d'un réseau numérique à fibre optique terrestre, lui permettant d'effectuer en 2104 plusieurs sauts de générations technologiques depuis 2002. En partant d'une situation d'obsolescence de son

²¹³² Article 38, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²¹³³ T. COLOMA, « Quand le fleuve congo illuminera l'Afrique, Le "Contrat du siècle", *Le Monde diplomatique*, février 2011, [https://www.monde-diplomatique.fr/2011/02/COLOMA/20108]. Ces accords ont été signés en RDC et en Chine. Ils couvrent des prêts « titrisés » en donnant à la Chine 14 milliards de dollars de réserves de cuivre et de cobalt, en contrepartie avec un programme d'investissement confiant l'exploitation de ces ressources à la Socomine, appartenant à des sociétés d'État chinoises (68%) et congolaises (32%). La couverture des opérations a été assurée par la Banque d'import-export de Chine, *China Exim Bank*. Le « contrat chinois » est resté illustre pour l'implication économique croissante de l'Empire du Milieu sur le continent noir. Il a suscité un débat important au Parlement congolais, accompagné des efforts du FMI de réduire le niveau d'endettement de la RDC.

²¹³⁴ J. KABANGE NKONGOLO, « quelques considérations juridiques sur le deal sino-congolais », Kinshasa, 2009, pp.1-14, [www.leganet.cd/Doctrine/textes/decon/Dcontrats%20sino_congolais.pdf]. Cf. « Les contrats chinois en République Démocratique du Congo : un nouvel ordre économique pour l'Afrique ? », 28 mai 2008, [http://www.ananzie.net/Les-contrats-chinois-en-RDC-un] (consultés le 18 juillet 2016). Il s'agissait des accords de prêt d'une valeur initiale de 8,5 milliards dans le domaine des mines et des infrastructures. Cf. aussi « Les contrats chinois en République Démocratique du Congo : un nouvel ordre économique pour l'Afrique ? », 28 mai 2008, [http://www.ananzie.net/Les-contrats-chinois-en-RDC-un]

²¹³⁵ Les 3.950 premiers kilomètres de fibre optique ont été effectivement déployés en deux phases, pour une valeur d'exécution de plus de 400.000.000 \$US décaissés par la banque China Exim Bank. La phase 1 de déploiement du réseau national à fibre optique compte 600 kilomètres déjà opérationnels dans les 3 provinces Ouest allant de la côte Atlantique à la capitale et reliés au câble WACS. La phase 2 du projet est en cours de construction pour relier d'Ouest au Sud-est 12 villes et chefs-lieux de provinces jusqu'à sa frontière avec la Zambie où une interconnexion est prévue.

²¹³⁶ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport de mission de la commission d'enquête parlementaire sur le backbone national en fibre optique*, Commission d'enquête sur la non-connexion à la fibre optique (sigle : A.N/C.E/FIB.OPT), Kinshasa, mai 2014, pp. 1-22.

²¹³⁷ T. SANJUAN, « En changeant la Chine nous change aussi », *Quand la Chine change le monde*, Panthéon Sorbonne magazine, n°17, Paris, mars-mai 2016, p. 20-23.

²¹³⁸ *Ibidem*.

réseau analogique en fil de cuivre hérité de la colonisation, l'opérateur historique est présent sur le marché de transmission et de location des capacités à haut débit avec une passerelle internationale fiable. Quoiqu'une mémorable enquête parlementaire a pu constater « des malfaçons, des inadéquations et des lacunes sur le plan technique », ²¹³⁹ l'ensemble du marché est aujourd'hui connecté aux infrastructures à fibre optique de l'exploitant public qui sont uniques pour le transport vers l'international des communications numériques à haut débit.

871. Toutefois, le réinvestissement de l'OCPT/SCPT n'a pas permis à cet exploitant public de reprendre la suprématie exclusive sur le marché local des infrastructures de l'information, dit « marché gros » (« *whole sale* » en anglais). Par ailleurs, l'opérateur historique n'est pas encore en mesure de présenter une offre commerciale des services pour les clients sur le « marché de détail » (« *retail sale* » en anglais). Dans ce contexte, les opérateurs privés conservent encore leurs infrastructures locales ainsi que leurs voies alternatives de sortie internationale par satellite. Ceux-ci continuent à offrir des services de communications aux clients finaux.

872. Dans les faits, la concurrence reste un acquis du marché, malgré les inquiétudes de ses opérateurs privés quant à l'application de la disposition légale sur l'exclusivité du segment des infrastructures des télécoms.

873. Cependant, en fondant l'exclusivité de l'exploitant public sur un segment de base pour le marché, l'article 38 de la loi-cadre demeure un défi pour la concurrence sur le plan juridique et politique. En adoptant depuis 2009, le « document de politique sectorielle » (DPS), le gouvernement ne l'a plus mis à jour, malgré son principe de révision à intervalle de cinq ans. La caducité du DPS est un obstacle politique pour les opérateurs privés qui entendent obtenir une « licence d'opérateur d'infrastructure », avant de consentir des investissements dans le domaine des infrastructures de transmission des télécoms. Par exemple, la société américaine *Google* a introduit le 19 mars 2015 sa demande de « licence d'opérateur d'infrastructure » à fibre optique. ²¹⁴⁰ Elle entend installer des infrastructures de réseaux à haut débit en RDC, dans l'objectif stratégique de fiabiliser l'accès à l'Internet et d'optimiser la consommation des ressources numériques.

874. Depuis 2016, le projet de *Google* bénéficie de l'avis favorable du régulateur (ARPTC), qui se justifie par la nécessité de disposer d'un autre opérateur de service universel que l'inefficient opérateur historique. Mais à ce jour (septembre 2017), *Google* est toujours en attente d'octroi de l'autorisation du gouvernement. ²¹⁴¹ Par ailleurs, en début de la décennie 2010, un autre opérateur du nom de « Liquid Télécom » avait déjà installé ses infrastructures à fibre optique, en déployant un réseau depuis l'Afrique du Sud jusqu'à Lubumbashi (Sud-est de la RDC). ²¹⁴² Liquid Télécom avait pris l'option d'anticiper l'octroi d'une licence sur le segment de marché des infrastructures. Toutefois à ce jour, le gouvernement n'a pas levé

²¹³⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport de mission de la commission d'enquête parlementaire sur le backbone national en fibre optique*, op.cit, p. 17. « La phase 1 du backbone construit est dans un état critique exigeant une action urgente de mise en conformité, de réparation et de complétion ».

²¹⁴⁰ TIDJANE DEME, Demande de licence d'opérateur d'infrastructure en RDC, Google Sénégal, Dakar, 19 mars 2015.

²¹⁴¹ Article 12, loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²¹⁴² AGENCE ECOFIN, « RD Congo : Liquid Telecom étend sa fibre optique jusqu'à Lubumbashi », Kinshasa, 14 nov. 2012, [http://www.agenceecofin.com/equipement/1411-7569-rd-congo-liquid-telecom-etend-sa-fibre-optique-jusqu-a-lubumbashi] (consulté le 12 juin 2017). « Afin de réduire la dépendance de la République démocratique du Congo (RDC) au satellite et d'améliorer la disponibilité de l'offre, Liquid Telecom a annoncé une extension de son réseau de fibre optique internationale à Lubumbashi, la deuxième plus grande ville du pays. Liquid Telecom utilise à cet effet le câble WACS qui passe par la Zambie, le Zimbabwe et l'Afrique du Sud. »

l'option de délivrer une première licence d'exploitation qui donnerait lieu à une concurrence directe dans le segment du marché des infrastructures des télécoms en RDC.²¹⁴³

875. *Troisièmement*, la Banque mondiale et la RDC ont signé le 25 juillet 2014 un accord de don pour un montant de 92,1 millions de dollars afin de construire un réseau terrestre à fibre optique et renforcer les capacités institutionnelles du secteur des télécoms.²¹⁴⁴ L'intervention de la Banque Mondiale s'inscrit dans le « Projet CAB5 »²¹⁴⁵ qui est le 5^e round d'intégration régionale de 11 pays africains à travers des liaisons physiques d'interconnexion par câble à fibre optique.²¹⁴⁶ À la suite du lancement officiel dudit projet le 19 mars 2015,²¹⁴⁷ le nouveau réseau numérique à construire n'est pas à mettre sous la gestion de l'exploitant public OCPT/SCPT. Il est à affermer à une société de droit privé avec 100% d'actionnariat de l'État.²¹⁴⁸ Le capital de la société est constitué par le montant du don de la Banque mondiale et par la valeur des actifs du réseau numérique câblé à construire.²¹⁴⁹

876. Du nom de « SOCOF SA (Société Congolaise de Fibre Optique), cette société créée par l'État congolais a pour mission de financer, construire, détenir, gérer, exploiter et maintenir des infrastructures et équipements de télécommunications haut débit, notamment la fibre optique de la RDC ».²¹⁵⁰ Dans ses prévisions, elle « étendra son réseau [...] vers les villes de l'est du pays (Lubumbashi, Goma, Beni et Kisangani) et en interconnexion avec les pays limitrophes de sous-région des grands lacs africains ainsi que la Zambie. »²¹⁵¹ Les activités ne sont encore que sur le plan préparatoire, mais la perspective de son statut privilégié de société d'État préoccupe la concurrence sur le marché. En tant que société unipersonnelle d'État, ma SOCOF est créée « conformément aux règles de l'OHADA (Acte uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique) et aux dispositions spécifiques nationales relatives aux entreprises publiques, complémentaires ».²¹⁵²

²¹⁴³ Radio Top Congo FM, « Interview du Vice-Premier Ministre, Ministre des PTNTIC, Thomas Luhaka », 1^{er} avril 2016 [www.topcongo.fm] (consulté le 17 avril 2016). Archives de la Vice-Primature, Ministère des PTNTIC [Inédit]. L'auteur de la thèse a été Directeur de Cabinet adjoint du VPM, Min. PTNTIC de décembre 2014 à février 2016.

²¹⁴⁴ Ordonnance [du Président de la RDC] n°14/073 du 5 décembre 2014 portant approbation de l'Accord de don H81-ZR conclu entre la RDC et la Banque mondiale, au titre de la 5^e phase du programme régional de réseaux de télécommunication haut débit en Afrique centrale (CAB5), JO RDC, 59^e année, n° spécial, 10 janv. 2015, col.2.

²¹⁴⁵ CAB5 : *Central African Backbone Round 5* est un projet d'intégration sous-régionale dans 11 pays, sur financement de la Banque mondiale et réalisé en plusieurs phases par pays. CAB1 en 2009 : Cameroun, République centrafricaine, Tchad. CAB2 ; Sao Tome et Principe. CAB3 en 2011 : République du Congo. CAB4 en 2012 : Gabon. CAB5 en 2014 : RDC.

²¹⁴⁶ COPIREP, Présentation du Projet CAB5 au VPM, Ministre des PTNTIC, Hôtel Kempiski, Kinshasa, 9 janvier 2015. Dans ses composantes, CAB5 a inscrit la réhabilitation de la liaison Kinshasa-Mouanda de la SCPT (« composante A ») pour 13,2 millions de dollars. CAB5 combine une « composante B » pour la construction d'un réseau de fibre optique terrestre de 2800 à 4000 kms, d'un coût de faisabilité de l'ordre de 71,6 millions de \$.

²¹⁴⁷ Il y a à noter que la Banque mondiale a achevé d'exécuter un autre projet de construction d'une ligne à fibre optique sur la ligne de transport d'électricité à haute tension de la SNEL sur plus de 2.000 km reliant Inga²¹⁴⁷ au Katanga²¹⁴⁷ mais que son affermage à des privés a été bloqué par le refus du gouvernement de transmettre formellement à l'appel d'offre la garantie d'accorder une licence à des exploitants privés sur cette ligne. [Inga est le nom de la Ville situé près de la côte Atlantique de la RDC. Cette ville a donné son nom au Barrage d'Inga est la plus grande centrale hydroélectrique du pays et la 2^e d'Afrique, après le barrage hydroélectrique d'Assouan sur le Nil égyptien. Le Katanga est situé au Sud-est à la frontière Zambienne et demeure la capitale du cuivre dont la RDC est l'un des premiers producteurs mondiaux, avec des grandes industries d'extraction minière localisées dans cette deuxième ville économique du pays (RDC).]

²¹⁴⁸ Lettre n° 1029/04/2015 du 20 avril 2015 du directeur de cabinet du Chef de l'État. Concernant la « création d'une société de Patrimoine National relative au projet CAB 5 », la lettre adressée à la ministre du portefeuille rappelait que : « La mise en œuvre effective du projet CAB 5 est subordonnée à la création de cette société, dans les trois mois après la mise en œuvre de l'accord de financement intervenue le 22 janvier 2015. Il ne reste plus que moins d'un mois, délai au-delà duquel la Banque mondiale peut, à tout moment, retirer son don conformément au Titre 2, section V, point 2 de cet Accord ».

²¹⁴⁹ *Cahier sectoriel*, ANAPI, Kinshasa, mai 2017, p. 21. « Avec un capital de 1.028.270.000FC, SOCOF SA fonctionnera sur le modèle de l'open-access ».

²¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 20 et 21.

²¹⁵¹ *Ibid.*, p. 21. « Avec un capital de 1.028.270.000FC, SOCOF SA fonctionnera sur le modèle de l'open-access ».

²¹⁵² *Ibid.*

877. En droit comparé européen et français, la libéralisation a nécessairement été approfondie par la réforme conjointe de la réglementation et du statut de l'opérateur public « France Télécom ». ²¹⁵³ La dérégulation à la congolaise s'est effectuée jusqu'ici sans revoir le statut légal des entreprises et sociétés. Elles contournent la réforme générale du portefeuille de l'État, en se prévalant des prérogatives de droit public consacrée par les lois sectorielles de télécoms en 2002. En 2008, l'OCPT, ancienne EPIC, a été transformée en société commerciale au nom de SCPT. De même à sa création en 2015, la SOCOF a été directement constituée en société anonyme unipersonnelle. Mais dans leurs cas, le contrôle de la totalité de leur capital social par l'État les conforte à prétendre à des prérogatives de l'exploitant public.

878. C'est ainsi que les conditionnalités de la Banque mondiale (BM) ont intentionnellement été plus globales. ²¹⁵⁴ L'accord de don H81-ZR préconise et finance la révision des dispositions surannées de la loi-cadre de 2002, afin d'assurer l'ouverture totale du marché congolais des télécoms. ²¹⁵⁵ En effet, la BM souligne l'« *adoption du nouveau cadre légal et réglementaire [...] comme action importante et urgente [...] d'autant plus que : (i) le cadre de 2002 comporte des dispositions qui sont contraires aux meilleures pratiques internationales (présence d'exclusivités)* ». ²¹⁵⁶ Elle a fait de cette conditionnalité un « *préalable au décaissement [des fonds] du CAB5* ». ²¹⁵⁷ Le gouvernement s'est engagé envers la BM pour restructurer l'exploitant public. Cet engagement vise l'approfondissement de la libéralisation du service public des télécoms, en garantissant la pleine concurrence et l'égalité des droits entre acteurs sur le marché.

879. En définitive, tant que le statut de l'exploitant public reste rattaché à des droits exclusifs, ²¹⁵⁸ le défi législatif reste toujours majeur pour réaliser la loyale concurrence sur le marché des télécoms. La dérégulation amorcée par le législateur de 2002 ne fait pas application de tous les principes de l'OMC et de la BM. ²¹⁵⁹ La pleine concurrence reste l'un des objectifs finaux de la dérégulation. La RDC n'est pas encore parvenue au niveau de réformes législatives, lui permettant de réaliser l'ouverture complète de son secteur des télécoms à l'économie de marché. Elle y est forcée par le développement du marché et les contingences internationales. En préconisant l'instauration du jeu de la concurrence, la dérégulation entraîne une profonde réorganisation de la puissance publique face aux forces économiques, dans le but d'assurer le fonctionnement du marché. (§2.)

²¹⁵³ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2 de la présente thèse, s'agissant précisément de l'expérience de la dérégulation française des télécoms et des communications électroniques.

²¹⁵⁴ Accord de don H81-ZR conclu entre la RDC et la Banque mondiale, au titre de la 5^e phase du programme régional de réseaux de télécommunication haut débit en Afrique centrale (CAB5) [Inédit]. Les conditionnalités de décaissement du don portent sur trois points. 1^o La restructuration de la SCPT, exploitant public, doit être achevée, en fonction d'une feuille de route du gouvernement. 2^o Une « Société de Patrimoine National » (SPN) doit être créée pour gérer les actifs (infrastructures à fibre optique) à construire sur financement de la banque mondiale. 3^o Un nouveau cadre légal du secteur des télécoms doit être adopté par le conseil des ministres de la RDC, en vue d'assurer une concurrence totale, sans droits exclusifs.

²¹⁵⁵ Ce projet de loi est examiné à la Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, de la présente thèse.

²¹⁵⁶ Lettre n°753/BM/RDC/RR/EPM/JN/2015 du 20 octobre 2015 du Représentant résident de la Banque mondiale en RDC (Emmanuel Pinto Moreira), en réaction la lettre n° Vodacom-Cgo/LR&I/CL/AB/DB/0189/09/15 du 25 sept. 2015 relative au « projet de loi sur les télécommunications en RDC ».

²¹⁵⁷ *Ibidem*.

²¹⁵⁸ Article 38 et 79, Loi-cadre sur les télécoms [RDC].

²¹⁵⁹ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 2 de la présente thèse, s'agissant précisément des principes de l'AGCS/OMC et de l'accord spécifique de l'OMC sur les télécoms.

§2. La reconfiguration de la puissance publique face aux forces économiques du marché congolais des télécoms

880. En Europe, en France de même qu'en RDC, le marché électronique comporte comme principaux sous-secteurs d'activités : les infrastructures, les équipements et les services des télécoms.²¹⁶⁰ Les offres d'activités numériques se destinent aussi bien aux consommateurs qu'aux opérateurs du marché eux-mêmes. Il en est ainsi des services d'interconnexion qui assurent l'échange agrégé des communications entre réseaux (*telecoms whole sales*), tout autant que la mise en relation des abonnés de réseaux différents (*telecoms retail sales*). La typologie de l'offre des services électroniques forme le « marché dit de gros » (consistant en des prestations entre opérateurs, B2B) qui se distingue du « marché dit de détail » (consistant en des prestations des opérateurs et fournisseurs vis-à-vis des clients, B2C). En principe, la régulation doit assurer l'équilibre du système global du marché, dont les composantes s'influencent mutuellement. Mais, la corégulation et l'autorégulation sont des aspects incontournables de l'économie de marché dans lequel le secteur des télécoms évolue à la suite de la dérégulation. (A./)

881. Dans le cas de l'interconnexion, les opérateurs de télécoms ont eux-mêmes structuré la régulation économique et technique du marché. Le législateur de 2002 charge le régulateur du marché (ARPTC) de « *définir les principes d'interconnexion et de tarification des services* » de télécoms.²¹⁶¹ Il n'en demeure pas moins que les opérateurs édictent des principes d'autorégulation (spécialement pour l'accès à l'Internet), assortis des sanctions à l'encontre des récalcitrants aux lois du marché (spécialement pour l'interconnexion des réseaux au niveau national), sans forcément attendre des mesures de régulation étatique *ex ante* ou s'en référer. (B./)

A./ LA RÉGULATION ÉTATIQUE FACE AUX DÉFIS DE CORÉGULATION ET D'AUTORÉGULATION

882. En RDC, la concurrence a donné lieu à la substitution du monopole public par des oligopoles privés sur le marché.²¹⁶² La « puissance économique »²¹⁶³ des prestataires rend délicate, voire précaire, l'intervention de l'Autorité étatique de régulation, en tant qu'arbitre du jeu de la concurrence. La complexité du marché électronique et la globalisation de l'Internet débordent les capacités d'intervention des organes congolais de régulation. L'autorégulation du marché érode davantage le rôle de la puissance publique en contraignant le régulateur étatique à des consultations préalables (1) pour garantir l'effectivité de ses mesures *ex ante* grâce à la co-régulation. (2)

²¹⁶⁰ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 1 de la présente thèse.

²¹⁶¹ Article 3, e), loi 014/2002 sur l'ARPTC, préc. : « L'Autorité de régulation a pour mission de : [...] e) définir les principes d'interconnexion et de tarification des services publics des postes et télécommunications ». L'article 8, d) de la loi-cadre des télécoms (RDC) est libellé dans les mêmes termes. À titre d'exemple : Décision n°007/ARPTC/CLG/2011 du Collège de l'ARPTC portant fixation des tarifs d'interconnexion, JO RDC, n° 8, 52^e année, 15 avril 2011, col. 26.

²¹⁶² *Cahier sectoriel*, ANAPI, Kinshasa, mai 2017, p. 19-20. « En 2016, le marché de la téléphonie mobile a été largement dominé par les opérateurs mobiles privés à savoir : Airtel Congo, Vodacom Congo, Orange RDC (après rachat de Tigo) et Africell RDC, tous exploitant dans un environnement fortement concurrentiel ».

²¹⁶³ AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA POSTE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, *Observatoire du marché de la téléphonie mobile, Rapport du 2^e trimestre 2017*, Direction Économie et Prospective, Kinshasa, avril-juin 2017, p. 3. La situation du marché de la téléphonie et de l'Internet mobile se présente comme suit : « les quatre opérateurs mobiles ont enregistré plus de 31 millions d'abonnements, générant un revenu total de plus de 300,9 millions de dollars américains [...] une hausse de l'ordre de 7,34% soit de 281,8 à 300,9 millions de dollars américains a été observée ».

1. La corégulation avec les opérateurs privés du marché congolais des télécoms

883. Par définition, la dérégulation reste le processus de démonopolisation conduisant à adopter un système de concurrence régulée. Elle engage les services publics classiques à garantir le libre accès à une variété de prestataires techniques (opérateurs, fournisseurs d'accès, hébergeurs, etc.). Elle réorganise également les rôles entre le marché et la puissance publique. Le législateur de 2002 charge le ministre de veiller aux conditions de concurrence loyale dans la fourniture des services sur les segments libéralisés.²¹⁶⁴ Les autorités administratives assurent l'équilibre entre leurs rôles et les exigences du marché. Mais, en réalité, l'équilibre à réaliser se situe dans la concertation avec le marché pour le succès de la régulation étatique en elle-même : la corégulation est une nécessité dans le contexte du marché post-monopolistique à faible législation.

884. En 2002, la loi-cadre sur les télécoms a instauré pour la première fois un organe indépendant de régulation étatique devant concilier les intérêts public et privés, sous le plus souvent divergents, sur le marché libéralisé.²¹⁶⁵ La libéralisation du droit de l'accès aux télécoms comporte en effet plusieurs corollaires, notamment : la diversification des acteurs sur le marché, le foisonnement d'intérêts privés, l'asymétrie des rapports entre les acteurs du marché et l'État-régulateur, etc. La professionnalisation des opérateurs privés leur permet d'agir en corporation pour l'autorégulation de leurs activités, la sauvegarde de leurs positions sur le marché ou encore la gestion de leurs rapports vis-à-vis des Autorités de réglementation nationales devant les contrôler. C'est ainsi que le fonctionnement du marché nécessite une coordination d'actions d'abord entre ses propres prestataires (autorégulation) et ensuite en rapport avec le régulateur étatique (co-régulation).

885. La structuration du marché de l'interconnexion illustre l'autorégulation technique et économique assurée par les acteurs du marché eux-mêmes. À cet effet, les opérateurs privés des télécoms agissent en sous-comité ou en corporation professionnelle. En RDC, l'un des plus actifs groupements est le « Comité professionnel du secteur des télécoms » (CPST), mis en place au sein de la « Fédération des entreprises du Congo » (FEC). Bien avant l'instauration de la régulation étatique, c'est le CPST/FEC qui avait fondé les règles techniques et commerciales du marché de l'interconnexion (*B2B, whole sales*) tout autant que la structure des prix des services électroniques fournis aux consommateurs (*B2C, retail sales*). Le CPST/FEC, en tant que syndicat des opérateurs congolais des télécoms, a ainsi harmonisé les conditions techniques, économiques et juridiques d'accès réciproques aux abonnés des réseaux à la fois partenaires et concurrents. Pour ce faire, il a établi les standards techniques, les normes de facturation et les contrats-type à respecter par tous les opérateurs économiques du marché électronique, sans oublier les modalités de règlement de litiges entre opérateurs et les pratiques du service-client.

886. Toutefois, les opérateurs démontrent une attitude d'obéissance sélective face à la réglementation *ex ante* de l'État-régulateur. Ce dernier éprouve des difficultés à rendre effectives ses décisions vis-à-vis du marché, tant qu'au préalable un consensus n'est pas engagé entre leur corporation et l'autorité de régulation des télécoms (ARPTC). Tel est le cas de la détermination des principes d'interconnexion et de tarification des services au détail. Les

²¹⁶⁴ Article 7-b), Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²¹⁶⁵ Article 3, 1), loi 014/2002 sur l'ARPTC, préc. : « L'Autorité de régulation étatique (ARPTC) a donc pour mission sectorielle de « protéger sur le marché [...], les intérêts des consommateurs et des opérateurs en veillant à l'existence et à la promotion d'une concurrence effective et loyale et [de] prendre toutes les mesures nécessaires à l'effet de rétablir la concurrence au profit des consommateurs ».

opérateurs autorégulent les prix des services électroniques, qu'ils choisissent de soumettre ou non à l'entérinement de l'ARPTC. En effet, le droit congolais garantit le principe de liberté du prix pour ceux qui font l'offre de vente de leurs produits et services, sur la base du décret-loi du 20 mars 1961²¹⁶⁶ tel que modifié à ce jour.²¹⁶⁷ Cette législation générale sur le prix n'inscrit pas les services des télécoms sous le régime des « prix régulés ». ²¹⁶⁸ En 2016, à la suite d'une hausse unilatérale de 500% du prix de l'Internet en RDC, le communiqué du Président de l'ARPTC exhortait les opérateurs à une « procédure qui veut que toute modification des prix des services de télécommunications soit approuvée préalablement par l'ARPTC ». ²¹⁶⁹ Sans trouver appui sur une impérative du droit, cette exhortation traduit la réalité d'un rapport des forces entre les lois du marché (*soft law*) et les lois parlementaires, entre les forces économiques du marché et la puissance publique, entre l'autorégulation du marché et la régulation étatique. Dans les faits, le marché électronique congolais se caractérise par la dominance de l'autorégulation dans l'offre des services au consommateur final.

2. La dominance de l'autorégulation dans l'offre du marché de détail

887. La concurrence concerne les services de télécoms fournis au public et principalement les offres des services de base (appels vocaux et SMS), les offres promotionnelles et d'autres services à valeur ajoutée. La loi-cadre sur les télécoms a investi l'ARPTC de la mission de promotion de la concurrence en faveur des consommateurs sur le marché des services. Mais sa mission a été tenue en échec en mars 2012 suite à l'opposition des opérateurs du marché de se soumettre à la décision n°021/ARPTC/CLG/2012 suspendant les offres promotionnelles des services électroniques.²¹⁷⁰ Cette décision appuyait deux précédentes décisions d'août 2008 et de février 2011 fixant des conditions à observer en matière d'offres promotionnelles des services voix et SMS.²¹⁷¹ L'ARPTC avait pris toutes ses décisions dans le cadre de la régulation des prix de services au détail, sachant que la législation lui en confère la compétence.²¹⁷² À l'époque se fondant uniquement sur ses prérogatives de puissance publique, l'ARPTC entendait imposer d'autorité aux opérateurs ses décisions en édictant des actes administratifs, sans recourir à la corégulation avec le marché.²¹⁷³ À défaut d'un consensus préalable entre les opérateurs et l'État, le marché

²¹⁶⁶ Article 1^{er}, Décret-loi sur le prix du 20 mars 1961, *Moniteur congolais*, 1961, p. 218. Décret-loi sur le prix du 20 mars 1961, tel que modifié par l'Ordonnance-loi n°83-026 le 12 septembre 1983

²¹⁶⁷ Décret-loi sur le prix du 20 mars 1961, tel que modifié par l'Ordonnance-loi n°83-026 le 12 septembre 1983, in *Les codes Larcier de la République démocratique du Congo*, t.III, vol. 2, éd. De Boeck & Larcier (Afrique éditions), Bruxelles (Kinshasa), 2003, p. 805.

²¹⁶⁸ *Ibidem*. À titre d'exception, des « prix régulés » sont pratiqués pour quatre secteurs d'utilité publique en RDC, à savoir : les transports publics, les hydrocarbures, l'eau et l'électricité. Ce sont les ministres concernés du gouvernement central ou les gouverneurs de province (par délégation) qui en fixent les prix à la consommation.

²¹⁶⁹ O. MANIKUNDA MUSATA, « Communiqué de Presse », Président de l'ARPTC, Kinshasa, 19 juin 2016, in C. MOANDA, « Internet : L'ARPTC ordonne aux télécoms de revenir aux anciennes tarifications », 20 juin 2016, *Potico.cd* [<http://www.politico.cd/actualite/la-une/2016/06/19/internet-larptc-ordonne-aux-telecoms-de-revenir-aux-anciennes-tarifications.html>] (consulté le 25 juin 2016). Par rapport à la pratique unilatérale des prix par les opérateurs privés sur le marché des télécoms (internet), le Président de l'ARPTC a exprimé un principe empirique : « Ceux-ci ont violé les dispositions légales et réglementaires, notamment par le non-respect de la procédure qui veut que toute modification des prix des services de télécommunications soit approuvée préalablement par l'ARPTC. »

²¹⁷⁰ Décision n°021/ARPTC/CLG/2012 du 03 mars 2012 du Collège de l'ARPTC portant suspension des promotions des services de télécommunications en RDC [inédit]

²¹⁷¹ Décision n°008/ARPTC/CLG/2011 du 28 février 2011 du Collège de l'ARPTC modifiant la Décision n°044/CLG/ARPTC/2008 du 25 août 2008 portant conditions et modalités de promotion des services de télécommunications en République Démocratique du Congo, JO RDC, n°8, 52^e année, 15 avril 2011, col. 27.

²¹⁷² Article 3, loi n°14/2002 sur l'ARPTC.

²¹⁷³ Décision n°009 ARPTC/2012 du Collège de l'ARPTC modifiant la décision n°028/ARPTC/CL/2011 portant définition des principes de tarification du service de détail voix applicables par les exploitants des réseaux et services de télécommunications ouverts au public en RDC, JO RDC, 53^e année, n°23, 1^{er} décembre 2012, col. 20.

n'appliquait pas les décisions unilatérales de l'ARPTC, dont il résistait à la témérité.²¹⁷⁴ Pour autant, le régulateur étatique ne fut pas en mesure de réguler la « guerre des prix » qui déstabilisa finalement le marché entre 2012 et 2015.

888. Face à la situation, le marché adopta de son côté – avec succès et sans le concours du régulateur étatique – des mécanismes coercitifs d'autorégulation des prix pour mettre fin à la concurrence déloyale sur les prix offerts sur le marché. Pour faire respecter les mesures d'autorégulation, les opérateurs dominants (Vodacom et Airtel) refusèrent l'interconnexion à tout réseau récalcitrant par rapport aux minima des prix et autres standards imposés par le marché. Ils prirent cette « sanction » à l'encontre d'un nouvel entrant (Africell), en mettant également en garde ses alliés (Orange et Tigo). La logique économique de la déconnexion d'Africell était de préserver l'équilibre de l'ensemble du marché au titre de peine civile tant qu'Africell ne revoyait pas la stratégie des « prix cassés » qu'il offrait à ses abonnés sur son propre réseau tout en s'appuyant sur les réseaux interconnectés.

889. Dans les faits, le nouvel entrant Africell s'était associé à deux autres réseaux (Tigo et Orange) – avant leur fusion-absorption en avril 2016 – contre les deux opérateurs leaders du marché (Vodacom et Airtel). Les opérateurs de taille modeste posaient des actes de concurrence déloyale consistant à offrir des prix anormalement bas aux abonnés de leurs propres réseaux, tout en profitant des économies d'échelle que leur permettait l'accès à une large base d'abonnés d'autres réseaux grâce à l'interconnexion. De la sorte, les opérateurs plus anciens perdaient des parts de marchés à la suite de la stratégie de *dumping* (offre des « prix cassés ») de la part de nouveaux entrants. Si le principe de la liberté des prix et des marges licites pouvait donner un couvert légal à la pratique ci-dessus décrite, celle-ci déséquilibrait le marché en créant de grandes marges de prix entre les nouveaux entrants et les opérateurs plus anciens. Le déséquilibre du marché tenait des charges d'exploitation entre les prestataires à puissance significative et les petits réseaux en phase d'émergence sur le marché. Notamment, selon la taille des réseaux, des économies étaient possibles à réaliser entre le prix de vente offert au client final et le prix de revient du service. La marge était variable en fonction de la différence des charges de maintenance de chaque réseau et de leur gestion de la clientèle, les petits réseaux disposant à ce sujet d'une plus grande flexibilité. L'offre des prix bas stimulait le volume d'appels, de SMS à consommation, entraînant une augmentation du volume des données à transporter par les opérateurs de réseaux. Si l'abonné pouvait tirer avantage du bas prix du service à la consommation, les opérateurs de réseaux travaillaient davantage sans toutefois retirer du service rendu la part de rétribution devant assurer la rentabilité de leurs investissements.²¹⁷⁵

890. Les investissements financiers consentis à bâtir les réseaux étaient menacés, du fait de leur utilisation sans rendement conséquent. Il fut aussi constaté une « transhumance » des clients d'un opérateur à l'autre, selon les oscillations des offres de prix. Certains clients (dits « multi-SIM ») s'étaient procurés pour l'occasion plusieurs abonnements. *A posteriori*, la guerre des prix ne contribuait pas à conserver dans la durée les parts de marché gagnées par l'argument des offres promotionnelles. En provoquant un accroissement artificiel du volume d'appels et des données, la pratique du prix cassé alimentait plusieurs risques techniques. pour

²¹⁷⁴ Les opérateurs privés de télécoms opposaient à leur avantage contre les attributions du Régulateur, en évoquant le Décret-loi du 20 mars 1961 sur le prix (tel que modifié par l'Ordonnance-loi n°83-026 du 12 septembre 1983), préc.

²¹⁷⁵ Radio Okapi, « RDC : Africell dénonce la coupure de son interconnexion avec Vodacom, Tigo et Airtel », 12 novembre 2012, [www.radiookapi.net/economie/2012/11/12/rdc-africell-denonce-la-coupure-de-son-interconnexion-avec-vodacom-tigo-airtel] (consulté le 12 juillet 2012).

les réseaux. La pratique faussait également les externalités du réseau de même que les indicateurs économiques du marché, au point de menacer l'équilibre du marché lui-même.

891. C'est pourquoi en 2012 les opérateurs dominants exclurent Africell de l'interconnexion à leurs réseaux. Africell estimait que le déni de service à son encontre était une atteinte à son droit de l'accès au marché des télécoms, en violation de sa licence obtenue du ministre des PTT.²¹⁷⁶ Au cours de la même année, il porta sa réclamation devant la Cour Suprême de Justice en vue d'obtenir en sa faveur l'application de la loi-cadre et la levée de la mesure qui le privait d'interconnexion avec les autres réseaux. En assignant les opérateurs dominants devant la Cour suprême de justice (CSJ), *Africell* visait l'application de l'article 41 de la loi-cadre obligeant l'interconnexion entre réseaux ouverts au public.²¹⁷⁷ La saisine fut davantage dissuasive pour obliger à un fléchissement des positions d'autorégulation, à défaut d'obtenir un verdict favorable.

892. À l'occasion, il s'en fallut des négociations en 2014 entre les opérateurs au sein de leur corporation pour trouver des solutions. Les opérateurs dominants Vodacom et Airtel conduisirent les pourparlers nécessaires face aux opérateurs Africell, Orange et Tigo cherchant à se constituer une puissance collective. À la suite des ententes entre opérateurs du marché, Africell signa les actes transactionnels arrêtant les actions judiciaires autrefois engagées contre Vodacom et Airtel pour attaquer leurs refus d'interconnexion à son endroit.²¹⁷⁸

893. Au bout du long processus d'autorégulation des prix et d'offres promotionnelles (2008, 2012, 2015), les opérateurs du marché se décidèrent de se soumettre à l'autorité du régulateur étatique. C'est en 2014 qu'ils notifièrent à l'ARPTC les résultats de leur autorégulation, en lui remettant leurs conclusions pour entérinement. S'agissant de l'interdiction des offres promotionnelles et des prix cassés, le marché entendait finalement se conformer, à partir de janvier 2015, aux décisions administratives que le régulateur avait voulu appliquer d'autorité en 2008²¹⁷⁹ et 2012²¹⁸⁰ sans y parvenir. Ainsi, dans leur ensemble, les opérateurs du marché ont considéré que « [l']industrie [des TIC] a, à l'unanimité, initié les propositions suivantes à soumettre à l'Autorité de régulation (ARPTC) », en décidant de la stricte observance du tarif d'interconnexion arrêté à travers la détermination d'un « prix-plancher » de 0,085\$/minute TTC, « promotions incluses jusqu'au 31 juillet 2015, date à laquelle les opérateurs [devaient] réévaluer cette résolution ».²¹⁸¹ En outre, l'entente des opérateurs était applicable sans exception aux services interconnectés et intra-réseaux sur le marché congolais.²¹⁸² Pour la bonne forme, l'ARPTC a adopté une nouvelle décision

²¹⁷⁶ Cf. Déclaration du DG d'Africell à la presse : « Tarification des services des télécommunications : l'ARPTC se conforme à l'avis de la CSJ », février 2015, [www.forumdesas.org/spip.php?article3387] (consulté le 9 juillet 2016).

²¹⁷⁷ Article 41, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc : « Tout réseau de télécommunications établi ou utilisé pour les besoins du public est obligé de s'interconnecter au réseau de l'exploitant public à travers lequel tous les réseaux nationaux sont interconnectés. Le Ministre fixe les règles particulières à l'interconnexion des réseaux ».

²¹⁷⁸ Le compromis général a été trouvé avec l'ensemble de la corporation des opérateurs le 19 décembre 2014. L'accord d'application des prix-planchers inter-réseaux a ouvert l'interconnexion à Africell.

²¹⁷⁹ Décision n°008/ARPTC/CLG/2011 du 28 février 2011 du Collège de l'ARPTC modifiant la Décision n°044/CLG/ARPTC/2008 du 25 août 2008 portant conditions et modalités de promotion des services de télécommunications en République Démocratique du Congo, JO RDC, n°8, 52^e année, 15 avril 2011, col. 27.

²¹⁸⁰ Décision n°021/ARPTC/CLG/2012 du 03 mars 2012 du Collège de l'ARPTC portant suspension des promotions des services de télécommunications en RDC [inédit]

²¹⁸¹ AFRICELL S.A. (DG), AIRTEL S.A. (DG A.I. & LEGAL & REGULATORY), ORANGE SA (DG & S.G), TIGO (D.G & REGULATORY), VODACOM CONGO S.A. (D.G & LEGAL) et YOZMA S.A. (D.G & P.R), Compte-rendu de la réunion tenue par les opérateurs télécoms sur la régulation des prix le 19 décembre 2014 au siège de Tigo [inédit], pp. 1-2.

²¹⁸² *Ibidem*, p. 1. Pour l'essentiel, « Les opérateurs proposent de constituer comme annexe la grille de tarifs ci-jointe. Première résolution : Le tarif d'interconnexion (Mobile Termination Rate : MTR) tel que défini par le Régulateur à l'issue de la modélisation et le *glide path* [trad. trajectoire de baisse de prix] qui avait été décidé sera strictement observé. [...]

n°001/ARPTC/CLG/2015 du 02 février 2015, abrogeant toutes les décisions querellées antérieurement pour enfin encadrer durablement les tarifs des services de télécoms.²¹⁸³ En réalisant la corégulation, la dernière décision de l'autorité de régulation a pu suspendre momentanément les offres promotionnelles avec le consentement des opérateurs. À ce jour, la décision est d'application sans ambages.

894. Toute l'expérience ci-dessus illustre la prédominance, voire la dominance, de l'autorégulation dans les conditions d'offre des services de télécoms en RDC. Il en est ainsi d'autres enjeux techniques et économiques du marché libéralisés, qui à défaut d'encadrement législatif permet la prépondérance de l'autorégulation sur la régulation et la régulation étatiques.

*B./ LA RÉGULATION ÉTATIQUE FACE AU DÉFI LÉGISLATIF
DE L'INTERCONNEXION ET DE L'INTERNET EN RDC*

895. Sans le couvert légal, l'autorité de régulation intervient avec pragmatisme sur les enjeux de fonctionnement du marché, en se référant notamment aux lois du marché, aux meilleures pratiques et aux expériences juridiques comparées.

896. L'activité numérique génère des « zones d'inconfort » pour la pratique de la régulation étatique. Les avancées technologiques du marché dépassent le seuil de la régulation en ce qui concerne les services de l'interconnexion (1.) et de l'Internet (2.) en RDC. Cette situation renforce la prédominance de l'autorégulation sur les aspects concernés. En l'absence de législations spécifiques, les autorités nationales de réglementation doivent adapter leur action par rapport au marché, sans le laisser totalement sous l'influence des forces économiques.

1. La prédominance de l'autorégulation du marché sur l'interconnexion

897. Au terme de la loi-cadre sur les télécoms de 2002, l'interconnexion s'entend de toutes les « prestations réciproques offertes par tout exploitant de réseaux ouverts au public qui permettent à l'ensemble des utilisateurs de communiquer librement entre eux quels que soient les réseaux auxquels ils sont raccordés ou les services qu'ils utilisent ». ²¹⁸⁴ Sur le plan technique, l'« interopérabilité » ²¹⁸⁵ est impérieuse entre réseaux, étant donné que chaque opérateur dispose de ses propres infrastructures de télécoms. Sur le plan économique, le marché doit organiser l'accès mutuel et réciproque des abonnés aux réseaux de chaque opérateur en s'assurant de la neutralité technologique. Sur le plan du droit de l'accès aux communications électroniques, l'objectif de la régulation est tout autant de réaliser un marché ouvert et concurrentiel au profit des opérateurs que d'exiger le libre accès aux services électroniques au profit des consommateurs. ²¹⁸⁶

898. L'observation du marché par l'ARPTC témoigne de l'importance des revenus tirés l'interconnexion locale, nationale et internationale concernant les appels téléphoniques. Par rapport aux transactions « intra-réseaux », la part de l'« inter-réseau » (interconnexion) est de

« Troisième résolution : La prise en compte comme *prix plancher un Off Net de USD cent 8,5 TTC (8,5 centimes de dollars toutes taxes comprises)*, promotions incluses jusqu'au 31 juillet 2015, date à laquelle les opérateurs ré-évalueront cette résolution ».

²¹⁸³ Décision n°001/ARPTC/CLG/2015 du 02 février 2015 portant encadrement des tarifs voix applicables par les exploitants des réseaux et services des télécommunications ouverts au public en RDC [inédit]

²¹⁸⁴ Article 4-17, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²¹⁸⁵ Article 4-32, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. « Interopérabilité des équipements terminaux : « l'aptitude de ces équipements à fonctionner, d'une part, avec le réseau et d'autre part avec les autres équipements terminaux permettant d'accéder à un autre service. »

²¹⁸⁶ J. CATTAN, *Le droit de l'accès aux communications électroniques*, op.cit, pp. 8 et s.

25 à 30% du chiffre d'affaire global du marché de la téléphonie mobile en RDC.²¹⁸⁷ Ce ratio du marché de l'interconnexion reste relativement stable depuis plusieurs années.

Notre tableau : Part de l'interconnexion sur le marché des appels téléphoniques

Type de trafic	Volume de trafic 2016 (Trimestre 2)		Volume de trafic 2016 (Trimestre 3)	
	Minutes	ratio	Minutes	Ratio
Intraréseau	2.855.198.341	71,76%	3.181.307.915	74,81%
Interconnexion nationale sortant	474.948.189	11,93%	452.826.272	10,64%
Interconnexion nationale entrante	506.489.558	12,73%	482.909.310	11,35%
International sortant	80.233.940	2,01%	76.503.286	1,79%
International entrant	61.610.322	1,54%	58.648.701	1,37%
Sous-total interconnexion	1.123.282.010	28,23%	1.070.887.569	25,16%
Total trafic Voix	3.978.480.351	100%	4.252.195.484	100%

Source : ARPTC/opérateurs -Tableau 8 : Évolution trimestrielle du Trafic Voix²¹⁸⁸

899. La loi-cadre de 2002 a confié au ministre des PTT une compétence générale sur le marché de l'interconnexion : il « veille à ce que soient [...] interconnectés tous les réseaux assurant les services publics de télécommunications ».²¹⁸⁹ Par ailleurs, la loi n°04/2002 sur l'ARPTC habilite le régulateur uniquement à « définir les principes d'interconnexion et de tarification ».²¹⁹⁰ De façon éphémère, le décret n°03/027 du 16 septembre 2003 avait octroyé au ministère des PTT le pouvoir de « définition et [d']application des principes d'interconnexion et de tarification des services publics des Postes, Téléphones et Télécommunications... ».²¹⁹¹ Jusqu'à son abrogation en 2007, le ministre des PTTC n'avait pas fait application dudit décret,²¹⁹² compte tenu de la loi-cadre de 2002 habilitant seulement l'Autorité de régulation à cet effet. C'est à bon droit que les directives du régulateur sont le seul règlement applicable définissant les principes d'interconnexion.²¹⁹³

900. Au départ, le législateur avait conçu l'exclusivité de l'exploitant sur les infrastructures de base comme un moyen de placer l'État-entrepreneur au carrefour des réseaux de transmission. Le dispositif devait éviter d'excentrer les interconnexions entre réseaux d'opérateurs privés. En contrôlant le marché de transit des données entre opérateurs, la société d'État aurait été plus efficace sur le marché, car la seule présence de l'État-régulateur ne suffit à contrôler la pleine concurrence entre les réseaux privés. Suite à la défaillance de l'exploitant public, l'interconnexion s'est transformé en une activité concurrentielle faiblement régulée et échappant à plusieurs égards au contrôle réglementaire.

901. Les services d'interconnexion peuvent tout autant faire l'objet de régulation sectorielle des télécoms que de la « régulation transversale » de l'économie.²¹⁹⁴ De manière générale, le ministre de l'économie assure la régulation des prix et de la concurrence. Par principe de subsidiarité, il peut appliquer de manière transversale la réglementation *ex post*

²¹⁸⁷ ARPTC, *Observatoire du marché de la téléphonie mobile, Rapport du 3^e trimestre 2016*, préc., p. 12

²¹⁸⁸ *Ibidem*.

²¹⁸⁹ Article 6-e), loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²¹⁹⁰ Article 3-e), loi n°014/2002, préc.

²¹⁹¹ Article 1^{er}, B.21, 11^e et dernier tirets, du décret n° 03/027 du 16 septembre 2003, préc.

²¹⁹² Et ce, jusqu'à son abrogation en 2007.

²¹⁹³ Décision n°016/ARPTC/CLG/2006 du 23 juin 2006 portant définition des principes d'interconnexion, JO RDC, n°15, 47^e année, Kinshasa, 1^{er} août 2006, col. 13 et s.

²¹⁹⁴ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp. 472-475 et s. M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation...op.cit.*, p. 69. À la différence de la régulation sectorielle de l'ARPTC qui se limite aux PTT, la réglementation de prix a un objet technique qui recoupe celui des PTT ainsi que d'autres secteurs d'activités économiques de droit public ou de droit privé. La régulation du prix est exercée par le ministre de l'économie, qui collabore *a posteriori* avec l'ARPTC exerçant une « régulation *ex ante* » des télécoms, utilisant, selon les termes de M.-A. Frison-Roche, « des outils que l'on pourrait dire "sur page blanche", essentiellement des réglementations. »

sur le marché des télécoms en se basant sur décret-loi de 1961 sur la réglementation des prix²¹⁹⁵ ou sur l'ordonnance-loi de 1950 sur la concurrence déloyale et sa répression.²¹⁹⁶ Dans la réalité, l'ARPTC et le ministère des PTT agissent en priorité en tant qu'autorités sectorielles devant appliquer la réglementation *ex ante*, sans donner lieu à l'intervention *ex post* d'un organe extérieur. L'expérience de la dérégulation démontre que les lois du marché se renforcent, alors que les rôles des pouvoirs publics peuvent souffrir de confusion, les fonctions étatiques d'imprécision et la norme juridique de non-application.

902. Effectivement, la réglementation de l'interconnexion est intervenue quatre ans après son autorégulation par le marché, sans ignorer que les services interconnectés étaient offerts bien avant l'installation du régulateur étatique. Au fil du temps, l'interconnexion n'est plus simplement un service des télécoms ; elle s'avère une activité économique à part entière. Elle a donné lieu à des fonctions substitutives d'autorégulation du marché par rapport aux limites des pouvoirs des autorités de réglementation nationales.

903. En principe, l'ARPTC devrait effectuer l'encadrement tarifaire de l'interconnexion, en obligeant les opérateurs puissants à produire les catalogues d'interconnexion. Mais, les « lois des parties » s'imposent sur le marché à défaut, pour les autorités nationales de réglementation, de les avoir édictées.²¹⁹⁷ En effet, le marché a établi ses propres règles conventionnelles de fourniture des services d'interconnexion. L'autorégulation de l'activité d'interconnexion renforce la puissance significative que les opérateurs dominants peuvent exercer sur le marché face aux nouveaux entrants. Néanmoins, l'Autorité de régulation agit en corégulation avec les opérateurs du marché des télécoms

904. Grosso modo, les opérateurs ont convenu des méthodes de calcul du prix de revient de l'interconnexion, en convenant de modéliser les coûts des services.²¹⁹⁸ Les règles du marché obligent les opérateurs à retenir et à facturer uniquement les « coûts pertinents » des ressources de leurs réseaux sollicités pour le service rendu.²¹⁹⁹ Pour ce faire, la corporation des opérateurs s'est imposé un « contrat-standard d'interconnexion ». Ce dernier définit un coût unique (« *flat rate* ») pour les échanges des données, en imposant des « exigences essentielles » pour les trafics inter-réseaux.²²⁰⁰

²¹⁹⁵ Décret du 20 mars 1961 sur la réglementation des prix, *Moniteur congolais*, 1961, p. 218.

²¹⁹⁶ Ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950 sur la concurrence déloyale et sa répression, *Bulletin Administratif*, Congo-Belge, 1950, p. 811.

²¹⁹⁷ L'usage du protocole de signalisation « SS7 » est une exigence technique entre réseaux hôtes, en préférence au protocole « R2 ». La fiabilité du premier facilite le contrôle de l'origine des données entre réseaux interconnectés, en transmettant à chacun l'identité de la ligne de l'appelant, dit « *Caller Line Identity* », « CLI » en sigle. Ainsi, le contrat-standard effectue une normalisation des conditions techniques et économiques d'interconnexion : la localisation physique des nœuds d'interconnexion au point le plus proche, le système le plus fiable de volumétrie pour le trafic et la facturation des échanges entre opérateurs, le prix standard d'interconnexion oscillant de 0,15 à 0,16\$/minute pour les appels locaux et fixé à 0,20\$ de frais de terminaison pour les appels internationaux, le principe de facturation à l'unité seconde entre opérateurs, les modalités de réconciliation des comptes avec une tolérance du seuil différentiel de 3%, sinon le recours aux données brutes, dites « CDR » pour *Call detail record*.

²¹⁹⁸ Pour faire simple, il faut dire qu'il existe plusieurs modèles de calcul de prix de revient d'un appel en interconnexion. Ces modèles tiennent compte de la valeur des ressources du réseau (deux éléments sur les quatre segments : la commutation et la transmission) qui entrent en ligne de compte pour fournir le service d'interconnexion. Les coûts associés à l'emploi de ces ressources pour transporter le signal du réseau d'autrui vers ses propres abonnés sont reflétés dans des fenêtres de feuilles de calcul (Excel avec des formules prédéfinies) pour faire peser sur la facture d'interconnexion entre opérateurs seulement les coûts pertinents. Parmi le modèle de calcul, l'on peut citer : le *FDC* (*Fully Distributed Cost* ou coût pleinement incrémenté), le *CMILT* (coûts moyens intégrés à long terme).

²¹⁹⁹ Les « coûts pertinents » sont ceux qui tiennent compte uniquement des composantes techniques employées pour fournir les services d'interconnexion, afin de ne pas faire supporter de manière déloyale aux partenaires d'interconnexion des coûts de fonctionnement de son propre réseau. Les coûts des ressources inhérentes à l'accès réciproque à leurs réseaux.

²²⁰⁰ L'article 4-13 de la Loi-cadre sur les télécoms [RDC] définit les « exigences essentielles » comme des « raisons [pour] la sécurité de fonctionnement du réseau, le maintien de son intégrité et, dans les cas où cela est justifié, l'interopérabilité des services, la protection des données, [celle] de l'environnement [...] ainsi que l'utilisation rationnelle du spectre des fréquences et la prévention de toute interférence ».

905. Toutefois, le « contrat-standard » présente une faiblesse dans son modèle d'affaires. La facturation était fonction des transits d'appels. Par conséquent, les opérateurs mobiles devaient réserver des blocs spécifiques de numéros pour des régions précises. La sédentarité des abonnés et de leurs numéros était mieux adaptée aux réseaux de téléphonie fixe. Cependant, le marché congolais est dominé quasi-totalement par la téléphonie et l'Internet mobiles. La modalité de tarification entre les opérateurs n'était pas adaptée aux réseaux cellulaires de type GSM, à cause de la mobilité des abonnés à travers tout le pays. Le modèle du contrat affectait négativement le plan de numérotation ainsi que le circuit de distribution des cartes d'abonné dites cartes-SIM. La mobilité des abonnés ne cadrait donc pas avec le critère localisateur de facturation par zone auquel il était dédié des séries de numéros précis.²²⁰¹

906. En définitive, le marché a rectifié son modèle de contrat d'interconnexion en dissociant le lieu d'acquisition de la SIM du critère de facturation entre opérateurs. Ainsi, le marché de téléphonie mobile a mis fin à plusieurs modalités de facturation qui existaient jadis, à savoir : le « simple transit » des zones (appel local), le « double transit » des zones (appel d'une zone à une autre) et le « triple transit » des zones (appel depuis des zones extrêmes).²²⁰²

907. Depuis 2003, les tarifs initiaux d'interconnexion avaient été corrigés en les nivelant à 0,15\$/minutes d'appel, avec un système de facturation à la seconde. La dernière révision du tarif entre opérateurs a été décidée par les opérateurs eux-mêmes, au cours de leur réunion du 19 décembre 2014, dont le compte-rendu confirme la préséance du compromis des opérateurs privés sur sa formalisation officielle par l'Autorité de régulation. Les opérateurs se sont décidés d'observer strictement le nouveau tarif d'interconnexion fixé au « prix-plancher » de 0,085\$/minute TTC entre opérateurs.²²⁰³ Le 2^e « considérant » de cette entente d'autorégulation se fondait sur les résultats des concertations engagées par le régulateur avec le marché, « en prévision de la définition des principes de tarification ainsi que de la nécessité d'encadrement tarifaire ». ²²⁰⁴

908. Depuis leur entente de 2014, les solutions adoptées sont demeurées d'application, à l'issue de la période d'évaluation prévue au 31 juillet 2015. Ainsi, jusqu'à ce jour, « les tarifs de la téléphonie mobile [...] n'ont pas connu de changement et ce, conformément aux dispositions de la décision n°001/ARPTC/CLG/2015 du 02 février 2015. »²²⁰⁵

909. Cependant, l'offre des services Internet n'entrait pas dans le cadre des mesures de corégulation. Les forces économiques du marché avaient impliqué l'ARPTC uniquement pour les services d'appels téléphoniques. Les SMS, les services à valeur ajoutée et l'Internet restent

²²⁰¹ Des stocks de cartes SIM étaient en effet réservés et écoulés en fonction de la localisation physique des abonnés par région. La rationalisation du plan de numérotation n'était plus possible, dès le moment que les SIM configurés pour une ville se retrouvaient facilement dans d'autres. Il devenait inutile de limiter les ventes de numéros de SIM par zone géographique, car les abonnés censés se trouver dans une ville lointaine pouvaient émettre ou recevoir des communications depuis leur adresse physique ou dans n'importe quel autre lieu de localisation.

²²⁰² Cf. Contrat d'interconnexion entre opérateurs concessionnaires des services téléphoniques. Source : nos archives en tant que « Head of Regulatory and interconnect », chez Vodacom Congo RDC sprl (2004-2007)

²²⁰³ AFRICELL S.A. (DG), AIRTEL S.A (DG A.I. & LEGAL & REGULATORY), ORANGE SA (DG & S.G), TIGO (D.G & REGULATORY), VODACOM CONGO S.A (D.G & LEGAL) et YOZMA S.A (D.G & P.R), Compte-rendu de la réunion tenue par les opérateurs télécoms sur la régulation des prix le 19 décembre 2014 au siège de Tigo, préc.

²²⁰⁴ *Ibidem.*

²²⁰⁵ ARPTC, *Observatoire du marché de la téléphonie mobile, Rapport du 2^e trimestre 2015*, Direction économie et prospective, Kinshasa, 2015, p. 5. En d'autres termes, les tarifs planchers pour les services de détails sont restés à 0,051\$/minutes en on-net [intra-réseau] et 0,085\$/minute en off-net [interconnexion]. Cependant, la moyenne des tarifs de détail appliqués par les opérateurs, se situe à 0,113\$/minute en on-net et de 0,126\$/minute en off-net. »

largement sous l'autorégulation du marché, alors que la législation ne limite pas la définition de l'« interconnexion » aux seuls appels téléphoniques.²²⁰⁶

2. La dominance de l'autorégulation dans les services de l'Internet

910. L'Internet, comme acronyme d'« *interconnected network* », est par essence un « réseau interconnecté ». Les meilleurs spécialistes présentent « l'infrastructure de l'Internet [comme une] interconnection (*sic*) de près de 50.000 réseaux différents »²²⁰⁷ dont le protocole TCP/IP assure l'interopérabilité.²²⁰⁸ En RDC, la fourniture d'accès à Internet échappe largement à la régulation économique et technique des autorités nationales de réglementations. En revanche, en se positionnant sur les deux segments de la téléphonie et de l'Internet mobiles, les opérateurs privés contrôlent les aspects de gouvernance et de l'autorégulation du marché numérique.

911. À défaut de réglementation et de régulation étatiques adaptées, En mai 2016, tous les opérateurs de télécoms ont décidé en mai 2016 d'augmenter unilatéralement et sans préavis, leurs tarifs de fourniture de l'Internet à la consommation.²²⁰⁹ La hausse du prix atteignit le seuil vertigineux de 35 à 500% suivant les forfaits offerts à la consommation. Face à la situation, le ministre des PTT reconnaissait, par une correspondance du 31 mai 2016, que « *les décisions du collège de l'ARPTC prises en 2015 n'ont pas réglementé les services de transmission ou d'interconnexion des données (Internet) et SMS. Ces derniers sont donc restés libres de toute concurrence.* Ainsi, l'augmentation brusque et simultanée auprès de tous les opérateurs des télécommunications frise la pratique "d'entente" qui, à [s]on avis, est prohibée. [La] police du secteur [...] exhorte à diligenter une enquête pour en comprendre les causes et prendre les dispositions utiles ».²²¹⁰

912. À l'analyse, les forces du marché avaient recouru à l'arme économique, en guise de compensation, voire de représailles, pour répondre non seulement aux mesures de sécurité ayant entraîné la baisse de leurs revenus d'activités, mais aussi pour faire face à la hauteur des taxes dans le budget de l'État.²²¹¹ De son côté, l'Autorité de régulation exigea aux opérateurs le retour aux prix initiaux qu'ils pratiquaient sur le marché avant leur augmentation discrétionnaire. Dans son communiqué du 19 juin 2016, le Président de l'« ARPTC a enjoint [...] tous les opérateurs de la téléphonie mobile d'annuler leurs nouvelles offres tarifaires ».²²¹² Il s'en fallut des nuits de protestation et environ deux semaines pour revenir à une situation des prix plus ou moins équivalente au *statu quo ante*.²²¹³

²²⁰⁶ Article 4-17, loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²²⁰⁷ V. SHAEFER et H. LE CROSNIER, *La neutralité de l'Internet un enjeu de communication*, op.cit, p. 11.

²²⁰⁸ *Ibidem*, p. 153. « IPv6 : Internet Protocol version 6 est né des travaux de l'IETF dans les années 1990 et propose un espace d'adressage plus important que l'actuel IPv4 »

²²⁰⁹ RACHIDI MABANDU, « Hausse de prix des cartes prépayées, internet [...] », *Forum des As / La prospérité*, Journal (quotidien), Kinshasa, 08 juin 2016 [<http://mediacongo.net/article-actualite-18262.html>] (consulté le 25 octobre 2016).

²²¹⁰ Lettre n°CAB/PTNTIC/TLL/KNZ/hle/0889/2016 du 31 mai 2016 du Vice-Premier Ministre, Ministre des PTNTIC, Thomas Luhaka, adressée au Président de l'ARPTC, concernant la « Hausse des prix de services des télécommunications ».

²²¹¹ « Pourquoi la hausse des tarifs de l'internet mobile ? », *RFI*, 11 juin 2016. [<http://www.rfi.fr/afrique/20160611-rdc-pourquoi-hausse-tarifs-internet-mobile>] (consulté le 19 juin 2016). Les opérateurs entendaient réajuster le niveau de leur offre des prix, à la suite des contraintes de la nouvelle loi de finances 2016, ayant revu à 50% de hausse la redevance annuelle de 2% à 3% sur leurs chiffres d'affaires. Cette restructuration de prix était également fonction de la perte de millions d'abonnés à la suite des mesures d'identification des abonnés décidées le 19 mai 2015. À l'analyse, la hausse du prix de l'Internet de 500% nous semble davantage symbolique et revendicative que réellement stratégique pour rattraper l'effet négatif des décisions d'État sur la croissance des revenus du marché en cours d'année 2016.

²²¹² [<http://www.radiokapi.net/2016/06/20/actualite/economie/hausse-du-prix-dinternet-larptc-ordonne-aux-operateurs-de-revenir>]. (consulté le 20 juin 2016). Le Communiqué a été signé le 19/06/2016 par le Président de l'ARPTC, Oscar Manikunda Musata. Il arguait le « fait que ceux-ci ont violé les dispositions légales et réglementaires, notamment par le non-respect de la procédure qui veut que toute modification des prix des services de télécommunications soit approuvée préalablement par l'ARTPC ». Un député de la majorité présidentielle, Patrick Muyaya, analysait cette décision en une « victoire collective et

913. En réalité, les forces économiques du marché profit[ai]ent de la vacuité des règles du droit positif congolais sur les aspects de l'Internet. En 2002, le législateur n'avait pas du tout distingué les catégories d'intermédiaires techniques, comme la directive 2000/31/CE ou la LCEN le firent pour le marché européen et en français. En RDC, la loi-cadre a fixé trois catégories de réseaux de télécoms, dans le but d'accorder à leurs détenteurs des droits spécifiques sans définir un régime clair de responsabilité. Tel que défini par typologie des réseaux, les régimes congolais des télécoms sont devenus obsolètes, à cause des mutations des marchés et des technologies résultant de la convergence numérique et de la popularisation de l'Internet.

914. En méconnaissant en 2002 les catégories des prestataires techniques, la loi-cadre sur les télécoms comporte une faiblesse d'appréhension juridique du statut des fournisseurs d'accès à Internet (FAI) ainsi que de leur fonctionnement au sein du marché numérique. Sans une telle expérience cognitive et à défaut de régime juridique approprié, la régulation congolaise, conçue pour la téléphonie, ne peut pas efficacement encadrer l'activité numérique et économique des multinationales sur le marché local. L'économie numérique congolaise se développe en fonction de plusieurs facteurs : les progrès techniques, l'évolution de l'offre des services de la société de l'information et l'influence de la mondialisation sur les habitudes de consommation locale. Le cadre réglementaire nécessite des ajustements correspondant à la dynamique des marchés et à l'innovation.²²¹⁴

915. En conclusion, les défis législatifs rappellent bien les contraintes générales de la régulation devant allier souplesse et rigidité, dans le cadre des services de la société de l'information. Mais à la lumière des expériences, le droit étatique congolais subit la dominance des lois du marché des télécoms. Par conséquent, la régulation exerce difficilement son arbitrage dans le jeu concurrentiel du marché. Elle ne contrôle pas non plus les aspects essentiels du marché électronique, comme par exemple les infrastructures, l'Internet, l'interconnexion. La puissance publique peine à se confronter aux forces économiques du marché, à encadrer le progrès technologique et à supplanter l'autorégulation du marché. S'agissant de l'organisation interne de l'État, la loi-cadre a réparti des missions de puissance publique du secteur des télécoms entre deux autorités nationales de réglementation. Au regard des lois constitutionnelles de la RDC, l'autorité de régulation agit dans le département ministériel dont le chef est le ministre des postes, télécoms et NTIC. Le partage des fonctions de régulation affecte considérablement l'emprise de l'État sur le marché, tout autant qu'il est source d'incohérences entre des mesures administratives polycentriques.²²¹⁵

916. Au vu du contexte institutionnel, l'indépendance de la régulation reste un défi juridique, autant que le fonctionnement conjoint de deux autorités nationales de réglementation pour un même secteur d'activités. Les solutions ne sont pas évidentes dans la législation, ni dans les politiques publiques. Les défis législatifs du secteur congolais des

de preuve de ce que les congolais peuvent faire ensemble », à la suite des nuits de protestations organisées contre la hausse du prix de l'Internet pour les consommateurs.

²²¹³ Cf. *Ibidem*. Un député de la majorité présidentielle, Patrick Muyaya, analysait cette décision en une « victoire collective et de preuve de ce que les congolais peuvent faire ensemble », à la suite des nuits de protestations organisées contre la hausse du prix de l'Internet pour un collectif spontané des consommateurs congolais à Kinshasa et dans les grandes villes.

²²¹⁴ L. GILLE (sous la dir.), *Les dilemmes de l'économie numérique, la transformation des économies sous l'influence de l'innovation*, éd. fyp, coll. « Innovation », Paris, 2009, pp. 8-9. « Le progrès technique scande désormais l'évolution de nos sociétés. [...] Mais le progrès des sciences et des techniques conduit-il "au progrès" des économies et des sociétés qui l'adoptent ? La notion même de progrès est perçue comme très caractéristique du monde occidental, car elle "place l'avenir dans une position de perpétuelle amélioration" [...] La technique transforme le monde et surtout notre rapport au monde et, désormais, le rapport des hommes entre eux ».

²²¹⁵ Cf. pour les « polycentres » de la régulation : L. BELL, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, op.cit, p. 8.

télécoms ont plusieurs corollaires sur la régulation et la réglementation dans leur efficience face aux lois du marché ainsi qu'à ses forces économiques. Les enjeux du marché dérégulé obligent de parachever les transformations générales du droit positif congolais. La régulation nécessite des institutions juridiques adaptées aux forces économiques et aux réalités du marché. Précisément, le défi de la régulation concerne le fonctionnement conjoint d'un régulateur indépendant à côté d'une administration classique des PTT. (**Section 2**).

SECTION II - LE DÉFI DE RÉGULATION CONJOINTE DU DOMAINE DES TÉLÉCOMS ENTRE ARPTC ET MINISTRE DES PTT

917. Sous l'effet de la mondialisation, les secteurs nationaux des télécoms sont passés du monopole public en un système de marché régulé. Si l'opérateur unique de l'État-entrepreneur congolais a laissé place à des opérateurs privés souvent oligopolistiques, l'État-régulateur congolais intervient sur le marché des télécoms à travers deux autorités administratives : le ministère des PTT et l'ARPTC. Il y a une double implication de l'État dans un même secteur, l'administration classique agissant conjointement avec une autorité administrative indépendante. Outre les conflits de compétence étudiés au chapitre précédent,²²¹⁶ la loi-cadre sur les télécoms soulève des enjeux de répartition équilibrée des attributions entre les autorités publiques sectorielles. Le défi législatif concerne le système dual de la régulation des télécoms. (§1.)

918. La « concurrence » entre l'ARPTC et le ministère des PTT ne facilite pas l'accomplissement de leurs missions d'intérêt général. Un des défis majeurs de la régulation est inhérent à la gestion des ressources essentielles des télécoms. La dérégulation n'a pas seulement assuré le développement des marchés, mais a également complexifié la gestion des ressources rares en fréquences radioélectriques, en numérotation et en nom de domaines. Dans ses réflexions sur le sujet, le réseau des régulateurs francophones (FRATEL)²²¹⁷ estime que « [l]a bonne gestion des ressources rares est l'un des objectifs majeurs du régulateur, notamment celle du spectre des fréquences impossibles d'être dupliquées ».²²¹⁸ La libéralisation du droit de l'accès aux télécoms rappelle les enjeux de rareté des ressources essentielles au vu de la diversité d'acteurs, là où autrefois un seul opérateur, détenteur du monopole réglementaire, opérait avec l'ensemble des ressources à sa disposition. En tant que représentants de l'État et chargés de la gestion de son domaine public des télécoms, les autorités réglementaires voient leurs missions s'interpénétrer, voire s'interférer. Dès lors, l'efficacité de la régulation pose un défi de cohérence et d'autonomie d'actions. Les décisions répondent à des enjeux réels sur les investissements privés et engendrent des conséquences directes sur le fonctionnement du marché. (§2.)

²²¹⁶ Cf. Partie 2, Titre I, Chapitre 1 de la présente thèse.

²²¹⁷ FRATEL, « Les effets de la régulation sur le développement de la concurrence », *Sixième réunion annuelle de FRATEL*, Tunis, 16 et 17 octobre 2008 [www.fratel.org] (consulté le 24 novembre 2016). La table ronde n°2 du 16 octobre 2008 a été réservée à la problématique « Quelle gestion des ressources rares pour favoriser l'arrivée de nouveaux entrants ? », avec un large panel d'interventions principales de : Peter Rendov, membre de la commission de Régulation des communications de Bulgarie (CRC) ; M. Moez Lajimi, directeur de la qualité de l'Agence Nationale des Fréquences tunisiennes ; Jean-Louis Beh Mengue, Directeur général de l'Agence de régulation des télécommunications du Cameroun (ART) ; Marcelin Montaigne, Directeur général du Conseil national des télécommunications de Haïti (CONATEL) ; de l'Autorité de régulation des télécommunications du Burkina-Faso (ARTEL).

²²¹⁸ ARTEL (Burkina-Faso), « Quelle gestion des ressources rares pour favoriser l'arrivée de nouveaux entrants : cas du Burkina Faso », *FRATEL, Table ronde n°2*, 6^e réunion annuelle, Tunis, 16 octobre 2008 [www.fratel.org] (consulté le 24 novembre 2016).

§1. L'enjeu de dissociation effective des compétences entre le ministre des PTT et l'ARPTC

919. En 2002, l'innovation – de même que la faiblesse – de la loi-cadre sur les télécoms a été d'instituer l'autorité de régulation sectorielle et de la faire coexister avec l'administration des PTT, dans ses fonctions traditionnelles. Pour la gouvernance étatique des télécoms, la « loi prévoit deux structures : a) le Ministre ; b) l'Autorité de régulation ». ²²¹⁹

920. Leurs missions semblent concordantes, au point de s'interroger sur la distinction et la dissociation à faire quant à leurs rôles respectifs l'un vis-à-vis de l'autre et aussi vis-à-vis du marché à réguler. (A./) L'harmonisation de leurs fonctions est tout aussi cruciale pour l'intervention publique qu'indispensable à l'équilibre du marché. L'analyse doit servir à mieux appréhender les aspects de leur opposition et de leur complémentarité. (B/)

A./ LES ENJEUX DE DISSOCIATIONS DES ATTRIBUTIONS ENTRE LE MINISTRE DES PTT ET L'ARPTC DANS LE SECTEUR DÉRÉGULÉ DES TÉLÉCOMS

921. Le chapitre précédent a démontré les difficultés de démarcation de l'ARPTC avec l'exploitant public et le marché (sauf capture du régulateur). Le principe est que « la fonction de régulation [...] est indépendante de celle de l'exploitation des réseaux et de la fourniture des services ». ²²²⁰ Quant à la séparation des fonctions de la régulation et de la réglementation, le législateur a chargé le ministre des PTT de superviser la restructuration du département public dont il a charge. Compte tenu du transfert de certains pouvoirs traditionnels de l'administration au régulateur, la superposition des fonctions et des décisions est un risque important de la régulation bicéphale du marché. Dans le secteur congolais des télécoms, le maintien du ministre des PTT complique la détermination de ses compétences vis-à-vis de l'organe de régulation, d'autant que le partage des compétences est la conséquence de leur cohabitation. En référence aux principes de dérégulation édictés par l'OMC, le ministre doit « veiller à ce que soient assurées la séparation et l'indépendance de la fonction de régulation du secteur des télécommunications. » ²²²¹ Il convient de préciser les axes de leur concrète démarcation. Mais, les difficultés apparaissent dès le départ quant aux sources des pouvoirs de décisions des deux autorités de réglementation. Il est va de même de leurs régimes de droit public et des compétences d'attribution de chacune d'elles.

922. Principalement, le ministre tire ses compétences de la Constitution, sachant que les textes législatifs et réglementaires servent à les organiser. En revanche, les attributions du régulateur (ARPTC) découlent seulement des lois sectorielles des PTT. ²²²² En effet, la Constitution dispose que « [l]e ministre est responsable de son département ». ²²²³ Le ministre s'estime disposer d'une autorité régaliennne, alors que l'indépendance de l'Autorité de régulation lui est également opposable. L'article 2 de loi n°014/2002 rattache l'ARPTC au Président de la République, tandis que la Constitution place les membres du « gouvernement, sous l'impulsion du Premier ministre, [qui] demeure le maître de la conduite de la politique de la Nation ». ²²²⁴ Mais en même temps, les deux organes doivent se partager des attributions, définies dans les « lois dérégulatrices » de 2002 en RDC.

²²¹⁹ Article 5, loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²²²⁰ Article 7-a), loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²²²¹ Article 7, a), loi-cadre sur les télécoms [RDC] (RDC), préc.

²²²² En l'occurrence : la loi-cadre sur les télécoms [RDC] préc. et la loi n°14/2002 sur l'ARPTC, préc.

²²²³ Article 93, Constitution de la RDC, préc. : « [...] Il applique le programme gouvernemental dans son ministère, sous la coordination du Premier ministre ».

²²²⁴ « Exposé des motifs », Constitution de la RDC, préc., p. 6. Articles 91, 92 et 93, Constitution de RDC, préc., pp. 50-51.

923. Dans ses prérogatives, le ministre des PTT élabore la politique sectorielle, en veillant à sa bonne exécution, y compris dans l'orientation de la réglementation des télécoms. Il lui revient aussi de fixer les règlements de police ou d'assurer la continuité des actes du régulateur, en les approuvant ou en décidant des sanctions sur leur base. Le ministre dispose du pouvoir réglementaire qu'il exerce par « arrêté », ²²²⁵ tandis que l'ARPTC l'exerce par « décision ». ²²²⁶ Quoique l'autorité de régulation intervienne dans la réglementation du département des télécoms, elle n'encourt pas de sanction politique. Son rattachement hiérarchique au Chef de l'État l'assimile à l'irresponsabilité politique de ce dernier devant le parlement. En revanche, le ministre des PTT « est comptable de son action devant l'Assemblée nationale qui peut le sanctionner par l'adoption d'une motion » ²²²⁷, soit à titre individuel par motion de défiance, soit à titre collectif par motion de censure du gouvernement. ²²²⁸

924. Le législateur a marqué l'autonomie de la régulation par rapport à la réglementation du ministère, en rattachant l'ARPTC au Président de la République. ²²²⁹ Cette expérience est aussi celle du Sénégal. ²²³⁰ En Europe et en France, les deux grandes guerres avaient confirmé le caractère stratégique des réseaux télégraphiques et téléphoniques. ²²³¹ Le législateur congolais a entendu mettre le régulateur à l'abri des influences politiques exogènes, en la plaçant sous la gestion de la plus haute autorité du pays. ²²³² L'Autorité de régulation se présente comme une autorité administrative indépendante, dont les attributions n'excluent pas de collaborer avec d'autres structures de l'État chargées du rôle de la police, de la concurrence des PTT, du commerce ou des médias. ²²³³ Elle assure la régulation économique comme arbitre du jeu concurrentiel sur le marché des télécoms. Tout autant, elle assure la régulation technique dans la gestion des ressources nationales, l'homologation des équipements et les directives d'interconnexions.

²²²⁵ Article 93, alinéa 2, Constitution de la RDC, JO RDC, n° spécial, 47^e année, 18 février 2006, pp. 1-80. « Le Ministre [...] statue par voie d'arrêté. »

²²²⁶ Article 17, loi n°014/2002, préc. « Le collège se réunit au moins une fois par semaine et aussi souvent que l'intérêt de l'autorité de régulation l'exige. Le quorum de 4 membres est requis pour les délibérations du collège. Les décisions du collège de l'Autorité en matière de régulation sont susceptibles de recours devant la section administrative de la Cour suprême de justice. Le recours n'est pas suspensif de l'exécution de la décision entreprise. [...] Elles deviennent exécutoires dès leur notification aux intéressés. Elles sont communiquées, pour information, au ministre ayant les postes et télécommunications dans ses attributions. »

²²²⁷ *Ibidem*.

²²²⁸ Articles 146 et 147, Constitution de la RDC, préc.

²²²⁹ Article 2, loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

²²³⁰ C. GUERRIER, « Droit et accords OMC dans le domaine des télécommunications : la problématique », *Droit de l'information et des télécoms*, revue trimestrielle, 16^e année, 1991, pp. 95-96. En 1999, l'auteur mentionne que « Le Sénégal vient de créer une autorité de régulation, mais jusqu'à la fin de 1997, il privilégiait la régulation connectée avec la tutelle. Le Comité national de coordination des télécommunications, créé dès l'indépendance du Sénégal, réorganisé à plusieurs reprises (cf. décret n°84-350 du 26 mars 1984) a été rattaché au secrétariat général de la Présidence de la République ».

²²³¹ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, section 2 de la présente thèse, en rapport aux fondements des monopoles en Europe et en France depuis Louis Philippe et Napoléon jusqu'aux deux grandes guerres du siècle passé. L. GILLE, *Les dilemmes de l'économie numérique...op.cit.*, pp. 8-9. « Déjà dans l'Antiquité, où les techniques étaient avant tout guerrières, l'essor technique, synonyme de progrès dans l'art de la guerre, apparaissait antinomique au progrès de l'humanité. L'*Encyclopédie* des lumières de Diderot et de d'Alembert fait place aussi à cette ambiguïté du progrès, où celui-ci oscille entre civilisation et décadence ». Cf. aussi : Wael El Zein, *Les aspects juridiques de la libéralisation des télécommunications (étude comparée)*, LGDJ, éd. Alpha, Paris, 2012.

²²³² Le contexte politique d'élaboration des lois de 2002 était post-conflit en attendant les accords politiques de partage de responsabilité dans un gouvernement d'union nationale entre anciennes factions belligérantes. Seul le Chef de l'État présentait l'atout de stabilité, car son statut n'était pas remis en cause. Par contre, il fallait mettre à l'abri d'un ancien belligérant qui obtiendrait le portefeuille ministériel des PTT de contrôler également l'ARPTC. La volonté du parti présidentiel au Parlement a été de garder une haute main sur cet organe stratégique.

²²³³ Les questions d'interrégulation étudiées à la Section suivante approfondissent la question.

925. Cependant, le défi permanent est de parvenir à la cohabitation entre l'administration des PTT et l'autorité de régulation (ARPTC). D'une part, les « lois dérégulatrices » de 2002 ont redéfini certaines attributions anciennes de l'administration classique (ministère), tandis que d'autre part elles ont fixé de nouvelles attributions pour une autorité de régulation indépendante (AAI). L'ARPTC est opérationnelle en RDC depuis 2002 et a connu trois collèges de dirigeants, dont les sept membres sont nommés par Ordonnance présidentielle.²²³⁴ Pour assurer la technicité et l'indépendance de sa composition, l'ARPTC comprend des membres du Collège proposés à la nomination par plusieurs institutions.²²³⁵ En effet, l'administration des PTT placée sous la tutelle du ministre est de création plus ancienne. Si cette ancienneté renforce son expérience d'intervention publique, elle alimente aussi certaines résistances au changement, s'agissant des réformes d'instauration d'une autre autorité administrative et de la transformation du marché. L'administration des PTT a longtemps redouté que les transferts des attributions et des dossiers entraînent l'arrêt d'activité de ses services internes au profit de l'ARPTC, dans le cadre de leur collaboration.

926. La confusion demeure quant aux rôles respectifs des deux acteurs publics de réglementation et de régulation sur le marché. En 2009, le document de politique sectorielle a dressé un tableau de répartition des responsabilités entre le ministère des PTT et le régulateur (ARPTC), en s'inspirant des meilleures expériences de la régulation africaine.²²³⁶ Le législateur a en effet chargé le ministre des PTT de veiller à la séparation effective de ses fonctions avec l'ARPTC au sein du secteur des télécoms.²²³⁷ Mais, l'application réelle des réformes relève de la responsabilité de ces deux acteurs publics eux-mêmes.

927. Le tableau ci-dessous démontre des pouvoirs communs d'action ainsi que des attributions respectives, reconnus aux deux autorités nationales de réglementation *ex ante*. La démarcation entre leurs fonctions n'est pas toujours évidente. Leurs missions de régulation les obligent à entretenir des rapports de collaboration et de complémentarité sur des aspects précisés par les lois sectorielles. Les missions des PTT restent dans une perspective de réaménagement par rapport à la dérégulation mondiale et aux transformations liées à l'économie numérique.

928. Mais, un défi législatif particulier découle du rattachement administratif de l'ARPTC à la plus haute institution de l'exécutif national.²²³⁸ Cet état de chose ne permet pas au ministre des PTT de conduire sans ambages des réformes relevant de son département des télécoms.

²²³⁴ L'ARPTC est opérationnelle depuis 2002. Elle est au 4^e mandat de nomination de son président et du collège de ses dirigeants. Le dernier collège est en fonction depuis 2009 jusqu'à ce jour (2017) sur la base des ordonnances du Président de la République n°09/40 et 09/41 du 1^{er} juin 2009 portant respectivement nomination d'un président et d'un vice-président et des conseillers du collège de l'ARPTC.

²²³⁵ Cf. article 9 et 10, loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc. Le Président de l'ARPTC et le Vice-président de l'ARPTC viennent de la Présidence de la République. Le Ministère des PTT propose trois membres. Le Sénat et l'Assemblée nationale en proposent respectivement un. Ils sont tous nommés par Ordonnance présidentielle.

²²³⁶ Ministère des PTT, *Document de politique sectorielle des télécommunications en RDC*, (DPS) 2009, Kinshasa, p. 13.

²²³⁷ Article 3, al. 3, loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²²³⁸ Articles 68 et 69, Constitution de la RDC, JO RDC, 47^e année, n°spécial, Kinshasa, 18 fév. 2006, pp.2-80. Cet état de chose a donné lieu à débat houleux au parlement de la 3^e République en RDC (2012-2013), vu la difficulté de contrôle parlementaire à exercer sur l'ARPTC. Etant entendu son rattachement à la tutelle de la Président de la République (qui ne peut engager sa responsabilité politique devant le parlement), l'ARPTC échappe à tout contrôle et à toute sanction du parlement. Une proposition de loi a été introduite par un député de l'opposition, M. Mayo Mambembe. Auteur d'une question orale adressée au Ministre des PTT en juin 2014, sa conclusion visait de corriger cette tutelle présidentielle de l'ARPTC. [www.lesoftonline.net/articles/appels-téléphoniques-désastreux-le-ministre-kin-kye-réplique-aux-questions-des-députés] (consulté le 18 juillet 2016.)

Tableau de répartition des responsabilités
Entre le Ministre des PTT et l'ARPTC

Domaine de responsabilité	Ministre	Régulateur
Politique sectorielle	X	
Législation et réglementation sectorielles	X	Conseille
Régulation technique et économique		X
Régulation de la concurrence dans le secteur		X
Régulation de l'interconnexion et de l'accès		X
Gestion et régulation des ressources rares		X
Plan national des fréquences	X ²²³⁹	Propose
Assignation des fréquences, supervision et contrôle	(²²⁴⁰)	X
Plan de numérotation (élaboration et gestion), attribution et contrôle		X
Définition du réseau cible (Backbone national)	X	Propose
Partage des infrastructures		X
Attribution des licences supervision et contrôle	X	Instruit
Résolution des litiges entre opérateurs ou entre clients et opérateurs		X
Plan de mise en œuvre de l'accès universel	X ²²⁴¹	Propose
Gestion du fond d'accès universel	à mettre en place	
Régulation tarifaire		X
Contrôle des opérateurs et enquête		X
Imposition des sanctions administratives, compensations, indemnisation, etc.	X	X ²²⁴²
Normalisation et agrément des équipements		X
Planification et mise en œuvre des systèmes de communications des États	X	
Relations internationales, régionales et sous-régionales	X ²²⁴³	Assiste
Coopération internationale en matière de régulation		X

Source : Document de politique sectorielle, Ministère des PTT, RDC, 2009

²²³⁹ Tableau, note (1) : Sur proposition du régulateur, en coordination avec les autres administrations.

²²⁴⁰ Tableau, note (2) : Le Ministre attribue les licences sur avis du régulateur. Dans le cas d'un nombre de licences limité, le Régulateur organise une mise en concurrence des opérateurs intéressés et soumet les propositions d'attribution au Ministre. Les fréquences directement liées aux licences sont assignés par la licence.

²²⁴¹ Tableau, note (3) : Les deux institutions collaborent à l'élaboration du Plan. Celui-ci est approuvé par le Ministre.

²²⁴² Tableau, note (4) : Les sanctions pénales définies par la législation sont prononcées par les tribunaux. Les retraits de licences sont décidés par le Ministre. Les décisions de suspension des autorisations sont prises par le Régulateur et sont susceptibles de recours devant le Ministre.

²²⁴³ Tableau, note (5) : Le Ministre se fait assister par le régulateur pour les questions techniques relevant de la responsabilité de celui-ci. Dans ce cadre, le Régulateur participe aux réunions et conférences à caractère technique.

*B./ LE DÉFI LÉGISLATIF D'ORGANISATION DES RAPPORTS DE DROIT PUBLIC
DANS LE SECTEUR DES TIC EN RDC*

929. Les lois de télécoms contiennent une erreur dans l'organisation du secteur public des télécoms. Les lois du secteur des télécoms entretiennent entre elles une contradiction quant aux rapports de subordination ou plutôt d'indépendance entre l'ARPTC et le Ministre des PTT. Des interprétations divergentes sont parties de la lecture de l'exposé des motifs de la loi-cadre sur les télécoms, que contredisent les articles 1 et 2 de la loi n°014/2002. Suivant l'exposé des motifs de la loi-cadre sur les télécoms, l'ARPTC est « placée sous la tutelle du ministère des PTT ».²²⁴⁴ À ce propos, une partie de la doctrine congolaise a estimé que la loi-cadre fonde le ministre des PTT à exercer son autorité sur le régulateur, en le soumettant aux règles et actes de tutelle administrative.

930. Cependant, la loi n°014/2002 sur la création de l'ARPTC dispose que celle-ci est une administration (dotée d'une personnalité juridique) et relève du président de la République. L'exposé des motifs d'une loi ne peut l'emporter sur les dispositions du texte de loi.²²⁴⁵ Ces dernières sont la « prescription énoncée dans un texte [comme] règle résultant expressément [...] de la loi (disposition légale) ».²²⁴⁶ Cette disposition conforte l'idée que l'ARPTC ne dépend pas du ministre des PTT, mais que les deux acteurs entretiennent des rapports de collaboration. En 2005, la question avait donné lieu à un avis technique du directeur de la réglementation et des affaires juridiques de l'Autorité de régulation.²²⁴⁷ Son *opinio juris* est encore d'actualité par rapport à l'incurie du cadre juridique des télécoms. Mais la question n'est pas tranchée pour autant.

931. En réalité, le rattachement de l'ARPTC au Président de la République revêt un caractère purement politique. À part l'article 2 de la loi n°014/2002 sur l'ARPTC, aucune autre de ses dispositions n'organise les modalités dudit rattachement. Si la même loi n'évoque pas la « tutelle » du Président de la République sur l'ARPTC, elle contient néanmoins de nombreuses dispositions fondant à conclure à des actes de tutelle que le ministre des PTT exerce sur l'ARPTC. S'agissant de la tutelle sur les actes, il y a celle « qui subordonne à l'accord des autorités de tutelle la perfection juridique des décisions des autorités sous tutelle (tutelle de l'opportunité) et s'analyse plus exactement en une coopération entre ces deux catégories d'autorités, partant en une coadministration ».²²⁴⁸

932. Le défi législatif est d'opérer un rattachement administratif de l'Autorité de régulation dans l'ordre juridique et politique congolais, sans affecter son autonomie ni son indépendance, au regard des principes de déréglementation de l'OMC. Par définition, la tutelle constitue l'ensemble des moyens de contrôle dont dispose l'institution ou l'organe tutélaire sur une entreprise. Elle désigne l'« ensemble des contrôles auxquels sont soumises les personnes administratives décentralisées ».²²⁴⁹ La tutelle est d'ordre administratif, judiciaire, technique, économique ou financier. Elle s'exerce sur les personnes comme sur les actes, à tous les niveaux et à tous les stades de procédure.

²²⁴⁴ Exposé des motifs, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc., JO RDC, 44^e année, n° spécial, 25 janvier 2003, p.19.

²²⁴⁵ G. CORNU, *op.cit.*, [2006] p. 440. Verbo « Exposé des motifs » : « Considération qui accompagnent un projet ou une proposition (par ex. de loi) et en indiquent les raisons. ». L'exposé de la loi-cadre ne peut donc pas prévaloir par rapport au texte de loi, car il ne sert qu'à expliquer les dispositions de celui-ci lorsqu'elles sont lacunaires ou ambiguës.

²²⁴⁶ *Ibidem*, p.356. Verbo « disposition ».

²²⁴⁷ LEPAGE BUSHABU WOTO, *op.cit.*, p. 89. En plus de la « tutelle de l'ARPTC », l'auteur a évoqué aussi d'autres disparités juridiques de l'ordre interne congolais, à savoir : mesures prévues par la loi (Internet), existence de deux textes de lois contradictoires dans certaines dispositions, interférence du ministre des PTT dans les décisions du Collège de l'ARPTC.

²²⁴⁸ *Ibidem*.

²²⁴⁹ G. CORNU, *op.cit.*, p. 1046. Verbo « Tutelle ».

933. Précisément, la loi n°014/2002 sur l'ARPTC a prévu les mécanismes rapprochant davantage le régulateur des modes de contrôle tutélaire du droit administratif classique, malgré son rattachement à la Présidence de la République.²²⁵⁰ Cependant, la loi-cadre reconnaît au ministre des PTT le pouvoir d'approbation de plusieurs actes posés par l'ARPTC. Tel est le cas, par exemple, de l'approbation et de la signature par le ministre des travaux réalisés par l'ARPTC dans la préparation ou l'instruction des dossiers de licence, autorisation et cahiers des charges.²²⁵¹

934. Vis-à-vis de l'Autorité de régulation, le Président de la République ne pose pas d'acte administratif ou d'administration quelconque, s'agissant du contrôle hiérarchique des activités du régulateur congolais des télécoms. D'autres exemples concernent son budget de fonctionnement, c'est son collègue et non le président de la République qui l'approuve. De même, toutes les décisions prises par le collègue dans ses missions de régulation ne sont pas homologuées par le Président de la République. Il s'avère que l'article 28 de la loi n°14/2002 fait allusion aux comptes de l'ARPTC, susceptibles de vérification par un cabinet d'audit externe. Le rapport est adressé au Président de la République, au ministre des finances et au ministre des PTT. Mais encore une fois, cette disposition n'apporte rien au contenu de la loi pour faire « relever » le régulateur de l'institution Président de la République.

935. En « reliant » l'Autorité de régulation à la plus haute autorité de l'exécutif du pays, le législateur a entendu souligner encore plus son indépendance fonctionnelle par rapport au ministère. Il y a lieu de penser à un simple rattachement opérationnel et non à un pouvoir tutélaire entre le régulateur et le Président de la République. Ce dernier, selon l'article 69 de la Constitution, est garant du bon fonctionnement de toutes les institutions du pays.

936. En somme, le défi demeure d'opérer un rattachement administratif de l'Autorité de régulation dans l'ordre juridique et politique congolais, sans affecter son autonomie ni son indépendance, au regard des principes de déréglementation de l'OMC. Par définition, la tutelle constitue l'ensemble des moyens de contrôle dont dispose l'institution ou l'organe tutélaire sur une entreprise. Elle désigne l'« ensemble des contrôles auxquels sont soumises les personnes administratives décentralisées ».²²⁵² La tutelle est d'ordre administratif, judiciaire, technique, économique ou financier. Elle s'exerce sur les personnes comme sur les actes, à tous les niveaux et à tous les stades de procédure.

937. Toutefois, ni la Constitution, ni la loi n°014/2002 sur l'ARPTC n'ont organisé les mécanismes juridiques de ce « rattachement institutionnel ». En droit constitutionnel congolais, le pouvoir de disposer de l'administration publique ne relève pas du Chef de l'État, mais tout au plus d'une prérogative sectorielle du ministre ayant en charge le domaine d'activités.²²⁵³ Quoique le Président de la République soit l'institution suprême de l'exécutif national, il reste distinct du gouvernement.²²⁵⁴

²²⁵⁰ P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, 4^e éd., coll. « Que sais-je ? », 2014, p. 92. Verbo « Présidence de la République » : maison du Chef de l'état [...] dont il détermine de manière discrétionnaire, l'organisation et la composition, à l'opposé d'une administration et en analogie avec un cabinet ministériel ».

²²⁵¹ Article 19, al. 2, loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : « La licence d'exploitation et le cahier des charges sont préparés par l'Autorité de Régulation, approuvés et signés par le Ministre ». Article 25, al. 1^{er}, loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : « L'autorisation et le cahier des charges qui lui est annexé, sont délivrés par l'Autorité de Régulation, après approbation du Ministre. »

²²⁵² G. CORNU, *op.cit.*, p. 1046. Verbo « Tutelle ».

²²⁵³ Article 91, al. 3, Constitution de la RDC, préc. : « Le Gouvernement dispose de l'administration publique... »

²²⁵⁴ Article 68, Constitution de la RDC, préc. : « Les institutions de la république sont : 1. Le Président de la République ; 2. le Parlement ; 3. Le Gouvernement ; 4. Les Cours et Tribunaux. »

938. Au titre de solution au défi d'ambiguïté du rattachement du régulateur, une proposition de loi a été formulée par un député²²⁵⁵ et transmise au gouvernement pour observation.²²⁵⁶ Le ministre des postes, téléphones et nouvelles technologies de l'information et de la communication (PTNTIC) a exposé à l'assemblée nationale les points essentiels des transformations à apporter, allant dans le sens de revoir la « tutelle » de l'ARPTC.²²⁵⁷ Dans sa proposition de loi, le député entend faire relever l'Autorité de régulation non plus du Président de la République, mais du ministre des PTNTIC. En appui de ce changement, il invoque des raisons pertinentes et soutenables à plusieurs égards, notamment : les évolutions de la Constitution et de la législation générale relative aux établissements publics. En appui de leurs positions, la série des lois du 7 juillet 2008 sur le désengagement de l'État a effectué une réforme générale des tutelles techniques et administratives concernant les EPA, les EPIC et autres entreprises publiques nouvellement transformées en sociétés commerciales d'État. Si en 2002 les télécoms ont été le premier secteur dérégulé en RDC, le regard comparatif sur d'autres secteurs publics plus récemment déréglementés s'oriente vers une tutelle ministérielle des autorités de régulation sectorielle. Par exemple, la loi n°014/011 du 17 juin 2014 relatif au secteur de l'électricité (anciennement monopolistique) fait état d'une tutelle de son régulateur par le ministère en charge de l'énergie et des ressources hydrauliques.²²⁵⁸

939. Toutefois, cette proposition de loi est restée isolée en marge des réformes du gouvernement, dans le cadre des projets de loi sur les télécoms, les TIC et la modification de la loi de 2002 relative à l'ARPTC. Dans la démarche politique, l'arbitrage préalable du Chef de l'État a été sollicité avant de statuer au parlement, car il s'agit de réaménager des prérogatives lui reconnues avant de trancher sur tout possible changement du rattachement de l'ARPTC sous son autorité.²²⁵⁹ Lors du débat général sur ces nouveaux projets de loi en avril 2017 au parlement, le rattachement est resté au Président de la République.

940. Mais le défi reste entier à ce jour. La proposition de loi ci-dessus analysée faisait suite aux recommandations de l'Assemblée nationale à l'issue d'une question orale avec débat de son auteur adressée au ministre des PTT d'alors. Au sens du règlement intérieur, les recommandations parlementaires conseillent ou appellent le gouvernement d'agir ou de ne pas agir dans un sens donné sur une matière déterminée.²²⁶⁰ La communication par le gouvernement de ses observations à ladite Assemblée devait tenir compte de ce contexte. Le projet de loi modifiant la loi n°014/2002 sur l'ARPTC maintient en son article 2 la disposition selon lequel la future « ARPTNTIC relève [toujours] du Président de la République ». Les appréciations critiques sont fournies au dernier titre de la présente thèse quant au statut administratif du régulateur, en maintenant notre option afin de réviser son « rattachement politique » et de mieux l'organiser juridiquement.²²⁶¹

²²⁵⁵ Article 130, al. 1, Constitution de la RDC, préc. : « L'initiative des lois appartient concurremment au Gouvernement à chaque député et à chaque sénateur ».

²²⁵⁶ Article 130, al. 3, Constitution de la RDC, préc. : « Les propositions de loi sont, avant délibération et adoption, notifiées pour information au Gouvernement qui adresse, dans les quinze jours suivant leur transmission, ses observations éventuelles au Bureau de l'une ou l'autre Chambre. Passé ce délai, ces propositions de loi sont mises en délibération. ».

²²⁵⁷ Cf. Lettre n°CAB/VPM/MIN.PTNTIC/TLL/NAK/kte/0114/2015 du 7 janvier 2015 du VPM, Ministre des PTNTIC en réponse à la lettre n° CAB/PM/CJFAD/SML/2014/00016801 du 26 décembre 2014 du Premier Ministre de la RDC. La lettre avait comme objet : « Transmission des observations sur la proposition de loi de l'Honorable MAYO MAMBEKE portant modification de la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'ARPTC ».

²²⁵⁸ Appendice : Lettre n°CAB/VPM/MIN.PTNTIC/TLL/NAK/kte/0114/2015 du 7 janvier 2015 du VPM, Ministre des PTNTIC en réponse à la lettre n° CAB/PM/CJFAD/SML/2014/00016801 du 26 décembre 2014 du Premier Ministre de la RDC.

²²⁵⁹ *Ibidem*.

²²⁶⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Règlement intérieur*, JO RDC, 48^e année, Kinshasa, numéro spécial, 20 février 2007, pp. 1-65.

²²⁶¹ Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A/ de la présente thèse.

941. Les incohérences des règles de droit public constituent un défi législatif, nécessitant d'apporter des correctifs aux « lois dérégulatrices » de 2002 en RDC. Le législateur consacre le fonctionnement conjoint des deux organes de régulation dans le même secteur : le ministre des PTT et l'ARPTC. Dans ses travaux, l'actuel Président de l'ARPTC qualifie cette situation d'« *intra-régulation* ». ²²⁶² Cela signifie que « face à la complexité et aux dysfonctionnements sectoriels », la problématique est de « dynamiser la fonction de régulation, assurer le rattrapage et susciter la synergie dans le secteur » ²²⁶³. Mais « comment parvenir à normaliser pertinemment et efficacement le marché [...] face au dysfonctionnement et générer une synergie sectorielle ? ». ²²⁶⁴ L'incoordination de leur collaboration et l'incohérence de leurs actions sont source de difficultés, surtout parce qu'elles affectent la gestion des ressources essentielles pour le marché des télécoms (§2).

§2. La régulation technique des télécoms dans les enjeux de dualité des compétences entre les autorités sectorielles

942. La loi-cadre sur les télécoms a impulsé des transformations, qui n'effacent pas la forte expérience de « gestion partagée » entre l'administration des PTT et l'Autorité de régulation. En effet, « [i]l y a parfois concomitance entre la fonction de l'autorité de régulation et celle qui est dévolue au ministère. L'Afrique du Sud illustre ce bicéphalisme relatif ». ²²⁶⁵ Le cas de la RDC est resté pareil, à la suite de la déréglementation. En organisant l'accès au marché, l'État autorise l'exploitation des ressources des télécoms (fréquences et numérotage essentiellement), à travers les licences que les autorités publiques accordent aux opérateurs.

943. Si la régulation économique concerne la concurrence de l'offre des services électroniques, elle comporte des aspects sous-jacents de la régulation technique. Cette dernière assure l'égalité d'accès aux ressources essentielles entre opérateurs, pour ne pas biaiser la concurrence sur leurs capacités à fournir les services attendus. Sans parcimonie ou en cas d'incoordination des autorités nationales de réglementation, la régulation technique permet de gérer le risque immédiat de dysfonctionnement, voire le blocage du marché, au regard de la disponibilité limitée des ressources essentielles des télécoms.

944. En RDC, l'analyse de la régulation technique met en lumière le défi législatif du mode dual de l'intervention publique : l'« *intra-régulation* » entre le ministre des PTT et l'ARPTC.

945. Effectivement, les missions et les enjeux de la régulation technique sont de gérer le lot des fréquences radioélectriques allouées à chaque État selon les normes de radiocommunications de l'Union internationale des télécommunications (UIT). La nécessité de coopération et de coordination transfrontalière complètent les enjeux nationaux en vue notamment de délimiter les frontières économiques entre pays limitrophes. (A.) La gestion des ressources concerne également le plan national de numérotation, sans lequel les

²²⁶² O. MANIKUNDA MUSATA, *La dynamique de la régulation des télécommunications en République Démocratique du Congo : de la synergie intra-sectorielle à l'interrégulation*, Badge régulation des télécoms promo 2005, ENST Paris/ARTEL/ARCEP/FRATEL/ESMT/Word Bank Institute, mars 2006, pp. 1-118, spéc. p. 6.

²²⁶³ *Ibidem*.

²²⁶⁴ *Ibidem*.

²²⁶⁵ C. GUERRIER, *op.cit.*, p. 96. « Le *Telecommunication Act* de 1996 donne naissance à la *South African Telecommunication Regulatory Authority* (SATRA), régulateur présumé indépendant. Quant au Ministre des PTT, il est chargé de l'industrie des télécommunications ».

correspondants étrangers et nationaux ne peuvent ni entrer en communications, ni échanger les données, ni commercer à distance. **(B.)**

*A./ LE DÉFI DE L'« INTRA-RÉGULATION »
DANS LA GESTION DES RESSOURCES ESSENTIELLES DES TÉLÉCOMS*

946. Sans les ressources en numérotations et en fréquences, la téléphonie et l'Internet mobiles sont impossibles. Ces « ressources rares » sont du domaine public des télécoms.²²⁶⁶ Elles constituent les enjeux fondamentaux de l'économie numérique, puisqu'elles sont indispensables à la fourniture des services électroniques et au fonctionnement des réseaux. L'UIT limite des lots de fréquences radioélectriques par pays. La valeur de leur concession par les États est fonction de leur rareté, selon le principe économique : « ce qui est rare est cher ». Autrefois elles étaient seulement allouées à l'exploitant public. Avant les réformes législatives de 2002, les opérateurs historiques, OCPT/SCPT et le RENATELSAT, jouissaient du monopole d'accès à ces ressources.

947. Avant le rachat d'Oasis (Tigo) par Orange en avril 2016, le marché congolais des télécoms comptait six opérateurs de télécommunications. Ce nombre reste parmi les plus élevés par rapport aux autres pays africains. L'ouverture du marché congolais reste ainsi caractérisée par l'entrée des opérateurs de réseaux cellulaires offrant des services de téléphonie et d'Internet mobiles. Cette mobilité exige des ressources radioélectriques pour la transmission sans fil, en vue de créer des zones de couverture radioélectrique permettant la connexion aux réseaux électroniques. Par conséquent, le marché congolais de la téléphonie mobile connaît une plus grande précarité dans la disponibilité des ressources essentielles des télécoms. Cet état des choses est un défi majeur pour la régulation, d'autant que la RDC compte deux autorités sectorielles devant se coordonner dans leur gestion desdites ressources pour ne pas déstabiliser le marché.²²⁶⁷

948. Le droit de l'accès est matérialisé par l'attribution des licences et/ou autorisations aux nouveaux entrants sur le marché. La valeur de ces titres d'exploitation, en tant que contrat administratif, est fonction de son contenu technique. Les licences et les autorisations sont titres comportant des assignations de fréquences hertziennes et des réservations de blocs de numéros, contre rétribution de l'État propriétaire et concédant. Le régulateur et le ministre des PTT ont pour mission de gérer ces ressources rares en accord l'un et l'autre. Ils doivent en effectuer le partage entre prestataires et en assurer une gestion rationnelle au nom et pour compte de l'État.

949. La régulation technique est un défi majeur du « bicéphalisme relatif »²²⁶⁸ entre les autorités de réglementation nationales. Autant que leurs mesures réglementaires, leurs actes administratifs ont un impact crucial sur le fonctionnement du marché numérique. Les infrastructures de télécoms sont les actifs de grande valeur pour l'économie numérique. Leur fonctionnement requiert non seulement une bonne gestion des fréquences radioélectriques quant à leurs assignations au niveau national **(1)**, mais aussi l'efficacité de leur coordination transfrontalière. **(2).**

²²⁶⁶ P. HUET, « Allocation et gestion des ressources rares », *L'actualité juridique – Droit administratif*, n°3, 20 mars 1997.

²²⁶⁷ FRATEL a estimé que « [l]a bonne gestion des ressources rares est l'un des objectifs majeurs du régulateur, notamment celle du spectre des fréquences impossibles d'être dupliquées ». FRATEL, « Les effets de la régulation sur le développement de la concurrence », *Sixième réunion annuelle de FRATEL*, Tunis, 16 et 17 octobre 2008 [www.fratel.org] (consulté le 24 novembre 2016).

²²⁶⁸ C. GUERRIER, « Droit et accords OMC dans le domaine des télécommunications : la problématique », *Droit de l'informatique et des télécoms*, revue trimestrielle, 16^e année, 1991, p. 96.

1. Les enjeux de la régulation technique des « ressources radio » entre les autorités congolaises de réglementation et de régulation

950. Le domaine public est constitué des ressources naturelles dont l'État concède les droits d'occupation et d'exploitation aux opérateurs privés. La régulation technique des télécoms a pour fondement et pour finalité d'assurer la disponibilité, l'octroi et l'utilisation des fréquences radioélectriques. Ces défis de la régulation sont la conséquence de la libéralisation du droit de l'accès aux communications mobiles GSM (2G, 3G, 4G). L'accès au marché et son fonctionnement dépendent des pouvoirs publics qui allouent aux opérateurs les ressources d'exploitation relevant du domaine de l'État. Le législateur a confié à l'Autorité de régulation la charge de leur gestion et répartition. Autrefois l'opérateur de monopole (OCPT) en avait la charge dans ses statuts de 1978, avant que le secrétariat général des PTT en reprenne la responsabilité entre 1982 et 2002.²²⁶⁹

951. Au regard des enjeux de développement numérique, le législateur a prévu l'élaboration par l'ARPTC du plan national d'allocation des fréquences devant au préalable être approuvé par le ministre des PTT.²²⁷⁰ Il prévoit par ailleurs la tenue et la publication par le régulateur du tableau national d'assignation des fréquences. En RDC, malgré des travaux d'experts, la publication de ce tableau n'est pas assurée pour permettre une lisibilité des assignations qui étaient réalisées antérieurement par le ministre des PTT et qui le sont nouvellement par le régulateur. Le défi d'intra-régulation reste de taille sur l'aspect de contrôle des ressources rares.

952. Le système de marché régulé présente des attributions interpénétrées entre les autorités de réglementation nationales. Leurs rôles restent imbriqués en ce qui concerne la planification, l'allocation, les assignations et la gestion des ressources du domaine public des télécoms. Pour les pays ayant encore conservé l'approche des PTT, la dualité des fonctions se constate entre le ministre et l'autorité de régulation. Dans ce contexte, la logique de gestion du service public de l'État domine l'approche de gestion de la concurrence. Les autorités de réglementation nationales sont chargées de réguler le marché, mais aussi de gérer pour compte de l'État ses ressources publiques, dont le marché a besoin pour exister.

953. C'est ainsi qu'en règle générale, l'octroi des licences et autorisations s'attache à la valeur d'attribution des fréquences radioélectriques.²²⁷¹ Ceux-ci constituent la valeur d'usage des droits de l'accès, pour les opérateurs de réseaux ouverts au public et les fournisseurs de services électroniques en réseaux (téléphonie, Internet, autres). C'est le prestataire technique qui les intègre dans l'offre d'usage de ses services ou de son réseau par le grand public. Pour le besoin de son exploitation, l'opérateur peut demander au régulateur des ressources supplémentaires au regard du développement du marché. Les réseaux concessionnaires sont « astreints en plus des frais de licence, [à] divers paiements périodiques liés à des obligations d'intérêt public et autres droits dus ». ²²⁷²

954. La gestion du « spectre national des fréquences » demande parcimonie, en vue de rationaliser les « ressources radio » du pays. Une procédure particulière de gestion encadre leurs allocations et assignations aux requérants, en procédant souvent par des appels d'offres

²²⁶⁹ Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 1 de la présente thèse.

²²⁷⁰ Article 8, points e) et f), Loi-cadre sur les télécoms [RDC] (RDC).

²²⁷¹ J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p. 140 et s. À ce jour, toute l'Afrique reste encore marquée par la première vente de licence GSM par le Maroc en 1999 pour une valeur d'environ 1 milliard de dollars américains. En RDC, le coût d'acquisition de la licence n'a jamais dépassé les 55.000.000 \$ pour la téléphonie mobile GSM/2G, ni les 15.000.000 \$ pour l'internet mobile GSM/3G.

²²⁷² Article 13 (*in fine*), loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

ou par des mises aux enchères.²²⁷³ De nos jours, le développement du marché des technologies mobiles renforce les besoins en fréquences hertziennes à double titre. D'une part, la mobilité des clients requiert des « fréquences d'accès » par rapport aux points de connexion aux réseaux, d'autre part, la collecte et le transport des signaux sans fil requiert des « fréquences de transmission » entre les maillons du système des réseaux. Les besoins des communications électroniques à large bande concernent : Internet sans fil de type wifi, géolocalisation, et GSM. Les opérateurs de téléphonie ne sont pas seuls à utiliser les fréquences radioélectriques : les chaînes de radiotélévision²²⁷⁴, les navires et aéronefs, les FAI, les agences de sécurité et de défense, les banques²²⁷⁵ et aussi les missions diplomatiques²²⁷⁶. Les risques de brouillages et d'interférences restent préjudiciables tant pour la qualité des communications que pour les fonctionnalités des équipements et terminaux. Leur rôle pour la société de l'information rend donc indispensable leur régulation. Plusieurs types de technologies à finalités différentes doivent fonctionner harmonieusement sur le marché électronique.

955. Même en France, avant les lois n°96-659²²⁷⁷ et n°96-660²²⁷⁸ du 26 juillet 1996, il n'existait pas de procédure organisée pour l'attribution des fréquences radioélectriques.²²⁷⁹ L'expansion des radiocommunications accompagne les avancées techniques. Celles-ci conduisent à des pénuries enregistrées pour certaines bandes de fréquences et dans certaines régions très actives de déploiement des réseaux. Des blocages du marché ont été causés faute de gestion prévisionnelle du nouveau spectre des fréquences et de véritable procédure d'arbitrage des besoins. Ces faiblesses ont provoqué des retards de développement de nouveaux moyens de communications, dont les effets sur le secteur et l'économie furent graves.²²⁸⁰ La France a confié la gestion de ses fréquences à une autre autorité que l'ARCEP, à savoir : l'Agence nationale des fréquences (ANFr).²²⁸¹

956. En effet, le droit de l'accès au marché n'est plus possible, ni la croissance des réseaux existants, si les perspectives d'épuisement des ressources se confirment. En principe, l'usage des fréquences n'est pas toujours neutre, en vue d'éviter le dysfonctionnement de plusieurs technologies sur une même bande.²²⁸² Ainsi, les fréquences d'accès et de transmission sont allouées en fonction des bandes dédiées aux technologies et assignées à

²²⁷³ P. HUET, « Allocation et gestion des ressources rares », *L'actualité juridique – Droit administratif*, n°3, 20 mars 1997.

²²⁷⁴ Exemple : Décision n°036/ARPTC/CLG/2011 du 14 juin 2011 du collège de l'ARPTC portant attribution d'un canal de fréquences de service de radiodiffusion télévisuelle à la chaîne de télévision Broad Casting Network « BNTV/Barala » à Kinshasa, JO RDC, 1^{er} déc.2011, n°23, col. 23.

²²⁷⁵ Exemple : Décision n°038/ARPTC/CLG/2011 du collège de l'ARPTC du 27 avril 2011 autorisant la Banque First International Bank (FIBANK) à installer et exploiter un réseau indépendant constitué de quatre stations VSAT, JO RDC, n°23, 52^e année, 1^{er} déc. 2011, col. 25.

²²⁷⁶ Exemples : (1) Décision n°037/ARPTC/CLG/2011 du collège de l'ARPTC du 27 avril 2011 attribuant les fréquences à l'Ambassades des États-Unis à Kinshasa, JO RDC, n°23, 52^e année, 1^{er} déc. 2011, col.24. (2) Décision n°062/ARPTC/CLG/2011 du collège de l'ARPTC du 02 septembre 2011 attribuant les fréquences à l'Ambassades d'Afrique du Sud à Kinshasa, JO RDC, n°52, 52^e année, 1^{er} déc. 2011, col. 52.

²²⁷⁷ Loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, JORF, n°174, 27.06.1996, p. 11384.

²²⁷⁸ Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom. Au cours de cette année, la loi n°96-660 du 26 juillet 1996 inséra à l'article 1^{er} de la loi n°90-568 précitée la transformation de la personne morale de droit public France Télécom en une entreprise publique de même nom, à compter du 31 décembre 1996.

²²⁷⁹ P. HUET, « Allocation et gestion des ressources rares », *L'actualité juridique – Droit administratif*, n°3, 20 mars 1997.

²²⁸⁰ *Ibidem*.

²²⁸¹ En France, c'est l'ANFR qui détermine la position nationale du pays au cours des CMR et les décisions des Radiocommunications sont déclinées au niveau français dans le TNRBF, en précisant les bandes et services radio gérés par les différents affectataires ainsi qu'en précisant les priorités. L'Aviation civile et le BMNF interviennent respectivement pour les besoins de l'aéronautique civile et de la défense nationale.

²²⁸² Les débats sur des « licences neutres » ou des « licences convergentes » ont été amorcés lors des travaux de révision de la loi-cadre de 2002, mais l'État congolais s'en tient aux assignations par lot dédié aux technologies et par canaux dédiés aux opérateurs.

chaque réseau, disposant des canaux assignés à chaque opérateur.²²⁸³ L'opérateur les gère en fonction du nombre d'abonnés qu'ils ont en charge²²⁸⁴ et selon la quantité de données à transporter²²⁸⁵. Toutefois, ce travail de « radio planning » évolue au regard de la convergence des réseaux. Des combinaisons techniques permettent de recycler au sein d'un même réseau des fréquences de plusieurs natures (GSM, FH, UMTS). Les opérateurs entendent recycler à d'autres usages les fréquences qui leur sont administrativement assignées pour des types précis de technologie. Les autorités nationales de réglementation n'ont pas encore levé d'option sur la question.

957. Par ailleurs, comme les fréquences représentent de la valeur, certains opérateurs économiques se le font attribuer afin de les « thésauriser » sans installer un quelconque réseau d'exploitation. Cette situation a plusieurs conséquences négatives. Elle crée une rareté artificielle des ressources en fréquences, limitant le développement des réseaux en activité (avec d'autres conséquences possibles sur les possibilités de création d'emplois). Elle entraîne une distorsion du marché national, si l'équité et la loyauté ne sont pas assurées dans l'attribution des fréquences pour la concurrence entre opérateurs.²²⁸⁶ Leur inexploitation provoque un manque-à-gagner pour le trésor public faute d'activité susceptible de générer des recettes. Le gouvernement a adopté la ligne politique de retirer systématiquement les titres d'exploitation inactifs, afin de les réattribuer à d'autres investisseurs.

958. Plus d'une décennie après la loi-cadre de 2002, le développement du marché ainsi que les nouvelles exigences de la technique ont motivé un réaménagement des assignations antérieures des fréquences radioélectriques. En effet, « [e]n raison de[s] différence[s] entre modes de propagation, les bandes de fréquences ne sont pas interchangeables et, même si la technologie permet d'utiliser des bandes de plus en plus élevées en fréquences, les contraintes physiques conduisent à concentrer chaque type d'utilisation dans les catégories très précises. [...] De ce fait, certaines parties du spectre [des fréquences] se trouvent finalement assez saturées et les ressources spectrales dans leur ensemble doivent être perçues comme un bien plutôt rare ».²²⁸⁷

959. Un impressionnant redéploiement des assignations de fréquences GSM a été opéré par l'ARPTC en 2012, particulièrement sur ses trois types de bandes : PGSM, EGSM, RGSM.²²⁸⁸ La mutation de la téléphonie GSM vers l'Internet mobile, ces besoins spécifiques en ressources radio ont été adressés de trois manières entre le régulateur et les opérateurs sur le marché. Premièrement, un premier accord stratégique a été réalisé par le marché, sans l'intervention du régulateur. Deuxièmement, une corégulation a été nécessaire, en combinant

²²⁸³ Le nombre de MHz ou de GHz accordés détermine la largeur de la bande passante du réseau vis-à-vis des concurrents.

²²⁸⁴ Les fréquences d'accès sont celles qui permettent aux terminaux des abonnés d'interagir avec le système du réseau. Dans un réseau GSM, par exemple, chaque cellule de prise en charge d'un abonné doit être planifiée de sorte qu'elle ne puisse pas interférer avec la cellule contiguë. L'ensemble des cellules doit être configurée en autonomie singulière sans pouvoir interférer, mais dans une logique permettant à l'abonné d'être toujours repérer dans le réseau de n'importe quelle cellule qu'il émet ou reçoit une communication, même au passage d'une cellule à une autre pendant celle-ci.

²²⁸⁵ Les fréquences de transmission permettent de faire circuler les flux collectés entre éléments du réseau.

²²⁸⁶ Par souci d'équité, l'ARPTC s'efforce d'accorder le même lot de fréquences aux opérateurs concurrents sur le marché. Le déploiement des réseaux s'effectue ainsi avec la base des mêmes ressources publiques. La concurrence devient déloyale lorsque les réseaux qui se déploient effectivement en font usage, tandis que d'autres les conservent sans s'en servir. Les opérateurs plus actifs sont ainsi confrontés à des restrictions dans leurs réseaux.

²²⁸⁷ A. MBAUNEWA NKIERI, *op.cit.*, p. 98 et s.

²²⁸⁸ These are different types of GSM 900 Mhz. PGSM : *Primary GSM (uplink 890-915 MHz et downlink 935-960 MHz)*; EGSM : *extended GSM (uplink 880-915 MHz et Downlink 925-960 MHz)*; RGSM : *Railways GSM (uplink 876-915 MHz et downlink 921-960 MHz)* [http://edaboard.com/thread555115.html] (consulté le 24 novembre 2016). Traduction : « Il y a différents types de GSM 900 MHz. PGSM : Pure GSM (lien de transmission 890-915 MHz et lien de réception 935-960 MHz) ; EGSM : GSM étendu (lien de transmission 880-915 MHz et lien de réception 925-960 MHz) ; RGSM : chemin de fer GSM (lien de transmission 876-915 MHz et lien de réception 921-960 MHz) ».

les stratégies du marché et les méthodes de régulation étatique. Le but était d'offrir à chaque opérateur un accès optimisé aux « ressources radio ». Le régulateur privilégiait la solution de « bandes de fréquences continues », car la discontinuité antérieure des canaux de fréquences pénalisait les opérations de radio-planning ainsi que l'extension des réseaux (*roll-out*). Plusieurs réseaux étaient obligés d'occuper la même bande de fréquences. Troisièmement, c'est en 2012 que de coûteuses migrations et redéploiements d'équipements radio ont été engagés par tous les opérateurs du marché sur décisions prises par l'Autorité de régulation en consensus avec le marché.

960. Malheureusement, malgré les avantages techniques de l'opération, le ministre des PTT décida d'annuler tous les avenants aux licences qui lui étaient soumises pour approbation, à la suite des décisions du régulateur. Tous les opérateurs du marché congolais durent revenir au *statu quo ante*, à part l'un d'entre eux, *Orange* RDC (opérant sous l'ancienne licence de Congo Chine Télécom). En restant sur les nouvelles bandes de fréquences acquises sur décision de l'ARPTC²²⁸⁹, *Orange* empiétait 2Mghz d'anciennes bandes de fréquences de *Oasis (Tigo)* sur lesquelles elle devait en principe revenir après l'arrêté du ministre des PTT annulant la décision de migration.²²⁹⁰ La situation est ainsi demeurée jusqu'à caducité (présumée²²⁹¹) suite à la fusion-absorption opérée par *Orange RDC* sur *Oasis (Tigo)*. L'acquisition de 100% des parts d'actions d'*Oasis* par *Tigo* fut officialisée en avril 2016, pour une valeur de 140 millions de dollars.²²⁹²

2. Le défi de coordination transfrontalière des fréquences radioélectriques au regard de l'« intra-régulation » des télécoms en RDC

961. La RDC fait face à un grand défi de coordination des fréquences transfrontalières, avec les neuf pays limitrophes.²²⁹³ L'Union internationale des télécommunications (UIT) a effectué des répartitions globales de ressources essentielles des télécoms au regard du développement mondial du marché électronique.²²⁹⁴ La mission de l'UIT concourt à définir une régulation technique mondiale. Son intervention évite des interférences radioélectriques entre les États, de mauvais routages d'appels téléphoniques entre pays de même que des confusions des signaux entre types de technologies. La Conférence Mondiale de Radiocommunications de l'UIT répartit pour chaque État les fréquences en lots, en bandes, en canaux et en types de technologies.²²⁹⁵

962. Au niveau national, le ministre conçoit, propose et met en œuvre la politique générale devant guider le développement du secteur tout en représentant l'État auprès de

²²⁸⁹ Décision n°33/ARPTC/CLG/2012 du Collège de l'ARPTC attribuant les fréquences additionnelles dans la bande GSM 900 à la société CCT Sarl, JO RDC, 53^e année, 1^{er} décembre 2012, col. 54.

²²⁹⁰ Décision n°028/ARPTC/CLG/2012 du Collège de l'ARPTC attribuant les fréquences additionnelles dans la bande GSM 900 à la société Oasis Sprl, JO RDC, 53^e année, 1^{er} décembre 2012, col. 53.

²²⁹¹ Au regard des modes classiques d'extinction des obligations, les revendications de Oasis (Tigo) tombent caduques par la confusion de tous ses actifs dans le patrimoine d'un seul et même propriétaire (Orange), y compris les 2 MHz de PGSM de Oasis anciennement occupées par Orange.

²²⁹² Source : Archives de la Vice-primature, Ministère des PTT et NTIC, Kinshasa, décembre 2004 à février 2016.

²²⁹³ Les pays limitrophes de la RDC sont : Ouganda, Rwanda, Burundi, Tanzanie (frontière Est) ; Zambie (frontière Sud-est) ; Angola (frontière Sud-ouest), RDC (frontière Nord et Nord-ouest) ; Sud-Soudan (frontière Nord-est) ; Congo-Brazza (frontière Est).

²²⁹⁴ En ce qui concerne la gestion des fréquences radioélectriques, l'Union Internationale des télécommunications (UIT) a accompagné le processus de dérégulation du marché conduit par l'OMC.

²²⁹⁵ Les Conférences Mondiales de Radiocommunications (CMR) de l'UIT ont lieu tous les trois ou quatre ans. Elles ont pour tâche d'examiner et, s'il y a lieu, de réviser le « Règlement des radiocommunications », traité international régissant l'utilisation du spectre des fréquences radioélectriques et des orbites des satellites géostationnaires et non géostationnaires. Sur base de l'article 19 de la Convention (Genève, 1992), cette conférence se tient sur la base des contributions soumises par des administrations des États membres concernant les questions réglementaires, techniques, opérationnelles et de procédures à examiner par le CMR. [www.itu.int/fr/ITU-R/conferences/wrc/Pages/default.aspx] (consulté le 8 juillet 2016).

l'UIT. Ce pouvoir de représentation lui accorde la possibilité de signer les licences et autorisations. Celles-ci consignent les droits d'usage des ressources rares au profit des opérateurs, pour leur exploitation dans les limites du marché territorial et leur insertion dans le marché international. Le ministre des PTT assure la coordination transfrontalière des fréquences radioélectriques et représente l'État vis-à-vis de l'UIT, qui assure la gestion mondiale des ressources de radiocommunication et de numérotation des télécoms.

963. L'autorité de régulation des fréquences veille au respect des normes de radiocommunication afin de prévenir les émissions d'ondes radioélectriques en dehors des frontières nationales. Mais, une coordination entre différents régulateurs nationaux est nécessaire si trop d'affluence d'émissions des fréquences interviennent en dehors du pays, par un opérateur de réseau en RDC. Elles causent de nombreux préjudices d'ordre technique, économique et financier pour les opérateurs de réseaux dans les États voisins. Sur le plan technique, ces émissions couvrent le marché centrafricain, tout en interférant sur les émissions de ses réseaux territoriaux. Sur le plan économique, les citoyens de la République Centrafricaine se procuraient les services téléphoniques des réseaux de la RDC leur faisant des offres intéressantes. Sur le plan financier, cette concurrence déloyale des opérateurs congolais affectait les revenus commerciaux des opérateurs centrafricains et par conséquent les recettes fiscales de la République Centrafricaine.

964. Pour ces motifs, une plainte du Régulateur de la République Centrafricaine – adressée le 22 novembre 2004 contre les opérateurs congolais – est restée dans les annales de l'Autorité de régulation congolaise et du ministère des PTT.²²⁹⁶ Se plaignant précisément contre Celtel RDC (actuelle Airtel)²²⁹⁷ et Vodacom Congo (actuel Vodafone RDC), le régulateur centrafricain des télécoms sollicitait l'arbitrage de l'ARPTC. La plainte visait la cessation des actes de concurrence déloyale sur le marché transfrontalier. Les opérateurs congolais émettaient leurs ondes radioélectriques au-delà des frontières administratives de la RDC en destinant services des télécoms GSM sur le marché du pays voisin. Les droits de licence sont limités aux territoires de souveraineté dont relève les autorités nationales qui les ont accordés aux prestataires techniques. Le fait de desservir un marché extérieur sans en avoir les droits n'est pas permis. L'instruction du dossier aboutit à une décision du régulateur ordonnant aux opérateurs fautifs l'application d'une recommandation spécifique de l'UIT.²²⁹⁸

965. Néanmoins, cette décision prise par le régulateur nous semble relever de la compétence du ministre des PTT. S'agissant de la coordination des fréquences, la loi-cadre dispose que « l'application des accords et traités internationaux dans le secteur des télécommunications » relève des attributions légales du ministre et non de l'Autorité de régulation. Il en est de même pour « représenter les intérêts du pays auprès des organisations sous-régionales, régionales et internationales ». En principe, l'ARPTC régule un marché intérieur territorial, alors que la loi ne le mandate pas à décider sur des affaires d'État à État.²²⁹⁹ Dans la pratique, la coopération entre régulateurs nationaux se développe dans le

²²⁹⁶ K. NDUKUMA ADJAYI, *op.cit.*, p. 90. La plainte avait été introduite par le Directeur Général de l'Agence de Régulation des Télécommunications de la République Centrafricaine, Monsieur Jean-Marie Sakila, le 22 novembre 2004 contre accusé de réception de l'ARPTC sous le n°1032 en date du 23 novembre 2004.

²²⁹⁷ La société Celtel a été vendue à Zain (MCT) puis à la société Airtel Congo RDC, actuel exploitant de sa Licence en RDC.

²²⁹⁸ Recommandation UIT-R SM 1132-2, *Principes généraux et méthodes de partage des fréquences entre services de radiocommunication ou entre stations radio électriques*, 1995-2000-2001. En l'occurrence, il s'agit de la Rec. UIT-R SM 1132-2 de radiocommunication. Celle-ci préconise au moins possibilités de cessation des « *transborder overspilling* » (interférences transfrontalières), soit par le partage des canaux de fréquences, soit par le changement d'orientation de leurs antennes, soit par la baisse de la puissance de leurs émetteurs.

²²⁹⁹ Article 6, points f) et g), Loi-cadre sur les télécoms [RDC] (RDC).

cadre des associations paritaires internationales. L'indépendance des missions de l'ARPTC lui permet d'initier des contacts techniques en vue de la coordination des émissions transfrontalières. Conformément à la Constitution et au droit des traités, le gouvernement intervient pour la signature des accords internationaux, dépassant les habilitations techniques de l'ARPTC. Pour cette dernière, la gestion de la numérotation téléphonique reste également un défi juridique et technique. **(B)**

B./ LA RÉGULATION TECHNIQUE DES RESSOURCES EN NUMÉROTATION ENTRE LES AUTORITÉS CONGOLAISES DE RÉGLEMENTATION ET DE RÉGULATION

966. Comme pour les fréquences radioélectriques, le numérotage des télécoms est également une ressource rare. La numérotation téléphonique ne comporte pas des possibilités d'utilisation illimitées dans la nature. « Avec l'arrivée des nouveaux opérateurs, l'évolution des nouvelles technologies, on constate un usage intense des numéros. L'un des défis majeurs de la régulation est de pouvoir gérer cette ressource rare, afin qu'elle puisse répondre aux besoins croissants en numéros, surtout pour le mobile ».²³⁰⁰ Le système de marché ouvert à la concurrence renforce les aspects limités et essentiels du « plan de numérotage ».²³⁰¹ Aussi, la numérotation est-elle un enjeu économique certain.

967. En effet, la « ressource en numérotation » est « l'ensemble des potentialités qu'offrent les numéros dans un plan défini ».²³⁰² L'objet de leur régulation est de garantir « *un accès égal et simple des utilisateurs aux différents réseaux et services de télécommunications et l'équivalence des formats de numérotation* ».²³⁰³ Leur partage équitable entre exploitants des télécoms est indispensable pour l'interopérabilité des réseaux et l'interfonctionnement des services offerts au public. Dans le jeu concurrentiel du marché, l'accès égal à ces ressources détermine l'équilibre du marché. Il détermine aussi notamment, la valeur économique des numéros de téléphones, leur portabilité, l'identifiant d'accès des usagers et des entreprises aux SSI forment l'enjeu de la téléphonie et de l'Internet (mobile). Même l'Internet fixe à domicile procède d'un modem branché sur la ligne téléphonique, sur base d'un numéro d'appel. Le plan de numérotation comprend un identifiant du réseau pour celui qui opère sur le marché électronique et une adresse d'appel/réception pour l'abonné du réseau hôte. Il est, comme pour Internet, l'adressage des « noms de domaine » (TLD).²³⁰⁴ Le préfixe téléphonique constitue les « premiers chiffres d'un numéro qui permettent d'identifier la nature du service, l'opérateur ou la localisation géographique de destination ».²³⁰⁵

968. Le législateur de 2002 a confié à l'ARPTC la charge d'élaboration du plan national de numérotation ainsi que sa gestion.²³⁰⁶ La loi-cadre a placé le régulateur au premier plan de gestion nationale des ressources rares, en lui confiant pour attributions spécifiques non

²³⁰⁰ UIT, Atelier pour la création de nouveau plan de numérotage national en Afrique, Cotonou (Bénin), 30 juin-04 juillet 2003. Le plan de numérotage national comprend : Préfixe international (PI) ou *International prefixes (IP)* ; l'indicatif de pays (IP) ou *Country Code (CC)* ; le numéro significatif (NNS) ou *National Significant Code (NSN)* ; l'indicatif national de destination (IND) dit « code zone, code interurbain » ou *National Destination Code (NDC)* ; le Numéro abonné (NA) ou *Subscriber's Number (SN)*, soit pour la France : 00-33-66-101-5544 et pour la RDC : 00-243-81-631-0639.

²³⁰¹ *Ibidem*.

²³⁰² Article 1^{er}, Arrêté n°004/CAB/MIN/PTT/2009, préc.

²³⁰³ P. HUET, « Allocation et gestion des ressources rares », *Actualités juridiques, Droit administratif*, n°3, 20 mars 1997.

²³⁰⁴ MUTINGA MUTUSHAYI et alii, *op.cit.*, pp. 39-41. Comme le souligne la commission d'enquête sénatoriale congolaise de 2008, « L'internet n'est pas seulement source d'information et un canal d'échange ; il est aussi et surtout générateur d'importances ressources financières. [...] Alors que [le] contrat [avec l'État congolais] oblige CIM à verser chaque année au trésor public 25% de son chiffre d'affaires, cette société n'a jamais présenté un bilan positif pour un exercice. Elle n'a rien versé au compte du Trésor, même à titre forfaitaire. [...] Les études prévisionnelles élaborées par l'OCPT à cet effet font état des estimations de recettes pour la première année de 16.225.200\$ pour un investissement total de 3.215.625\$ ».

²³⁰⁵ Article 1^{er}, Arrêté n°004/CAB/MIN/PTT/2009, préc.

²³⁰⁶ Article 8, point f), Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

seulement de « gérer et contrôler le spectre des fréquences » mais aussi d'« élaborer et gérer le plan national de numérotation ».²³⁰⁷ Le régulateur « arbitr[e] les différends survenant dans le domaine des télécommunications, notamment en matière d'utilisation (la notion d'utilisation est indirectement liée à celle de disponibilité) de fréquences ou indicatifs ».²³⁰⁸ Ces derniers font partie du plan national de numérotation, créé et organisé par deux arrêtés du ministre des PTT : les arrêtés n°003 et 004/CAB/MIN/PTT/2009 du 26 février 2009 créent le plan national de numérotation et en déterminent les modalités de gestion.²³⁰⁹

969. Ainsi, par rapport à l'ARPTC, l'intervention du ministre des PTT s'exerce en amont en arrêtant les principes de gestion et d'octroi de la numérotation. C'est le ministre qui organise la répartition des ressources de numérotation entre les réseaux ou entre différents services de télécoms. La réglementation nationale correspond à un segment du Plan National de Numérotation Mondial conformément à la recommandation UIT-T E.164. La RDC a adopté la même définition du « plan national de numérotation » que préconise le réseau de régulateurs francophones,²³¹⁰ en ajoutant quelques précisions. Ce plan correspond à « la ressource nationale constituée par l'ensemble structuré de numéros permettant d'identifier les points de terminaison fixes ou mobiles des réseaux et services téléphoniques, d'acheminer les appels et d'accéder à des ressources internes aux réseaux ». L'organisation de ces ressources a tenu compte des besoins présents et prévisibles. La réservation ou l'attribution à un opérateur d'un ou de plusieurs numéros ou blocs de numéros est décidée en respectant le plan de numérotation. Cette attribution doit tenir compte non seulement des besoins prévisibles du réseau sur un terme de 20 ans au moins, mais aussi de la perspective d'ouverture du marché afin de disposer de la marge pour de nouveaux entrants.²³¹¹

970. Des procédures de contrôle et de sanction des conditions d'attribution sont inscrites dans l'arrêté n°004/CAB/MIN/PTT/2009 du 26 février 2009.²³¹² Les autorités congolaises de réglementation interviennent pour l'allocation des ressources en numérotation aux opérateurs des télécoms ou à d'autres entités demandant des numéros spéciaux. Les mécanismes de publication permettent aux autorités de réglementation « la mise à disposition du public [...] des informations relatives à la structure et à l'évolution du plan d'une part et à la situation et l'utilisation des ressources réservées ou attribuées d'autre part ».²³¹³ Deux cas d'attribution des ressources en numérotation sont possibles. Premièrement, des blocs de numérotage²³¹⁴ sont

²³⁰⁷ Article 8-e) et -f), Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²³⁰⁸ C. GUERRIER, « Droit et accords OMC dans le domaine des télécommunications : la problématique africaine », *Droit de l'informatique et des télécoms*, revue trimestrielle, 16^e année, 1999, pp. 92-96, spéc. p. 95-96

²³⁰⁹ Arrêté n°003 /CAB/MIN/PTT/2009 du 26 février 2009 portant création du Plan National de Numérotation et Arrêté n° 004/CAB/MIN/PTT/2009 du 26 février 2009 portant fixation des modalités de gestion du Plan National de Numérotation, JO RDC, 50^e année, n°5, 1^{er} mars 2005, col. 1-10.

²³¹⁰ UIT, Atelier pour la création de nouveau plan de numérotage national en Afrique, Cotonou (Bénin), 30 juin-04 juillet 2003. Au cours de la sixième réunion annuelle du réseau des régulateurs francophones, l'ARTEL (Burkina-Faso) définissant « [l]e plan national de numérotation [...] comme étant la ressource constituée par l'ensemble structuré des numéros permettant notamment d'identifier les points de terminaison fixes ou mobiles des réseaux et services téléphoniques ».

²³¹¹ Article 4, arrêté n°004/CAB/MIN/PTT/2009, préc. : Le Plan National de Numérotation est établi en conformité avec les principes suivants : - le respect des normes de l'UIT – T [...]; - la capacité suffisante pour satisfaire les besoins prévisibles à long terme (20 ans au moins) des différents réseaux et services. [...] Les réserves peuvent être, soit préaffectées à des catégories de services, soit sans affectation [...]; - la prise en compte des besoins prévisibles des opérateurs de réseaux et de services, dans une perspective d'ouverture du marché [...]. En outre, le plan national de numérotation prévoit, en concordance avec la stratégie d'ouverture du marché, la possibilité de mettre en place la fonction de sélection du transporteur; - la planification des amendements de manière à minimiser l'impact des modifications par rapport au plan précédemment en vigueur et par rapport aux usagers; - l'harmonisation des numéros nationaux devant avoir le même nombre de chiffres. »

²³¹² JO RDC, n°5, 50^e année, 1^{er} mars 2009, col. 1-10.

²³¹³ Article 1^{er}, arrêté n°004/CAB/MIN/PTT/2009, préc.

²³¹⁴ L'usage des termes ci-après est indifférent : « plan de numérotage » ou « plan de numérotation », de l'anglais *numbering plan*.

délivrés au moment de l'octroi des licences ou autorisations d'entrée sur le marché. La signature du ministre sur le titre vaut attribution, car décidant comme représentant l'État concédant. Deuxièmement, l'allocation est faite aux utilisateurs suivant un besoin précis exprimé auprès de l'Autorité de régulation statuant sur décision de son collègue. Le régulateur est souvent saisi pour harmoniser une situation ou pour amender des droits initiaux d'usage de la numérotation. Elle dispose d'une grande activité se rapportant à la numérotation téléphonique, comme le démontre le grand nombre de ses décisions, laissant penser à une routine de la régulation dans le domaine.²³¹⁵

971. Par ailleurs, des numéros courts ou spéciaux configurés dans le réseau permettent de canaliser des appels surtaxés, d'organiser des services particuliers en ligne, de servir aux contrats à distance, de voter par SMS, d'accéder aux plateformes de paris et d'autres jeux en ligne. L'ARPTC alloue des numéros spéciaux et régule les offres professionnelles, à défaut d'une autorité nationale de la régulation des jeux en ligne comme l'autorité de régulation des jeux d'argent en ligne (ARJEL) en France.²³¹⁶ En RDC, des « numéros courts » peuvent être attribués aux services publics d'appel d'urgence (pompiers, police, etc.), sachant que tous les opérateurs sont tenus d'affecter les mêmes numéros à ces services. La création ou la modification des numéros courts des services d'urgence est décidée par arrêté du ministre des PTT sur proposition de l'Autorité de régulation (ARPTC). D'autres numéros spéciaux sont destinés aux services d'assistance aux abonnés offerts par les opérateurs et à des services à valeur ajoutée.²³¹⁷

972. En outre, la réglementation congolaise organise la portabilité des numéros. Cette dernière s'entend de la possibilité offerte aux clients de conserver le même numéro d'appel même s'ils changent d'opérateur de réseau. En France, l'article 44 du CPCE impose aux opérateurs de proposer à un tarif raisonnable à leurs abonnés afin de conserver le numéro, fixe ou mobile, lorsqu'ils changent d'opérateur.²³¹⁸ En RDC, un arrêté interministériel des PTT et des finances a défini en 2011 les taxes relatives à l'utilisation des ressources de numérotation.²³¹⁹

²³¹⁵ JO RDC, 1^{er} déc. 2011, n°23 : (1) Décision n°045/ARPTC/CLG/2011 du 14 juin 2011 portant attribution des ressources en numérotation à la société OASIS, col. 33. (2) Décision n°046/ARPTC/CLG/2011 du 14 juin 2011 portant attribution des ressources en numérotation à la société CELTEL Congo, col. 33. (3) Décision n°042/ARPTC/CLG/2011 du 20 mai 2011 portant attribution des ressources en numérotation à la société CELTEL Congo (RDC), col. 33. (4) Décision n°060/ARPTC/CLG/2011 du 2 septembre 2011 portant attribution des ressources en numérotation à la société Congo Chine Télécom, col. 51. (5) Décision n°060/ARPTC/CLG/2011 du 2 sept. 2011 portant attribution d'un numéro court de service à valeur ajoutée à la société OASIS Sprl, col. 49. (6) Décision n°068/ARPTC/CLG/2011 du 05 oct. 2011 portant attribution des ressources en numérotation à la société Vodacom Congo, col. 63. (7) Décision n°034/ARPTC/CLG/2011 du 20 avril 2011 portant autorisation de concessions de gestion de country code (243) à la société V-SAT Telecom, col. 20. (8) Décision n°027/ARPTC/CLG/2011 du 24 mars 2011 portant attribution des numéros des Codes de réseau et de signalisation à la société YOZMA Timeturns, col. 11. etc. [www.journalofficiel.cd/jordc/resthesau.php?id_terme_initial=3204&lettre=P] (consulté le 1^{er} juillet 2016).

²³¹⁶ En RDC, les jeux de paris et de pronostic sont sous régime d'interdiction. Mais avec les habitudes du marché, le gouvernement autorise les jeux d'argent (en ligne) moyennant « taxe d'autorisation » et « taxe *ad valorem* sur les gains des parieurs ». L'activité est encadrée, même lorsqu'elle se déroule en ligne, par le ministre des sports et loisirs. Cf. Arrêté du 19 janvier 1901 du gouverneur général (de la colonie belge Congo) sur les jeux de hasard, *Recueil usuel de la législation*, IV, p. 4. Décret sur les loteries du 17 août 1927, *Bulletin officiel*, Congo-Belge, 1927, p. 1487. Ordonnance-loi n°11-141 sur l'interdiction des concours de pronostics sportifs ou autres, *Bulletin administratif*, 1951, p. 1154.

²³¹⁷ Article 1^{er}, arrêté n°004/CAB/MIN/PTT/2009, préc.

²³¹⁸ En France, l'article D406-18 du CPCE, modifié par Décret n°2012-488 du 13 avril 2012 - art. 19 détaille les modalités de la portabilité des numéros. Cf. pour détails L'Institut National de Consommation (INC) détaille celle de téléphone fixe. La portabilité de votre numéro de téléphone fixe en 10 points

[http://www.conso.net/content/la-portabilite-de-votre-numero-de-telephone-fixe-en-10-points]

²³¹⁹ Arrêté interministériel n°001/CAB/VPM/MIN/PTT/2011 et n°045/CAB/MIN/FINANCES/2011 modifiant et complétant l'Arrêté interministériel n°005/CAB/MIN/PTT/2009 et n°071/CAB/MIN/FINANCES/2009 du 26 février 2009 portant fixation de taux de la taxe de numérotation à percevoir à l'initiative de l'ARPTC pour l'utilisation des ressources en

973. Vu le développement rapide des télécoms,²³²⁰ il a fallu tenir compte du passé récent au cours duquel il y avait une disparité de la taille de « *digits* » ou des numéros téléphoniques entre les opérateurs d'un même pays. Un seul opérateur (*Vodacom*) avait montré une planification ambitieuse : dès son entrée sur le marché en 2002, il avait retenu une configuration de numéro téléphonique à dix chiffres ou digits pour son plan de numérotage. Ses prédécesseurs sur le marché en l'an 2000, *Celtel* (actuel *Airtel*), *Oasis* (*Tigo RDC*, racheté par *Orange* en avril 2016) et *Congo Chine Télécom* (racheté par *Orange* en 2012), avaient adopté une numérotation à huit digits. Leurs bases des registres des réseaux étaient très vite arrivées à saturation.

974. Entre 2005 et 2007, face à la croissance du marché, des « migrations techniques » ont dû être opérées en urgence pour une standardisation du numérotage téléphonique sur différents réseaux de la RDC. afin de ne pas freiner la croissance de leurs réseaux en nouveaux abonnés. Ces migrations faites à la hâte obligeaient les autres opérateurs interconnectés à réadapter également leurs systèmes, en vue d'éviter des congestions d'appels de leurs propres clients, d'un réseau à l'autre. La bonne configuration du plan de numérotage évite des saturations des lignes ainsi que des pertes dans le chiffre d'affaires.

975. Par exemple, l'achat de *Congo Chine Telecom* par *Orange* en 2012 avait conduit encore à un changement de numérotation de ce réseau. Mais la fusion-absorption de la société *Oasis* (*Tigo*) par *Orange* le 21 avril 2016 a cependant entraîné la conservation de deux plans de numérotations téléphoniques sur un même réseau. À son rachat par *Orange*, *Oasis* (*Tigo*) comptait à son actif six millions d'abonnés en 2016 : depuis son entrée sur le marché congolais en 2000, leurs numéros d'appel sont devenus des éléments d'identité pour les abonnés. *Orange* ne peut donc entreprendre de les changer sans prendre le risque d'entraîner des pertes référentielles d'identité pour ses clients et des manques-à-gagner pour lui-même, dans l'hypothèse d'une transition radicale.

976. Au niveau national, la régulation technique présente quelques faiblesses de planification de gestion et de transparence des assignations des ressources réalisées par les autorités étatiques sectorielles. Le marché exprime des besoins croissants en ressources de numérotation et de fréquences radioélectriques au regard de la croissance et de l'innovation. Il n'en demeure pas moins que les marchés transfrontaliers utilisent les mêmes fonctionnalités techniques de leurs réseaux, au point que des risques d'interférence ou de concurrence déloyale entre opérateurs transfrontaliers sont à gérer.

977. En conclusion, Notre étude identifie les nouveaux défis du droit congolais des télécoms en les rapprochant du niveau de maturation des solutions juridiques européennes et françaises. Plusieurs enjeux découlent des transformations du secteur monopolistique en marché. Mais aussi, des défis législatifs concernent plusieurs aspects du système dérégulé du marché des télécoms. Fondamentalement, le défi législatif congolais est d'organiser la régulation conjointe entre l'ARPTC et le ministère des PTT, autour de deux enjeux primordiaux : gérer les ressources du domaine public des télécoms et développer le marché qui en opère l'exploitation. Néanmoins, les secteurs régulés s'entrecroisent à cause des services numériques en réseau, en accentuant les limites du modèle législatif initial. La

numérotation, JO RDC, 52^e année, n°4, 15 fév.2011, col. 6 [www.legalnet.cd/Legislation/JO/2011/JO%2015%2002%202011.Sommaire.pdf] (consulté le 15 juin 2016).

²³²⁰ Gouvernement de la RDC, *Programme économique du gouvernement*, (PEG) 2010, Kinshasa. Le PEG indique une croissance de 50% de croissance du nombre d'abonnés sur cinq ans entre 2005 et 2010 et un taux de croissance annualisé du secteur des télécoms calculé à 25% en fin 2010.

régulation sectorielle semble de plus en plus inadaptée face aux nouveaux enjeux de l'Internet.

978. Précisément, la régulation technique est le rayon d'action conjointe des autorités de réglementation nationales, en ce qui concerne la numérotation et la gestion des fréquences radioélectriques. Les différents développements illustrent les défis de l'intra-régulation dans la gestion partagée des ressources essentielles des télécoms. L'intervention de deux autorités étatiques peut s'avérer source de difficulté en cas d'incoordination. Ces défis classiques et plus anciens des télécoms s'associent à de nouveaux défis juridiques inhérents à l'accession de la RDC à l'économie numérique.

979. Dans le monde entier, l'économie des marchés a concerné au premier chef les services publics des télécoms avant de résulter à l'économie numérique. Pour le droit congolais, les acquis juridiques en la matière sont encore au niveau du réaménagement du monopole public (l'État par rapport au marché), mais aussi la séparation des fonctions de réglementation, de régulation et d'exploitation (l'État par rapport à lui-même). Dans le secteur des télécoms, l'instauration de la régulation a été une transformation marquante opérée par la loi-cadre sur les télécoms, telle que complétée par la loi n°014/2002 sur l'ARPTC. Analyser la *ratio legis* de ces lois vise à appréhender les aspects des changements de même que leurs valeurs en droit positif congolais.²³²¹ L'approche de droit comparé permet d'évaluer la pertinence des réformes congolaises, à la lumière des expériences européennes et françaises²³²² ainsi que des standards de l'OMC.²³²³

980. Même si les autorités congolaises de régulation font preuve de beaucoup de pragmatisme juridique, il est plus que nécessaire pour le législateur de construire un véritable *corpus juris*, au diapason du droit comparé de l'économie numérique européenne et française.

(Titre 2)

²³²¹ L'orientation n'est pas axée sur une étude économique du marché dérégulé. Le choix d'analyse ne détaille pas les effets bénéfiques des réformes effectuées, notamment : augmentation du parc téléphonique, amélioration de la qualité des services, participation du secteur à la croissance du PIB et des conditions de vie, numérisation de l'administration, avantages des services alternatifs (convergence), disponibilité de l'offre des services de base, commerce électronique, diversité de l'offre des services à valeur ajoutée et des services de base, etc. L'orientation n'est pas axée sur une étude économique du marché dérégulé.

²³²² Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, de la présente thèse. En France, la dissociation des services postaux de ceux des télécoms est réalisée. Des entités différentes ont été instituées avec un statut d'indépendance clairement affirmé pour la régulation, face à l'administration et au marché. L'approfondissement de la démonopolisation a été axé sur la privatisation de l'exploitant public (France télécom) par association des capitaux publics et privés, nationaux et internationaux. Comparativement, il convient d'analyser, en droit congolais, l'état d'« implémentation » de ce modèle depuis son adoption en 2002.

²³²³ Cf. *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, de la présente thèse.

TITRE II - LA REFONDATION DU DROIT CONGOLAIS À L'ÈRE DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

981. Pour la RDC, trois types d'enjeux de la société numérique peuvent servir de finalité à la transformation du cadre juridique de la RDC. En premier lieu, l'État est censé légiférer les phénomènes sociaux émergents et réguler ceux de la révolution numérique. En deuxième lieu, il est question d'établir dans la société congolaise la sécurité juridique et la confiance en l'économie numérique. En troisième lieu, avec la globalisation des économies, l'Internet repousse les frontières entre les marchés, les citoyens et les nations du monde. « La vision du gouvernement dans ce secteur est de faire entrer la R.D.Congo de plein pied dans l'économie numérique. [...] Cette vision devra se traduire par l'amélioration de la gouvernance de ce secteur ».²³²⁴ Quoiqu'il en soit le « phénomène Internet » et son économie informationnelle débordent de l'actuel cadre légal en RDC. Les enjeux de l'économie numérique motivent de rattraper le retard législatif. Pour la mise à jour du droit congolais, des références au droit comparé sont nécessaires. Les droits européens et français sont le fruit des expériences avant-gardistes qui inspirent l'étape présente des réformes des lois sectorielles promulguées en 2002.

982. Depuis avril 2017, le parlement congolais est engagé dans des travaux de *lege ferenda* pour le renouveau du droit des télécoms. Cette initiative législative entend combler les carences, corriger les erreurs anecdotiques et surtout étendre la vision sectorielle de l'actuelle législation des télécoms. Après près de 5 ans d'études à compter de l'an 2012, le gouvernement congolais a déposé au parlement en avril 2017 trois textes de refondation du droit dans la société de l'information. En conformité à la politique nationale, le premier projet de loi est général en englobant les aspects juridiques des télécoms et des TIC, sans toutefois adopter la terminologie française et européenne de « communications électroniques ». Le deuxième projet de loi se rapporte au commerce électronique, qui est dépourvu de régime spécifique en droit positif congolais. Le troisième projet de loi réajuste la régulation sectorielle des PTT, afin la réaligner par rapport enjeux de l'Internet et de la convergence numérique.

983. Pour la RDC à l'économie numérique est à la fois la source matérielle, l'objet et l'objectif de renouveau du droit des télécoms. Les transformations du marché national sont un aperçu indispensable pour comprendre l'accession du pays dans la société de l'information. Le contexte juridique congolais est marqué par la révolution numérique. Les anciens défis législatifs des télécoms éclairent les besoins d'une nouvelle législation devant encadrer les aspects anoniques d'économie numérique. Notamment, les données personnelles ne disposent en RDC d'aucune réglementation, ni de système de protection, alors que le pays enregistre au 2^{ème} trimestre 2017 : 31.298.358 abonnements téléphoniques, 11.731.606 souscriptions à l'Internet mobile et 7.485.510 utilisateurs des e-paiements et des transferts de monnaie électronique.²³²⁵ En effet, la seule référence de la législation congolaise est une phrase générique dans la définition terminologique sur les « exigences essentielles des télécoms ».²³²⁶ En effet, la disposition de la loi-cadre de 2002 présente une simple forme de déclaration

²³²⁴ AGENCE NATIONALE POUR LA PROMOTION DES INVESTISSEMENTS, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication », *Cahier sectoriel*, ANAPI, Kinshasa, mai 2017, p. 29.

²³²⁵ AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA POSTE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, *observatoire du marché de la téléphonie mobile, rapport du 2^e trimestre 2017*, Direction Économie et Prospective, Kinshasa, p. 4.

²³²⁶ Article 13-4, *in fine*, loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

potestative: « La protection des données peut comprendre la protection des données personnelles, la confidentialité des informations transmises ou stockées ainsi que la protection de la vie privée ».²³²⁷ Les enjeux initiaux de l'informatique mettaient aux prises le citoyen face au traitement automatisé, effectué par l'administration sur ses données à caractère personnel.²³²⁸ Avec la révolution numérique, les pratiques de captation et marchandisation des données ne concernent plus que les fichiers identitaires, mais le profilage psychique et comportemental de la personne physique à travers des techniques des plus sophistiquées de l'informatique en réseau ou des objets connectés. Les pratiques du « *big data* » (métadonnées) ou encore celles de leur transfert international ont tracé de nouvelles trajectoires de transformation du droit de la protection des données personnelles. Sur le sujet, le système français de protection français reste une référence depuis 1978 avec la Loi informatique et liberté.²³²⁹ Les illustrations en sont données en Europe avec le dernier « règlement général sur la protection des données »²³³⁰ et en France avec la récente « loi pour la République numérique ».²³³¹ Au vu des expériences européennes et françaises, le dispositif juridique de protection des données personnelles se structure autour : 1° du droit à consentir ou à s'opposer à leur collecte ; 2° du droit de consulter ; 3° du droit de rectifier ; 4° du droit à l'oubli numérique, voire à la mort numérique, au nom du droit à l'autodétermination informationnelle.²³³² Mais, face à tous ces défis sous-jacents de l'économie numérique, le droit congolais est déficient, suite à l'inexistence de réglementation.

984. De même, la lutte contre la cybercriminalité ne dispose pas d'un dispositif pénal approprié en RDC, en posant un réel défi de cybersécurité nationale. Sur ce registre, le Conseil de l'Europe a adopté la « Convention sur la cybercriminalité » depuis le 23 novembre 2001.²³³³ Pour le monde entier, cette convention dite de Budapest, lieu de son adoption, reste un traité ouvert et fait référence au regard de son niveau de protection.²³³⁴ En entrant en vigueur en juillet 2004, la Convention reste à ce jour le « seul traité international contraignant. [Elle] sert de ligne directrice à tout État souhaitant développer une législation nationale complète contre la cybercriminalité. [Elle] propose un cadre pour l'élaboration d'une législation et la mise en place d'une coopération internationale contre la cybercriminalité ».²³³⁵ Mais, à l'« ère-post Snowden », le monde se trouve en rupture d'équilibres stratégiques obligeant chaque Nation à construire sa cybersécurité.²³³⁶ Une coopération accrue aux plans

²³²⁷ *Ibidem*.

²³²⁸ M-L. LAFFAIRE, *Protection des données à caractère personnel, tout sur la nouvelle loi « informatique et libertés »*, éd. d'organisation, coll. « Guide pratique », Paris, 2005, pp. 35 et s.

²³²⁹ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO RF, 7 janvier 1978 (modifiée en 2004).

²³³⁰ Règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE, L 110, 4 juillet 2016, pp 1-88.

²³³¹ Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique [« loi Axelle lemaire »], JORF, 8 octobre 2016.

²³³² Cf. notamment : CONSEIL D'ÉTAT, *La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?*, La documentation française, n° 16, coll. droits et débats, colloque organisé le 6 février 2015, Paris, 2016, pp. 4-203.

²³³³ CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention sur la cybercriminalité*, Budapest, 23 novembre 2001, STE n°185, pp. 1-30.

²³³⁴ En dehors des États européens, la Convention de Budapest a été signée par les États-Unis, le Japon, le Canada, l'Australie et l'Afrique du Sud qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe. La convention est théoriquement ouverte à tous les pays qui en feraient la demande.

²³³⁵ M. QUÉMENER, *Cybercriminalité & Gouv. ouverts*, 1^{res} journées académiques/Academic days 2016, IMODEV/ Université Panthéon-Sorbonne, texte d'exposé, 5 décembre 2016, pp. 1-30, spéc. p. 23.

²³³⁶ N. ARPAGIAN, *La cybersécurité, op.cit.*, p. 3. « Ainsi débute l'"Affaire Snowden", du nom d'Edward Snowden, qui travaillait comme informaticien [...] sous-traitant de la NSA. C'est lui qui a fourni aux journalistes la masse de documents originaux permettant d'étayer leurs accusations d'espionnage généralisé, avec la participation des entreprises de pointe de la Silicon Valley. Le sujet est devenu plus critique [...] lorsque l'hebdomadaire allemand affirme le 23 octobre 2013, que le téléphone mobile personnel de la chancelière allemande Angela Merkel est écouté en direct par les grandes oreilles

national et international pour une stratégie globale de « cybersécurité ». Au niveau international depuis 2013, le « Centre européen de lutte contre la cybercriminalité » (EC3, en acronyme) travaille dans les principaux objectifs de « rendre la navigation sur Internet plus sûr et de protéger les citoyens, les entreprises et les différentes infrastructures des organisations criminelles actives sur la toile ».²³³⁷ Au niveau africain, la lutte contre la cybercriminalité commence connaît un tournant majeur sur le plan juridique. La conférence de l'Union africaine a adopté à Malabo la Convention africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel.²³³⁸ Pour son entrée en vigueur, celle-ci attend encore sa ratification par la RDC et les autres États membres.²³³⁹ Au niveau national, l'architecture du droit pénal congolais est défaillante face au phénomène des cybercrimes. Les débuts de réponses spécifiques sont inscrits dans le projet de loi sur les télécoms et les TIC,²³⁴⁰ en cours d'examen au parlement congolais. Son titre IV articule la politique pénale autour de trois axes, à savoir : la politique nationale de cybersécurité²³⁴¹, la répression de la cybercriminalité²³⁴², la coopération et l'entraide judiciaire internationales.²³⁴³

985. À la lumière des « contingences » de l'économie numérique, le renouveau du droit s'impose comme nécessaire sur ses aspects pertinents.²³⁴⁴ Le projet de loi sur les télécoms et les TIC en RDC s'inscrit dans une prospective proche pour le système de protection des données personnelles, le respect de la vie privée en réseau et la cybersécurité. Les expériences européennes et françaises sont riches et avant-gardistes sur le sujet, afin d'inspirer la prospective de transformation du droit congolais. **(Chapitre 1)**

986. En outre, le renouveau du droit concerne les défis spécifiques se rapportant à la régulation des communications électroniques et à l'encadrement juridique du commerce électronique. Dans sa politique législative, le gouvernement congolais entend contrôler les aspects nationaux de l'Internet. Le projet de loi entend restructurer l'Autorité de régulation des télécoms (ARPTC) pour lui conférer les prérogatives d'une agence nationale de promotion des TIC et de protection des données personnelles.²³⁴⁵ La réforme de la régulation des télécoms ne serait-elle pas également l'occasion de porter un regard critique sur le statut administratif « hybride » et inachevé de l'ARPTC, qui n'est pas encore comme en France une AAI ? Son « rattachement tutélaire » au Président de la République reste une problématique récurrente depuis qu'en 2006 la nouvelle Constitution de la RDC a modifié les pouvoirs de ce dernier. Le dernier volet de la réforme législative projette la construction d'un « droit spécial

étatsuniennes. En juin 2015, le site Wikileaks révélera que c'est aussi le cas de trois présidents français : Jacques Chirac, Nicolas Sarkozy et François Hollande ».

²³³⁷ M. QUÉMÉNER, *Cybercriminalité & Gouv. ouverts*, op.cit., pp. 22 et s.

²³³⁸ La Convention africaine sur la cybersécurité a été adoptée à Malabo le 27 juin 2014 au cours de la 23^{ème} session ordinaire de la conférence de l'Union africaine à Malabo.

²³³⁹ C. AHOUTY, « Le cadre juridique de prévention et de lutte contre la cybercriminalité en Afrique », *Conférence internationale sur le renforcement de la cybersécurité et de la cyberdéfense*, OIF, Grand Bassam (Côte d'Ivoire), 8-10 février 2016. Le Sénégal, par exemple, s'est inscrit dans le processus de ratification de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité en priorité par rapport à la Convention africaine sur la cybersécurité.

²³⁴⁰ Articles 197 à 355, projet de loi sur les télécoms et les TIC.

²³⁴¹ Cf. « Chapitre I : de la cybercriminalité » : articles 187 à 258, projet de loi sur les télécoms et les TIC.

²³⁴² Cf. « Chapitre II : de la cybercriminalité et sa répression » : article 259 à 354, projet de loi sur les télécoms et les TIC.

²³⁴³ Cf. « Chapitre III : de la coopération et de l'entraide judiciaires internationales » : article 355, projet de loi sur les télécoms et les TIC.

²³⁴⁴ A. GONOR, *Le temps*, éd. GF, coll. Corpus, Paris, 2001, p. 217. Nous connotons volontiers les sens logique de l'expression « contingence incontournable », pour justifier le rapport causal entre l'avènement de l'économie numérique et la réforme du droit des télécoms en RDC. Au sens premier de la philosophie : « La contingence est le caractère de ce dont l'existence n'est pas nécessaire, mais simplement possible. Lorsqu'une chose contingente est devenue réelle, on peut dire qu'elle aurait pu aussi bien ne pas arriver. Est ainsi contingence ce dont l'existence est simplement possible ».

²³⁴⁵ Cf. Projet de loi sur télécoms et les TIC en RDC, en cours d'examen à l'assemblée nationale depuis avril 2017.

des échanges et du commerce électroniques », en s'appuyant sur les travaux de la CNUDCI, de l'OCDE et les paradigmes européens et français. (**Chapitre 2**)

CHAPITRE 1 : LE RENOUVEAU DU DROIT CONGOLAIS FACE AUX DÉFIS DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

987. Une des plus grandes caractéristiques de l'environnement des télécoms est son dynamisme. Sur le marché des télécoms, l'innovation permanente est le moteur du progrès technologique. En associant la technique numérique à l'économie de marché, la société et l'économie elle-même se trouvent transformées.²³⁴⁶ Là où les services publics devaient faire preuve de mutabilité pour répondre aux nouveaux besoins sans cesse croissants,²³⁴⁷ le marché présente un large éventail des services de la société de l'information. L'Internet, en tant que dernier né du progrès technologique, fonde l'économie numérique. Les réseaux de télécoms constituent les autoroutes d'information, en soulevant de nouveaux défis juridiques.²³⁴⁸

988. Étant désormais insérée dans la mondialisation, l'économie numérique congolaise oblige de repenser profondément les « lois dérégulatrices » des télécoms de 2002. La convergence numérique suscite de nouvelles tendances de droit comparé vers une fusion des objets techniques de plusieurs régulations sectorielles, du fait de l'utilisation transversale des télécoms dans plusieurs autres domaines d'activités économiques, sociales ou administratives.²³⁴⁹ La loi n°014/2002 enjoignait l'ARPTC de « s'assurer que les citoyens bénéficient des services fournis à l'aide de nouvelles technologies de l'information et de la communication ». ²³⁵⁰ Mais, c'est dix ans plus tard en 2012 qu'une ordonnance présidentielle²³⁵¹ a confié pour la première fois au ministre des PTT les attributions relatives aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC).²³⁵² Au cours de la même année, la RDC se connectait à un réseau international à fibre optique, pour la première fois de son histoire.²³⁵³ Par voie de conséquence, la régulation des télécoms a aussi réaligné son objet technique et son action sur les dites technologies (TIC), en initiant la révision des limites classiques et sectorielles axées sur les Postes, Téléphones et Télécoms (PTT). Au demeurant, en Europe et en France, les changements de sémantique juridique traduisent la prise en compte les mutations technologiques, juridiques et économiques des

²³⁴⁶ L. GILLE, *Les dilemmes de l'économie numérique... op.cit.*, pp. 8 et s.

²³⁴⁷ Cf. pour les « lois de Rolland » dans la notion des services publics : G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2004. J. CHEVALLIER, *Le service public*, 10^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », n°2359, Paris, 2015 (1987).

²³⁴⁸ O. ITEANU, *Quand le digital défie l'État de droit, op.cit.*, pp. 10-11. « Les entreprises, les organisations humaines se numérisent. [...] Elles jouissent aussi d'outils logiciels d'aide à la décision de plus en plus performants. Enfin, le numérique se met à la disposition de la communication humaine et interpersonnelle [...] Cette transformation entraîne également un bouleversement des modèles économiques existants ».

²³⁴⁹ M.-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.), *Internet, espace d'interrégulation, op.cit.*, p. 3 et s.

²³⁵⁰ Article 3, r), loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

²³⁵¹ Ordonnance n°12/008 du 11 juin 2012 fixant les attributions des ministères, JO RDC, 53^e année, n° spécial, 14 juin 2012, p. 22-51. Cette ordonnance remonte au 1^{er} gouvernement de la 2^e législature de la III^e République. Elle est la première à innover avec cette dénomination, car la précédente ordonnance était restée dans l'approche des PTT : ordonnance n°08/74 du 24 décembre 2008 fixant les attributions des ministères [inédit].

²³⁵² Cf. pour texte en vigueur : Ordonnance n°17/025 du 10 juillet 2017 fixant les attributions des ministères, JO RDC, n° spécial, 58^e année, Kinshasa, 19 juillet 2017, pp. 24-59 (spéc. article 1^{er}, A-17).

²³⁵³ AGENCE NATIONALE POUR LA PROMOTION DES INVESTISSEMENTS, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication », *Cahier sectoriel*, ANAPI, Kinshasa, mai 2017, p. 20. « Depuis 2012, la RDC est connectée à la fibre optique internationale WACS (West Africa Cable System), depuis la ville de Moanda, sur le littoral de l'océan Atlantique ».

réseaux analogiques vers le tout numérique.²³⁵⁴ En France, la dénomination de l'ART à sa création en 1996 est changée en ARCEP depuis 2005.²³⁵⁵

989. Si les réseaux de télécoms restent la base des communications numériques, les nouveaux défis de l'Internet appellent à repenser la régulation, la réglementation et la législation. Cependant, la RDC n'a pas encore adopté de nouvelles lois d'économie numérique répondant aux enjeux de la convergence des marchés, des industries, des médias et des réglementations, que suscitent les technologies numériques.²³⁵⁶ En ce sens, la réforme du droit congolais se démarque des expériences de droit comparé : l'Europe et la France effectuent des réajustements graduels de leurs dispositifs législatifs ainsi que des institutions juridiques en fonction des évolutions d'enjeux des télécoms et de l'Internet. Sans avoir pu révolutionner les lois congolaises des télécoms de 2002, les autorités sectorielles agissent avec pragmatisme juridique face aux nouveaux défis de régulation et de réglementation de l'Internet.

990. La technique numérique est transversale : elle met les régulateurs sectoriels des télécoms aux prises avec d'autres secteurs régulés. Toujours est-il qu'en RDC, l'« intra-régulation » continue à poser un défi de coordination entre les autorités de réglementation nationales pour la régulation des aspects économiques et techniques du secteur des télécoms.²³⁵⁷ Dans l'économie numérique, l'objet technique des lois et de la régulation ne consiste plus simplement à organiser le droit de l'accès au marché et aux ressources des télécoms. Dorénavant dérégulation est enserrée dans des enjeux supplémentaires à la libéralisation post-monopolistique. L'économie numérique et le commerce électronique appellent une interrégulation. Cette dernière est entendue comme un rapprochement possible de l'objet technique des organes de régulation, de leur fonctionnement ou des réglementations de plusieurs secteurs d'activités.²³⁵⁸ Les transformations du marché numérique motivent un renouveau pour le droit positif. Au regard des sources matérielles du droit congolais, quels sont les faits juridiques et les facteurs de législation à appréhender de la transition numérique du marché des télécoms et de l'économie ? Comment l'État congolais a relevé les défis juridiques immédiats de l'accession du pays à l'ère numérique, sans avoir révisé son cadre réglementaire de 2002 ? (**Section 1**)

991. En attendant de légiférer l'économie numérique, les règlements d'administration ont néanmoins étendu le domaine de la régulation des télécoms à un ensemble plus large de services numériques. Il s'agit d'une nouvelle trajectoire du droit positif et de la régulation étatique face aux services de la société de l'information. La transition numérique en cours a commandé une approche plus globale des missions relatives aux instances sectorielles. Il apparaît que les « lois dérégulatrices » des télécoms de 2002 demeurent incomplètes, obsolètes et laconiques face aux transformations numériques de l'économie, du marché et de

²³⁵⁴ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 18 et s. Il a déjà été dit que, pour répondre au besoin d'alignement de la sémantique juridique face à l'évolution technologique, le terme « communications électroniques » avait remplacé celui des « télécoms » dans toutes les acceptions et références officielles européennes sauf en rapport à l'UIT.

²³⁵⁵ Cf. [<http://www.zdnet.fr/actualites/l-art-devient-officiellement-l-arcep-39227791.htm>] (consulté le 8 octobre 2016) L'ART, autorité de régulation des télécoms, est devenue ARCEP, autorité de régulation des communications électroniques. Le changement est effectif depuis le 21 mai 2005, date de la promulgation au Journal officiel français de la *loi relative à la régulation des activités postales*. Ce texte donne de nouvelles prérogatives à l'Arcep : en plus de la régulation des télécoms, l'organisme devra gérer celle du secteur des postes, appelé à s'ouvrir à la concurrence d'ici à 2009.

²³⁵⁶ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2 et Partie 2, Titre I, Chapitre 1 de la présente thèse.

²³⁵⁷ Cf. Partie 1, Titre I, Chapitre 2, Section 2 de la présente thèse. O. MANIKUNDA MUSATA, *La dynamique de la régulation des télécommunications en République Démocratique du Congo : de la synergie intra-sectorielle à l'interrégulation*, ENST/Paris/ARTEL/ARCEP/FRATEL/ESMT/Word Bank Institute, BADGE régulation des télécoms promo 2005, mars 2006, pp. 1-118

²³⁵⁸ M.-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, *op.cit.*, pp. 3 et s.

la société. Vieux de quinze ans, le cadre légal a été conçu pour l'accès au marché des télécoms, spécialement la téléphonie. Le champ de la loi-cadre de 2002 est aujourd'hui trop étroit pour appréhender les enjeux de l'économie numérique, particulièrement les défis de protection des données personnelles et de lutte contre la cybercriminalité. Le projet de loi sur les télécoms et les TIC entend légiférer ces deux derniers aspects. Toutefois, l'absence d'expérience juridique antérieure conduit à se référer aux solutions du droit comparé européen et français. (**Section 2**)

SECTION I - LES NOUVEAUX DÉFIS JURIDIQUES DE L'ACCÈS AU MARCHÉ CONGOLAIS : DES TÉLÉCOMS À L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

992. Au cours des années 1980-2000, la dérégulation des télécoms a fondé les bases des réformes législatives pour la transformation des services publics des télécoms. Depuis les accords de l'OMC (1994-1997), les premiers acquis du marché des télécoms ont permis l'avènement de la société de l'information, avec la popularisation de l'Internet mobile entre 2006 et maintenant. En quinze années depuis les lois de 2002, « le taux de pénétration aux services des réseaux mobiles à faible et haut débit (voix, Internet, *money* [monnaie électronique], etc.) est croissant ».²³⁵⁹ Sur le plan juridique et institutionnel, l'intervention publique sur le marché a conduit à des réadaptations de l'action de la régulation et de nouvelles modalités réglementaires. L'objet de réglementation *ex ante* s'est élargi aux défis des technologies de l'information et de la communication. Le marché congolais des télécoms a évolué en une véritable économie numérique. Les défis d'adaptation des règles juridiques trouvent des réponses pratiques dans les « interstices de la loi »²³⁶⁰ en attendant les ajustements de *lege ferenda* actuellement en cours au Parlement depuis avril 2017.

993. Les expériences européennes et françaises ont appréhendé progressivement les enjeux juridiques de l'économie numérique. Les politiques successives se sont appuyées sur l'instrument du droit.²³⁶¹ Cependant en RDC, les faits précèdent le droit. Le phénomène Internet a pris le dessus sur les lois de dérégulation et de téléphonie. En effet, « la mise en œuvre des TI [technologie de l'information] contribue aux objectifs de développement des professionnels en permettant le lancement de produits et services numériques et l'amélioration des [...] existants par l'intégration des sous-ensembles numériques ».²³⁶² L'Internet apporte aux télécoms de base une dimension multisectorielle, dépassant la législation sectorielle congolaise.

994. Au niveau réglementaire, l'ordonnance ayant ajouté au ministère des PTT l'acronyme NTIC, pour faire PTNTIC, traduit bien la prise en compte depuis 2012²³⁶³ de nouveaux enjeux des techniques numériques.²³⁶⁴ Effectivement, « L'Internet a brouillé, voire

²³⁵⁹ AGENCE NATIONALE POUR LA PROMOTION DES INVESTISSEMENTS, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication », *Cahier sectoriel*, ANAPI, Kinshasa, mai 2017, pp. 24 et 25. « Le taux de pénétration [de l'Internet mobile via le réseau téléphonique cellulaire] en fin 2016 est à 13% et encore très faible par rapport aux données de l'UIT (Union internationale des télécommunications) où en moyenne, il est de 90% pour les pays développés, de 40% pour les pays en développement et de 29% pour l'Afrique, dont la RDC fait partie. »

²³⁶⁰ C. ROQUES-BONNET, *op.cit.*, p. 10 et s. Le terme a été emprunté de l'auteur.

²³⁶¹ Cf. Partie 1, Titre 1 et Titre 2, Chapitre 1 de la présente thèse.

²³⁶² H. KLOETZER, *Introduction à l'économie numérique*, éd. Hermès/Lavoisier, coll. Management et informatique, Paris, 2012, p. 23.

²³⁶³ Ordonnance n°12/008 du 11 juin 2012 fixant les attributions des ministères, JO RDC, 53^e année, n° spécial, 14 juin 2012, pp. 22-51. [inédit].

²³⁶⁴ Article 1^{er}, A-17, ordonnance n°17/025 du 10 juillet 2017 fixant les attributions des ministères, JO RDC, n° spécial, 58^e année, Kinshasa, 19 juillet 2017, pp. 24-59 : « Ministère des Postes, Télécommunications et Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication [...] Élaboration et mise en œuvre des études techniques, économiques et de planification des actions de développement dans le domaine [...] pour améliorer le taux d'accessibilité auxdits services ».

effacé, les frontières entre communication personnelle et diffusion de masse, a créé de nombreux intermédiaires en raccourcissant en même temps les chaînes de valeur et en supprimant d'anciens intermédiaires, etc. Ces mutations provoquent des "trous noirs" dans la régulation ».²³⁶⁵ Il importe d'appréhender les mutations de la régulation, pour se servir de ses aspects les plus pertinents comme facteurs de législation et de construction du droit de l'économie numérique. Dans sa mission de contrôle quotidien du marché, l'Autorité de régulation a accompagné, voire encadré et anticipé, la dynamique du marché, en vue d'aboutir à la migration technologique du pays dans la société de l'information. (§1.)

995. Toutefois, les compétences du régulateur (ARPTC) restent techniques et sectorielles, tandis que le ministre des PTT peut assurer l'interrégulation en se fondant sur ses attributions constitutionnelles et son rôle politique. Dans la spécialité de sa mission, la régulation a adopté de mesures judicieuses de transition numérique du secteur des télécoms vers l'Internet mobile. En revanche, le ministre des PTT a commis des « erreurs exemplaires »²³⁶⁶ d'appréciation, en réglementant maladroitement la migration des télécoms de base vers des réseaux numériques à intégration des services (RNIS), y compris la télévision numérique terrestre (TNT). À défaut de loi sur l'économie numérique, l'action de la réglementation *ex ante* se multiplie, son champ s'élargit, mais rencontre des limites statutaires. Il faut une loi pour effectuer des ajustements institutionnels nécessaires par la force des choses. (§2.)

§1. L'émergence de l'économie numérique congolaise comme objet de réglementation et facteur de législation

996. La dérégulation des télécoms et la globalisation de l'Internet sont deux mouvements communs de la mondialisation de l'économie. Mais, ces deux phénomènes de la modernité présentent une grande différence dans leur expérimentation par les États du monde. d'une part, la dérégulation a été un schéma uniforme depuis les États-Unis, en Europe ensuite et enfin en Afrique sous l'égide de l'OMC.²³⁶⁷ Les monopoles réglementaires ont été transformés en économie de marché, avec les stéréotypes du nouveau droit de la régulation sectorielle. D'autre part, chaque État a une expérience particulière de son accès à l'Internet, aux moyens de sa popularisation et aux aspects de sa législation.²³⁶⁸

²³⁶⁵ L. BENONI et P. DUTRU, *op.cit.*, p. 18.

²³⁶⁶ P. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation ...op.cit.*, p. 89 Le terme est emprunté à l'auteur, lorsqu'il qualifie d'erreur exemplaire de l'histoire consistant à avoir un concours des Chefs de gouvernement avec des décisions, pour le moins, burlesques. Hitler en Allemagne et Roosevelt aux USA, l'un menant le monde à sa seconde grande guerre, l'autre son pays à la prohibition. Les deux politiques ayant servi d'enseignement aux États du monde entier par l'exemplarité de leurs erreurs.

²³⁶⁷ Cf. plusieurs théories de schématisation de la dérégulation : J. DO-NASCIMENTO, « La dérégulation du marché africain des télécommunications », in J-J. GABBAS (sous dir.), *Société numérique et développement en Afrique, usage et politiques publiques*, éd. Kathala, Paris, 2004 ; W. EL ZEIN, *Les aspects juridiques de la libéralisation des télécommunications (étude comparée)*, éd ; Alpha, LGDJ, Paris, 2012, R. GILARDIN, La « libéralisation » des télécommunications en France (1981-1996), Mémoire de 4^e année, Séminaire : Histoire de la France au XX^e siècle, sous la dir. de Gilles Richard, Science Po, Rennes, 2009-2010 ; P. MUSSO, *Les télécommunications*, éd. La Découverte, coll. Repères Économie, Paris, 2008 ; J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, 8^e éd., LGDJ, Paris, 2016 ; M-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la Régulation*, 1^{re} éd, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 2011.

²³⁶⁸ A. BLANDIN-OBERNESSER, (sous dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, 1^{re} éd., Bruylant, Belgique, 2016. O. Eyrolles, 2016, Paris. Le premier ouvrage cité aborde le sursaut de l'Europe à construire un droit protecteur de la liberté, de ses valeurs fondamentales et de la souveraineté au regard de la rupture stratégique provoquée par la révélation des activités américaines en rapport à la NSA (*National Security Agency*). Dans le second ouvrage cité, l'auteur démontre deux conceptions différentes du droit entre les États-Unis et l'Europe (France) au regard des défis du numérique. Il rapproche notamment les institutions juridiques américaines et françaises et en démontre les nuances et différences de contenu : le *copyright* face au droit d'auteur, le *speech freedom*, face à la liberté d'expression, etc. Mais, il démontre les différences fondamentales d'approche de régulation du marché de l'Internet entre les États-Unis prônant la « régulation par le marché »

997. Pour le cas de la RDC, le processus d'émergence de l'économie numérique est le fait des forces économiques du marché des télécoms. L'état congolais n'a pas à ce jour adopté de législation, ni développer de politique publique face à l'Internet. Les autorités nationales de réglementations ont agi et réagi au regard des impératifs factuels liés aux contingences de la mondialisation et à la nécessité de migration technologique. Il est indispensable de comprendre la transformation du droit de l'accès aux télécoms, à travers les étapes de convergence numérique et d'accès à l'Internet mobile en RDC. (A/). Fort de sa finalité analytique, notre thèse réalise une structuration juridique des défis législatifs se rapportant aux aspects de la technique et de l'économie. (B/)

A. / LA TRANSFORMATION DU DROIT DE L'ACCÈS AUX TÉLÉCOMS
À TRAVERS LES ÉTAPES DE LA CONVERGENCE NUMÉRIQUE ET DE L'INTERNET EN RDC

998. Un postulat est établi : « La convergence entre informatique et télécommunications, le développement du numérique et de l'Internet ont contribué au déplacement des frontières entre acteurs de ces secteurs et soulèvent des questions sur les voies de régulation à adopter, les autorités légitimes, l'enchevêtrement des législations, la réactivité du droit dans un environnement technologique en mouvement rapide ».²³⁶⁹ Sur quelle base juridique faut-il apprécier et encadrer le phénomène Internet ?

999. En droit congolais, la législation a omis les aspects sociétaux de l'Internet. (1) La construction du marché et l'émergence de l'économie numérique ont portées par les forces économiques, sous le pragmatisme juridique de la régulation et de la réglementation étatiques, en dehors de toute politique législative. (2.)

1. La place du « phénomène Internet » dans la loi en RDC, en France et en Europe

1000. Au sujet du droit du numérique et de l'Internet, l'Europe présente une expérience d'harmonisation juridique qui diffère de celle de RDC. Plusieurs réformes ont permis de « constituer une branche du droit à part entière ».²³⁷⁰ Notamment, les directives européennes 98/34/CE, 98/48/CE, 2000/31/CE ont traité assez tôt des services de la société de l'information au niveau européen.²³⁷¹ Particulièrement en France, la réglementation des aspects juridiques de l'Internet révèle une dispersion des sources. Le droit de l'Internet se réparti dans une diversité des branches possibles. « Il est le droit "de tout" »²³⁷². Les sources du droit de l'Internet sont donc multiples et se trouvent [...] en droit national, communautaire et parfois international ».²³⁷³ « Quant au procédé, l'Internet s'insère dans le droit de la communication et des médias ».²³⁷⁴ En outre, « il est rattaché au droit de la communication pour ses modalités de mise en œuvre ».²³⁷⁵ De la sorte, il subsiste encore des difficultés sur l'unicité du droit (multisectoriel) de l'Internet par rapport au droit (sectoriel) des télécoms.

(voire l'absence de régulation étatique permanente pour les libertaires), à l'opposé du mode français de régulation par le droit étatique.

²³⁶⁹ A. RUTILY et B. SPRITZ, *op.cit.*, p.29. V. SCHAFER et H. LE CROSNIER, *La neutralité de l'Internet un enjeu de communication*, éd. CNRS, coll. les essentiels d'Hermès, Paris, p.115.

²³⁷⁰ C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, p. 4.

²³⁷¹ JO CE L 178, 23 janvier 1999, pp. 1-16.

²³⁷² *Ibid.* (En effet, « il [le droit de l'Internet] véhicule un contenu susceptible de concerner toutes les branches du droit : droits des données personnelles, droits des contrats, de consommation, de la concurrence, de la responsabilité, droit de la propriété intellectuelle, droit pénal, droit international privé... ».)

²³⁷³ *Ibid.*

²³⁷⁴ *Ibid.*

²³⁷⁵ *Ibid.*

1001. En droit positif congolais, une ordonnance fait allusion dès 1987 à l'activité informatique dans l'ex-Zaïre.²³⁷⁶ Celle-ci se référait à l'activité informatique off-line c'est-à-dire non-connectée à un quelconque réseau ouvert au public. Le mérite de ce texte réglementaire est d'avoir été précurseur sur son temps, sans être abrogée, ni malheureusement été mise à jour.²³⁷⁷ Sa désuétude vient du fait que l'informatique s'est intégrée dans les réseaux et des outils de la vie quotidienne. L'activité numérique actuelle a définitivement dépassé le niveau de la bureautique avec des microordinateurs isolés. Avec le temps, l'informatique a apporté aux réseaux analogiques, la possibilité d'intégration des données et du multimédia. Elle est à la base de l'apparition de l'Internet, en étant l'élément d'association de l'audiovisuel et des télécoms pour donner naissance au multimédia et aux réseaux numériques. Historiquement, l'apparition de l'Internet remonte à une vingtaine d'années en RDC. La première connexion TCP/IP du pays a été établie en octobre 1996 par une liaison satellite de 64 kbps entre Kinshasa et VUNET/Belgique.²³⁷⁸ Au regard des statistiques officielles, la RDC comptait vingt-quatre FAI et quatre opérateurs GSM en 2003 (contre plus tard dix-sept FAI et cinq opérateurs GSM en 2013).²³⁷⁹ Entre 1997 et 2003, les abonnements à l'Internet existaient déjà, même s'ils présentaient des statistiques encore faibles. À l'époque de la promulgation de la loi-cadre de 2002, l'importance de l'Internet et son émergence paraissaient évidentes sur le marché congolais, car la liste de ses fournisseurs (FAI) autorisés était déjà longue dès 2005.²³⁸⁰

1002. Ainsi, il devient incompréhensible de constater l'absence de législation sur les activités numériques, le parlementaire s'étant limité en 2002 à régir la téléphonie. L'exposé des motifs de loi-cadre n°13/2002 sur les télécoms compte une dizaine de pages, mais n'accorde que trois lignes laconiques à (certaines usages de) l'Internet. En effet, il y est mentionné : « Concernant les services, du simple téléphone vocal, du télégramme et du télex, on est passé, grâce à la télématique, association des télécommunications, de l'informatique et de l'audiovisuel, à *l'Internet et ses applications* : le courrier électronique e-mail, le transfert des fonds "*fund transfert*", le *e-business*, etc. ». ²³⁸¹ Mais, le corps du texte ne rencontre pas les problématiques juridiques inhérentes aux acteurs de l'Internet et à leurs responsabilités.²³⁸² Les 82 articles de la loi-cadre ne contiennent pas de disposition spécifiquement réservée au phénomène Internet.²³⁸³ « Pourtant [en droit comparé français], l'adaptation des règles de droit commun et surtout la prolifération de règles spécifiques montrent que le droit de

²³⁷⁶ Ordonnance n°87-243 du 22 juillet 1987 portant réglementation de l'activité informatique en République du Zaïre, JOZ, n°15, 1^{er} août 1987, p. 21.

²³⁷⁷ Les codes Larcier de la République démocratique du Congo, éd. De Boeck & Larcier (Afrique éditions), Bruxelles (Kinshasa), t. VI, vol. 2, p. 521.

²³⁷⁸ B.-B. KITUMU, « Grandes dates de l'Internet », in J.-C. D. EKAMBO et J. LINO PUNGI, *L'Internet et la R.D.C. Technologies – Appropriations – Société*, Cedesurk, UCC/Fac.des Com. Sociales, Kin, 2009, p. 19.

²³⁷⁹ Institut National de la Statistique, *Annuaire statistique 2014*, éd. Ministère du Plan et Révolution de la modernité & PNUD, Kinshasa, juillet 2015, p. 465, spéc. Tableau 3.202. G. N'KULI, « Discours du DGA de Vodacom, Contribution de Vodacom Congo (RDC) Sprl à la reconstruction du Congo », in *Vodanews* n°15, dépôt légal n°MPI/021/2004, Kinshasa, juillet-août-septembre 2006, p. 5. Gouvernement de la RDC, *Programme économique et social, vision, défis, stratégies et politiques et sectorielles*, septembre 2011, Kinshasa, pp. 21-22.

²³⁸⁰ Source : ARPTC/2005, citant : Microcom, Global Broadband, I-Burst Africa, Vodanet (opérant sous licence Vodacom avec les actifs rachetés au FAI InterConnect), Raga, Simba Télécom, Hitec (Roffe Congo), Afrinet, Satel-Kin, Saprocom, Rutel-Congo).

²³⁸¹ « Exposé des motifs », Loi-cadre sur les télécoms [RDC], JO RDC, n° spécial, 25 janvier 2003, p. 18.

²³⁸² Toute proportion gardée, nous soulignons que les aspects juridiques de l'Internet manquent à la loi-cadre n°013/2002 sur les télécoms en RDC, mais notre insistance ne signifie pas que lesdits aspects sont les seuls qui intéressent et devraient intéresser une loi axée sur l'économie numérique. Par ailleurs, le principe de la neutralité technologique donne un angle à la législation ne lui permettant pas de légiférer une technologie particulière au détriment d'une autre. En outre, le caractère impersonnel et général de la loi impose une approche holistique en légiférant sur l'Internet.

²³⁸³ Articles 1 à 82, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], JO RDC, n° spécial, 25 janvier 2003, pp. 28-47.

l'Internet est une réalité. Ce droit n'en est plus au stade de l'émergence depuis dix ans [en partant de l'an 2000] tant pour le législateur que pour les juges ».²³⁸⁴

1003. Encore une fois, l'absence d'esprit du législateur ne se justifie pas autour des phénomènes sociétaux et commerciaux de l'Internet. Plusieurs enjeux découlent des techniques associées de l'Internet : l'informatique appliquée, la numérisation, l'intégration des services de télécoms et des réseaux, le multimédia, etc. Jusqu'à ce jour, la législation congolaise n'encadre pas les aspects juridiques de l'Internet, contrairement à la LCEN de 2004 en France²³⁸⁵ ou à la directive 2000/31/CE en Europe. Le silence du législateur est regrettable, car il ne définit pas le cadre d'intervention pour les autorités de réglementation nationales en matière des télécoms, encore moins dans l'économie numérique. Il ne rassure pas non plus les investisseurs, ni les consommateurs quant à leur sécurité juridique, au regard de l'imprécision des droits et des responsabilités. Par conséquent, la construction du marché numérique congolais a connu beaucoup de maladresses et comporte des inadéquations de règles applicables.

1004. À défaut de prescrit législatif clair, l'Autorité de régulation assimila maladroitement la fourniture des services Internet au régime des articles 14 et 15 de la loi-cadre. Pendant plusieurs années, le régulateur a assimilé l'Internet aux « réseaux indépendants », ces derniers étant eux-mêmes non-définis dans la loi-cadre. Pensant profiter d'un interstice législatif, le ministère des PTT et l'ARPTC ont délivré erronément des autorisations pour la fourniture d'accès à l'Internet, par réseau filaire ou sans fil en se basant sur le régime des réseaux indépendants. Tel fut le cas lorsque le régulateur décida d'attribuer en août 2005 la bande de fréquences supplémentaires à *Celtel Congo* pour la couverture de son réseau indépendant.²³⁸⁶ L'objet de l'autorisation concernait un réseau informatique privé WLAN de l'opérateur GSM sur l'ensemble du territoire national.²³⁸⁷ Par la suite, l'Autorité de régulation octroya en 2006 au même opérateur une autorisation spécifique pour la fourniture des services Internet.²³⁸⁸ En parallèle, le ministère des PTT accordait également de telles autorisations. Notamment, *Vodacom Congo* obtint le 31 janvier 2006 une autorisation de fourniture d'accès à l'Internet. Dans sa stratégie, l'opérateur concerné devait amorcer l'évolution de son réseau de téléphonie cellulaire, pour offrir l'accès à l'Internet au moyen de ses capacités installées ou d'autres formes de réseau à déployer.²³⁸⁹

2. L'émergence de l'économie numérique congolaise dans la pratique du marché et le pragmatisme juridique de la régulation ex ante

1005. Avant 2006, les politiques publiques n'avaient pas encore programmé l'acquisition des licences 3G/GSM sur le marché congolais. Mais, les opérateurs de la téléphonie 2G/GSM se plaçaient à l'avant-garde de l'évolution numérique. Dès 2006, ils avaient besoin de se positionner sur les deux versants du marché de la téléphonie cellulaire et de l'Internet mobile. Leur but était également de disposer des titres d'exploitation

²³⁸⁴ C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, p. 4.

²³⁸⁵ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, de présente thèse.

²³⁸⁶ JO RDC, 46^e année, 1^{er} septembre 2005. Il était décidé que « la bande de fréquences assignées à la société *Celtel Congo* en vertu de l'autorisation n°ARPTC/03/AT/2005 a été portée à un total de 30 MHz (soit la bande de 2053-2083) afin de lui permettre d'exploiter un réseau indépendant (réseau informatique privé WLAN) à travers le territoire national congolais. »

²³⁸⁷ *Ibidem*.

²³⁸⁸ Décision n°002bis/ARPTC/CCG/2006 du Collège de l'ARPTC du 27 janvier 2006 autorisant la société *Celtel Congo* à fournir les services Internet, en ces termes : « La société *Celtel Congo* est autorisée à fournir les services Internet au public sur l'ensemble du territoire de la RDC à travers son réseau [téléphonique] GSM ou tout autre réseau de télécommunications ouvert au public qu'il pourra déployer ».

²³⁸⁹ K. NDUKUMA ADJAYI, *op.cit.*, p. 68. Le FAI dont l'achat des actifs a été opéré par *Vodacom* était la société « *InterConnect* » disposant de 1.500 abonnés entre Kinshasa et Brazzaville.

intérimaires, pour suivre les tendances de l'Internet (mobile) et rester compétitifs face aux nouvelles générations du GSM. En janvier 2006, l'opérateur *Vodacom Congo* est le premier à lancer l'offre des services Internet bas débit, dits GPRS/EDGE.²³⁹⁰ Cette étape marque les premiers signes de mutation du marché vers la convergence numérique, à travers la fourniture des services Internet mobile au grand public.²³⁹¹ Il s'agissait d'une évolution du marché de la téléphonie mobile vers la technologie 2.5G/GSM, offrant des services multimédias accessibles grâce aux premiers téléphones intelligents.²³⁹² Pour la conformité à la réglementation, l'opérateur combinait sa licence de téléphonie 2G avec une autorisation d'exploitation comme FAI ordinaire obtenue du ministre des PTT.²³⁹³

1006. Effectivement, la loi-cadre sur les télécoms exige une autorisation préalable de l'Autorité de régulation pour toute interconnexion entre un réseau indépendant et un réseau ouvert au public.²³⁹⁴ Ce qui pose une difficulté d'ordre pratique. Plusieurs FAI, préexistants à l'an 2002, allèguent qu'ils sont des réseaux des télécoms ouverts au public. Ils sollicitent leur interconnexion avec des opérateurs de réseaux téléphoniques offrant des services numériques mobiles. Ces derniers leur opposent un refus d'interconnexion du fait de leur statut de réseau indépendant requérant une autorisation préalable du régulateur. Les FAI se trouvent désavantagés par la concurrence que les opérateurs de réseaux téléphoniques leur font sur le segment de marché qui leur fut propre, sans qu'à l'inverse lesdits FAI n'aient la possibilité d'agir de même dans le segment réservé à la téléphonie.

1007. Avec la convergence numérique, les réseaux 3G fournissent à la fois l'Internet et les services vocaux sur Internet (dits VoIP, *voice over IP*), tandis que les FAI classiques souffrent du « protectionnisme défensif ».²³⁹⁵ La large autorégulation du marché de la téléphonie a toujours permis aux opérateurs de choisir les FAI avec qui ils collaboreraient en tant qu'infomédiaire pour le transport du volume agrégé de leur trafic de données sur protocole IP. Cette activité numérique déborde de la sphère de la loi-cadre de 2002.²³⁹⁶

1008. Le *statu quo* législatif obligeait les opérateurs téléphoniques à demander des titres pour fournir légalement l'Internet à leurs abonnés téléphoniques. C'est suite à des mesures « infra-législatives » que la libéralisation de l'Internet s'est inscrit en RDC dans le mouvement du marché. La réorientation de la régulation a pu assurer l'essor de la convergence technologique dans le pays, sur la lancée de la dérégulation réalisée à travers la loi de 2002. Aussi, par pragmatisme juridique, les autorités de réglementation nationales octroyèrent-elles aux opérateurs de réseaux cellulaires des titres d'exploitation initialement destinés aux modes d'accès à l'Internet fixe. En conséquence, l'Autorité de régulation allouait

²³⁹⁰ GPRS: *General Packet Radio Service* (de la génération 2.5GSM). EDGE: *Enhanced Data Rates for GSM Evolution* (de la génération 2.75GSM).

²³⁹¹ G. N'KULI, Exposé du DGA à l'occasion du lancement officiel du GPRS sur le réseau Vodacom, Kinshasa, 19 janvier 2006, *Vodanews*, n°13, pp. 8 et 16.

²³⁹² À l'époque (2006), les terminaux les plus avancés étaient des « Blackberry » servant de Smartphones, disposant des processeurs et logiciels adaptés aux nouveaux SIM de 64K (plutôt que de 32K).

²³⁹³ *Ibidem*, p. 8. Selon les explications du Directeur Général de Vodacom, « Le GPRS est essentiellement une valeur ajoutée, qui bascule le GSM [...] vers le monde de la *data communication*, en augmentant de façon significative la vitesse de transmission des données, qui passe de 9,6 Kbps à 40 Kbps. Le GPRS introduit dans le GSM le mode [de] transmission par paquet, qui ouvre la voie à une infinité de nouveaux services liés à la mobilité et la rapidité ».

²³⁹⁴ Article 14, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²³⁹⁵ Cf. par opposition à « protectionnisme offensif » : C. GUERRIER, « Droits et accords OMC dans le domaine des télécommunications : la problématique », *Droit de l'informatique et des télécoms*, revue trimestrielle, 16^e année, 1991, pp. 95-96.

²³⁹⁶ Avec les enjeux d'Internet, les opérateurs et les FAI ont créé un point d'échange de trafic Internet qu'ils ont appelé KINIX-DRC (information de mai 2015).

des « ressources radio » (fréquences radioélectriques) indifféremment aux FAI²³⁹⁷ et aux opérateurs GSM qui engageaient la migration technologique de leurs réseaux. Les opérateurs GSM qui étaient déjà actifs sur le marché de la téléphonie visaient davantage l'obtention du droit de l'accès au marché de l'Internet. L'obtention des fréquences hertziennes n'étaient qu'un supplément aux ressources dont ils disposaient déjà sur la base de leurs licences d'exploitation initiale.²³⁹⁸

1009. En revanche, les FAI classiques utilisent des technologies *WIMAX*, *BreezMax* et *VL BreezeMax*. Ils ont légitimement craint la distorsion de la concurrence à cause du chevauchement des deux segments marchés que réalisaient les opérateurs de téléphonie mobile en opérant désormais sur le marché de l'Internet. Ils ont décrié longtemps les défaillances de leurs marchés. Mais, sur ce dernier aspect, l'expérience démontre que la neutralité technologique autorise la concurrence entre technologies dans les alternatives qu'elles offrent pour la fourniture des mêmes services finaux.

1010. En 2005-2006, le progrès technologique conduisit le marché téléphonique congolais à la finalité d'obtenir des licences mobiles GSM/UMTS de 3^e génération (dite 3G). Les opérateurs privés exprimaient le désir d'accéder à des garanties juridiques et technologiques pour une meilleure offre de services Internet et des produits multimédias.²³⁹⁹ Pour y répondre, la régulation devait faire preuve de pragmatisme et de flexibilité. À cet effet, de l'ARPTC organisa sa toute première consultation publique du genre en mars 2006, dans l'optique d'autoriser l'exploitation de la technologie 3G. Des mesures de la régulation engageaient une nouvelle phase d'ouverture de la concurrence dans l'offre des services multimédia de l'Internet mobile. En 2006-2007, les deux plus grands opérateurs de la RDC, *Vodacom* (actuellement Vodafone) et *Celtel* (actuellement Airtel) avaient formellement réagi par « manifestation d'intérêt », auprès de l'Autorité de régulation. La réaction des autorités réglementaires nationales ne fut pas immédiate. En effet, l'action de la régulation et de la réglementation restait encore timide à cause de la limitation de son objet et de son champ par de la loi-cadre de 2002 en RDC.

1011. À partir de 2009, sur le marché international, la popularisation de l'offre d'accès à l'Internet mobile avait sensiblement accru. L'accès à l'Internet grand public était rendu possible, grâce aux technologies mobiles bas/moyen débit de générations intermédiaires, à savoir : GPRS/2.5G et EDGE/2.75G, sachant que la technologie GSM évolue du 2G, GPRS, EDGE, 3G, 3G+, HSDPA, 4G jusqu'à la 5G. Les avancées du marché numérique mondial étaient évidentes sur le plan technique et économique. Mais en RDC, sur le plan juridique en ce moment-là (l'an 2009), il n'existait toujours pas de législation, ni de réglementation spécifique encadrant les mutations numériques du marché, pour autoriser sans ambages les activités d'accès à l'Internet grand public.

1012. Finalement, la véritable convergence technologique du marché congolais est (ad)venue en 2012 avec l'introduction de plus en plus massive de la téléphonie GSM/3G. Celle-ci marque le tournant décisif et définitif de l'accès de la RDC à l'ère numérique.

²³⁹⁷ Décision n°26/ARPTC/CLG/2011 du Collège de l'ARPTC attribuant les fréquences faisceaux hertziens dans les bandes de 8 GHz et de 11 GHz à la société CIELUX, 1^{er} déc.2011, n°23, col. 11. Décision n°29/ARPTC/CLG/2011 du Collège de l'ARPTC portant sélection de la société CYBERNET comme attributaire d'une licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau de Télécommunications par satellite de type VSAT, 1^{er} déc.2011, n°23, col. 15.

²³⁹⁸ Par exemple : Décision n°003/ARPTC/CLG/2012 du Collège de l'ARPTC autorisant la société Oasis Sprl à fournir le service Internet au public, JO RDC, 53^e année, n°23, 1^{er} décembre 2012, col. 11.

²³⁹⁹ À noter que le premier SMS de l'histoire a été lancé un certain 3 décembre 1992 et faisait marquer un pas aux télécoms mondiales.

1013. Schématiquement, six ans après les premières consultations de 2006, le régulateur a procédé à des essais techniques de la technologie GSM/3G avec les sociétés opérant déjà sur le marché du GSM/2G. Des réflexions et discussions, souvent très critiques, ont été engagées concernant les espoirs financiers de l'État, face à l'opportunité d'octroi de nouvelles licences de 3^e génération en RDC. Arrêté en définitive à 15.000.000\$, le coût d'acquisition de ces licences semblait moins favorable aux nouveaux entrants qu'aux opérateurs GSM déjà présents sur le marché depuis plus de dix ans. Ce seuil de la taxe a fait l'objet des critiques en comparaison aux expériences de la Tunisie, du Maroc ou encore du Nigéria.²⁴⁰⁰

1014. Dans la mutation du marché des télécoms vers une économie numérique, l'Autorité de régulation a fait preuve de cohérence et d'exactitude quant aux mesures d'encadrement et aux options politiques adoptées en vue de la transition technologique de la 2G (téléphonie mobile) à la 3G (Internet mobile). Les résultats postérieurs corroborent la circonspection du régulateur dans la convergence des télécoms et du multimédia. En ce sens, le régulateur avait rendu publique le 30 mars 2012 plusieurs décisions autorisant des tests techniques pour le lancement de la 3G, Internet mobile²⁴⁰¹. L'ARPTC a successivement octroyé au cours de la même année (2012) des licences de fournitures d'Internet mobile 3G adossés sur réseaux 2G.²⁴⁰² Ainsi au cours de la même année, *Orange* faisait son entrée sur le marché par le rachat de *Congo Chine Telecom*, en disposant en même temps des fréquences qui ne l'obligeaient pas techniquement à requérir auprès des autorités de nouvelles attributions de ressources radioélectriques en vue d'offrir des services d'accès à Internet mobile.²⁴⁰³

1015. Par ailleurs, le passage de la RDC à l'économie numérique est à ce jour renforcé par les infrastructures de communication à haut débit de l'exploitant public OCPT/SCPT, disponibles depuis 2014. Afin d'offrir l'accès à l'Internet haut débit, les opérateurs privés ont interconnecté leurs réseaux aux installations à fibre optique de la SCPT en évitant ainsi les contraintes des transmissions satellites. L'opérateur historique offre un maillon important de liaison numérique grâce à son réseau terrestre à fibre optique branché au câble transatlantique WACS. Malheureusement, l'enfouissement des câbles à fibre optique n'a pas été effectué dans les règles de l'art. Le réseau numérique de la SCPT/OCPT n'offre donc pas encore la fiabilité nécessaire, tel qu'il ressort du rapport d'enquête parlementaire créé en 2013 par l'Assemblée nationale et présenté le 18 mai 2015.²⁴⁰⁴ Pour autant, les

²⁴⁰⁰ O. MASINI, « PTNTIC : La RDC passe de la licence 2G à la licence 3G », juin 2012, *Congo Opportunités Media*, [www.congoopportunities.net/?p=5018] (consulté le 11 juillet 2016).

²⁴⁰¹ JO RDC, 53^e année, n°23, 1^{er} décembre 2012 : (1) Décision n°010/ARTPTC/CLG/2012 du 30 mars 2012 du Collège de l'ARPTC accordant l'autorisation d'effectuer les essais techniques de la technologie 3G à la société Oasis SCRL, col.21 ; (2) Décision n°011/ARTPTC/CLG/2012 du 30 mars 2012 du Collège de l'ARPTC accordant l'autorisation d'effectuer les essais techniques de la technologie 3G à la société Vodacom Congo, col.23 ; (3) Décision n°012/ARTPTC/CLG/2012 du 30 mars 2012 du Collège de l'ARPTC accordant l'autorisation d'effectuer les essais techniques de la technologie 3G à la société Celtel Congo, col.26 ; (4) Décision n°018/ARTPTC/CLG/2012 du 10 avril 2012 du Collège de l'ARPTC accordant l'autorisation d'effectuer les essais techniques de la technologie 3G à la société Yozma Timeturns, col.36.

²⁴⁰² (1^o) Décision n°022/ARTPTC/CLG/2012 du 16 mai 2012 du Collège de l'ARPTC portant attribution des fréquences de troisième Génération (3G) à la société Celtel Congo Sarl, JO RDC, 53^e année, n°23, 1^{er} décembre 2012, col.43. (2^o) Décision n°023/ARTPTC/CLG/2012 du 16 mai 2012 du Collège de l'ARPTC portant attribution des fréquences de troisième génération (3G) à la société Vodacom Congo Sprl, JO RDC, 53^e année, n°23, 1^{er} décembre 2012, col.45. (3^o) Décision n°051/ARTPTC/CLG/2012 du 08 septembre 2012 du Collège de l'ARPTC portant attribution des fréquences de troisième génération (3G) à la société Yozma Timeturns, JO RDC, 53^e année, n°23, 1^{er} décembre 2012, col.56.

²⁴⁰³ Source : Archive, Ministère des PTT (RDC), Compte-rendu d'entretien, février 2015.

²⁴⁰⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport de mission de la commission d'enquête parlementaire sur le backbone national en fibre optique*, Commission d'enquête sur la non-connexion à la fibre optique (sigle : A.N/C.E/FIB.OPT), Kinshasa, mai 2014, pp. 1-22. Selon le rapport, il y a eu surfacturation des matières achetées pour réaliser la première phase de la connexion à fibre optique, sans aucun rapport qualité-prix. Cf. aussi [www.assemblée-nationale-cd/v2/?p=5018] (consulté le 19 juillet 2016).

opérateurs privés de téléphonie mobile déploient leurs propres câbles à fibre optique pour fiabiliser les tronçons de leurs réseaux avec les points d'interconnexion de la SCPT. Leurs contrats d'interconnexion préfèrent les avantages techniques et commerciaux mutuels de s'interconnecter directement au point d'atterrissage sur les installations de la côte Atlantique. En outre, la technologie 4G/LTE²⁴⁰⁵ est en cours d'introduction. En 2013 et 2014, le ministre des PTT a délivré des autorisations provisoires aux différentes sociétés de téléphonie mobile dans le but d'effectuer des tests et essais techniques à cet effet. Mais en réalité, l'indisponibilité de la gamme des fréquences correspondantes résulte en grande partie de la lenteur du basculement de la télévision analogique à la télévision numérique terrestre (TNT).

1016. Toutefois, la numérisation des télécoms a été obtenue, celle de l'audiovisuel ne l'est pas encore. L'État est par conséquent dans l'impossibilité de récupérer les ressources dites « fréquences d'or » autrefois en usage pour la télédiffusion sous le mode analogique, mais que l'Union Internationale des Télécommunications a désormais réaffectées aux services GSM/4G. C'est en application de l'Accord régional de Genève GE-06 de l'UIT que le ministre des PTT et celui des médias ont arrêté conjointement le 25 avril 2015 les modalités de cette migration du marché de la télévision analogique vers la télévision numérique.²⁴⁰⁶

1017. Ainsi, « [l]a convergence et la digitalisation révolutionnent l'offre, les contenus et les modes de consommations médiatiques, entraînant les médias historiques [...] dans une phase de mutation profonde qui devrait conduire à la définition d'un nouveau modèle de communication ».²⁴⁰⁷ Ainsi, la convergence numérique impose l'ajustement du cadre juridique des télécoms et des médias. Mais la forte implication politique fragilise le processus réglementaire. Elle ne favorise pas non plus le processus technique de changement. Celui-ci implique l'exploitation de l'audiovisuel dans les mêmes réseaux numériques des télécoms équivalant aux communications électroniques. Il n'en demeure pas moins l'actuelle séparation des ministères des médias et des PTT est rétrograde, car elle correspond à l'expérience entreprise en France par la « loi Mexandeau » de 1982, alors que la France dispose aujourd'hui d'un ministère de l'économie numérique. La technique numérique opère un déplacement des frontières d'activités entre les télécoms et la télédistribution (TV, audiovisuel).

1018. La numérisation des réseaux intègre en effet celle des données et des contenus d'édition. La télévision et les télécoms sont devenues des services numériques.²⁴⁰⁸ Leurs régimes tendent à converger au même titre que les technologies, les médias, les industries ou les marchés. Toutefois, les modalités initiales d'octroi des titres administratifs d'exploitation posent encore problème dans l'économie numérique, puisque la législation de 2002 les

²⁴⁰⁵ LTE (*long term evolution*) est une évolution des normes de téléphonie mobile GSM/EDGE, CDMA 2000, TD-SCDMA et UMTS. Définie par le Consortium 3GPP (*3rd Generation Partnership Project*), la LTE a d'abord été considérée comme une norme de 3^e génération « 3,9 G » (car proche de la 4G) spécifiée dans le cadre des technologies IMT-2000. Toutefois, dans les « versions 8 et 9 » de la norme, la LTE ne satisfait pas toutes les spécifications techniques imposées pour les normes 4G par l'UIT. La norme LTE n'est pas figée : le Consortium 3GPP la fait évoluer en permanence (en général une nouvelle version tous les 12 à 18 mois). Il assure la coopération entre organismes de standardisations des télécoms : UIT, ETSI (Europe), ARIB/TTC (Japon); CCSA (Chine), TTA (Corée du Sud) pour les réseaux 3G et 4G. [[https://fr.m.wikipedia.org/wiki/LTE_\(reseaux_mobiles\)](https://fr.m.wikipedia.org/wiki/LTE_(reseaux_mobiles))] [https://fr.m.wikipedia.org/wiki/3rd_Generation_Partnership_Project] (Consultés le 17 juillet 2016).

²⁴⁰⁶ Arrêté interministériel n°002/TNT/CAB/M/CMLNO/2015 et CAB/VPM/PTNTIC/TLL/002/2015 du 25 avril 2015 portant définition des acteurs du nouveau paysage audiovisuel congolais, récupération par l'État congolais des fréquences analogiques octroyées aux chaînes de télévision et interdiction d'importation en RDC des récepteurs analogiques, JO RDC, 56^e année, n°11, 1^{er} janvier 2015, col. 24.

²⁴⁰⁷ M. HANOT, « Introduction, Nouveaux écrans, nouvelles régulation ? Prendre le tempo et le temps de la mutation », in P-F DOCQUIR et M. HANOT, *op.cit.*, p. 9.

²⁴⁰⁸ *Ibidem.*

assimile encore à ce jour à des concessions de service public. Si le passage à la TNT tarde à être une réalité générale en RDC,²⁴⁰⁹ l'ascension de l'offre Internet est bien réelle et présente des tendances vers le haut débit. Le marché congolais des télécoms est dans « [u]ne métamorphose à laquelle les politiques de régulation ne peuvent échapper. Quelle qu'elle soit, de contenus, de marchés, d'appareils ou de réseau, la convergence appelle à interroger, à repenser, à renouveler les approches de la régulation et des principes logiques qui la fondent ». ²⁴¹⁰

1019. Aujourd'hui, l'évolution technique permet à un seul réseau de fournir à la fois les services de la téléphonie et de l'Internet, y compris les services audiovisuels. Le numérique a engagé la convergence des réseaux, des marchés et des médias, tandis que l'état de la législation congolaise de 2002 sépare encore les titres relatifs à chaque service électronique et par type de réseau. Dans les faits, la transition numérique a décloisonné les segments des marchés de services audiovisuels, téléphoniques et Internet.

1020. Face aux mutations du secteur des télécoms vers l'économie numérique, les deux autorités politiques des médias et des PTT ont adopté des règlements, mais qui s'avèrent contraires à la loi-cadre de 2002. Elles ont commis des erreurs de réglementation dans leurs efforts de structurer les aspects juridiques de la transition numérique entre audiovisuel et télécoms. C'est à juste titre que l'Autorité de régulation a relevé à leur attention ces erreurs et les défis juridiques liés à la convergence technologique. **(B).**

B./ LA STRUCTURATION JURIDIQUE DES DÉFIS ACTUELS DE LA CONVERGENCE DU NET ET DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE EN RDC

1021. L'émergence de l'Internet grand public a connu un cheminement sinueux, mais il est acquis que la RDC s'inscrit dans l'ère de l'Internet et de la convergence numérique. Les termes ci-après d'un internaute traduisent, avec autant de simplicité que de pertinence cette réalité : « la convergence technologique, c'est lorsque l'on a : la télévision, le téléphone en un et que l'on peut télécharger gratuitement, légalement et en illimité de la musique sur Internet. Voilà, si l'on a pu avoir un shampoing, un démêlant et un revitalisant des cheveux en 1, pourquoi la technologie ne parvient-elle pas à combiner télévision-téléphone et Internet en 1 ? Vive la technologie. Vive le téléchargement légal et en illimité. Que veut le peuple ? ». ²⁴¹¹

1022. Même si le peuple congolais peut jouir des avantages des technologies, le défi législatif reste entier en revanche. Si le champ réglementaire s'est davantage étendu, la loi-cadre reste encore obsolète sur les questions de l'Internet que la régulation encadre par pragmatisme juridique.

1023. En effet, la législation congolaise n'a toujours pas fixé les règles de conduite générale en rapport à la convergence numérique et à l'Internet. Les facteurs de législation doivent être structurés autour des faits et enjeux de l'économie numérique. **(1.)** Grâce à

²⁴⁰⁹ Quelques chaînes locales de télévision ont signé des contrats d'hébergement dans les bouquets numériques de chaîne CANAL-SAT, Star-times, Teleconsult, etc. pour rendre disponibles par décodeur l'accès à leurs programmes d'édition en HD. L'une des grandes barrières à la transition numérique est le coût d'investissement associé : au niveau individuel, il faut pour chaque ménage une acquisition des décodeurs individuels ainsi que l'achat des poste-téléviseurs et au niveau des chaînes de télévision analogique, il faut abandonner le matériel de diffusion actuel pour adopter le système numérique de multiplexage et de diffusion.

²⁴¹⁰ N. SONNAC, « Marchés convergents, intérêts économiques divergents ? Le secteur audiovisuel », in P-F DOCQUIR et M. HANOT, *op.cit.*, p. 55.

²⁴¹¹ Cf. « Le partage des connaissances en toute liberté » [www.weblibre.org] (consulté en 2007), cité par K. NDUKUMA ADJAYI, *Cyberdroit, télécom, contrat de e-commerce, op.cit.*, p. 68. Il s'agit de la réaction d'un internaute sur le site « web libre ».

l'action de la régulation, il se forme des sources infra-législatives donnant des solutions à des défis d'ordre législatif se rapportant aux services de la société de l'information en RDC. (2)

1. La structuration des enjeux juridiques de la convergence numérique en RDC

1024. En RDC, le domaine de la législation sectorielle sont définis en fonction des activités des télécoms, tandis qu'en France il est étendu aux communications électroniques et à ses aspects connexes.²⁴¹² En tant qu'écosystème numérique, l'Internet comporte des défis dépassant les aspects législatifs des services de télécoms de base. Les nouveaux défis juridiques de l'Internet nécessitent une législation, une réglementation et une régulation adéquates. Face à la convergence technologique, assurer le fonctionnement du marché des télécoms n'est plus la finalité ultime de la régulation. Les institutions juridiques doivent servir au maintien des équilibres entre (et au sein de) chacune des industries concernées par l'économie numérique. L'État-régulateur post-moderne encadre les artefacts de la troisième révolution industrielle portée par l'Internet. En Europe, la stratégie de gouvernance de l'Internet pour 2015 a été revue pour la suite des années, tandis que les directives du « paquet télécoms » sont en constante amélioration depuis 2002.²⁴¹³

1025. Cependant en RDC, quinze ans après la déréglementation officielle des télécoms, le retard législatif est encore criant. Le document de politique sectorielle de 2009 est dépassé depuis 2014. Sa revue était prévue tous les cinq ans, mais n'a pas été effectuée en vue du recadrage des nouveaux enjeux dépassant le socle analogique des télécoms. Le pays conserve encore l'approche sectorielle des PTT, malgré l'apparition depuis 2012 de l'acronyme « PTNTIC ». Ce nouveau générique étend les attributions du ministre sectoriel aux activités du sous-domaine des TIC, désormais adjoint au département classique des télécoms.²⁴¹⁴

1026. Actuellement, la législation congolaise n'a pas encore pris en compte les enjeux consécutifs aux transformations des télécoms, de l'économie et de la société sous l'effet des réseaux numériques. C'est à juste titre que l'ordonnance d'habilitation du ministre des PTNTIC oriente les missions de ce dernier vers « les études techniques, économiques et de planification des actions de développement ».²⁴¹⁵ Aujourd'hui, l'architecture de l'Internet façonne la société de l'information.²⁴¹⁶ En effet, à l'ère numérique, « la société concernée ne se comporte pas comme une pâte indifférenciée qu'il suffit d'adapter au potentiel d'une technologie, mais comme une structure dynamique qui adopte, détourne, modèle des inventions à la hiérarchie de ses équilibres préexistants aux dispositifs et aux formes en place qui font la communication ».²⁴¹⁷

1027. Les télécoms sont devenues les artères de l'économie. Autant, les télécoms servent s'identifie à la « la voie électronique » servant de « mécanisme-maître » au commerce

²⁴¹² Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse. Ce chapitre se rapporte aux transformations générales du secteur des télécoms. Il a analysé les champs de la régulation et de la réglementation, tout en précisant au regard du droit français les différences de domaines tracées par les lois de 2004 entre la communication audiovisuelle et les communications électroniques.

²⁴¹³ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2 de la présente thèse.

²⁴¹⁴ Article 1^{er}, A-17, ordonnance n°17/025 du 10 juillet 2017 fixant les attributions des ministères, JO RDC, n° spécial, 58^e année, Kinshasa, 19 juillet 2017, pp. 24-59 : « Ministère [...] planification des actions de développement dans le domaine des Postes, Téléphone et Télécommunications, y compris les Nouvelles Technologie de l'Information et de la Communication (NTIC) ».

²⁴¹⁵ *Ibidem*.

²⁴¹⁶ M. QUÉMÉNER, *Cybersociété entre espoirs et risques*, op.cit., p. 13. A. BAMDÉ, op.cit., pp. 12-26.

²⁴¹⁷ N. SONNAC, « Marchés convergents, intérêts économiques divergents ? Le secteur audiovisuel », in P-F DOQUIR et M. HANOT, op.cit., p.11. M. THONON, « Libération des contenus. La carte postale, le téléphone, la télévision », in G. DELAUAUD (sous la dir.), *Nouveaux médias, nouveaux contenus*, Paris, éditions Apogée, 2009, p. 45.

électronique.²⁴¹⁸ Ces transformations numériques créent de la valeur tout autant qu'elles en détruisent.²⁴¹⁹ Dans l'économie de l'Internet, il ne s'agit pas que des valeurs économiques, mais aussi de la circulation des valeurs fondamentales du droit constitutionnel.²⁴²⁰ En effet, « [l]es réseaux d'échanges, Internet, télécom fixes, mobiles et postaux, constituent une "infrastructure de libertés". Liberté d'expression et de communication, liberté d'accès au savoir et de partage, mais aussi liberté d'entreprise et d'innovation, enjeu clé pour la compétitivité du pays, la croissance et l'emploi ». ²⁴²¹ Comme « le digital défie l'État de droit », la confrontation des systèmes juridiques ne permet toutefois pas à la législation congolaise d'assurer les fondamentaux du droit face à la puissance économique des marchés.²⁴²² La globalisation de l'économie numérique impose dans le domaine du droit, des normes protéiformes privées et publiques, techniques et juridiques. Par nécessité, le pouvoir public congolais doit appréhender les enjeux juridiques de l'ère numérique, qui s'agencent avec l'idéologie néolibérale du droit de l'accès aux anciens monopoles. « Certaines entreprises mettent à profit la société en réseau issue d'Internet pour s'affranchir de contraintes réglementaires ». ²⁴²³ Pour autant, l'ordonnance recentre les attributions de l'autorité publique sectorielle en : « définition et actualisation du cadre légal et réglementaire du secteur des télécom[s], et renforcement des capacités de l'ARPTC ». ²⁴²⁴

1028. En droit comparé, les sources formelles appréhendent la dimension du phénomène Internet. Olivier Iteanu a approché le défi législatif du numérique autour de « quatre concepts fondamentaux du droit ». ²⁴²⁵ Son questionnement est utilitariste : « le droit européen n'est-il pas en phase d'être bouleversé par le droit américain de l'intérieur ? Ses concepts fondamentaux ne sont-ils pas en cours d'américanisation ? Dans ce cas, le digital n'est pas le moyen, il est le mobile, le prétexte d'une évolution fondamentale du droit ». ²⁴²⁶

2. Le pragmatisme juridique face aux innovations technologiques

1029. Pour le monde entier, l'Internet est un acquis bénéfique, mais il engendre de nombreux défis juridiques. En accédant à l'Internet mobile, la RDC se trouve au cœur des nouveaux défis du numérique. La « valeur du clic » est devenue la finalité dominante de l'usage des télécoms pour accéder aux « intangibles numériques ». ²⁴²⁷ Les firmes américaines et européennes destinent aux marchés africains leurs plateformes, services, messageries

²⁴¹⁸ H. CAUSSE, *op.cit.*, p. 23. Cf. Partie 1, Titre I, Chapitre 1 de la présente thèse. La voie électronique est la condition *sine qua non* de qualification du commerce électronique européen. Les détails sur sa définition technologique et juridique ont été fournis.

²⁴¹⁹ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, XXE. SCHERER, *la révolution numérique*, *op.cit.*, pp. I-XII.

²⁴²⁰ Cf. Partie 1, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2 de la présente thèse. L. BELL, *op.cit.*, p. 3 et s. S. CHATRY (sous la dir.), *op.cit.*, p.18-23. O. ITEANU, *Quand le digital défie l'État de droit*, *op.cit.*, p. 23. D. CARDON, *La démocratie Internet*, seuil, 2010. Olivier Iteanu s'interroge : « La loi est-elle encore la seule norme qui régule les comportements des citoyens sur les réseaux numériques ? N'est-elle pas désormais en concurrence avec d'autres normes ? Des normes démocratiques ? ». La réponse de Dominique Colson est exacte : « Internet [est aussi devenue] une révolution démocratique » des normes, élaborées et appliquées par les internautes et les structures privées, en dehors de la puissance publique ou du pouvoir étatique.

²⁴²¹ ARCEP, « 12 chantiers pour 2016-2017 » [http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/revue-strategique-conclusions-priorites-janv2016.pdf] (consulté le 30 juin 2016).

²⁴²² O. ITEANU, *op.cit.*, pp. 21-29.

²⁴²³ *Ibid.*, pp. 20-21.

²⁴²⁴ Article 1^{er}, A-17, ordonnance n°17/025 du 10 juillet 2017 fixant les attributions des ministères, JO RDC, n° spécial, 58^e année, Kinshasa, 19 juillet 2017, pp. 24-59, spéc. 39-40.

²⁴²⁵ O. ITEANU, *op.cit.*, pp. 21-23. En accord avec l'auteur, les fondamentaux suivants sont en jeu dans la société du numérique et du digital dans le choc entre Europe et États-Unis: 1° liberté d'expression vs "freedom of speech", 2° vie privée vs "privacy", 3° droit d'auteur vs "copyright", 4° régulation des réseaux vs "governance".

²⁴²⁶ *Ibidem.*

²⁴²⁷ V-L BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 29 et s.

numériques. Les plus répandus en Afrique sont les applications numériques sur Internet mobile : *WhatsApp, Viber, Twitter, YouTube*²⁴²⁸, *Instagram, Facebook*.²⁴²⁹

1030. Pour le droit congolais, *Whatsapp*, racheté par *Facebook* en 2014, sert de modèle d'étude des enjeux de convergence numérique, au regard de ses propriétés et de son caractère des plus prisés. En effet, ces firmes multinationales, voire transnationales, restent en avance sur le cadre réglementaire et régulateur national. Au niveau local, le numérique restructure le marché des télécoms, de l'économie et de la société, suscitant des défis particuliers pour le droit. Ces transformations méritent une théorisation juridique, sur base empirique des efforts nationaux de régulation de l'Internet. Elles comportent des défis de création de la valeur, du transfert de pouvoir à l'internaute et de la régulation par les codes et protocoles du Net.²⁴³⁰ Si « les libertariens [...] croient en la technologie pour réguler le monde, elles (les multinationales) ont foi quant à elles dans le seul mécanisme de marché ».²⁴³¹ Néanmoins, l'État congolais doit assurer un minimum de régulation face à ces aspects de l'économie numérique. La régulation doit trouver des instruments juridiques applicables face au « marché total ».²⁴³²

1031. En Afrique, il apparaît réellement que « le mobile n'est pas une tendance, c'est l'adoption la plus rapide d'une technologie qui a révolutionné l'histoire de la communication ».²⁴³³ Dans le contexte des pays comparables à la RDC, la Banque mondiale a démontré l'ampleur des « dividendes du numérique ».²⁴³⁴ Au dernier trimestre 2015, la croissance du taux de pénétration du mobile à 63% démontre que « le portable [est] plus qu'une alternative ».²⁴³⁵ Dans le cas précis de la RDC, le téléphone portable, l'Internet mobile et ses applications s'imposent au quotidien comme l'outil privilégié de communication à distance, pour plusieurs raisons : vétusté des lignes fixes, difficulté d'accès à des ordinateurs, faible pouvoir d'achat des populations congolaises, coût élevé des taxes douanières, faible taux d'électrification des villes.²⁴³⁶ Quand les aspects du numérique atteignent un seuil d'atteinte aux impératifs d'ordre public, les autorités congolaises prennent des mesures de régulation.

1032. C'est alors réellement, le pragmatisme qui oriente la régulation *ex ante*. En réalité, le législateur de 2002 n'ayant réservé aucun régime sur l'Internet, la réglementation *ex post* ne dispose pas de préalable légal, ni d'orientation de politique législative. Pour la RDC une loi

²⁴²⁸ *YouTube* est la branche audiovisuelle de Google.

²⁴²⁹ AFP-JA, « Infographies : les derniers chiffres de Facebook pour l'Afrique subsaharienne », *Jeune Afrique*, 10-11 septembre 2015. Source : *Facebook* Afrique, Statistiques, 2015. Quatre utilisateurs africains sur cinq (80%) de *Facebook* y accèdent via leurs téléphones portables. Entre septembre 2014 et juin 2015, le nombre de ses utilisateurs en Afrique subsaharienne a augmenté de 20%, passant de 100 à 120 millions d'internautes, dont 31,5 millions en provenance du Kenya et de la RSA. Le Nigeria s'ajoute à ces derniers, pour former le quart de ses utilisateurs dans la région, à raison des poids démographiques de ces pays au top du continent. Sur le continent, le premier bureau *Facebook* a été ouvert en 2015 à Johannesburg (RSA).

²⁴³⁰ L. BELL, *op.cit.*, p. 15. V-L BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 29 et s.

²⁴³¹ O. ITEANU, *op.cit.*, p. 27.

²⁴³² A. SUPLOT, *La gouvernance par le nombre*, Fayard, Paris, 2015, cité par O. ITEANU, *op.cit.*, p. 27. « Comme l'a écrit le professeur Alain Supiot, elles croient dans le marché total en non dans la liberté totale des libertaires. [...] Ce marché total requiert un minimum de régulation, voire pas du tout. C'est pourquoi, comme les libertariens, mais pour d'autres objectifs, ils promeuvent l'autorégulation non contraignante et le contrat comme outil juridique roi ».

²⁴³³ NUNU NTSHINGILA, Communiqué de *Facebook*, Directrice division Afrique, Johannesburg. AFP-JA, « Infographies : les derniers chiffres de Facebook pour l'Afrique subsaharienne », *Jeune Afrique*, 10-11 septembre 2015.

²⁴³⁴ Banque mondiale, *Les dividendes du numérique, Rapport mondial sur le développement 2016*, préc., p. 2. « Dans les pays en développement, les ménages qui possèdent un téléphone mobile sont plus nombreux que ceux qui ont accès à l'électricité ou à de l'eau salubre, et près de 70 % des personnes appartenant au quintile inférieur de la population sont propriétaires d'un portable. Le nombre d'internautes [dans le monde] a plus que triplé en dix ans, passant d'un milliard en 2005 à 3,2 milliards à la fin de 2015, selon les estimations ».

²⁴³⁵ Source : statistiques du 11 septembre 2015 [http://m.huffpost.com/mg/entry/8122780] (consulté le 10 juillet 2016).

²⁴³⁶ Taux d'électrification en RDC : 6% en 2006 ; 9% en 2011 ; et 15% en 2016. (Source : Société nationale d'électricité)

sur Internet ou sur l'économie numérique aurait permis d'organiser l'expression de la souveraineté sur les phénomènes sociétaux que la technologie suscite. À défaut, l'économie numérique est régulée par des actes de souveraineté, assurant l'effectivité d'un droit applicable en cas de difficulté. Il advient donc que d'autres autorités administratives interviennent, là où le régulateur sectoriel des télécoms n'a pas la possibilité d'appliquer la réglementation *ex ante* sur les aspects de l'Internet.

1033. Notre théorisation retient les règles « prétorienne » édictées dans des cas précis par le pouvoir public congolais face aux défis de l'Internet. Le législateur congolais de 2002²⁴³⁷ a retenu la nécessité « d'analyser et d'étudier de façon prospective l'évolution, aux plans national et international, de l'environnement social, économique, technique et juridique des activités du secteur ».²⁴³⁸ Il estime que le régulateur alimente son expérience cognitive par son arbitrage du jeu du marché, en vue de « suggérer toutes modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent nécessaires à l'évolution des secteurs des télécommunications et au développement de la concurrence ».²⁴³⁹ En RDC, les défis juridiques de l'économie numérique sont nombreux, mais ils ne se réfèrent à aucune législation préétablie, ni à un régime spécifiquement organisé. Il est nécessaire d'effectuer un ajustement conséquent des institutions juridiques congolaises à l'ère numérique. (§2)

§2. Les défis d'ajustement des institutions juridiques de 2002 face à l'économie numérique en RDC

1034. À l'échelle mondiale, l'économie numérique découle de la dérégulation des télécoms, en se particularisant selon les pays. Pour la RDC, le téléphone mobile et ses applications restent le moyen le plus répandu d'accès à Internet, sur lequel l'économie numérique a pris naissance et prend appui. En ouvrant le droit de l'accès aux communications numérique, l'État congolais n'a pas organisé en contrepartie une régulation adaptée aux défis juridiques de l'économie numérique. La cartographie, devenue classique, du marché témoigne de la présence « des opérateurs fournisseurs des services de la téléphonie mobile (MNos), des Fournisseurs des services Internet (FAI) ainsi que les fournisseurs des services à valeur ajoutées (VAS) ».²⁴⁴⁰

1035. Mais, notre analyse des défis du numérique va au-delà, car il est répandu aujourd'hui la réalité des opérateurs alternatifs, dits « OTT » (*Over The Top content*) comme par exemple : *Viber, Imo, Whatsapp, Skype ou Line*.²⁴⁴¹ Ce sont des « fournisseurs d'application » cumulant les fonctionnalités d'appels téléphoniques, de fourniture de contenus et d'échanges de données sur Internet, sans disposer en propre d'un réseau. La popularité de *Whatsapp* justifie son choix comme paradigme d'étude des défis du nouvel ordre que les systèmes juridiques congolais, français et européens ont du mal à cerner. (A)

1036. Tout comme dans d'autres cas que ceux des « OTT », l'économie numérique présente des enjeux juridiques multisectoriels. Ces derniers démontrent les limites des régimes ainsi que des institutions sectoriels qu'il devient impératif d'ajuster. En RDC, comme

²⁴³⁷ Loi-cadre sur les télécoms [RDC] et Loi n° 014/2002 sur l'ARPTC du 16 octobre 2002, JO RDC, 44^e année, n° spécial, 25 janv. 2003, pp. 47-59.

²⁴³⁸ Article 3-j), loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

²⁴³⁹ Article 3-k), loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

²⁴⁴⁰ *Cahier sectoriel*, ANAPI, Kinshasa, mai 2017, p. 19.

²⁴⁴¹ Cf. Tic Mag, 12 février 2016 in [<https://www.ticmag.net/viber-whatsapp-skype-comment-reguler-les-ott-qui-penalisent-les-operateurs-mobiles/>] (consulté le 8 octobre 2016). J. TÉ-LESSIA, « WhatsApp, Skype et Viber, le casse-tête des opérateurs », in *Jeune Afrique*, 11 février 2016 [<http://www.jeuneafrique.com/mag/298324/economie/whatsapp-skype-viber-casse-tete-operateurs/>] (consulté à nouveau le 8 octobre 2016).

en droit comparé, les dispositifs de régulation des télécoms sont dépassés par les défis de l'économie numérique. (B)

A. / L'IDENTIFICATION DES DÉFIS DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE
EN RÉFÉRENCE AUX OUTILS NUMÉRIQUES GRAND PUBLIC

1037. Les techniques, réseaux et applications numériques servent à la réalisation à distance des transactions en tout genre ainsi qu'à l'échange de la valeur au bout du clic. L'ARPTC précise que « [l]e marché de la téléphonie mobile reste dominée à plus de 99% par des abonnements prépayés et moins de 1% seulement d'abonnement post-payés ». ²⁴⁴²

1038. Dans l'économie numérique congolaise (voire africaine), *Whatsapp* est l'une des applications numériques des plus prisées. *Whatsapp* sert à la fois de moyen de communication, de messagerie mobile et plate-forme de partage de la valeur à l'ère numérique. Sur le plan commercial et technologique, elle présente plusieurs avantages pratiques pour ses services gratuits, protéiformes et transfrontières. À sa création en 2014, *Whatsapp* était censée ne conserver sa gratuité que pour une année, mais finalement celle-ci perdure depuis février 2015. Ce modèle d'affaires est une base de succès de ses usages, en permettant des échanges massifs d'appels et de données, sans subir aucune publicité. Toutefois, de nombreux défis juridiques s'attachent à ses propriétés et à son économie ainsi décrites. Notre thèse retient pour ces défis deux critères de regroupement en rapport avec l'atypisme des opérateurs alternatifs (1) et les aspects de sécurité publique les concernant. (2)

1. Les dispositifs classiques et l'atypisme des opérateurs alternatifs de l'Internet

1039. Premièrement, il s'agit de répondre à la régulation des communications électroniques. L'offre de gratuité de *Whatsapp* lui procure une position de concurrence redoutable par rapport aux opérateurs téléphoniques. Une fois l'application téléchargée, son utilisation se greffe aux fonctionnalités des réseaux 3G/4G, qui sont astreints à des droits de licence et à des surtaxes pour leurs appels internationaux traditionnels. La firme délocalisée affecte la rentabilité des droits de l'accès acquittés par les opérateurs des réseaux locaux. Sous la pression des réseaux GSM, le Maroc a dû momentanément bloquer en février 2016 les services alternatifs et non-régulés d'appels audio *Whatsapp*, afin de protéger son marché contre la concurrence. ²⁴⁴³

1040. En droit européen, la même expérience des « OTT » pose la difficulté de réguler *Skype* ou de le ranger dans un régime connu. ²⁴⁴⁴ Au même titre, *Whatsapp* délivre grâce à Internet, les mêmes services vocaux et d'échanges de données que les opérateurs locaux. Comment le soumettre aux mêmes obligations de licence ou d'autorisation que les autres réseaux ? Pour l'Europe, la directive « licence » a été remplacée par la directive « autorisation », celle-ci n'étant requise en principe que dans le cas d'affectation des ressources radio pour exploiter une technologie. Mais pour le droit congolais, la question reste entière, suivant les régimes obligatoires fixés par le législateur : « Licence », « autorisation », « déclaration ». Comment placer les « OTT » dans une des catégories des intermédiaires techniques et leur appliquer le régime de responsabilité correspondant ? L'intérêt de la question réside également dans l'application des règles de fiscalité, en considérant que les

²⁴⁴² AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA POSTE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, *observatoire du marché de la téléphonie mobile, rapport du 2^e trimestre 2017*, Direction Économie et Prospective, Kinshasa, p. 5.

²⁴⁴³ Le Maroc bat le record africain de vente de sa première licence GSM à 1 milliard de dollars d'une licence GSM.

²⁴⁴⁴ S. CHATRY (sous la dir.), *La régulation de l'Internet*, op.cit, p.18-23.

appels internationaux font l'objet de taxes spécifiques, comme la « taxe de régulation » et la « redevance des titres », sont calculées sur les minutes d'appels ou sur le chiffre d'affaires.²⁴⁴⁵

1041. *Deuxièmement*, les fonctionnalités de la messagerie mobile *Whatsapp* permettent la synchronisation automatique du répertoire téléphonique individuelle. La synchronisation de sa plate-forme avec celle de *Facebook*, son acquéreur a également soulevé des préoccupations. L'application dispose aussi d'une polyvalence pour les échanges des textes, photos et vidéos. Il se pose de ce fait le problème de traitement et de conservation des données personnelles, que le droit congolais ne règle pas.²⁴⁴⁶

1042. *Troisièmement*, l'application pose nécessairement des défis du droit des marques et des signes, dans le cadre des diffusions hors copie privée. D'autres nouveautés attendues de cette application renforcent cette préoccupation du droit, notamment : le partage de la musique stockée sur son Smartphone et des morceaux d'*Apple Music*, pourvu que les deux interlocuteurs partagent un abonnement au service d'*Apple*.²⁴⁴⁷ Le défi du droit est de protéger les droits intellectuels, car « le numérique détruit de la valeur [des biens culturels à forte pénibilité de production] et n'en récrée pas, pour l'instant, nécessairement autant, ni ne réinvente facilement de nouveaux modèles économiques, un espace où la gratuité a continué de croître, et avec elle, la notion de paradis numérique, à laquelle une génération s'est déjà habituée ». ²⁴⁴⁸

1043. *Quatrièmement*, les défis de leur localisation posent problème aux États vers qui les activités sont dirigées. Comme caractéristique de la révolution numérique, l'Internet permet à « de toutes petites structures [de] réalis[er] des projets de dimensions planétaires (*Twitter, Digg...*) ». ²⁴⁴⁹ Pour la plupart, ces géants basés en Californie se servent des CGU en faveur des juridictions américaines en cas de conflit. Leurs services numériques déterritorialisés ajoutent à la difficulté d'application des règles du droit positif congolais (si elles existent en la matière) en faveur des internautes nationaux. Cette problématique renforce la crainte d'une dominance centralisatrice des puissances du Net que sont les GAFA ou GAFAM, vis-à-vis des droits des consommateurs.²⁴⁵⁰

1044. Si les sources congolaises restent silencieuses, en France la jurisprudence a tranché la question, en faveur des consommateurs contre *Facebook*. La Cour d'appel de Pau a déjà jugé en 2012 que la clause des juridictions californiennes intégrées à ses CGU était abusive et par conséquent non opposable aux consommateurs.²⁴⁵¹ En 2016, le Tribunal de grande instance de Paris statuait de la même manière par son verdict sur l'assignation de 2011 d'un consommateur français contre la même firme. Son jugement a écarté pour son caractère abusif la clause que la firme opposait au particulier français et a été confirmé par la Cour

²⁴⁴⁵ Cf. à ce jour la dernière actualisation : Arrêté interministériel n°CAB/VPM/PTNTIC/MTLL/MSK/005/201 - et n°CAB/MIN/FINANCES/2016/100 du 29 juillet 2016 portant fixation des taux de droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du ministère des PTNTIC.

²⁴⁴⁶ Cf. Partie 2, Titre I, Chapitre 2, Section 2, §2 de la présente thèse. Le droit congolais n'organise pas de régime des données personnelles. La loi-cadre des télécommunications aborde l'aspect des données personnelles uniquement dans l'énonciation de la définition des « exigences essentielles », à son article 2. Cf. aussi Partie 2, Titre II, Chapitre 1 de la présente thèse, au sujet des aspects du renouveau du droit de protection des données personnelles dans le projet de loi sur les télécoms et les TIC en RDC.

²⁴⁴⁷ S. CHATRY (sous la dir.), *op.cit.*, pp.18-23.

²⁴⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁴⁹ E. SCHERER, *la révolution numérique*, *op.cit.*, p. XII.

²⁴⁵⁰ V-L BENABOU et J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 29 et s. J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, préc., p. 17. C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, p. 4. O. ITEANU, *op.cit.*, pp. 16-17.

²⁴⁵¹ Cour d'appel de Pau, 23 mars 2012, n° 11/03921 [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article3382] (consulté le 21 mai 2013).

d'appel de Paris au détriment de la compétence des juridictions californiennes.²⁴⁵² Les deux juges ont fait application des règles européennes soumettant les professionnels au droit de la consommation des États européens au titre de loi de police. Le Règlement CE n° 44/2001 dispose clairement que la compétence revient au juge local du consommateur.²⁴⁵³

2. La sécurité publique et les opérateurs alternatifs dans l'économie numérique

1045. Cinquièmement, *Whatsapp* a fait de la confidentialité des échanges un atout de son produit.²⁴⁵⁴ Les crises politiques africaines ont aussi fait de cette application une alternative de communication pour les partis d'opposition en RDC.²⁴⁵⁵ Mais comme en Angleterre lors des attentats de son parlement en 2017, *Whatsapp* s'est mis à dos, tout autant que *Apple* aux États-Unis, un bon nombre de gouvernements, pour n'avoir pas déféré à leurs réquisitions d'informations sur les données stockées de sa plate-forme numérique. Ainsi, en décembre 2015 au Brésil, la messagerie a été entièrement bloquée pendant 48 heures à la suite d'un nouveau refus de fournir à la police des informations dans une affaire criminelle. Au Burundi, *Whatsapp* a notamment servi de canal de circulation des alertes et des informations en opposition au Président Pierre Nkurunziza, face à la censure des médias traditionnels.²⁴⁵⁶

1046. À ce sujet, la Banque mondiale est explicite: « Les rendements d'échelle et les coûts marginaux nuls expliquent aussi pourquoi beaucoup de réseaux sociaux sont devenus l'instrument de mobilisation sociale et de protestations politiques de prédilection ». ²⁴⁵⁷ Même s'il est nécessaire d'être connecté à un réseau 3G/4G ou *wifi*, le coût de connexion est largement compensé par rapport aux SMS. Cet avantage est déterminant lorsqu'il s'agit d'une discussion de groupes ou des appels internationaux, pour des revendications et mobilisations de masse à travers les médias sociaux numériques.

1047. Pour ces motifs en RDC, l'interruption d'accès à l'Internet avait été ordonnée par les autorités en janvier 2015 sur l'ensemble des services. Ce black-out avait pour but d'enrayer la diffusion de messages viraux appelant à manifester dans la rue contre la modification de la loi électorale. Du 15 au 19 janvier, dans les grandes villes du pays, y compris Kinshasa, les émeutes se poursuivaient, malgré le retrait de l'article litigieux du projet de loi au Parlement. Comme lors des « printemps arabes », les messages via *Whatsapp* et autres applications alimentaient les émeutiers avec des mots d'ordres et autres indications, notamment le dispositif des forces de l'ordre. Avant l'Internet grand public, le gouvernement congolais avait décrété en 2006 et 2011 la suspension de fourniture des SMS, en vue de réguler à chaque fois les tensions postélectorales.²⁴⁵⁸

1048. Mais les émeutes de janvier 2015 ont démontré pour la première fois l'immersion des citoyens dans l'Internet et les médias sociaux numériques. Il est apparu des défis politico-

²⁴⁵² Cour d'appel de Paris, Facebook Inc. c/ Monsieur X, 12 février 2016, n°15/08624.

²⁴⁵³ Articles 16 et 17, Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

²⁴⁵⁴ *Jeune Afrique*, 1^{er} avril 2016. En avril 2015, les fondateurs de *Whatsapp*, Brian Acton et Jan Koum, vantaient sur le plan marketing la confidentialité des données cryptées de bout-en-bout, de sorte que « *personne ne peut rentrer dans ce message. Pas même les cybercriminels, les pirates, les régimes oppressifs. Même pas nous* », disaient-ils.

²⁴⁵⁵ Sur le continent africain en proie à des contestations politiques et à des revendications sociales, bon nombre de politiques et d'activistes sont persuadés, à tort ou à raison, d'être écoutés par les gouvernements. *Whatsapp* fait figure de réseau sécurisé.

²⁴⁵⁶ *Jeune Afrique*, 1^{er} avril 2016. [www.jeuneafrique.com/339107/societe/technologie-whatsapp-a-conquis-lafrique/]

²⁴⁵⁷ BANQUE MONDIALE, *Les dividendes du numérique, Rapport sur le développement du monde 2016*, préc., p.11, col.1

²⁴⁵⁸ Reporters sans frontières, « Levée de la suspension du service SMS », 28 décembre 2011 [https://rsf.org/fr/actualites/levee-de-la-suspension-du-service-de-sms] (consulté le 1^{er} juillet 2006). Le rétablissement des services SMS est intervenu le 28 décembre 2011 après sa suspension depuis le 3 décembre 2011 sur l'ensemble de la RDC, près d'un mois après les élections générales du 28 novembre 2011, sur ordre du Gouvernement (Ministre de l'Intérieur).

juridiques d'un genre nouveau, ayant amené le gouvernement à prendre la mesure de la progression d'Internet dans d'autres secteurs, au-delà des télécoms. « Ce web contributif ou communautaire est construit sur les échanges des internautes qui deviennent acteurs du réseau le refrain ». Les États postmodernes expriment une averse volonté de contrôler ses citoyens en ligne à telle enseigne « qu'il existe de moins en moins de "rupture de faisceau" dans la connaissance des activités et la localisation des individus ».²⁴⁵⁹ Ainsi, si pour les États-Unis, George Orwell écrivait *Big brother is watching you*, aujourd'hui « Big brother n'existe pas, il est partout ».²⁴⁶⁰ Les « évolutions sociétales et technologiques » assurent la « surveillance globale » des réseaux numériques.²⁴⁶¹

1049. Conformément à l'article 46 de la loi-cadre, l'État congolais, n'étant pas au niveau du phénomène de surveillance, avait ordonné la suspension de tous les services Internet dans le pays dès le 20 janvier 2015.²⁴⁶² Par principe de précaution, le ministre des PTT, l'ARPTC, les services de sécurité ont convenu avec les opérateurs téléphoniques et les FAI d'un « Acte portant principe de base du protocole de restriction, de filtrage, d'interruption, de suspension et de rétablissement des services publics des télécommunications ».²⁴⁶³ Après dix-sept jours de suspension de fourniture des SMS et d'Internet, ce protocole signé le 31 janvier 2015 a permis le rétablissement des dits services le 7 février 2015.²⁴⁶⁴ Le droit congolais ne disposait d'aucune source législative, réglementaire ou administrative (licence, cahier des charges) national sur la responsabilité des intermédiaires techniques sur les contenus qu'ils hébergent, transportent ou mettent à disposition. Le monde de régulation par contrat a imposé une obligation de restriction d'accès aux réseaux et/ou aux contenus numériques en ligne, en cas de dénonciation des violations. Cette obligation est mise à charge des opérateurs, FAI et hébergeurs, mais ne les obligent pas à assurer la surveillance générale de l'Internet et de son contenu. Les principes du droit congolais de la régulation se sont inspirés des principes de responsabilités allégées du droit européen.²⁴⁶⁵ Ils obligent les prestataires techniques de rendre inaccessible ou d'empêcher l'accès à un contenu illicite, tout en les exonérant d'une surveillance générale de l'Internet.

1050. En décidant du black-out total de l'Internet, les autorités congolaises démontraient la véritable face libertine de cette technologie, mais aussi, sans trop y penser, son emprise sur l'ensemble de l'économie nationale. L'impossibilité d'accès réseau avait paralysé le fonctionnement du secteur de l'aviation : la billetterie électronique, la transmission des données d'immigration des passagers avait entraîné l'annulation des vols. Les banques aussi étaient touchées, car leurs ordinateurs déconnectés ne pouvaient pas gérer les distributeurs automatiques de billets de banque (DAB), ni les mouvements des comptes délocalisés. Il en fut de même du secteur de la télévision numérique par satellite. La numérisation croissante et

²⁴⁵⁹ L. PAILLIER, *Les réseaux sociaux sur Internet et le droit au respect de la vie privée*, Larcier, coll. "droit des technologies", Bruxelles, 2012, p. 15.

²⁴⁶⁰ D. CASSADA et E. SADIN, « Big brother n'existe pas, il est partout », *Multitudes*, 2010/1/, p. 78.

²⁴⁶¹ L. PAILLIER, *op.cit.*, p. 15.

²⁴⁶² Article 46, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : « L'État peut pour des raisons de sécurité publique ou de la défense du territoire soit pour l'intérêt du service public de télécommunications soit pour tout autre motif, interdire en tout ou en partie, et durant le temps qu'il détermine, l'usage des installations de télécommunications. [...] réquisitionner ou faire réquisitionner [...] les installations des télécommunications ».

²⁴⁶³ Archives de la Vice-primature, Ministère des PTNTIC, décembre 2104 à février 2016.

²⁴⁶⁴ Dossier : « Articles de presse de la catégorie "SMS" » : « RDC : l'envoi et la réception des SMS rétablis après 17 jours d'interruption », 07 février 2015 ; « RDC : les entreprises des télécommunications annoncent la reprise des SMS dimanche 8 février [2015] », 06 février 2015 ; « SMS et Internet coupés en RDC », 20.01.2015 » ; « Le phare : « Internet et textos : la censure continue », 03 février 2015 [www.radiookapi.net/mot-cle/sms] (consultés le 10 juillet 2016).

²⁴⁶⁵ Directive 2000/31/CE, préc.

la popularisation de l'Internet ont transformé l'économie congolaise et le quotidien des congolais. La RDC traverse sa révolution numérique.

1051. De ce qui précède, l'économie de l'Internet dépasse les limites sectorielles des télécoms. Le défaut d'ajustement des organes de régulation démontre le déphasage du droit positif congolais au regard de l'accession du pays à l'économie numérique. Le caractère politique du ministère des PTT lui permet de dépasser certaines limites techniques de l'ARPTC. Le ministère entreprend l'interrégulation avec d'autres services pour répondre à certains défis sécuritaires et financiers, liés à l'économie numérique. **(B)**

*B./ LES LIMITES SECTORIELLES DE L'ARPTC
EN FAVEUR DE L'INTERRÉGULATION PAR LE MINISTÈRE DES PTT*

1052. Les lois de 2002 sur les télécoms cloisonnent les actes de régulation et l'action de l'ARPTC dans les strictes limites du secteur des PTT. En revanche, plusieurs esquisses des lois, des règlements et des pratiques courantes tracent le tableau d'une compétence multisectorielle du Ministère des PTT au-delà de l'intra-régulation de son département. À l'ère numérique, la sectorisation des compétences n'assure plus l'efficacité des institutions. Dorénavant, elles sont appelées à une collaboration à la fois sectorielle et multisectorielle. Certains défis de l'économie numérique justifient des interventions de la régulation au-delà du secteur des télécoms de base.

1053. À cet effet, le ministre des PTT dispose d'un rôle politique et des moyens de puissance publique, plus étendus que l'Autorité de régulation. Les attributions de cette dernière limitent son action au contrôle de la concurrence et à la gestion des ressources des télécoms. La source formelle de ses missions est en effet la loi spéciale n°014/2002, tandis que le département des PTT dispose des sources réparties dans plusieurs textes législatifs et réglementaires. Notamment, ses pouvoirs se réfèrent au droit constitutionnel et au droit public en général en tant que service public administratif.²⁴⁶⁶

1054. En conséquence, des mutations liées à l'économie numérique, les attributions du ministre des PTT ont été étendues aux NTIC en 2012.²⁴⁶⁷ Fort de l'extension de son domaine aux NTIC, le ministre des PTT organise ses rapports interinstitutionnels et multisectoriels de portée économique, sécuritaire ou administrative, en rapport aux technologies numériques.²⁴⁶⁸ Les principes d'interrégulation sont esquissés dans l'expérience réglementaire congolaise. Il convient d'en préciser la logique ainsi que les domaines de collaboration entre les PTT et les autres autorités, concernant des défis particuliers de l'économie numérique **(1)**. En l'occurrence, les efforts d'interrégulation ont concerné la réglementation et le contrôle de souscription de l'accès individuel aux réseaux numériques. **(2)**

²⁴⁶⁶ Article 93, Constitution de la RDC, préc.

²⁴⁶⁷ Ordonnance n°12/008 du 11 juin 2012 fixant les attributions des ministères, JO RDC, 53^e année, n° spécial, 14 juin 2012, p. 22-51. Cette ordonnance remonte au 1^{er} gouvernement de la 2^e législature de la III^e République. Elle est la première à innover avec cette dénomination, car la précédente ordonnance était restée dans l'approche des PTT : ordonnance n°08/74 du 24 décembre 2008 fixant les attributions des ministères [inédit].

²⁴⁶⁸ Ordonnance n° 12/007 du 11 juin 2012 portant organisation et fonctionnement du Gouvernement, modalités pratiques de collaboration entre le Président de la république et le Gouvernement ainsi qu'entre les membres du Gouvernement, JO RDC, 53^e année, n° spécial, 14 juin 2012, p. 1-21.

1. *L'ébauche des domaines de l'interrégulation dans l'économie numérique*

1055. Les priorités de la législation de 2002 étaient de réaliser la (dé)régulation des services publics. Ces objectifs ont été dépassés par le développement des télécoms et la convergence numérique, non envisagées par la loi-cadre. En effet, « [a]uparavant, la loi était gravée dans le marbre tandis qu'aujourd'hui, elle apparaît comme étant rapidement dépassée... La plasticité d'une norme est un gage d'adaptation et de pérennité ! »²⁴⁶⁹

1056. Dans la pratique, l'administration a recours à certaines dispositions larges afin de réguler des aspects multisectoriels de l'Internet. La loi-cadre reste le texte principal pour répondre aux défis de l'économie numérique, même si elle ne réserve quasiment pas de régime aux activités numériques.²⁴⁷⁰ Elle inscrit le département des PTT au centre de l'interrégulation de la convergence des médias et des technologies. Elle habilite celui-ci à « assurer en collaboration avec les ministères et services de l'État ayant en charge la justice, l'intérieur, la défense nationale et la sécurité, conformément aux lois et règlements en vigueur, la surveillance générale et la police du secteur ».²⁴⁷¹ Ainsi, le ministre des PTNTIC collabore dans les dossiers de cybersécurité, de fiscalité du numérique, de police de commerce et autres en liaison avec d'autres secteurs régaliens. L'expérience française renseigne de « [l]a mise en place d'instances de régulation indépendantes, sectorielles (CSA, ARCEP, CRE, ARAFER, ARJEL...) ou transversales (Autorité de la concurrence) [...] destinée[s] à garantir le respect de ce principe : dès l'instant où un secteur évolue vers une structure pluraliste, il devient nécessaire de veiller au respect de certaines règles du jeu ».²⁴⁷² Les domaines de collaboration sont nécessaires entre les régulateurs des télécoms et les autres pouvoirs publics.

1057. *Premièrement*, la loi de finances et ses arrêtés d'application déterminent les modalités de collaboration entre le département des finances et celui des PTT. Dans la procédure d'encadrement des recettes publiques, le régulateur et l'administration des PTT agissent au titre de « service taxateur ». Ils assurent la constatation et la liquidation des taxes prélevées en contrepartie de leurs prestations réglementaires sur le marché électronique. De manière complémentaire, les services des finances (DGRAD) en assurent l'ordonnancement et le recouvrement.²⁴⁷³

1058. *Deuxièmement*, la collaboration entre le ministère de l'économie nationale et l'ARPTC se complète dans la régulation des prix des services des télécoms. D'une manière transversale, ceux-ci sont inclus dans le commerce général, car les opérateurs téléphoniques et les FAI sont des opérateurs économiques. L'Ordonnance-loi de 1993 et le décret-loi de 1961 sur le prix posent le principe de leur libre pratique, sous réserve des marges licites. Le ministre concerné exerce la police de commerce sur le prix.²⁴⁷⁴ Ces lois lui confèrent l'autorité réglementaire de fixation des prix des produits précis et des services d'utilité publique, qui sont stratégiques, à savoir : l'eau, l'électricité, le transport et les

²⁴⁶⁹ J. POMPEY, « Discussion avec Jane Ginsburg » [Interview], in PANTHEON-SORBONNE, *Les défis scientifiques du tourisme*, Magazine de l'Université Paris 1, n°21, avril-juin 2017, p. 36.

²⁴⁷⁰ Cf. point B. du présent § de thèse pour les détails sur les vides juridiques de la loi-cadre en rapport au commerce électronique, à la preuve électronique, à la cybercriminalité, aux données personnelles, aux contrats électroniques, etc.

²⁴⁷¹ Article 6-e), Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²⁴⁷² J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op.cit., p.87.

²⁴⁷³ Loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et des participations ainsi que leurs modalités de perception, préc.

²⁴⁷⁴ Ordonnance n°83-178 portant création de la commission de la police du commerce, JOZ, n°19, 1^{er} octobre 1983, p. 93. Arrêté interdépartemental DENI/CAB06/005/87 portant mesures d'exécution de l'ordonnance n°83-178 portant création de la commission de la police du commerce, *Législation et réglementation économiques et commerciales*, 2^e éd., 1998, p. 243.

hydrocarbures.²⁴⁷⁵ Ces quatre « secteurs à prix régulés » présentent une logique des industries en réseaux, dans l'idée de cohésion sociale et d'intérêt général, à l'instar des services publics des télécoms.²⁴⁷⁶

1059. Toutefois, la loi ne place pas les télécoms sous la régulation transversale du ministre de l'économie, mais sous la régulation sectorielle de l'ARPTC. La concurrence et le prix font l'objet de l'interrégulation entre eux. « L'Internet [peut] ébranle[r] le schéma qui fonde l'intervention *ex post* des autorités de concurrence et *ex ante* des autorités de régulation sectorielle ». ²⁴⁷⁷ Mais, la loi-cadre sur les télécoms et la loi n°014/2022 privilégient la spécificité des télécoms et réservent à l'Autorité de régulation la fixation des principes de tarification des services de télécoms. Même dans l'économie numérique congolaise, le ministre de l'économie intervient sur les questions ci-dessus en application de la législation *ex post*, tandis que le régulateur intervient *ex ante*. Ce dernier disposant de l'*a priori* de son action qui doit rester primordial.²⁴⁷⁸

1060. *Troisièmement*, l'expérience des grands arrêts et/ou jugements clés en France démontre que le juge accomplit un office régulateur sur des questions de télécoms. Qu'il s'agisse des compétences administratives, constitutionnelles ou judiciaires, les décisions des cours et tribunaux permettent de dégager des règles prétoriennes *ex post* sur les causes portées à sa connaissance en matière des communications électroniques ou de l'Internet. Le juge reste le régulateur ponctuel et final dont les compétences traditionnelles ne s'effacent derrière le droit de la régulation sectorielle des télécoms.²⁴⁷⁹

1061. En droit congolais, une affaire intéressante de recours à la « régulation juridictionnelle » a été portée à la connaissance de la Cour Suprême de Justice par *Africell*, dernier arrivant des opérateurs GSM (3G) sur le marché. En 2012, il avait assigné tous les opérateurs du marché en justice, pour entendre la Haute cour leur imposer l'application de l'article 41 de la loi-cadre.²⁴⁸⁰ Il s'estimait privé de son droit d'accès suite au refus d'interconnexion dont il souffrait, malgré l'avis favorable obtenu du ministre des PTT. À la suite des actes transactionnels convenus en 2015 entre eux, les procédures judiciaires ont été arrêtées.²⁴⁸¹ Le dessaisissement du juge suprême ne permet pas d'aventure plus d'analyse d'une jurisprudence.²⁴⁸²

1062. Comparativement en France, le droit de l'Internet a pu naître de l'ordonnance de référé du 30 octobre 2001 dans le procès « Front 14 » vs « Association J'accuse !... et autres, AFA, à treize FAI et prestataires ». « En effet, [...] le réseau est devenu le refuge de nombreux excès, de formes diverses de provocations et le moyen de nombreuses agressions telles que les atteintes aux biens, aux droits des auteurs sur leurs créations [...] lors du procès

²⁴⁷⁵ Article 1^{er}, décret-loi du 20 mars 1961 sur le prix [modifié par ordonnance-loi 83-026 du 12 septembre 1983], *Moniteur congolais*, 1961, p.218. Néanmoins, le ministre de l'économie peut déléguer au gouverneur des provinces son pouvoir de fixer les prix des services et produits à prix régulés.

²⁴⁷⁶ J. CHEVALLIER, *Le service public*, *op.cit.*, pp. 58 et s.

²⁴⁷⁷ L. BENZONI et P. DUTRU, *op.cit.*, p. 19.

²⁴⁷⁸ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, pp. 472 et s.

²⁴⁷⁹ M. QUÉMÉNER, « Le magistrat, régulateur ponctuel, régulateur final », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, pp. 167-181.

²⁴⁸⁰ Article 41, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc : « Tout réseau de télécommunications établi ou utilisé pour les besoins du public est obligé de s'interconnecter au réseau de l'exploitant public à travers lequel tous les réseaux nationaux sont interconnectés. Le Ministre fixe les règles particulières à l'interconnexion des réseaux ».

²⁴⁸¹ Le compromis général a été trouvé avec l'ensemble de la corporation des opérateurs le 19 décembre 2014. L'accord d'application des prix-planchers inter-réseaux a ouvert l'interconnexion à *Africell*.

²⁴⁸² Radio Okapi, « RDC : Africell dénonce la coupure de son interconnexion avec Vodacom, Tigo et Airtel », 12 nov. 2012, [www.radiookapi.net/economie/2012/11/12/rdc-africell-denonce-la-coupure-de-son-interconnexion-avec-vodacom-tigo-airtel] (consulté le 12 juillet 2012).

Front 14, le risque était réel de voir se développer un paradis de l'Internet comme [...] des paradis fiscaux. La société ne pouvait pas tolérer pareille dérive. Il était dès lors légitime qu'elle se tournât vers le juge ».²⁴⁸³ Ce retentissant procès aura opposé la morale contre le droit, l'éthique contre la logique économique a été posée tant que Front14.org hébergeait près de 300 sites xénophobes et néo-nazis. Le juge français du référé fit « preuve d'"audace et de courage" qui de manière historique trancha en dégageant des règles prétoriennes susceptibles de faire sortir la réflexion de l'impasse d'un trouble sans responsabilité à imputer ».²⁴⁸⁴

1063. *Quatrièmement*, l'article 46 de la loi-cadre ouvre une large possibilité de collaboration entre le ministre des PTT et les départements de sécurité nationale.²⁴⁸⁵ Si cette interrégulation la régulation de l'Internet dans le cas des émeutes, il peut servir à tout moment les intérêts d'ordre public et de la défense nationale sont concernés par les activités numériques. Dans pareil cas, le législateur évoque l'intervention de l'État, sans préciser quelle[s] autorité[s] publique[s] est [sont] habilitée[s] à agir. Cette imprécision mérite d'être clarifiée, car l'approche de l'OMC souhaitait l'interaction des forces « multinationales » du marché avec « un guichet unique ».²⁴⁸⁶ Une interrégulation impliquant le ministre des PTT est nécessaire au sein du gouvernement, par nécessité de cohésion et de cohérence d'action.

1064. À titre illustratif, les nouveaux défis d'ordre public sont nés de la multiplication des usages économiques et sociaux du numérique. Par nécessité de contrôle des accès, le régulateur a décidé en 2007 d'obliger les opérateurs à collecter à des fins administratives et judiciaires, les identités des abonnés à leurs réseaux.²⁴⁸⁷ Suite à son échec d'application, le ministre de l'intérieur et celui des PTT ont adopté en 2008 un « règlement de police »²⁴⁸⁸ sur le même objet.²⁴⁸⁹ Désormais, la police administrative s'est associée aux autorités de réglementation des télécoms, au sujet du contrôle prudentiel des accès aux télécoms, afin de réguler les influences sociales ainsi que les risques sécuritaires des réseaux numériques. En 2015, cet objet d'interrégulation a été étendu à un total de six départements ministériels : PTT, Intérieur, Médias, Finances, Justice et Défense.²⁴⁹⁰ Le règlement sur l'identification des abonnés dispose d'un préalable légal à « géométrie variable » : le marché a attaqué la mesure en inconstitutionnalité devant la Cour constitutionnelle. Nonobstant l'attente du verdict, le gouvernement l'a fait appliquer avec succès. Il importe d'analyser cette expérience originale

²⁴⁸³ J.-J. GOMEZ, « Avant-propos », in S. ROZENFELD (sous dir.), *Les 50 décisions clés du droit de l'Internet*, éd. Celog, coll. Legalis, Paris, 2005, p. 7.

²⁴⁸⁴ S. ROZENFELD (sous dir.), *op.cit.*, p. 126-135. « Statuant publiquement [le TGI de Paris sous la présidence du juge tenant l'audience publique des référés M. Jean-Jacques Gomez], et en premier ressort et par ordonnance réputée contradictoire : constatons que le site portail Front 14, actuellement accessible à l'adresse www.front14.org, constitue dans son intégralité, et donc dans diverses déclinaisons, le trouble manifestement illicite tel que défini à l'article 809 du nouveau code de procédure civile ; [...] ordonnons à M. Delvez, sous astreinte de 1 000 F par jour à compter du dixième jour qui suivra la notification de la présente décision, de rendre impossible toute consultation des pages personnelles hébergées sur le site [...] ».

²⁴⁸⁵ Article 46, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : « L'État peut pour des raisons de sécurité publique ou de la défense du territoire soit pour l'intérêt du service public de télécommunications soit pour tout autre motif, interdire en tout ou en partie, et durant le temps qu'il détermine, l'usage des installations de télécommunications. [...] réquisitionner ou faire réquisitionner [...] les installations des télécommunications ».

²⁴⁸⁶ J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, p.140 et s.

²⁴⁸⁷ Décision n°005/ARPTC/CLG/2007 du 29 juin 2007 du Collège de l'ARPTC portant identification des abonnés du service de la téléphonie mobile JO RDC, 48^e année, n° 10, Kinshasa, 15 octobre 2007, col. 1 et 2.

²⁴⁸⁸ Article 6-c), Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : Le ministre des PTT a le pouvoir d'« arrêter les règlements d'administration et de police relatifs aux télécommunications et fixer les taxes y afférentes ».

²⁴⁸⁹ Arrêté interministériel n°25/CAB/MINÉTAT/INTERDESEC/010/2008 et n°003/CAB/MIN/PTT/2008 du 8 mars 2008 fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique [inédit].

²⁴⁹⁰ Arrêté interministériel du 19 mai 2015 n°25/CAB/VPM/MIN/INTERSEC/024/2015, n°003/CAB/VPM/PTNTIC/2015, n°MNDAC-RCAB/009/2015, n°004/CAB/MIN/J&DH/2015, n°CAB/MIN.FINANCES/2015/0144 et n°008/CAB/MIN/CM/LMO/2015 modifiant et complétant l'Arrêté interministériel n°068/CAB/MIN/INTERSEC/2009, n°212/CAB/MIN/MIN/J/2009, n°CAB/MIN/PTT/011/2009 du 21 décembre 2009 fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en RDC, JO RDC, 56^e année, n°11, 1^{er} janvier 2015, col.7 et s.

de régulation. Comment l'État congolais contrôle les identités lors de la souscription de l'accès aux réseaux numériques ? (2)

2. Le processus juridique d'interrégulation dans le défi d'identification

1065. La libéralisation des télécoms visait des résultats économiques et techniques pour l'accès universel. Sur le marché, les cartes SIM étaient vendues à la sauvette sans diligences administratives. Ainsi, l'économie numérique a posé des nouveaux défis d'ordre public pour l'identification des abonnés de la téléphonie et de l'Internet mobiles. « L'identité numérique peut être définie comme un lien informatique entre une entité réelle d'une personne et une entité virtuelle, c'est-à-dire en quelque sorte sa représentation numérique ».²⁴⁹¹ L'intermédiation technologique est à la base des usurpations d'identité. Les opérateurs téléphoniques n'étaient pas tenus d'organiser un registre de leurs abonnés. L'anonymat des usagers alimente des infractions, tout en empêchant des poursuites judiciaires. Le numéro de téléphone portable sert d'accès à l'Internet. Il fait également office d'adresse de contact professionnel. Mais bien plus dans le contexte du pays, il complète les identifiants administratifs, car les fichiers d'identité et les registres d'état civil sont défaillants. Cet état des choses paralysait de nombreuses enquêtes judiciaires, puisque les réquisitions d'information restaient sans suite faute d'identité du titulaire de la ligne.

1066. En 2008, les ministres des PTT et de l'intérieur ont imposé l'obligation d'identifier les abonnés des réseaux téléphoniques, après l'échec de régulation de l'ARPTC en 2007. Leur arrêté interministériel soumettait les opérateurs à la collecte et à l'enregistrement de l'identité administrative de chaque ancien et/ou nouvel abonné,²⁴⁹² en recueillir leurs « informations substantielles ».²⁴⁹³ L'exécution de la mesure posait des contraintes logistiques d'organiser une administration paperassière dans la vente et la distribution des cartes SIM. Les nouvelles priorités de sécurité publique entraient en contradiction avec les objectifs économiques du marché. À défaut d'identification, l'opérateur doit déconnecter l'utilisateur s'il est actif sur son réseau ou lui refuser l'accès en cas de nouvelle souscription, sous peine d'amendes transactionnelles à l'encontre de l'opérateur récalcitrant.²⁴⁹⁴

1067. Cependant, le règlement de police de 2008 n'était pas conforme à la loi de finances, ni au code pénal. D'une part, en fixant des amendes transactionnelles, le ministre des PTT et celui de l'intérieur créait un acte générateur des recettes publiques.²⁴⁹⁵ Cependant, le règlement aurait dû obtenir à cet effet la signature conjointe du ministre des finances en conformité à la loi des finances.²⁴⁹⁶ Ainsi en méconnaissant cette règle, le marché s'est trouvé

²⁴⁹¹ M. QUÉMÉNER, *Cybersociété entre espoirs et risques...*, op.cit, p. 37.

²⁴⁹² Arrêté interministériel n°25/CAB/MINÉTAT/INTERDESEC/010/2008 et n°003CAB/MIN/PTT/2008 du 8 mars 2008 du ministre d'État en charge de l'intérieur et du Ministre des PTT fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en RDC.

²⁴⁹³ Expression postérieure, in Arrêté interministériel n°25/CAB/VPM/MIN/INTERSEC/024/2015, n°03/CAB/VPM/PTNTIC/2015, n°MNDAC-RCAB/009/2015, n°004/CAB/MIN/J&DH/2015, n°CAB/MIN.FINANCES/2015/0144, n°008/CAB/MIN/CM/LMO/2015 du 19 mai 2015 modifiant et complétant l'Arrêté interministériel n°068/CAB/MIN/INTERSEC/2009, n°212/CAB/MIN/J/2009, n°CAB/MIN/PTT/011/2009 du 21 décembre 2009 fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en République Démocratique du Congo, JO RDC, n°11, 56^{ème} année, Kinshasa, 1^{er} juin 2015, col.7. Les noms ou raisons sociales, adresses physiques et personnes de référence.

²⁴⁹⁴ Article 9, alinéa 1^{er}, arrêté interministériel du 8 mars 2008, préc. : « Tout opérateur qui n'aura pas identifié ses abonnés dans un délai de 3 mois s'expose à l'une de ses sanctions suivantes : 1) - amende transactionnelle allant de l'équivalent en francs congolais de 5.000 à 10.000USD par abonné non ou insuffisamment identifié ».

²⁴⁹⁵ Annexe, point XV-47 : « amendes transactionnelles », loi n°04/015 du 16 juillet 2004 portant nomenclature des actes générateurs des recettes domaniales, judiciaires et de participation, préc.

²⁴⁹⁶ Article 3, loi 014/015 du 16 juillet 2004, préc. : « L'assiette, le taux ainsi que la période de paiement des droits, taxes et redevances des recettes [...] ci-dessus sont fixés par Arrêté conjoint des Ministres ayant les finances dans ses attributions et celui dont l'administration constate et liquide lesdites recettes ».

en droit d' « exciper de la nullité »²⁴⁹⁷ de forme l'arrêté susdit, au motif d'« incompetence » des deux ministres signataires sur cet aspect.²⁴⁹⁸ À cause d'une violation de sa légalité externe, le règlement était entaché d'un vice radical, l'exposant à une annulation pour excès de pouvoir.²⁴⁹⁹ D'autre part, ces amendes s'analysent comme des sanctions pénales liées à une incrimination *sui generis* pour non-identification des abonnés téléphoniques. En conformité au code pénal congolais, seul le législateur est habilité à définir des amendes, soient-elles transactionnelles.²⁵⁰⁰ Aussi le règlement des deux ministres précités entraine dans « un cas d'incompétence radicale », correspondant à la « nature d'empiètement [...] d'un agent administratif dans les attributions d'une autorité délibérante ».²⁵⁰¹ En outre, l'amende était fixée entre 5.000\$ et 10.000\$ pour chaque abonné non-identifié.²⁵⁰² Les réseaux comptaient déjà de millions d'abonnés anonymes, dont le coefficient rendait irréaliste l'application vu son montant excessif. Le règlement compromettrait tout autant les objectifs de dérégulation que le marché soumis à un risque de faillite ou de cessation de paiement. Tous ces manquements affectaient l'efficacité du premier arrêté du 8 mars 2008 et motivaient sa révision.

1068. Vu la nécessité, les deux ministres précités adoptèrent en 2009 un règlement modifiant le précédent.²⁵⁰³ Leur deuxième arrêté fixa la procédure d'activation et de désactivation des abonnés aux réseaux téléphoniques, en distinguant ceux « insuffisamment identifiés » avec les « non-identifiés ». Cependant, il conserva les mêmes vices qu'en 2008, même s'il réduisait de 500% le barème des « amendes transactionnelles » encourues.²⁵⁰⁴ En effet, les rédacteurs de ces règlements se sont mépris sur la faculté offerte par la loi-cadre à l'« administration [de] transiger avec le contrevenant et [de lui] faire payer une amende transactionnelle dont les taux sont revus périodiquement par le ministre ».²⁵⁰⁵ Loin d'être un principe générique,²⁵⁰⁶ cette faculté n'est applicable qu'aux infractions spéciales aux télécommunications, que le législateur de 2002 a spécifiées au chapitre des dispositions pénales.²⁵⁰⁷ Aucune d'elles n'incrimine le fait d'identifier ou non les abonnés d'un réseau

²⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 430. *Verbo* « exciper » signifie « préciser, soulever, pour sa défense, une exception de procédure ».

²⁴⁹⁸ G. CORNU, *op.cit.*, p. 534. *Verbo* « incompetence » pour signifier l'« inaptitude d'une autorité publique à accomplir un acte juridique »

²⁴⁹⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰⁰ Code pénal congolais : Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété à ce jour, mise à jour au 5 octobre 2006, JO RDC, 47^e année, n° spécial, Kinshasa, 05 octobre 2006. Article 5 : « Les peines applicables aux infractions sont: 1° la mort, 2° les travaux forcés, 3° la servitude pénale et 4° l'amende ».

²⁵⁰¹ G. CORNU, *op.cit.*, p. 1057. *Verbo* « Usurpation ».

²⁵⁰² Article 9, alinéa 1^{er}, arrêté interministériel du 8 mars 2008, préc.

²⁵⁰³ Arrêté interministériel n°068/CAB/MIN/INTERSEC/2009, n°212/CAB/MIN/J/2009, n° CAB/MIN/PTT/011/2009 du 21 décembre 2009 modifiant et complétant l'Arrêté interministériel n°25/CAB/MINÉTAT/INTERDESEC/010/2008 et n°003 CAB/MIN/PTT/2008 du 8 mars 2008 du Ministre d'État en charge de l'intérieur et du Ministre des PTT fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en République Démocratique du Congo.

²⁵⁰⁴ Article 12, arrêté interministériel du 21 décembre 2009, préc. : Sous réserve des dispositions du Code pénal et de la Loi-cadre n° 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les Télécommunications, tout Exploitant d'un réseau de télécommunications ouvert au public qui n'aura pas identifié ou qui aura insuffisamment identifié ses abonnés dans les délais impartis s'expose, à dater du 1^{er} janvier 2010, à l'une des sanctions suivantes :

a) Amende transactionnelle de l'équivalent en francs congolais de 10 \$US à 20 \$US par abonné non identifié ;
b) Amende transactionnelle de l'équivalent en francs congolais de 5 \$US à 10 \$US par abonné insuffisamment identifié en raison de l'omission d'une ou de plusieurs informations substantielles prescrites à l'article 4 du présent Arrêté.
L'Exploitant verse l'amende au compte du Trésor public, conformément aux dispositions légales et réglementaires en vigueur. »

²⁵⁰⁵ Article 68, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²⁵⁰⁶ En effet, l'article 68 de la loi-cadre sur les télécoms [RDC] dispose que « Sous réserve des dispositions du code pénal, les infractions en matières des télécommunications donnent lieu à une procédure de transaction. L'administration peut transiger avec le contrevenant et faire payer une amende transactionnelle dont les taux sont revus périodiquement par le ministre ».

²⁵⁰⁷ Cf. « Titre VI : Des dispositions pénales », loi-cadre, préc. Composé des articles 68 à 78, ce titre retient des amendes pour punir toutes « les infractions en matière des télécommunications » (article 68, al. 1, Loi-cadre). Dans quelques cas, la Loi-cadre des télécoms a aussi prévu des peines d'emprisonnement.

numérique. Le deuxième règlement de police violait le préalable légal, qui ne peut faire l'objet d'analogie dans l'interprétation des lois pénales.

1069. En définitive, un nouveau règlement de police a accompli avec succès en 2015 l'interrégulation quant à l'identification des abonnés des réseaux numériques.²⁵⁰⁸ Le troisième arrêté est signé par six ministres. Il innove et corrige les deux précédents. Il ne se limite pas uniquement aux réseaux téléphoniques, mais s'étend aussi aux services Internet. Son innovation déterminante tient de l'interdiction de vente des « SIM pré-activées » sur le marché.²⁵⁰⁹ Auparavant, l'utilisateur était immédiatement actif sur le réseau, dès l'achat de sa SIM.²⁵¹⁰ Cette facilité permettait aux anonymes, une fois déconnectés du réseau, de s'y reconnecter par l'achat d'une autre SIM déjà activée par l'opérateur. Ainsi, l'identification administrative a été renforcée comme obligation et préalable d'accès au réseau, à charge de l'opérateur. Les procédures d'activation et de désactivation ont été clarifiées. Pour éviter les vices antérieurs de légalité formelle, le règlement arrêté des « droits et pénalités », plutôt que des « amendes transactionnelles » en cas de manquement à l'obligation d'identification.²⁵¹¹

1070. Instruit par huit ans d'échecs répétés face au même défi d'identité d'internaute,²⁵¹² l'État congolais a fait preuve de minutie et de transparence dans la rédaction du dernier règlement. En associant le marché à cette rédaction, il n'obtint pas l'application facile du règlement, mais une contestation dudit règlement devant la cour constitutionnelle, sur la base de l'article 162 de la Constitution.²⁵¹³

1071. Dans leur requête déposée le 24 novembre 2015 au greffe de la cour constitutionnelle sous le numéro de registre « RCONST n°177 », ils ont formulés trois principaux griefs contre l'acte réglementaire attaqué.²⁵¹⁴ En l'espèce, les opérateurs ont requis l'annulation de l'arrêté pour excès de pouvoir devant la cour constitutionnelle. Premièrement, même si le règlement est signé par six ministres, leur nombre ne saurait couvrir le fait que seuls deux d'entre eux sont habilités par la loi à édicter des mesures de police des télécoms.²⁵¹⁵ Deuxièmement, la fixation des « pénalités » par le règlement de 2015 serait une

²⁵⁰⁸ Arrêté interministériel n°25/CAB/VPM/MIN/INTERSEC/024/2015, n°03/CAB/VPM/PTNTIC/2015, n°MNDAC-RCAB/009/2015, n°004/CAB/MIN/J&DH/2015, n°CAB/MIN.FINANCES/2015/0144, n°008/CAB/MIN/CM/LMO/2015 du 19 mai 2015 modifiant et complétant l'Arrêté interministériel n°068/CAB/MIN/INTERSEC/2009, n°212/CAB/MIN/J/2009, n°CAB/MIN/PTT/011/2009 du 21 décembre 2009 fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en République Démocratique du Congo, JO RDC, n°11, 56^{ème} année, Kinshasa, 1^{er} juin 2015, col.7.

²⁵⁰⁹ *Ibidem* : « Sont interdites : - l'identification par procuration [...] ; - la réactivation de toute SIM avant l'identification de son abonné » (Article 2, al. 3).

²⁵¹⁰ Sur le plan marketing, divers slogans illustrent marketing « *pay-and-go* », « *play and pay* », « *take-away* », notre traduction : « achète et accède », « paie et joue », « prend et vas-y ».

²⁵¹¹ Article 12, arrêté interministériel du 19 mai 2015, préc. : « sous réserve des dispositions du Code pénal, tout exploitant d'un réseau ou tout fournisseur des services de télécommunications ouverts au public qui n'a pas été identifié ou qui a insuffisamment identifié ses abonnés ou qui manqueraient d'interrompre le service à un abonné non identifié ou insuffisamment identifié, s'expose aux sanctions, droits et pénalités prévus par la Loi. » [<http://www.legalnet.cd/legislation/Droit%20a%20economie:telecommunication/AIM.19.05.2015.html>] (Consulté le 21 septembre 2015.)

²⁵¹² En 2008, les règles de police n'ont pas été connues de résultats vis-à-vis du marché, à cause de leur portée limitée à la téléphonie oubliant l'Internet. Elles se concentraient davantage sur des sanctions que sur la procédure administrative, tout en assurant le fonctionnement du marché. En 2009, des modifications ont été apportées à la mesure précédente. Cependant, l'opposition du marché se fondait toujours sur la contrainte de déconnecter des millions d'abonnés anonymes, dont le nombre leur faisait redouter des pertes financières.

²⁵¹³ Article 162, Constitution de la RDC du 18 février 2006, préc. : « La Cour constitutionnelle est juge de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant ou par une juridiction. Toute personne peut saisir la Cour Constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif et réglementaire »

²⁵¹⁴ Vodacom, Tigo, Orange et Airtel, Requête en inconstitutionnalité de l'Arrêté interministériel (...) fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en République Démocratique du Congo, sous R.Const. n°177, 16 novembre 2015. [Source : Greffe de la Cour Constitutionnelle, le Greffier principal, Lucie Baluti Mondo, Directeur]

²⁵¹⁵ Leur argument se réfère à l'article 6-e) de la loi-cadre des télécoms. Ils soutiennent que le règlement en cause devrait impliquer tout au moins les ministres des PTT et de l'intérieur pour les aspects essentiels du règlement de police (sécurité publique et sécurité des réseaux). Tout au plus, le ministre des finances pouvait intervenir pour les taxes à prélever.

violation du principe de la légalité des impôts et taxes, qui ne peuvent être fixés que par la loi. Troisièmement, une mesure de police n'a pas pour vocation d'établir des règles substitutives à la loi, mais plutôt de l'appliquer. En conclusion, le marché accuse le règlement d'avoir créé des procédures et des institutions juridiques *sui generis*. À ce jour, la cour constitutionnelle n'a pas encore rendu son arrêt.

1072. Nonobstant le recours en inconstitutionnalité contre l'arrêté, le gouvernement s'est résolu d'appliquer le 26 décembre 2015 le règlement, notant qu'il produit ses effets tant qu'il n'est pas annulé. Par un communiqué officiel, les ministres des PTT et de l'intérieur mettaient en demeure le public de s'identifier pour leur accès au réseau. Les opérateurs déconnectèrent effectivement les usagers anonymes d'accès à leurs réseaux et services numériques ouverts au public.²⁵¹⁶ L'observation du marché démontre l'impact de la mesure, telle que rapportée par l'ARPTC au cours des mois de septembre 2015 et 2016. Le marché a enregistré une sensible variation de la totalité des abonnements téléphoniques et Internet, ayant reculé de -12.452.288 millions d'usagers insuffisamment ou pas du tout identifiés.²⁵¹⁷

Notre tableau

Indicateurs	T3 2015	T3 2016	Différence	Variation
Total abonnements	39.746.740	27.294.452	-12.452.288	-31,32 %
Souscription Internet mobile	5.170.685	6.183.537	+1.012.852	+19,58%
Souscription mobile money	5.796.545	1.581.720	-4.214.825	-72,71%

Source : ARPTC/observatoire du marché de la téléphonie mobile T3-16

1073. Si l'ordre public numérique a connu un succès, il a cependant provoqué un ralentissement de la croissance des abonnés. Sur le marché congolais des télécoms, la mesure d'identification des abonnés a provoqué un ralentissement de la croissance économique, selon les opérateurs de télécoms. Ils ont déclaré que leurs revenus en début 2016 présentaient comparativement à la même période d'avant une tendance à la baisse de 11 à 2%, en attestant que « [c]ette situation était accentuée par la perte de millions d'abonnés à la suite du processus d'identification des cartes SIM imposé par le gouvernement ».²⁵¹⁸

1074. La loi assurait les interstices de régulation. Toutefois, le risque d'instabilité s'accroît, quand le cadre réglementaire n'offre pas de lisibilité pour le marché. L'identification des internautes illustre l'imposition des exigences non-concurrentielles affectant la croissance du marché. Mais les carences du cadre légal concernent aussi les régimes des activités numériques.

²⁵¹⁶ VPM, Ministre de l'Intérieur et Sécurité et VPM, Ministre des PTNTIC, « Communiqué du Gouvernement relatif à l'opération de contrôle d'identification des abonnés des services de télécommunications en République Démocratique du Congo », Kinshasa, 26 décembre 2015,

[<http://www.7sur7.cd/new/sur-decision-du-gouvernement-telecommunications-desormais-tout-abonne-doit-etre-identifie-par-son-operateur/>](consulté le 15 septembre 2016).

²⁵¹⁷ ARPTC, *Observatoire du marché de téléphonie mobile, Rapport du 3^e trimestre 2016*, préc., p. 39.

²⁵¹⁸ « Pourquoi la hausse des tarifs de l'Internet mobile ? », *RFI*, 11 juin 2016. [<http://www.rfi.fr/afrique/20160611-rdc-pourquoi-hausse-tarifs-Internet-mobile>] (Consulté le 19 juin 2016).

SECTION II - LE DÉFI DE COMBLEMENT DES VIDES LÉGISLATIFS DU DROIT L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE EN RDC

1075. En 2008, le Sénat congolais a publié un rapport sur le secteur des télécoms en 2008, dans lequel il souligne « aucune société moderne ne peut harmonieusement fonctionner sans une fenêtre sur le monde à travers l'Internet. Cet instrument qui constitue l'autoroute de l'information grâce au système multimédia a réduit le monde au niveau d'un village planétaire ». ²⁵¹⁹ Mais, la loi-cadre de 2002 s'avère incomplète et inadaptée face à l'économie numérique ainsi que de plusieurs autres aspects de la société de l'information. ²⁵²⁰

1076. L'aperçu général des carences de législation permet de poser le cadre du renouveau du droit de l'économie numérique, les enjeux juridiques non légiférés étant ainsi mis en lumière. (§1.) Contrairement à l'Europe et à la France, la RDC ne dispose pas d'un droit de l'économie numérique encadrant la responsabilité des acteurs de l'Internet, la protection de la personne en ligne ou encore la confiance dans les transactions opérées. Aussi, les carences du droit congolais ne contribuent-elles pas à « instaure[r] un équilibre entre les différents intérêts en jeu et établi[r] des principes qui peuvent servir de base aux normes et accords adoptés par les entreprises ». ²⁵²¹ Selon les défaillances analysées, la réforme des lois des télécoms doit s'effectuer à travers des ajustements des règles et des institutions juridiques répondant aux enjeux de l'économie numérique. De cet ordre, figurent le droit de la protection des données personnelles et la cybersécurité pour répondre aux enjeux de liberté et de confiance dans les TIC. (§2)

§1. L'aperçu général des carences de législation de l'économie numérique

1077. Pour rénover ou innover, il convient d'identifier les vides législatifs avant d'aborder au dernier titre les solutions de *lege ferenda* en cours de discussion. Il s'agit des défis ci-après ne disposant pas de réponses législatives appropriés, à savoir : la signature électronique, la preuve numérique, comme aspects du commerce en ligne (A./), et les règles de lutte contre la cybercriminalité, la protection des données personnelles, comme aspects de sécurisation de la personne en ligne. (B./)

A./ LES DÉFAILLANCES DE LA LÉGISLATION CONGOLAISE FACE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

1078. Le commerce électronique se pratique en RDC, mais il ne trouve pas à ce jour de source de définition dans la législation congolaise. (1)

1079. Par ailleurs, le droit congolais ne prévoit pas de régime pour la preuve et la signature électroniques, alors qu'elles sont des éléments indispensables pour la certification des échanges (origine), l'authentification des sujets du commerce en ligne et de la sécurisation de leurs transactions. (2)

²⁵¹⁹ M. MUTINGA MUTUISHAYI et al, *Rapport de la Commission d'enquête sur le secteur des télécommunications en RDC*, Sénat, RDC, mai 2008, pp. 39-4.1

²⁵²⁰ *Ibidem*.

²⁵²¹ Considérant n°41, Directive 2000/31/CE, préc.

1. *L'absence de définition législative du commerce électronique*

1080. Plusieurs offres d'activités en ligne font état de l'existence du commerce électronique congolais. L'exemple le plus courant est l'achat de recharge des crédits de communications à distance sur les réseaux téléphoniques à partir de son téléphone.²⁵²² Dans la pratique commerciale, les commandes en ligne contre accusé-réception réalisent les contrats électroniques par double clic. Toutefois, le droit positif congolais ne définit pas ces activités, ni leur réserve un régime spécifique.²⁵²³

1081. L'évocation du terme « commerce électronique » peut rappeler des liens conceptuels évidents avec l'Internet ou avec les réseaux et médias numériques. Pour Vincent Gautrais, dans les faits, « l'accomplissement d'activités commerciales de manière automatique par l'utilisation des technologies de l'information et de la communication » relève du commerce électronique. Quant au professeur Filiga Michel Sawadogo, « tout ou partie des opérations relatives à la publicité, à l'accord des volontés des parties, à la livraison du produit, à la prestation du service ou au paiement du prix, effectuées en ayant recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication ».²⁵²⁴ En l'absence de définition législative, « [c]es définitions [empiriques] traduisent la différence que le marketing institue entre produits matériels, produits exclusivement informationnels et produits riches en information ».²⁵²⁵

1082. Mais en droit, l'exactitude des mots produit et engendre des conséquences juridiques. La RDC est connectée au commerce numérique mondial, mais se trouve considérablement dépourvue d'une réglementation adéquate en rapport aux services de la société de l'information. Le législateur de 2002 rapproche le commerce en ligne des « services à valeur ajoutée » et des « services supports », en privilégiant les services de base (transmission du signal) comme étant les seuls concernés par l'accord de l'OMC de 1997.²⁵²⁶ Le législateur congolais de 2002 n'a pas considéré les réalités du marché avant l'an 2000. Plusieurs acteurs avaient déjà fait leur entrée dans le secteur congolais de l'offre d'accès à Internet et des contenus numériques en ligne. Après 62 ans d'attente des réformes,²⁵²⁷ les « lois dérégulatrices » de 2002 des télécoms n'ont pas satisfait les attentes de l'économie numériques. Leur champ ne couvre pas les aspects juridiques des services de la société de l'information, tels que le commerce en ligne, l'écrit électronique, la preuve et la signature électroniques, la responsabilité des prestataires techniques, le contrat électronique, la publicité en ligne, la protection des données personnelles ou des œuvres d'esprit numérisées ou diffusées sur l'Internet, etc.

²⁵²² Le clavier alphanumérique des téléphones permettent de réaliser des commandes sous forme de syntaxe informatique et d'obtenir des accusé-réceptions, par le même procédé automatique, généralement par SMS. L'écran du téléphone intelligent sert de media d'accès au serveur de l'opérateur et la mémoire du téléphone fait office de support durable.

²⁵²³ K. NDUKUMA, *op.cit.*, pp. 46-47.

²⁵²⁴ M. SAWADOGO FILIGA, « Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina-Faso et de l'Afrique de l'Ouest », Conférence régionale africaine de haut niveau, Tunis, 19-21 juin 2003, pp. 1-3. K. NDUKUMA, *op.cit.*, p. 18.

²⁵²⁵ X. LINANT DE BELLEFONDS, *op.cit.*, p. 3.

²⁵²⁶ C. GUERRIER, « Droit et accords OMC dans le domaine des télécommunications : la problématique », *Droit de l'informatique et des télécoms*, revue trimestrielle, 16^e année, 1991/1, pp. 95-96.

²⁵²⁷ Avant l'édiction de la loi sur les télécommunications en RDC, loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002, la précédent en vigueur fut l'Ordonnance-législative 254/TELEC du 23 août 1940 du Gouverneur général du Congo à l'époque du Congo colonie belge. Cf. JORDC, n° spécial, 25 janvier 2005, Kinshasa, p.18.

2. Le défaut de régime spécifique à la preuve numérique en RDC

1083. La valeur de l'écrit numérique n'est pas encore rendue équivalente à la preuve littérale. Néanmoins, les facilités de l'outil numérique ont amené le législateur congolais en 2010 à conférer une valeur d'opposabilité aux textes à publier par Internet au journal officiel en ligne.²⁵²⁸ Le code civil congolais ne précise pas la valeur équivalente d'un écrit numérique à la preuve littérale du code civil congolais. Il en est de même pour la signature électronique.²⁵²⁹ Cependant en France, la loi du 13 mars 2000 et son décret d'application du 30 mars 2001 avait introduit une réforme considérable, en transposition de la directive européenne 1999/93/CE du 13 décembre 1999 « sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ».²⁵³⁰ Cette directive « expurge des droits nationaux toutes les dispositions qui seraient de nature à entraver l'efficacité juridique. Elle établit pour ce faire un principe général d'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit électronique et l'écrit papier qui s'induit de la genèse et de l'objectif poursuivi par l'acquis communautaire ».²⁵³¹ En matière commerciale et pénale, la preuve peut s'établir par tous moyens de droit. L'exigence d'équivalence concerne les rapports de droit civil.

1084. Des défis juridiques sont relatifs à la réception des traces et documents numériques en tant que preuve. Ils concernent le droit commun de la preuve, car en matière commerciale et pénale, la preuve est libre. Cette observation ramène la problématique de la preuve numérique à de justes proportions. De très nombreuses activités numériques ne sont pas intéressées par les mutations d'enjeu numérique, puisqu'elles ont lieu entre professionnels (commerçants, *B to B*). Elles ne donnent pas lieu à des contestations requérant un moyen probant des « actes ou des faits juridiques » contestés.²⁵³² Particulièrement, les rapports *B to C* soulèvent davantage l'enjeu législatif de la preuve électronique, car les actes ont une nature mixte, à la fois de nature civile, du point de vue du consommateur et de nature commerciale, du point de vue du cybercommerçant. Toutefois, la valeur probante de documents informatiques n'est pas à confondre avec les usages informatiques, ni avec la preuve des faits, en relation avec l'activité informatique. À la différence de la coutume qui ne se prouve pas, l'usage doit être prouvé lorsque son existence est discutée.

1085. En effet, la notion de support durable invite à sortir de la chaîne du traitement numérique en ligne une inscription sur un CD-Rom ou un port microfilmé au titre d'archivage numérique. Mais aujourd'hui le *Cloud computing*, l'archivage en ligne, permet de ne pas échapper au numérique en temps réel, comme principalement celui de la conservation des preuves, des traces et des données numériques du réseau dans ses déclinaisons (*Internet*,

²⁵²⁸ JO RDC, *Recueil de textes sur l'amélioration du climat des affaires*, n° spécial, 51^{ème} année, Kinshasa, 3 mars 2010, p. 6 et 7. En RDC, dans le cadre de l'amélioration du climat des affaires, deux lois promulguées en 2010 autorisent, pour besoin d'opposabilité, les publications sur Internet, par voie numérique ou par voie d'insertion au JO, les actes législatifs et réglementaires, ainsi que les actes de société et autres notifications officielles. Ces publications numériques ont le même effet juridique (d'ordre public) que la publication papier sur journal officiel. Il s'agit de : 1) Loi n° 10/007 du 27 février 2010 modifiant l'ordonnance –loi n° 68-400 du 23 octobre 1968 relative à la publication et à la notification des actes officiels ; 2) Loi n°10/008 du 27 février 2010 modifiant et complétant le Décret du Roi souverain du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales tel que modifié par le décret-loi du 19 septembre 1965.

²⁵²⁹ Les articles 197 et 245 du Code civil congolais Livre III forment le droit commun de la preuve hiérarchisée: preuve littérale, preuve testimoniale, présomptions, aveu de partie et serment.

²⁵³⁰ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE, 19 janv.2000, p.13.

²⁵³¹ A. PENNEAU, « La forme et la preuve du contrat électronique », in J. ROCHFELD (sous la dir.), *L'acquis communautaire...*, *op.cit.*, pp. 255-342.

²⁵³² Le droit distingue entre les faits juridiques et les actes juridiques. Les premiers peuvent être prouvés par tous moyens, les seconds, en revanche, doivent être prouvés par un écrit pour toute transaction supérieure à un certain montant. Aux termes des articles 1326 et 1341 du Code civil français, il s'agit de 800 euros.

Extranet, Outnet).²⁵³³ En France, dans une logique d'assimilation de la preuve électronique aux propriétés probantes du papier, l'article 1316 de la loi du 13 mars 2000 dispose : « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». La preuve de l'écrit sous forme électronique, pour des actes authentiques ou sous-seing privé, relève respectivement des articles 1317 et suivants, ainsi que 1322 et suivants du CCF. Elle est admise dès lors que les deux conditions de l'article 1316 du CCF sont remplies à la base.

1086. En revanche en RDC, les carences de régime de la preuve numérique demeurent un enjeu législatif important. Le système probatoire traditionnel est structuré autour de fonctions rassurantes : l'écrit assure une fonction de mise en alerte. Le papier demeure un support qui fournit des garanties, en termes de document fidèle et durable. La fidélité, caractéristique de la preuve littérale, recouvre deux significations : la non-altérabilité des contenus et la permanence de la forme. Autant l'écrit traditionnel possédait d'emblée ces deux qualités, autant le propre du numérique est de les exclure. Le document numérique ne recherche pas la stabilité et n'est pas fait pour durer physiquement. Ces éléments contrastent avec la fugacité et la volatilité des supports électroniques en présence sur Internet (site, page web). Sur la question de sécurité juridique des contenus numériques, on s'accorde pour retenir que l'informatique permet de fiabiliser la transmission des fichiers jusqu'à la sécurité absolue (protocole et chiffages). Sur la question de la permanence des formes, la rédaction d'un écrit présente encore un avantage pour lequel le numérique ne fournit pas de substitut. Il en est ainsi également de la signature électronique.

3. *Le défaut de régime spécifique sur la signature électronique en RDC*

1087. La preuve numérique connaît un dénuement de reconnaissance législative en droit civil congolais. Cette problématique s'associe à celle de la signature électronique. En effet, cette dernière sert à assurer le rattachement d'un acte ou d'un fait sans équivoque, à une personne agissant avec une volonté de qualité. La signature électronique consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification, garantissant son lien avec l'acte et l'auteur auquel elle se rattache. Un certificat qualifié est utile en cas de preuve du contraire. Le procédé technologique de certification met en œuvre un dispositif technique sécurisé pour la création et la vérification des signatures électroniques.²⁵³⁴ Ce sont ces moyens techniques et ces procédures appropriées qui répondent aux défis de garantir la confidentialité et la « production génétique » uniques des données de création de signature. Elles ne doivent entraîner aucune modification du contenu de l'acte à signer, ni faire obstacle à une connaissance préalable et exacte de son signataire. La protection contre la falsification et contre toute utilisation par les tiers sont des garanties de sécurité. La certification par des organismes agréés, conformément aux normes définies, renforce la garantie de qualité des dispositifs sécurisés de signature électronique. Tous les procédés de signature électroniques cadrent avec l'esprit des « héritiers fondateurs de l'Internet », ce sont « ceux qu'on appelle les libertariens californiens. [...] Ils font également confiance aux technologies et au code informatique pour défendre leurs

²⁵³³ T. MUSSA, *Transactions et commerce électroniques, Preuve (par écrit) et signature électroniques*, Première partie, Cours, Master en Droit du cyberspace africain, 2006-2007.

²⁵³⁴ Cf. Article 21 du Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'UEMOA.

valeurs [...] l'anonymat [ou le pseudonymat²⁵³⁵] ou la cryptologie pour défendre la vie privée ». ²⁵³⁶

1088. Une trace informatique ne sert de preuve que dans la double condition de rattachement de celle-ci à un individu et de l'intégrité de sa conservation, tandis que l'écrit numérique est susceptible d'obtenir la vertu d'une signature numérique. Le document informatique, lorsqu'il répond aux conditions posées par la loi vaut alors comme preuve de premier rang ; si ce n'est pas le cas, il peut être considéré comme une copie ou un commencement de preuve par écrit. ²⁵³⁷ « La technologie, les protocoles à la base de l'Internet sont bien libertariens ». ²⁵³⁸ Selon l'expression connue de Lawrence Lessig, « *code is law* » (le code est la loi), le numérique fiabilise le « pseudonymat » lié à l'usage des médias numériques. La signature électronique est un régulateur technique permettant l'identification fiable de signature en ligne ou sur support numérique, au même titre que la main du signataire sur le papier. ²⁵³⁹

B. LES DÉFAILLANCES DE LA LÉGISLATION CONGOLAISE SUR LES DONNÉES PERSONNELLES ET LA CYBERCRIMINALITÉ

1089. L'économie numérique expose la personne physique à plusieurs risques d'atteinte se rapportant à la « vie en réseau » et aux aspects sous-jacents de sa personnalité. Cependant, la législation congolaise ne prévoit pas de règles de protection des données personnelles (1), ni un dispositif pénal approprié contre la cybercriminalité. (2)

1. L'absence de législation sur la vie privée et les données personnelles

1090. Quant aux données personnelles en ligne, elles ne font pas l'objet de définition ni de régime spécifique dans la législation en RDC. La loi-cadre évoque cet aspect en termes de possibilités, en rapport aux exigences essentielles, mais sans traitement particulier. En effet, « la protection des données personnelles peut comprendre la protection des données personnelles, la confidentialité des informations transmises ou stockées ainsi que la protection de la vie privée ». ²⁵⁴⁰ Ainsi, les utilisateurs des réseaux téléphoniques et des services Internet (mobile) sont exposés à divers aléas d'aspiration, de collecte, de profilage, de traitement, de modification et de diffusion à leur insu de leurs données informatisées, de connexion, d'identification et de navigation. En la matière, l'on décèle quelques prescrits légaux portant sur le principe de neutralité des acteurs du réseau, avec des exceptions autorisées quant au secret des correspondances émises par la voie des ondes.

1091. En principe, « [l']exploitant public, les exploitants concessionnaires des services publics de télécommunications et les autres fournisseurs du service de télécommunications ainsi que les membres de leur personnel, sont tenus de respecter le secret des communications ». ²⁵⁴¹ Puisque le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications est garanti par la loi, « [i]l ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci ». ²⁵⁴² Ces préventions sommaires, en matière d'interceptions et

²⁵³⁵ O. ITEANU, *L'identité numérique en questions*, Eyrolles, 2008.

²⁵³⁶ O. ITEANU, *Quand le digital défie l'État de droit*, op.cit., p. 25.

²⁵³⁷ V. FAUCHOUX et P. DEPREZ, op.cit., p. 177.

²⁵³⁸ O. ITEANU, *Quand le digital défie l'État de droit*, op.cit., pp. 24 et s.

²⁵³⁹ O. ITEANU, op.cit., pp. 24-25.

²⁵⁴⁰ Article 4-13, dernier alinéa, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²⁵⁴¹ Article 53, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

²⁵⁴² Article 52, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc.

d'écoutes illégales²⁵⁴³ servent de manière large à assurer la protection des données à caractère personnel en ligne.

1092. Toutefois, à l'ère numérique, ce régime de protection n'est pas suffisant, encore moins que n'est sécurisant l'absence du concept « données personnelles » dans l'état actuel du droit congolais. Les données personnelles sont au cœur des nouveaux défis du numérique. En Europe, la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 les avait définies comme : « toute information permettant l'identification de la personne ».²⁵⁴⁴ L'enjeu sur les données personnelles à l'ère numérique est important, c'est une « source indiscutable de richesse, l'or d'Internet ».²⁵⁴⁵ La généralisation de la collecte des informations et leur circulation est une réalité amplifiée par le réseau, permettant le fichage, le profilage (*profiling*) ou l'analyse statistique en masse (*data mining*). Les données à caractère personnel sont devenues un marché à part entière. « Leur commercialité et donc leur aptitude à la circulation juridique, soulève des questions en droit, mais s'impose en fait » comme enjeu de législation. Il est question de concilier la circulation des données (*free flow of information*) et la protection de la vie privée.²⁵⁴⁶

1093. Mais d'ores et déjà, les dispositions pénales de la loi-cadre sanctionnent les formes d'atteinte intentionnelle aux données. Il en est ainsi du complément qu'elles apportent aux infractions classiques du code pénal avec quelques incriminations nouvelles. Les articles 54-b), et -c)²⁵⁴⁷, et 55²⁵⁴⁸ de la loi-cadre traitent de plusieurs malveillances informatiques assorties des peines prévues en ses articles 71²⁵⁴⁹, 72²⁵⁵⁰ et 73²⁵⁵¹. Mais, ces dispositions font seulement allusion à la protection de la correspondance, alors que le code pénal français assure avec précision la protection des données personnelles.²⁵⁵² Si ces quelques efforts du

²⁵⁴³ Article 54 -a) et -b), Loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. : « Sont interdits : a) l'interception, l'écoute, l'enregistrement, la transcription et la divulgation des correspondances émises par voie des télécommunications, sans autorisation préalable du Procureur Général de la République ; b) l'émission des signaux d'alarme, d'urgence ou de détresse ».

²⁵⁴⁴ Article 2, directive n°95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation des données.

²⁵⁴⁵ L. MARINO, « les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in J. ROCHFELD, *Les nouveaux défis du commerce électronique... op.cit.*, p. 55 et s.

²⁵⁴⁶ *Ibidem*.

²⁵⁴⁷ Article 54, points b) et c), Loi-cadre sur les télécoms [RDC] de 2002 : « Sont interdits : [...] b) l'émission des signaux d'alarme, d'urgence ou de détresse, faux ou trompeurs ; c) l'émission des signaux et communications de nature à porter atteinte à la sûreté de l'État ou qui seraient contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou qui constitueraient un outrage aux convictions d'autrui ou une offense à l'égard d'un État étranger. »

²⁵⁴⁸ Article 55, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : « Seules les nécessités de l'information motivées par les besoins de la manifestation ultime de la vérité dans un dossier judiciaire peuvent autoriser le Procureur Général de la République de prescrire l'interception des correspondances émises par voies de télécommunications ».

²⁵⁴⁹ Article 71, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : « Sera puni d'une servitude pénale de six mois et d'une amende qui ne dépassera pas 100.000 francs congolais constants, ou l'une de ces peines seulement, quiconque aura altéré, copié sans autorisation ou détruit toute correspondance émise par la voie de télécommunications, l'aura ouvert ou s'en sera emparé pour en prendre indûment connaissance ou aura employé un moyen pour surprendre des communications passées par un service public de télécommunications ».

²⁵⁵⁰ Article 72, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : « Tout agent au service d'un exploitant de services publics de télécommunications qui aura commis l'un des actes prévus à l'article précédent, ou l'aura facilité ou qui aura intentionnellement omis, dénaturé ou retardé la transmission d'une correspondance par voie de télécommunications, sera puni d'une servitude pénale d'un an au plus et d'une amende ne dépassant pas 100.000 francs congolais constants ou de l'une de ces peines seulement ».

²⁵⁵¹ Article 73, Loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : « Seront punies d'une servitude pénale de six mois au plus et d'une amende qui ne dépassera pas 100.000 francs congolais constants ou de l'une de ces peines seulement, les personnes désignées à l'article précédent qui hors le cas où la loi les y obligerait, auront révélé ou ordonné de correspondance émise par voie de télécommunications ».

²⁵⁵² Article 226-16, CPF : « Le fait de collecter des données par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite, ou de procéder à un traitement d'informations nominatives concernant une personne physique s'y opposant pour des raisons légitimes ». Article 226-17, CPF : « Le fait de mettre ou de conserver en mémoire informatisée sans l'accord express de l'intéressé des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions publiques, philosophiques religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes ».

législateur congolais contribuent à la protection pénale des activités numériques, le droit congolais reste néanmoins rudimentaire quant à la contre la cybercriminalité.

2. La faiblesse du dispositif pénal contre la cybercriminalité

1094. En RDC, la cybercriminalité constitue un de nouveaux défis liés à l'économie numérique et à la société de l'information. En tant qu'espace informationnel et électromagnétique, le cyberspace fait naître des dangers civil et militaire, des attitudes offensive et défensive, des usages angélique et criminelle selon les finalités des usagers. La cybercriminalité présente une forme de décroisement des délinquances, alors que les organes de répression, demeurent spécialisés par matière. Le profil multiforme de la délinquance informatique peut être le fait des cybersoldats, des actes isolés des « hacktivistes », des réseaux mafieux, des « mules » ou intermédiaires. Quant à certains cas pratiques, la criminalité sur le Net atteint un niveau de forts enjeux financiers et économiques. Il en est par exemple ainsi du cyber-blanchiment (fraudes aux cartes prépayées et monnaies virtuelles), des cyber-rackets, de la cyberpornographie, les transferts de fonds anonymes, les instruments de débits de transfert monétaire sans pièce d'identité, les by-pass des appels téléphoniques non déclarés (*Sim box*).²⁵⁵³

1095. Toutefois, le droit positif congolais ne dispose pas d'une législation propre à la cybercriminalité. Plusieurs infractions numériques ne disposent pas d'incriminations spéciales. Cette carence législative rend aléatoire la typologie de la lutte pénale contre les cybercrimes. Comme le code pénal congolais date de 1940²⁵⁵⁴, certains actes de cybercriminalité appellent le juge à effectuer une interprétation téléologique sur des dispositions de droit commun.²⁵⁵⁵ Le pays est donc très exposé au phénomène criminel de l'écosystème de l'Internet, à cause du manque d'institutions juridiques spécialisées. L'Internet dispose d'une couche d'infrastructures, régie par les lois de télécoms ; d'une couche logique (économique et sociale) s'échappant des canons traditionnels du droit de cet écosystème. La complexité de la gouvernance du numérique s'en ressent. L'approche de la SMSI (Genève 2003, Tunis 2005) est la référence de base des structures de gouvernance, comme tel, au niveau mondial, le Forum de la Gouvernance de l'Internet (FGI) et en France le Conseil National Numérique.²⁵⁵⁶

1096. Plus largement en Afrique, la cybersécurité reste encore expérimentale, comme réponse aux défis de la cybercriminalité. Les instruments juridiques de lutte sont en cours de formulation pour les États du continent à travers leurs organisations sous-régionales et régionales. En 2003, le COMESA adopta la loi-type sur la cybercriminalité et de la loi-type sur les transactions électroniques. En 2009, la Communauté de l'Afrique de l'Est entreprit l'harmonisation d'une « cyberlégislation » pour ses États membres. En 2010, la déclaration des Chefs d'États de l'Union africaine sur la cybercriminalité a été rendue publique. La 23^{ème} session ordinaire de la conférence de l'Union africaine a adopté le 27 juin 2014 à Malabo la Convention africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel.

²⁵⁵³ M. QUÉMENER, « La criminalité économique et financière à l'ère numérique », *Conférence internationale sur le renforcement de la cybersécurité et de la cyberdéfense*, OIF, Grand Bassam (Côte d'Ivoire), 8-10 février 2016.

²⁵⁵⁴ JO RDC, *Code pénal congolais*, Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété à ce jour, mis à jour au 30 novembre 2004, 45^{ème} année, n° spécial, 30 novembre 2004, p. 1-64.

²⁵⁵⁵ J. KONGO, « Vol et diffusion des données numériques sur les réseaux sociaux, Me Kodjo : "la cybersécurité est la réponse à la cybercriminalité" », *Le Pouvoir*, 8^e année, n°295, 27-31 mars 2017, Kinshasa, p. 7.

²⁵⁵⁶ P. OUÉDRAOGO, « L'organisation de l'écosystème numérique Internet, un enjeu majeur pour la cybersécurité dans les pays en développement », *Conférence internationale sur le renforcement de la cybersécurité et de la cyberdéfense*, OIF, Grand Bassam (Côte d'Ivoire), 8-10 février 2016.

Celle-ci requiert les ratifications des États africains pour son entrée en vigueur.²⁵⁵⁷ La RDC ne l'a pas encore fait.

1097. En droit comparé, le code pénal français avait déjà introduit des ajustements, imposés par la ratification de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001.²⁵⁵⁸ Déjà la loi « Godfrain », loi n°88-19 du 5 janvier 1988, relative à la fraude informatique visait l'atteinte aux systèmes d'information. Depuis lors, « l'utilisation des technologies est un phénomène culturel qui concerne chacun de nous, quotidiennement. Elle facilite de surcroît les actes de malveillances. Selon une étude publiée en février 2005 [...] 1500 menaces potentielles malveillantes naîtraient chaque mois contre 300 deux ans auparavant ». ²⁵⁵⁹ En France, les articles 226-15, alinéa 2, et 321-1 du CPF sont illustratifs de la typologie des infractions d'accès illégal dans un système d'information et d'interception illégale de données informatiques.²⁵⁶⁰ Plusieurs lois et ordonnances spécifiques entre 2001 et 2006 ont complété l'arsenal répressif de la cybercriminalité en France, jusqu'à la loi sur la République numérique (« loi Axelle Lemaire ») en octobre 2016. Cette dernière incrimine la « revanche pornographique ». ²⁵⁶¹

1098. Cependant, l'enjeu global de la cybercriminalité est loin d'être appréhendé et traduit dans les textes de loi de la RDC. Le cyberspace présente des risques globaux, structurels et permanents. La dépendance au cyberspace et l'interdépendance des infrastructures constituent un risque inhérent à la vie numérique. Le cyberspace est à la fois individuel, institutionnel, national et international. En réalité, le même Internet pour tous devient un enjeu de pouvoir et, par conséquent, un milieu de prolongation des réalités et des actions du monde physique. Dans la mesure où le cyberspace offre un cadre de cyber-invisibilité favorable au vandalisme, à la délinquance, à la cybercriminalité, à l'espionnage, au terrorisme et aux conflits. Il apparaît la nécessité d'un continuum sécurité-défense, car tout objet connecté devient une cyber-arme. La « sécurité périmétrique » est dépassée, dans la société numérique mondialisée et connectée.²⁵⁶²

1099. À l'ère numérique, le choix du modèle d'évolution est déterminant pour le droit pénal congolais, car chaque État en développement voudrait adopter le meilleur modèle juridique. Par exemple, le Sénégal a fait le choix politique d'adhérer à la Convention de Budapest sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 plutôt que de ratifier la Convention africaine de Malabo susdite de 2014 sur la cybersécurité. En effet, la première convention (de Budapest) reste un traité international ouvert, d'initiative de la Commission de l'Union européenne, qui présente plus d'avantage au regard de son niveau de protection et de son envergure géopolitique (ratification outre-Atlantique par les USA et le Japon). Le projet de loi sur les TIC et les télécoms innove en termes de solutions congolaises futures en matière de lutte contre la cybercriminalité.

²⁵⁵⁷ C. AHOUTY, « Le cadre juridique de prévention et de lutte contre la cybercriminalité en Afrique », *Conférence internationale sur le renforcement de la cybersécurité et de la cyberdéfense*, OIF, Grand Bassam (Côte d'Ivoire), 8-10 février 2016.

²⁵⁵⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, convention sur la cybercriminalité, 23 novembre 2001, STE n°185.

²⁵⁵⁹ C. FÉRAL SCHUHL, *op.cit.*, pp. 590. Rapport de Criminologie virtuelle de McAfee, étude paneuropéenne au sujet du cybercrime organisé, février 2005.

²⁵⁶⁰ Article 321-1, CPF : « Le fait d'accéder ou de se maintenir frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de 2 ans d'emprisonnement et de 300.000 euros d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende ».

²⁵⁶¹ La loi pour la République numérique punit de 2 ans de prison et 60.000 euros d'amende le fait pour quiconque publie les photos ou images à caractère sexuel d'un quidam à son insu ou sans son consentement sur Internet.

²⁵⁶² S. GHERNAOUTI, « Les enjeux de la cybersécurité et de la cyberdéfense », *Conférence internationale sur le renforcement de la cybersécurité et de la cyberdéfense*, OIF, Grand Bassam (Côte d'Ivoire), 8-10 février 2016.

1100. Ainsi, la lutte contre la cybercriminalité reste un défi pour le droit congolais de l'économie numérique. Il faut compléter les incriminations manquantes, autant qu'il est question de combler les défaillances et de corriger les méprises de la loi-cadre de 2002, notamment en ce qui concerne le droit de protection des données personnelles. (§2)

§2. L'approche comparée des défis congolais de protection des données personnelles et de cybersécurité

1101. À l'échelle mondiale, les activités numériques sont devenues le creuset des pratiques très diversifiées et intrusives, alliant plusieurs typologies de collecte, de traitement et de circulation des données se rapportant à la personne humaine. Le fonctionnement de l'informatique et du marché électronique est essentiellement fondé sur la donnée, qualifiable de « pavé » de l'économie numérique ». Au vu des enjeux juridiques, les technologies de l'information et de la communication, de plus en plus sophistiquées, mettent à rude épreuve le principe du libre consentement de la personne dont les données sont collectées, traitées et échangées dans l'économie numérique.²⁵⁶³ L'usage de l'informatique ou des réseaux de télécoms suscite continuellement des appréhensions du citoyen-internaute au sujet de son intimité et du respect de sa vie privée, tout autant que de la sûreté de sa personne et de la sécurité de la société numérique dans son ensemble. En réalité, la dialectique est posée : « Les technologies de l'information et de la communication qui portent à la fois le masque de la liberté et de la criminalité incitent fortement à réfléchir à une nouvelle forme de contrat social – un contrat numérique ? – dans lequel l'atteinte consentie aux libertés de l'individu dans le cyberspace est le corollaire de leur protection et de leur épanouissement ».²⁵⁶⁴

1102. Pour répondre aux défis de l'économie numérique, la RDC s'est inscrite dans le processus du renouveau de son cadre juridiques des télécoms. La prospective législative concerne particulièrement la mise en place d'un système congolais de protection des données personnelles (A) et la construction des bases de cybersécurité pour le pays. (B)

1103. La référence au droit comparé est nécessaire pour orienter la politique législative en cours de structuration en RDC sur la protection des données. À cet effet, le modèle européen comporte un niveau élevé de protection de la donnée et de la personne sur le réseau. Les expériences européennes et françaises enrichissent les solutions à envisager, tout en inspirant les mécanismes appropriés devant encadrer les risques et réprimer la criminalité informatique. Elles inspirent d'autres systèmes législatifs et motivent l'adoption des normes analogues par d'autres États. Pour la RDC, les nécessités du commerce juridique avec le grand marché européen incitent à un rapprochement des systèmes de protection, voire une mise à niveau du système le plus faible.

²⁵⁶³ J. EYNARD, *Les données personnelles, quelle définition pour un régime de protection efficace ?*, Michalon, Paris, 2013, pp. 8 et s

²⁵⁶⁴ W. GILLES et I. BOUHADANA, « Cyberspace, cybercriminalité et libertés », in W. GILLES et I. BOUHADANA (sous la dir), *Cybercriminalité, cybermenaces et cyberfraudes*, éd. IMODEV, Paris, 2012, pp. 4-5, spéc. p. 4.

*A./ LA PROSPECTIVE DU RENOUVEAU DES LOIS SUR LES DONNÉES PERSONNELLES
DANS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE CONGOLAISE*

1104. De l'expérience européenne et française, il découle que le droit de protection des données s'adapte aux enjeux de l'informatique de base et de la sophistication des techniques numériques. En fonction des époques, les régimes juridiques présentent des marqueurs du progrès technologique, s'attachant aux évolutions des modes de traitement manuel, automatisé et numérisé. Cependant, les niveaux de protection des données diffèrent d'un continent à un autre, d'un pays à un autre. Pour l'essentiel, l'aperçu des références du droit comparé est à rapprocher du contenu de la réforme de *lege ferenda* en cours au sein du parlement congolais. Il est nécessaire de disposer d'une typologie pour guider l'analyse entre le niveau très élevé de protection en France et en Europe et le niveau cognitif très embryonnaire du droit positif congolais.

1105. Pour ce faire, notre thèse retient quelques références sur l'évolution des notions des données personnelles, en vue d'en appréhender le régime. (1) La synthèse des enjeux sur la donnée (2) permettent de situer les innovations du droit comparé, quant aux éléments du système de protection, institué en la matière. (3)

1. La notion des données personnelles dans l'évolution de ses régimes de protection

1106. La protection de la vie privée et de la personnalité est un enjeu juridique important, face aux techniques (automatisées) de collecte, de traitement et d'échange ou de circulation des données se rapportant à la personne. À cet égard, la transformation du cadre juridique est particulièrement perçue à travers l'évolution des concepts inhérents au régime légal de leur protection, à savoir : « informations nominatives » (1978), « données à caractère personnel » (1995) et « données personnelles » (2004). En pratique, « *si la notion a [...] un intérêt ou un sens, c'est comme point d'imputation d'un régime juridique* ». ²⁵⁶⁵

1107. Au premier stade, la loi française « informatique et libertés » de 1978 n'était pas pensée pour remettre en cause l'informatique, mais plutôt pour protéger le citoyen face au traitement automatisé de ses « informations nominatives » par l'administration. Au départ, le niveau légal de protection devait prémunir le citoyen face au contrôle de l'administration se trouvant seule à l'époque en possession des moyens informatiques et des capacités d'agrégation des identités en masse. Au deuxième stade de protection des « données à caractère personnel » (1995), il ne s'agit plus uniquement d'informations nominatives, ni que des possibilités de leurs traitements manuels et automatisés par l'administration. Il s'agit plutôt de toutes les données de connexion, de navigation et d'identification qui permettent, de manière plus ou moins directe, de saisir la personnalité de l'individu, de le profiler, de le cibler et de l'identifier. Les techniques biométriques d'identification nominative se combinent aux moyens de traitement numérique, autour de l'individualisation en ligne. Au troisième et dernier stade de protection des « données personnelles », celles-ci « étant par nature plus intrusives que les informations nominatives, le régime applicable aux premières peut être repris pour les secondes. L'inverse, en revanche, n'est pas possible. ». ²⁵⁶⁶

1108. En ce sens, la RDC réforme son cadre juridique des « contenants » ²⁵⁶⁷ et du « contenu » ²⁵⁶⁸ des télécoms. De *lege ferenda*, son projet de loi sur les télécoms et les TIC a

²⁵⁶⁵ C. SEVELY-FOURNIER, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, t. 100, 2010, p. 38, cité par J. EYNARD, *op.cit.*, p. 357.

²⁵⁶⁶ J. EYNARD, *op.cit.*, 2013, p. 357.

²⁵⁶⁷ N. ARPAGIAN, *La cybersécurité, mesurer les risques, organiser les défenses*, 2^e éd., Que sais-je ?, n°3891, PUF, coll. Droit-Politique, Paris, 2016 (2010), p.8 : « les contenants, c'est-à-dire les moyens techniques (réseaux informatiques,

retenu la notion juridique de « données à caractère personnel », s'inscrivant ainsi au niveau médiane de transformation du droit entre « informations nominatives » et « données personnelles ». Les esquisses de la nouvelle législation congolaise se destinent à compléter la notion générique de « correspondances émises par la voie des ondes ».²⁵⁶⁹ En l'état actuel du droit congolais, il s'agit de la seule référence possible au traitement des informations nominatives ou des données personnelles en ligne.

1109. Le projet législatif s'identifie à la méthode définitionnelle européenne. Certaines définitions sont uniques au projet congolais, d'autres sont communes et d'autres encore ne sont précisées qu'en Europe. de manière singulière, le texte congolais définit les « données » comme toute représentation de faits, d'informations ou de notions sous une forme susceptible d'être traitée par un équipement terminal, y compris un programme permettant à ce dernier d'exécuter une fonction. En RDC comme en France, les « données à caractère personnel »²⁵⁷⁰ sont définies, avec leurs déclinaisons fournies seulement dans le texte congolais : données de connexion, données de trafic, données informatiques, données relatives aux abonnés d'un réseau, en y ajoutant les données génétiques. Toutefois, le règlement européen n°2016/679 ajoute les définitions des « données biométriques »²⁵⁷¹ et « données de santé », tout en complétant la notion des données génétiques. Elle donne une précision importante quant à l'enveloppe logique des données : le « fichier » est tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique. (5)

2. La synthèse de l'évolution des enjeux de protection des données personnelles

1110. Au fil du temps, les enjeux législatifs sur la donnée se sont amoncelés en trois étapes, depuis les débuts de l'informatique dans les années 1970 en Europe et en France jusqu'à l'ère numérique actuelle. Ces étapes empreignent les transformations du droit à la base du système composite de protection des données personnelles. Les premières législations en Europe des années 1970 ont concerné les informations nominatives, la directive de 1995 a consacré les données à caractère personnel et les plus récentes réformes ont concerné les données personnelles.

1111. *Premièrement*, l'enjeu définitionnel est fondamental, dans la structuration des régimes, ayant finalement dégagé la notion de données personnelles, comme autonome et cumulative des informations nominatives et des données à caractère personnel. Toutes ces notions paraissent irréductibles dans leurs singularités, mais peuvent être englobées dans les données personnelles pour leur associer un niveau davantage élevé de protection juridique. La notion des données personnelles est globalisante : elle se présente comme un œuf, avec son blanc (données à caractère personnel) et son jaune d'œuf (informations nominatives).²⁵⁷²

téléphoniques, satellitaires...) utilisés pour les échanges de données, qui peuvent faire l'objet d'infiltration, d'altération, de suspension voir d'interruption ».

²⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 8 : « les contenus, c'est-à-dire l'ensemble des informations qui circulent ou sont stockées sur des supports numériques (sites Internet, bases de données, messageries et communications électroniques, transactions dématérialisées...) ».

²⁵⁶⁹ Article 52, loi-cadre sur les télécoms [RDC], préc. : « Le secret de correspondances émises par la voie de télécommunications est garanti par la loi. Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci ».

²⁵⁷⁰ Article 4-1), règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, préc. : « "données à caractère personnel", toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ».

²⁵⁷¹ Article 4-13), -14) et 15), règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, préc., pour définir respectivement les données génétiques, biométriques et de santé.

²⁵⁷² J. EYNARD, *op.cit.*, p. 357.

1112. *Deuxièmement*, l'émergence du droit protecteur et ses adaptations tendent à concilier respect de la vie privée et circulation des données personnelles. Le système de protection renforce l'obligation de loyauté des plateformes de traitement à l'ère numérique. Il se fonde sur le principe du consentement *a priori* ou du moins de l'opposition *a posteriori* de la personne pour le traitement des informations et des données la concernant. Cependant, des activités numériques de plus en plus sophistiquées contournent le principe, en faisant progressivement perdre à la personne le contrôle de ses données. Celle-ci n'est pas toujours au courant des collectes qui l'enserrent et des traitements qui le cernent dans le cyberspace.

1113. *Troisièmement*, le niveau harmonisé de protection des données au sein de l'Europe permet une circulation sécurisée des données au sein de l'Union et de l'espace économique européen. L'échange des données devient plus problématique hors de l'« écrin continental » européen. En direction des USA, des mécanismes particuliers comme le « *Safe harbor* »²⁵⁷³ sont à relever. Mais, la RDC entame sa première expérience d'élaboration des sources formelles du droit des données à caractère personnel. Le projet de loi sur les télécoms et les TIC lui a consacré son « Titre III »²⁵⁷⁴, en abordant en trois chapitres ses conditions de traitement²⁵⁷⁵, les droits et obligations des acteurs²⁵⁷⁶, sa régulation²⁵⁷⁷ ainsi que les mesures et les sanctions²⁵⁷⁸. Des dispositions spécifiques sont prévues dans un autre titre pour traiter « de la protection de la vie privée des utilisateurs de réseaux et de services des télécommunications et des technologies de l'information et de la communication ».²⁵⁷⁹

3. La typologie essentielle du système de protection des données personnelles

1114. Les techniques numériques mettent à l'épreuve la vie privée ainsi que les données personnelles et/ou les informations nominatives. Elles alimentent les risques d'atteintes diverses, au regard de mondialisation des économies, de l'internationalisation des réseaux et surtout de la globalisation du cyberspace.²⁵⁸⁰ Avec l'économie numérique, les marchés ne sont plus isolés. Les pratiques ne sont plus localisées sur un territoire précis. Les droits nationaux ne sont plus cloisonnés dans des territoires étatiques. La typologie des systèmes de protection répond aux aspects dématérialisés de la donnée elle-même et de leurs traitements. Mais, les institutions juridiques se destinent aussi à l'État, son administration et finalement au citoyen personne physique.

1115. Le droit de la protection des données personnelles n'est pas laissé au seul droit de la personnalité, ni assimilé au droit patrimonial : « somme toute, la reconnaissance du droit de propriété impliquerait une moindre capacité de protection des pouvoirs publics, sans renforcer

²⁵⁷³ Le « *Safe harbor* » est un mécanisme conventionnel entre l'Union Europe et des opérateurs américains qui acceptent de respecter le niveau de protection des données au même titre que les opérateurs européens et vers qui, pour ce motif, l'Union Europe autorise le transfert international des données de ses citoyens.

²⁵⁷⁴ Cf. « Titre III : De la protection des données à caractère personnel », projet de loi sur les télécoms et les TIC en RDC, préc. Il est à noter que ce titre a été inséré au projet de loi précité, alors qu'initialement il faisait l'objet d'un projet de loi à part entière. Le gouvernement congolais avait entrepris de fusionner ses projets de textes de loi, en vue contourner les préalables du droit constitutionnel congolais. Compte tenu de la difficulté de situer les télécoms dans les matières relevant du « domaine de la loi » ou du « domaine de règlement ». Mais, le droit de la protection des données personnelles ne relève pas entièrement du droit de la personnalité (à cause notamment de sa protection administrative). Néanmoins, il relève tout au moins des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de leurs libertés publiques », au sens de l'article 122-1 de la Constitution. Cet article définit les matières relevant du domaine de la loi et à soumettre au parlement. Ainsi le gouvernement congolais a fait l'économie d'un projet de loi spécifique sur les données personnelles.

²⁵⁷⁵ Projet de loi sur les télécoms et les TIC en RDC, préc. : « Chapitre I : des conditions de traitement des données à caractère personnel », inséré au Titre III.

²⁵⁷⁶ *Ibid.* : « Chapitre II : des droits et obligations des acteurs », inséré au Titre III.

²⁵⁷⁷ *Ibid.* : « Chapitre III : de la régulation en matière des données à caractère personnel », inséré au Titre III.

²⁵⁷⁸ *Ibid.* : « Chapitre IV : des mesures et des sanctions », inséré au Titre III.

²⁵⁷⁹ *Ibid.* : « Chapitre XI », inséré au Titre II : des technologies de l'information et de la communication ».

²⁵⁸⁰ Cf. « verbo » concernés M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, préc.

pour autant la capacité des individus à veiller à leurs propres intérêts ».²⁵⁸¹ Le système juridique de protection est encadré par un « service public de la donnée »²⁵⁸², sans lequel le citoyen est désarmé vis-à-vis de la puissance économique et technologique des responsables de traitement, vu les modes de plus en plus insidieux de collecte des données et informations les concernant.

1116. Depuis 1978, la France a institué la CNIL, « Commission Informatique et Liberté », comme l'institution pionnière sur le plan national.²⁵⁸³ Ne recevant d'instructions d'aucune autorité; elle « accompagne les professionnels dans leur mise en conformité et aide les particuliers à maîtriser leurs données personnelles et exercer leurs droits. Elle analyse l'impact des innovations technologiques et des usages émergents sur la vie privée et les libertés. Enfin, elle travaille en étroite collaboration avec ses homologues européens et internationaux pour élaborer une régulation harmonisée ».²⁵⁸⁴ En tant qu'autorité de régulation des données personnelles, ses quatre missions principales sont : informer et protéger²⁵⁸⁵, accompagner et conseiller,²⁵⁸⁶ contrôler et sanctionner,²⁵⁸⁷ et enfin anticiper²⁵⁸⁸. Les « outils » de la CNIL dans sa mission d'accompagnement sont : les correspondants informatique et libertés (CIL) qui épaulent son travail ; les labels, packs de conformité (référentiels sectoriels) ; les BCR (*Binding Corporate Rules*) qui encadrent les transferts de multinationales hors de l'Union Européenne. Elle certifie la conformité des processus d'anonymisation des données personnelles dans la perspective de leur mise en ligne et de leur réutilisation.²⁵⁸⁹

1117. À l'instar de la France, la réforme congolaise prévoit la création d'une autorité de régulation des données à caractère personnel, sous l'appellation d' « Agence nationale des Nouvelles technologies de l'information et de la communication », ANTIC en sigle.²⁵⁹⁰ À l'avenir, elle est censée assurer le service public congolais de la donnée, comme administration chargée de la régulation des activités de sécurité électronique. À ce titre,

²⁵⁸¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, études, Paris, 2014, p. 267, in La documentation française, n°16, 2015, p. 11.

²⁵⁸² Cf. pour la source de l'expression : loi pour la République numérique, préc.

²⁵⁸³ Cf. pour la création (et composition) : Loi n°78 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « Loi Informatique et liberté » (spéc. article 13, dont dernière modification est faite par la loi n°2017-55 du 20 janvier 2017). La CNIL est composée de 18 membres, dont 6 représentants de hautes juridictions (2 conseillers d'État, 2 de la Cour de cassation, 2 de la Cour des comptes), 5 personnalités qualifiées (1 désigné de l'Assemblée nationale, 1 du Sénat et 3 du Conseil des ministres), 4 parlementaires (2 pour le Sénat et l'Assemblée nationale), 2 membres du Conseil économique, social et environnemental et 1 membre de la Commission d'accès des documents administratifs. Ses membres élisent leur Président, chacun de commissaires ayant une durée de mandat de 5 ans.

²⁵⁸⁴ [https://www.cnil.fr/fr/les-missions] (consulté le 8 octobre 2016).

²⁵⁸⁵ *Ibid.* La CNIL informe les particuliers et les professionnels et répond à leurs demandes, en usant de pédagogies, de l'éducation au numérique et d'outils pratiques, d'aide aux personnes se trouvant en difficulté dans l'exercice de leurs droits. Elle a pour mission de promouvoir l'utilisation des technologies protectrices de la vie privée, notamment les technologies de chiffrement des données.

²⁵⁸⁶ *Ibid.* La CNIL assure la régulation des données personnelles à travers différents instruments juridiques du système de protection des données personnelles. Elle encourage, par des boîtes à outils, les organismes souhaitant optimiser leur niveau de conformité.

²⁵⁸⁷ *Ibid.* La CNIL contrôle la mise en œuvre concrète des lois et notamment les systèmes de vidéo-protection autorisés par les préfetures. Elle sanctionne par des amendes, versées compte du Trésor public, les infractions, avec possibilité de les dénoncer ou de les référer à la juridiction compétente. Elle peut aussi enjoindre la cessation du traitement ou retirer l'autorisation accordée par elle

²⁵⁸⁸ Dans le cadre de son activité d'innovation et de prospective, la CNIL met en place une veille, avec un laboratoire d'étude de l'innovation, pour détecter et analyser les technologies ou les nouveaux usages pouvant avoir des impacts importants sur la vie privée. Aussi, conduit-elle une réflexion sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par l'évolution des technologies numériques.

²⁵⁸⁹ Source : www.cnil.fr (consulté le 8 octobre 2016)

²⁵⁹⁰ Le projet de loi de loi sur les télécoms et les TIC (article 184) délègue son organisation et son organisation au premier ministre, délibérant par décret sur proposition du ministre des PTNTIC, en concertation avec les ministres en charge des départements suivants : Défense nationale, Intérieur, Sécurité et Justice.

l'agence (à créer) est censée veiller à la mise en œuvre des traitements des données à caractère personnel conformément à la législation spécifique dont elle relève. Elle assure les missions de liaison entre les responsables de traitements et les personnes concernées quant à leurs droits et obligations, tout en s'assurant que les technologies employées ne comportent pas de menace au regard des libertés publiques. D'autres tâches concernent l'homologation des chartes, la réception des plaintes, la tenue des répertoires de traitement pour le public, la fourniture des conseils notamment pour l'amélioration du système juridique, l'autorisation des transferts transfrontaliers des données personnelles, la publication des rapports, avis et autorisations accordées.²⁵⁹¹

1118. Néanmoins, le niveau européen est le plus élevé. La réflexion des hautes instances répond aux défis juridiques de la transformation numérique, par des dispositions qui « invitent à une révolution de nos catégories et paradigmes juridiques [...] Il s'agit de mettre davantage les technologies numériques au service des droits fondamentaux des résidents européens. C'est à partir de ce point d'ancrage personnel que doit se développer le droit du numérique qui est désormais une composante essentielle des droits de l'Homme ».²⁵⁹² En effet, une des expressions significatives de la protection de la personne a émergé avec l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La loi française pour la République numérique a institutionnalisé le droit à l'autodétermination personnelle, comme le fit auparavant la jurisprudence constitutionnelle en Allemagne et en Europe.²⁵⁹³ La prérogative « à décider de la communication et de l'utilisation de ses données à caractère personnel »²⁵⁹⁴ devient un droit fondamental, inaliénable, « dans l'intérêt global d'une société libre et démocratique ».²⁵⁹⁵ Même dans la figuration d'une révision constitutionnelle, la prospective du droit en RDC n'a pas encore effleuré l'idée de constitutionnaliser la protection des données personnelles.²⁵⁹⁶ Le règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016 sur la protection des données qui entrera en vigueur le 25 mai 2018, introduit de nombreuses innovations dans le système de protection, notamment : le « droit à l'oubli » numérique²⁵⁹⁷ ou encore l'obligation dans certains cas de désigner un « *Data protection Officer* » (DPO).²⁵⁹⁸ Le règlement général européen sur la protection des données de la même année « vise à contribuer à la réalisation d'un espace de liberté de sécurité et de justice et d'union économique, au progrès économique

²⁵⁹¹ Article 185, projet de loi sur les télécoms et les TIC

²⁵⁹² J.-M. SAUVÉ, *op.cit.*, p. 16

²⁵⁹³ CJUE, Gde ch, aff. C-293/12, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd.*

²⁵⁹⁴ BVerf 65, 1 – Volkszählung, 15 décembre 1983, cité par J.-M. SAUVÉ, *op.cit.*, p. 11.

²⁵⁹⁵ J.-M. SAUVÉ, *op.cit.*, p. 11.

²⁵⁹⁶ Cf. E. BOSHAB, *Entre la révision de Constitution et l'inanition de la nation*, Larcier, 2013, p. 11. Le professeur Boshab, chef de département de droit public à l'Université de Kinshasa, a étudié en détail les stimuli et objets envisageables de la révision de la Constitution du 18 février 2017 en RDC. Son étude arrive à l'appréciation suivante : « Dans les démocraties naissantes comme celles qui peinent à s'affirmer en Afrique subsaharienne puisqu'elles n'ont pas encore quitté ; de manière définitive, la zone de turbulence, deux facteurs méritent d'être intégrés dans l'analyse du foisonnement des clauses constitutionnelles d'éternité ». Selon l'auteur, le « premier facteur le plus crucial est que ces démocraties [...] fonctionnent par injonctions et menaces d'isolement politique [...] Le second facteur concerne l'idéalisation de la citoyenneté par le droit ».

²⁵⁹⁷ Considérants n°65 et 66, règlement (UE) n° 2016/679 du 27 avril 2016, préc. La personne peut « disposer d'un « droit à l'oubli » lorsque la conservation de ces données constitue une violation du présent règlement ». Particulièrement, c'est « avoir le droit d'obtenir que leurs données à caractère personnel soient effacées et ne soient plus traitées [si] elles ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière, lorsque les personnes concernées ont retiré leur consentement au traitement ou [...] s'opposent au traitement ».

²⁵⁹⁸ V. BENSOUSSAN-BRULÉ, A. COQUER, D. ENTRAYGUES, M. GRATEAU, B. LAPRAYE, H. LEGRAS, L. LEGRIS, A. MARC, V. TIREL et CH. TORRES, *Le data protection officer une fonction nouvelle dans l'entreprise*, Bruylant, coll. Minilex, Bruxelles, 2017, pp. 1-129. Le DPO ou délégué à la protection des données est un nouveau métier de pilote de l'entreprise aux exigences du règlement européen.

et social, à la consolidation et à la convergence des économies au sein du marché intérieur ainsi qu'au bien-être des personnes physiques ».²⁵⁹⁹

1119. Dans la même expérience que le parlement européen, le législateur français a renforcé en octobre 2016 « la protection de la vie privée en ligne ». À cet effet, la loi pour la République numérique a consacré le principe de l'énonciation de la « mort numérique » comme découlant de la liberté d'autodétermination informationnelle.²⁶⁰⁰ C'est pour chacun le « droit à la libre disposition de ses données personnelles » : il consiste pour une personne à décider de ce que deviendrait ses données personnelles après sa mort, comme une sorte de testament.²⁶⁰¹ Ce droit protecteur est entouré de la « confidentialité des correspondances électroniques privées », prises au même titre qu'une lettre postale. Le secret de correspondance ne connaît de dérogation qu'en cas de consentement dûment exprimé et régulièrement renouvelé pour des traitements automatisés statistiques ou visant à améliorer le service lui rendu. La protection pénale est aussi de mise de manière renforcée (notamment en cas de revanche pornographique).²⁶⁰²

1120. D'autres solutions protectrices des données personnelles débordent des aspects de l'économie numérique qui nous concerne. Le passage à l'ère numérique apporte des exigences de protection des données exploitées sous forme de « *Big data* ». L'utilisation des données publiques est aujourd'hui effectuée par le secteur privé et la société civile, alors qu'elle était essentiellement le fait des administrations qui les détenaient. Selon William Gilles, « L'ouverture des gouvernements crée un nouveau contexte. À l'heure de l'open data, les données publiques ne sont plus seulement détenues par les organismes qui les collectent, mais se retrouvent désormais accessibles à tout un chacun. Ces données doivent certes faire l'objet d'une anonymisation [ou d'une pseudonymisation avec le règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016]²⁶⁰³ avant leur mise en ligne en vue de leur réutilisation éventuelle, mais aucune certitude n'existe quant à l'absence d'identification ultérieure des usagers ».²⁶⁰⁴

1121. Fondamentalement, il est toujours question de considérer les droits consacrés par la plupart des systèmes de protection des données personnelles, du fait de leur caractère essentiel pour la personne physique. Ils se schématisent en droit à l'information, en droit d'accès, en droit d'opposition, en droit de rectification et en droit de suppression par rapport à la collecte, au traitement et à la circulation des données personnelles. La personne physique a la liberté de les exercer et de les invoquer vis-à-vis du responsable privé ou public de traitement, sous la garantie des sanctions.

²⁵⁹⁹ Considérants n°2, règlement (UE) n°2016/679 du 27 avril 2016, préc.

²⁶⁰⁰ « La #LoiNumérique en 15 points clés » [<http://www.economie.gouv.fr/republique-numerique/15-points-cles>] (consulté le 1^{er} mars 2017).

²⁶⁰¹ *Ibidem*. Mort numérique : « Comme pour un testament, une personne aura le droit de faire respecter sa volonté sur le devenir de ses informations personnelles publiées en ligne après son décès, auprès des fournisseurs de service en ligne ou d'un tiers de confiance. »

²⁶⁰² *Ibidem*. « La pénalisation des revanches pornographiques, pratique qui consiste à publier contre son consentement des images érotiques ou pornographique d'une personne a été durcie à deux ans de prison et 60 000 euros d'amendes. » Cf. aussi S. NAWAF SHATHIL, « L'insertion de l'infraction de vengeance pornographique dans le code pénal », *e-juristes.org*, posté le 10 juillet 2016, [<http://www.e-juristes.org/linsertion-de-linfraction-de-vengeance-pornographique-dans-le-code-penal/>] (consulté le 10 mars 2017).

²⁶⁰³ Article 4-5), règlement (UE) n°2016/679 du 27 avril 2016, préc. : « on entend par "pseudonymisation", le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable ».

²⁶⁰⁴ W. GILLES, « Démocratie et données publiques : à l'ère des gouvernements ouverts pour un nouveau contrat de société ? », in I. BOUHADANA et W. GILLES (sous la dir.), *Droit et gouvernance des données publiques et privées à l'ère numérique*, éd. IMODEV, Paris 2015, pp. 29 et s.

1122. De manière générale, les droits de la protection des données à caractère personnel sont assortis des sanctions administratives, civiles et pénales. En France, les sanctions sont insérées dans la section 5 du Code pénal français sous l'intitulé : « Des atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques ». Le code pénal est complété ou modifié par d'autres textes législatifs et réglementaires.²⁶⁰⁵ Pour la RDC, le projet de loi sur les télécoms et les TIC a envisagé au titre III, dont le « Chapitre IV : des mesures et sanctions ». Les mesures de la future ANTIC ne consistent pas en des sanctions mais en des avertissements et des mises en demeure. Les sanctions de nature administrative sont à prononcer par l'ANTIC avec possibilité de porter recours devant le Conseil d'État. Toutefois, les sanctions en cas d'infractions pénales sur les données personnelles sont à traiter dans le Code pénal congolais ou au titre de la répression de la cybercriminalité.²⁶⁰⁶

1123. En définitive, à l'ère de la globalisation du monde, la mobilité des personnes se combine également à « une professionnalisation croissante des solutions disponibles » pour la captation des données (et la filière des faux papiers).²⁶⁰⁷ L'accès aux systèmes d'information numérisés concentre l'attention sur les risques de fraude identitaire, documentaire (hors ligne) et/ou en lien aux données (en ligne). Des questions se posent : « Quelles sont les finalités recherchées par les auteurs de ces nouvelles intrusions ? [...] Quelles en sont les volumétries réelles ? Les systèmes mis en place pour les combattre sont-ils efficaces ? »²⁶⁰⁸ Une approche quantitative permet d'imaginer l'ordre de grandeur des enjeux et menaces des captations et exploitations illicites des données, des atteintes et usages criminels les concernant. D'une part, il s'observe l'« inquiétante recrudescence »²⁶⁰⁹ de la fraude identitaire ou documentaire ; mais celle-ci s'inscrit comme une étape intermédiaire pour d'autres formes de « délinquance astucieuse »²⁶¹⁰ sur les données en ligne. Il s'agit des « types de fraudes économiques et sociales »²⁶¹¹, attendant aux contenus et aux contenus numériques. Durant ces vingt dernières années, en apparaissant comme un « phénomène de société »²⁶¹², les arnaques et les fraudes sur les données « administrativement » sensibles ou « identifiantes »²⁶¹³ ont évolué en « phénomène significatif »²⁶¹⁴ de la cybercriminalité.²⁶¹⁵ Par ailleurs, à elles-seules « les

²⁶⁰⁵ Articles 226-16 à 226-24, Code pénal (CP), modifiés par la loi du 6 août 2004. Article 226-17-1, CP, créé par l'article 39 de l'ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011. Article 226-19, CP, modifié par l'article 4 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012. Article 226-24, CP, modifié par l'article 124 de la loi n°209-526 du 12 mai 2009. Il s'agit selon les cas des peines d'emprisonnements pouvant aller jusqu'à 5 ans ou des amendes pouvant aller jusqu'à 300.000 euros.

²⁶⁰⁶ Articles 190 et 196, projet de loi sur les télécoms et les TIC, préc.

²⁶⁰⁷ G. DE FELCOURT, *L'usurpation d'identité ou l'art de la fraude sur les données personnelles*, CNRS éd., Paris, 2011, pp. 49-50.

²⁶⁰⁸ *Ibidem*, 32-33.

²⁶⁰⁹ Les fichiers d'état-civil contiennent des données administrativement « sensibles ». Ils ont tout aussi indispensables que d'autres pour bénéficier de droits ou des prestations. Ils sont la cible de nombreuses tentatives d'utilisation frauduleuse, par l'introduction de données fictives ou usurpées.

²⁶¹⁰ OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA DÉLINQUANCE (OND), *La Criminalité en France*, Rapport annuel 2008. Sur la période indicative de 2001 à 2007, en partant des références de 1997 renseignant 39.000 cartes nationales d'identité perdues ou volées en France, les chiffres ont été démultipliés par 100, soit 800.000 CNI ainsi déclarées en 2007. Les passeports déclarés tels étaient de l'ordre de 660 en 1999, contre 45.000 en 2005 et 68.000 en 2007.

²⁶¹¹ G. DE FELCOURT, *op.cit.*, p. 42.

²⁶¹² *Ibidem*, p. 36.

²⁶¹³ CONSEILS DES PRÉLÈVEMENTS OBLIGATOIRES, *Fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle*, 1^{er} Rapport 2007, La Documentation Française, Paris, mars 2017, pp. 1-329. [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000186.pdf>] (consulté le 8 octobre 2016) S'agissant uniquement du préjudice de la sécurité sociale, il se chiffre à plusieurs milliards de dollars. Ce 1^{er} rapport situait le préjudice entre 8 et 15 milliards d'euros en 2007, sachant que 15 milliards d'euros représentaient déjà 10% des prestations de la sécurité sociale ou la moitié du déficit des régimes sociaux. Le fait que le numéro de sécurité sociale figure sur les bulletins de salaire.

²⁶¹⁴ G. DE FELCOURT, *op.cit.*, p. 42.

²⁶¹⁵ OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA DÉLINQUANCE (OND), *La Criminalité en France*, Rapport annuel 2008, préc. Cf. pour Rapport public 2009 : [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000678/index.shtml>] La vertigineuse

données personnelles qui étaient considérées auparavant comme un divertissement pour apprenti cyber-pirate, ont trouvé leur "monétarisation" »²⁶¹⁶. En exploitant les vulnérabilités de leurs collectes, traitements, stockages ou échanges, « les cybercriminels ont découvert de nouveaux terrains de chasse avec les données personnelles »²⁶¹⁷.

1124. En définitive, les pratiques illicites sur les données en ligne se réfèrent à la cybercriminalité en général : elles mettent en danger les personnes dans leurs droits et leurs « traces informatiques », y compris leur environnement numérique lui-même. Dans la société numérique, il est devenu indispensable, pour les États, d'organiser la prévention et la répression, voire une riposte musclée, proportionnée ou graduée²⁶¹⁸, contre des atteintes informatiques et des attaques multiformes sur la donnée (en tant que valeur et en tant que pavé du numérique), sur la personne (en tant qu'utilisateur actif ou passif) et sur le réseau (en tant que véhicule et contenant).²⁶¹⁹

B./ LA PROSPECTIVE DE LA CYBERSECURITÉ FACE À LA CYBERCRIMINALITÉ DANS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE CONGOLAISE

1125. Dans le contexte de la RDC, les défaillances du droit pénal des TIC ont déjà été présentées, avec l'aperçu essentiel des instruments de lutte contre la cybercriminalité au niveau international, européen, africain et congolais. Au regard des expériences en Europe et en France, il convient de préciser les enjeux de sécurité des TIC (1) et de dresser une typologie juridiques de cybersécurité pour l'économie numérique congolaise. (2)

1. La synthèse des enjeux de cybercriminalité et de cybersécurité dans l'économie numérique

1126. L'économie numérique est affectée par les propensions à la cybercriminalité et les impacts décuplés des cyberattaques.²⁶²⁰ Les systèmes d'information deviennent des coffres-forts à pénétrer en usant des fonctionnalités du réseau des télécoms. Par le fait des individus (souvent des hacktivistes) des groupements organisés en hackers ou des États eux-mêmes (avec des cybersoldats), le numérique devient tantôt l'objet des infractions, tantôt le moyen de perpétration des crimes. Les vulnérabilités des réseaux font de l'« Internet : le nouveau filon des organisations criminelles ».²⁶²¹

1127. Dans le commerce en ligne et l'économie numérique, les techniques à distance et la dématérialisation des transactions accroissent les risques de fraude, d'escroquerie ou d'atteinte aux droits fondamentaux des utilisateurs de la part des détenteurs des moyens numériques. La cybercriminalité s'appuie sur le large champ de l'anonymat et le recul de l'emprise du pouvoir étatique dans le cyberspace. L'activité informatique relativise

tendance à la hausse des pièces d'identité déclarées perdues ou volées ne peut occulter l'usage desdites pièces comme moyen de commission d'actes de cybercriminalité (usurpation d'identité).

²⁶¹⁶ G. DE FELCOURT, *op.cit.*, pp. 49-50.

²⁶¹⁷ *Ibidem*.

²⁶¹⁸ F. DOUZET, « Chine, États-Unis : la course aux cyberarmes a commencé », in X. Raufer (sous la coord.), *La première cyber-guerre mondiale ?*, éd. MA, Paris, 2015, pp. 73 et s. Par rapport à la cybersécurité, « le *New York Times* publie le 4 février 2013 les conclusions d'un rapport juridique secret sur les pouvoirs du Président Obama en matière de guerre pré-emptive et de riposte dans le cyberspace. [...] À la guerre globale contre le terrorisme se substitue ainsi un nouvel ennemi asymétrique, tout aussi insaisissable, multiforme, capable de frapper n'importe quand et n'importe où, sans préavis, sans nécessairement disposer des moyens d'un État et surtout, sans que l'on puisse l'identifier à coup sûr ».

²⁶¹⁹ G. DE FELCOURT, *op.cit.*, pp. 30-31.

²⁶²⁰ E. FILIOL et P. RICHARD, *Cyber criminalité, Enquêtes sur les mafias qui envahissent le web*, DUNOD, Paris, 2006, p.1. « Les braquages de fourgons blindés existeront toujours mais on ne peut pas en faire plusieurs dans la journée ou dans la semaine ! Dans le cas des attaques informatiques, c'est possible : on peut "automatiser" des opérations quotidiennes. Et, en plus, le coût (en termes de moyens nécessaires à l'attaque et de risques juridiques et physiques) est moins élevé... »

²⁶²¹ *Ibidem*.

l'investissement humain et matériel, alors que les dégâts et préjudices qu'elle cause sont décuplés dans des proportions inverses pour le citoyen ou la société, dans le réseau ou en dehors réseau.²⁶²²

1128. Pour l'économie et la consommation, la souveraineté numérique se traduit par la recherche de la confiance. De nombreux utilisateurs précisent que le manque de sécurité des réseaux constitue leur crainte la plus importante. Leur hésitation à transmettre leurs adresses physiques, leurs numéros de compte bancaire et les autres données à caractère personnel traduisent bien un manque de confiance aux procédés de la vie en réseau. Ce manque de confiance contraste avec l'engouement des utilisateurs pour le cyberspace. Ce qui porte à croire que la sécurité suffisamment établie, les transactions s'en porteront qualitativement et quantitativement mieux.

1129. Plusieurs règles et mécanismes sont de mise pour assurer la confiance en l'économie numérique: régulation du marché des télécoms et de l'accès à l'Internet, identification (des acteurs, des offres et des publicités), restrictions des pratiques (interdites, mensongères et autres déloyales) sur le *Web*, systèmes réglementés d'expression de consentement pour l'usage de ses données personnelles, leur collecte et leur utilisation loyale, y leur pénalisation (*spamming*). Comme en France et en Europe, la nécessité apparaît en RDC d'entourer les acteurs et les activités de l'Internet de certaines obligations adaptées : transparence, loyauté, respect de la vie privée et de l'ordre public. En outre, le droit comparé renforce la protection des consommateurs, en ce qui concerne notamment le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs à travers les réseaux numériques.²⁶²³

1130. La cybersécurité est la réponse à la cybercriminalité. La sécurité crée, maintient et rétabli une situation de confiance. Elle est aussi le dispositif contre une agression, un risque ou un danger. Il appartient donc à chaque État de renforcer son dispositif législatif et sécuritaire se rapportant aux TIC dans leur contenu et dans leur contenant.²⁶²⁴ À l'ère des transformations techniques, la sécurité juridique s'apprécie par rapport aux « usages défensifs et offensifs de ces systèmes d'information qui irriguent désormais nos organisations modernes. »²⁶²⁵ Le cadre juridique protecteur de la donnée et le dispositif de sûreté de la personne se justifient comme composante indispensable de l'ordre public numérique. La législation étatique permet de construire un cadre protecteur du droit de l'accès aux télécoms pour les citoyens et pour la société. Elle renforce la régulation étatique des activités numériques. Le cyberspace ne peut finalement pas se passer de l'État, qui a l'apanage du « service d'ordre » et du « service de justice » malgré le recul de la notion de « service public ». ²⁶²⁶ La déréglementation a supprimé le monopole public sur les TIC, mais elle a en même temps réduit l'emprise de la puissance de l'État sur l'Internet de même que son effectivité dans l'économie numérique. Bien plus, la libéralisation du marché est un atout de consolidation des forces économiques portées par la mondialisation et la globalisation des

²⁶²² O. KEMPF, *Introduction à la cyberstratégie*, 2^e éd. Economica, Paris, 2015. F.-B. Huyghe, O. KEMPF et N. MAZZUCCHI, *Gagner les cyberconflits au-delà du technique*, Economica, Paris, 2015. X. RAUFER (sous la coord.), *La première cyber-guerre mondiales ?*, éd. MA, Paris, 2015.

²⁶²³ C. FERAL SCHUHL, *op.cit.*, pp. 162-195. Textes applicables en France : Loi LCEN n° 2004-575 du 21 juin 2004 en France a transposé la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Loi n°78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique et aux libertés, modifiée et complétée par la loi n°2004-801 du 6 août 2004. Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001, transposant en droit français la directive du 20 mai 1997. Textes applicables en Europe : Directive n°97/7/CE du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance. Directive-cadre n°2005/29/CVE du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales qui vise à harmoniser les règles relatives aux pratiques déloyales au sein du marché intérieur.

²⁶²⁴ N. ARPAGIAN, *op.cit.*, p. 7

²⁶²⁵ *Ibidem*, p. 7.

²⁶²⁶ Cf. au sujet de 'apanage des services de l'État : L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit public*, préc.

économies. La lutte contre la cybercriminalité passe nécessairement par des efforts coordonnés entre États et l'implication du secteur privé.

1131. En prenant appui sur les TIC, la cybercriminalité se présente comme un défi mondial et une délinquance intelligente. Les outils numériques sont devenus un vecteur idéal pour faciliter l'action des délinquants à commettre leurs forfaits. Les réseaux numériques contribuent à la simplification de la communication et à la diffusion de l'information à l'échelle planétaire. Ils favorisent ainsi la commission d'infractions des plus traditionnelles, tout autant qu'ils ont fait émerger des infractions spécifiques. La cybercriminalité peut osciller entre des buts économiques, idéologiques voire politiques ; elle reste cependant une activité criminelle « susceptible de se commettre sur ou au moyen d'un système d'information généralement connecté à un réseau ». ²⁶²⁷ Pour autant, « Ils nécessitent en conséquences une adaptation constante des réponses judiciaires, des techniques et moyens policiers à la hauteur des préjudices humaines et économiques subis ». ²⁶²⁸ Le droit pénal comparé a circonscrit les aspects de la cybercriminalité à travers les qualifications légales et les catégorisations des atteintes. Ces dernières ne concernent pas uniquement les réseaux informatiques, les systèmes d'informations, mais atteignent aussi des infrastructures d'importance vitale, les capacités de défense ou de sécurité nationale, le fonctionnement de nos systèmes de vie économique et sociale. Elles dépassent aujourd'hui les atteintes à la vie privée, pour atteindre d'autres valeurs ainsi que la foi publique. De la sorte, il apparaît des risques et des menaces cybercriminels, analysables, comme en termes de mode opératoire du crime informatique ou comme des conséquences sociales néfastes. L'approche typologique de la cybercriminalité est ainsi possible à travers le droit pénal spécial et l'évaluation des menaces sécuritaires pour la société. Notre analyse se limite au cadre de l'économie numérique.

2. La typologie de la cybercriminalité économique sous l'angle du droit et de la sécurité

1132. La doctrine considère la cybercriminalité comme un ensemble, avec deux grandes sous-catégories d'infractions : les infractions où l'information est l'objet du délit, et les infractions où l'informatique est le moyen du délit. plus récente ajoute la catégorie où l'informatique est le support de diffusion, dans le cadre des infractions déjà commises. ²⁶²⁹

1133. Par atteinte à la sécurité des réseaux informatiques, on entend les atteintes à la confidentialité, à l'intégrité, à l'authenticité à l'intégrité des systèmes et des données informatiques. La section I de la Convention de Budapest reprend cette classification et les principales incriminations. Elle concerne les atteintes à la sécurité des réseaux et des données informatiques. Parmi les incriminations, figurent : l'accès illégal aux systèmes d'information, l'interception illégale des données, l'atteinte à l'intégrité du système d'information ou au réseau, l'atteinte à l'intégrité des données, l'abus de dispositif, la falsification informatique et la fraude informatique. ²⁶³⁰

1134. En somme, il est possible de s'en tenir à la « brève analyse d'une hétérogénéité » ²⁶³¹ que représente la cybercriminalité, compte tenu de la multiplicité des modes d'action criminelle via les moyens électroniques. Si déjà les terminologies fluctuantes de la cybercriminalité est source de difficulté, ²⁶³² elle brouille plusieurs critères d'approche à

²⁶²⁷ M. QUÉMENER, *Cybercriminalité, défi mondial*, Economica, Paris, 2009, p. 3.

²⁶²⁸ *Ibidem*, p. 2.

²⁶²⁹ *Ibid.*

²⁶³⁰ Convention de Budapest sur la cybercriminalité, préc.

²⁶³¹ F. DECHAMPS et C. LAMBILOT, *Cybercriminalité, état des lieux*, Anthemis, Belgique, 2016, p. 23 et s.

²⁶³² S. W. BRENER, « Cybercrime Metrics : Old Wine, New Bottles ? », *Virginia Journal of Law and Technology*, 2004, vol.9, n°1, pp. 43-57.

cause du gonflement du phénomène par infractions classiques antérieures à l'essor des technologies électroniques, à la popularisation de l'informatique et à la globalisation de l'économie numérique. La Convention de Budapest sur la cybercriminalité donne lieu à distinguer quatre types d'infractions,²⁶³³ à savoir :

- les infractions contre la confidentialité, l'intégrité, et la disponibilité des données et systèmes informatiques,²⁶³⁴
- les infractions informatiques,²⁶³⁵
- les infractions se rapportant au contenu,²⁶³⁶
- les infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle.²⁶³⁷

1135. Pour la France, Nicolas Arpagian a précisé une typologie des aspects structurant la cybersécurité autour de deux grandes menaces de cyberattaques. Le premier axe concerne les « attaques sur les réseaux informatiques et téléphoniques » : espionnage, interceptions, altération des données, prise de contrôle à distance d'un dispositif, d'un outil ou d'un système informatique. Le deuxième axe se rapporte aux « attaques informationnelles » : attenter à l'e-réputation, développer des stratégies d'influence à l'ère du Net, maîtriser la mémoire collective, le piratage numérique comme arme économique ou de subversion, le commerce illégal.²⁶³⁸

1136. En RDC, le projet de loi sur les télécoms et les TIC comportent un chapitre d'incriminations de la cybercriminalité, en adaptant la procédure ainsi que certains éléments constitutifs d'infractions par rapport aux TIC. La future législation présente un dispositif pénal, clair dans sa typologie devant être suivie d'une politique de cybersécurité. En lien étroit avec l'économie numérique,²⁶³⁹ la liste des futures incriminations légales synthétise l'apport du projet de loi sur les télécoms et les TIC²⁶⁴⁰:

- des infractions se rapportant au contenu, spécialement la pornographie infantile ;
- des infractions liées aux activités des prestataires de services de communication au public par voie électronique ;
- des infractions liées à la publicité par voie électronique ;
- des infractions liées à la prospection directe ;
- des infractions en matière de cryptologie ;
- de l'adaptation de certaines infractions aux TIC, lorsqu'elles sont utilisées comme moyen pour des atteintes aux biens ou de commission d'infractions par tout moyen de diffusion publique ;
- des atteintes à la défense nationale.
- D'autres infractions englobent plusieurs atteintes spécifiques contre : la confidentialité des systèmes informatiques, l'intégrité des systèmes informatiques, la disponibilité des systèmes informatiques, les données informatisées en général et les droits de la personne au regard du traitement des données à caractère personnel.

²⁶³³ Cf. pour l'énumération : DECHAMPS et C. LAMBILOT, *op.cit.*, p. 24.

²⁶³⁴ Art. 2, 3, 4, 5 et 6, Convention de Budapest, préc.

²⁶³⁵ Art. 7 et 8, Convention de Budapest, préc.

²⁶³⁶ Art. 9, Convention de Budapest, préc.

²⁶³⁷ Art. 10, Convention de Budapest, préc.

²⁶³⁸ Cf. pour la synthèse : N. ARPAGIAN, *op.cit.*, p. 126.

²⁶³⁹ Dans la politique législative actuelle en RDC, c'est le projet de la loi sur les TIC, sous examen au parlement de puis avril 2017, qui apporte la réforme du code pénal congolais datant de 1940. Cf. Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal congolais tel que modifié et complété à ce jour, JORDC, 47^e année, n° spécial, 05 octobre 2006, pp. 5-68

²⁶⁴⁰ Articles 259 à 310, projet de loi sur les télécoms et les TIC [RDC], préc.

1137. Concernant la procédure, la future loi sur la cybercriminalité autorise, dans le cadre d'enquêtes judiciaires et d'instructions criminelles, les perquisitions et saisies informatiques, sans dresser d'hierarchie de la preuve, ni faire d'exclusion d'autres sources d'information. Les interceptions judiciaires, l'extraction et la conservation rapide des données sont également admises. Les agents publics habilités (ANTIC) appliquent et constatent l'application des mesures d'effacement total ou partiel des données à caractère personnel en cas de traitement illicite ou de décision de justice.²⁶⁴¹

1138. Cependant, la réponse pénale n'est pas la panacée contre la cybercriminalité ; indifféremment des barèmes de sanction, de leurs fonctions dissuasives et intimidantes. Elle doit être complétée d'autres moyens techniques et matériels de lutte, pour non seulement réprimer et prévenir, mais aussi pour construire des systèmes plus robustes. Les réseaux et les économies numériques doivent continuer à fonctionner malgré l'exploitation des vulnérabilités et les attaques permanentes qu'ils subissent. « La réussite dans le cyberspace dépend de la capacité à s'adapter à ce contexte de menaces dynamiques ».²⁶⁴² En effet, « Dans le cyberspace ; l'agresseur n'a besoin de trouver qu'une seule faille, alors que le défenseur doit couvrir toutes les faiblesses imaginables ou inimaginables ».²⁶⁴³ Déjà auparavant, l'économie et le TIC connaissait la vulnérabilité et la résilience.²⁶⁴⁴

1139. Concernant les défis et exigences la cybersécurité pour l'économie : « la résilience est la capacité d'un système ou d'un domaine à résister aux attaques ou aux incidents, et de se rétablir rapidement lorsque de telles circonstances surviennent ».²⁶⁴⁵ Le principe essentiel et existentiel de l'Internet est l'ininteruption de son fonctionnement de l'Internet ; cette logique empreint les solutions techniques et juridiques de lutte contre la cybercriminalité afin de réprimer certes, mais sans affecter la continuité de fourniture des services de la société de l'information.

1140. En définitive, le développement du marché numérique « oblige depuis plus de vingt ans à repenser tous les fondamentaux de la société comme du droit [...] même si le droit et la nouvelle technologie n'évoluent pas à la même vitesse, le droit résiste bien aux bouleversements technologiques ».²⁶⁴⁶ Dans ce contexte, les États repositionnent leur architecture juridique pour faire face aux mêmes défis de globalisation du cyberspace mondial.²⁶⁴⁷ Pour ce faire, « [c]haque État dispose de ses propres lois pour son propre territoire. Les lois restent l'expression de la souveraineté des États, car l'État est lié à l'apparition d'un ordre juridique, selon la formule "*ubi lex, ubi societas*" ».²⁶⁴⁸ Parfois, certains États se regroupent pour harmoniser leurs droits locaux selon différents mécanismes. Dans l'Union européenne, [il s'agit] des directives pour harmoniser les droits [nationaux.] Le parlement de chaque État transpose ensuite la directive dans son droit local ».²⁶⁴⁹ La construction juridique de l'Europe des télécoms a fait l'objet d'études spécifiques dans les

²⁶⁴¹ Article 330 à 354, projet de loi sur les télécoms et les TIC [RDC], préc.

²⁶⁴² J. LIMNNÉLL, *Le cyber change-t-il l'art de la guerre ?*, in X. RAUFER, *op.cit.*, p. 36.

²⁶⁴³ *Ibidem*, p. 34.

²⁶⁴⁴ A. KABEYA TSHIKUKU, « Résilience économique : qu'attendre des TIC ? », *Revue économique de politique économique : Vulnérabilité économique et résilience*, vol. 1, n° 1, Kinshasa, mars 2015, pp. 71-81. « Les TIC peuvent doper les rouages nécessaires pour une résilience de l'économie, par leur "inclusivité" dans toutes les couches de la population. »

²⁶⁴⁵ J. LIMNNÉLL, *op.cit.*, p. 38

²⁶⁴⁶ C. FÉRAL Schuhl, « Préface », in M. QUÉMÉNER, *Cybersociété...*, *op.cit.*, p. 4.

²⁶⁴⁷ GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE, *Les dividendes du numérique...*, *op.cit.*, p. 29. « La technologie influe sur les règles (le cadre réglementaire et les normes) pour engendrer de nouvelles idées – par exemple, nouvelles méthodes de production des biens et des services. Si la plupart des règles sont établies localement, la technologie fait l'objet d'échanges entre les marchés et à travers les frontières ».

²⁶⁴⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution générale à la théorie de l'État*, Sirey, 1962.

²⁶⁴⁹ O. ITEANU, *Quand le digital défie l'État de droit*, Eyrolles, Paris, 2016, p. 12.

chapitres précédents.²⁶⁵⁰ Dans la méthode définie pour notre thèse, les expériences européennes et françaises éclairent, par ses paradigmes et ses solutions avant-gardistes, l'analyse sur les défis législatifs de la RDC. Il convient d'achever la prospective de *lege ferenda* sur le renouveau des lois sur le commerce électronique et la régulation des TIC en RDC. **(Chapitre 2)**

²⁶⁵⁰ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 de la présente thèse.

CHAPITRE 2 :
LA PROSPECTIVE DE RENOUVEAU DES DROITS CONGOLAIS
DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET DE LA RÉGULATION DES TIC
À L'AUNE DU DROIT INTERNATIONAL ET COMPARÉ

1141. Face aux enjeux de la société numérique, il a été remarqué que le gouvernement congolais a bien entrepris des réformes législatives. Ce sont des projets législatifs concernant les TIC et formés d'un ensemble de textes juridiques se rapportant aux réseaux et activités numériques. Le secteur des TIC est au carrefour des progrès technologiques perceptibles dans la nouvelle société congolaise de l'information. Les télécoms constituent effectivement le vecteur essentiel et indispensable du commerce électronique, voire de la vie sociale des populations qui y accèdent. La directive 2003/31/CE a rappelé à ce sujet le préalable ainsi que l'importance de l'accès aux réseaux de télécoms afin non seulement de faciliter le commerce, mais aussi de développer les activités économiques en ligne. Le sens de l'acquis européen est précisé : « Le développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités [...] facilitera la croissance économique des entreprises [...] peut renforcer la compétitivité [...] *pour autant que tout le monde puisse accéder à l'Internet* ». ²⁶⁵¹ Toutefois l'accès au réseau et l'économie inhérente à celui-ci sont sources d'enjeux et des facteurs de législation. En France, la réforme du droit, due à l'évolution technologique, a conduit à une mutation des lois et institutions des « télécommunications », afin de les réaligner dans les droits des communications électroniques, du commerce électronique et de l'économie numérique.

1142. Ainsi, pour s'adapter à cette nouvelle donne essentiellement électronique, l'ART en France (créée en 1996) a vu en 2005 les attributions étendues à la poste et aux communications électroniques. De ce fait, elle est devenue l'ARCEP. ²⁶⁵² Sans à avoir formellement la même position, l'ARPTC s'est vue dotée d'attributions dans le domaine de l'Internet, le législateur lui conférant aussi la mission « *de s'assurer que les citoyens bénéficient des services fournis à l'aide de nouvelles technologies de l'information et de la communication* ». ²⁶⁵³ Mais, l'institution d'un organe de régulation ne doit pas occulter d'autres mécanismes régulateurs du marché tel que le contrat électronique. En effet, l'usage des TIC suscite un enjeu, c'est celui de la confiance, d'un rôle à jouer dans la régulation des contrats électroniques et futur d'accès universel, condition *sine qua non* de l'existence du commerce électronique.

1143. En RDC, comme en Europe, il est nécessaire de disposer d'une loi sur le commerce en ligne, mais il faut au préalable optimiser les moyens de connexion du pays à l'Internet. La considération du législateur européen l'a ainsi confirmé. ²⁶⁵⁴ C'est ainsi qu'il y a deux autres volets de prospectives législatives pour la RDC au regard des nécessités de transformation de son droit positif à l'épreuve des TIC. Deux projets de loi spécifiques ajustent le cadre juridique congolais tant par rapport aux pratiques commerciales en réseau que par rapport à la régulation des réseaux numériques d'accès eux-mêmes. Au cœur de cette régulation se situe la nécessité de lutter contre la fracture numérique en organisant le « service

²⁶⁵¹ Considérant n°2, directive 2000/31/CE, préc.

²⁶⁵² A. MBAUNWEA NKIERI, *Droit congolais des télécommunications, État des lieux, Analyse critique et comparative*, Juricongo, Kinshasa, 2012, p. 20.

²⁶⁵³ Article 3, r), loi (RDC) n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des télécommunications, in JO RDC, 44^e année, numéro spécial, 25 janvier 2003, p. 53.

²⁶⁵⁴ Considérant n°2, directive 2000/31/CE, préc.

universel » afin de réaliser l'inclusion numérique des villes, des collectives et des populations dans la société de l'information.

1144. Aussi, d'une part, l'un des projets de loi sur les TIC se rapporte spécifiquement aux échanges électroniques et au commerce en ligne. Se développant à ce jour comme des situations de fait en RDC, les activités numériques ne sont appréhendées ni dans un quelconque cadre réglementaire, ni dans une définition législative dans l'ordre étatique national. Certaines références très lapidaires sont possibles à envisager avec la loi-cadre de 2002 sur les télécoms, tout autant que des liens approximatifs à établir avec le droit commun porté par le code général de commerce de 1913.²⁶⁵⁵ **(Section 1).**

1145. D'autre part, les nouvelles ébauches de textes de loi concernent l'ARPTC. Dans le renouveau du droit des télécoms et des TIC, la compétence sectorielle de l'autorité de régulation est revue pour encadrer plus largement les TIC, en l'instituant comme « ARPTNTIC ». Ces deux projets de lois additionnels tendent à repositionner des points précis des droits civils, commerciaux et de la régulation étatique afin de répondre aux enjeux actuels d'encadrement juridique des TIC et de leurs promotions. Auparavant l'État-entrepreneur pouvait, grâce à son monopole d'entreprise, financer des activités non-rentables, notamment la couverture totale de la population en services des télécoms, en couvrant les déficits d'accès au réseau. Mais avec la dérégulation du marché des télécoms, le service universel s'est imposé comme une nécessité interventionniste pour assurer l'égalité et la disponibilité d'accès minimal aux services publics, car ces aspects sont souvent délaissés par l'économie concurrentielle.²⁶⁵⁶ Mais au-delà, des perspectives nouvelles se dessinent dans le marché numérique mondial, fondant de nouveaux défis de souveraineté numérique sur les anciens enjeux d'accès universel aux télécoms. Pour autant, la réforme du droit de la régulation doit s'accompagner des politiques publiques concrètes ainsi que d'une réorganisation institutionnelle du service public congolais des télécoms selon les aspects des TIC. **(Section 2).**

SECTION I –

LA PROSPECTIVE D'UN « DROIT SPÉCIAL DES ÉCHANGES ET DU COMMERCE ÉLECTRONIQUES » EN RDC FACE AU DROIT COMPARÉ

1146. Avec les enjeux de développement des réseaux et des activités numériques en RDC, le projet de loi sur le commerce électronique s'adapte nécessairement au droit civil et au droit commercial. **(§1.)** La politique législative congolaise assure dans un but spécifique de confiance, la transition de ses règles juridiques pour toute forme d'échanges électroniques en ligne, comme la France en 2004 avec la loi sur l'économie numérique **(§2).**

²⁶⁵⁵ Décret [du Roi de belges] du 2 août 1913, des commerçants et de la preuve des engagements commerciaux, B.O., 1913, p. 775. Cf. *Les codes Larcier de la République Démocratique du Congo, A- Droit commercial*, 2010, t. III, De Boeck & Larcier (Afrique éditions), Bruxelles, 2010, pp. 2-50.

²⁶⁵⁶ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 171.

§1. Les enjeux de repositionnement du cadre juridique du commerce électronique congolais

1147. En RDC, la notion des télécoms n'a pas beaucoup évolué depuis 1940, année de la première ordonnance législative de la colonie²⁶⁵⁷. Bien que le terme « *télécommunications* » soit expressément défini, rien n'est vraiment prévu en droit positif congolais, au sujet du commerce électronique. En effet, aucune source législative ou réglementaire, générale ou particulière ne le définit ni le régit. Néanmoins, la typologie du commerce électronique ressort implicitement dans les définitions des « *services des télécommunications*²⁶⁵⁸ », des « *services à valeur ajoutée*²⁶⁵⁹ » et des « *services de supports des données*²⁶⁶⁰ ». C'est donc par une interprétation terminologique de la loi que l'appréhension des aspects juridiques du commerce électronique congolais est possible. Le législateur énumère dans cette liste explicite, des services à valeur ajoutée ; certaines activités correspondent aux services de la société de l'information pouvant relever du commerce électronique. En effet, « On peut citer comme exemple, le traitement direct des données, l'enregistrement et la recherche directe des bases de données, l'échange électronique de données, le courrier électronique ou la messagerie vocale »²⁶⁶¹. Ces pratiques sont réelles en RDC.

1148. Depuis 2002, le législateur congolais les considère comme étant seulement un accessoire aux télécoms. Il y a méconnaissance législative du commerce en ligne.²⁶⁶² Les activités d'intermédiaires ou de prestataires techniques ne sont pas définies, ni présentées dans une logique de l'économie numérique. La loi-cadre se limite à les considérer comme des régimes particuliers de concession des services publics. En RDC, il est nécessaire de combler le vide législatif sur le commerce électronique en définissant son objet dans le projet de loi, dit LECE, selon les apports existants du droit international, le droit comparé européen et français restant des expériences de référence. (A/.)

1149. Toutefois de nouvelles perspectives se dessinent quant à l'effectivité du pouvoir des géants économiques de l'Internet sur les valeurs fondamentales des États et leur puissance publique. Pour tous les ordres juridiques, le commerce électronique pose ainsi un défi de souveraineté numérique.²⁶⁶³ Aussi, le droit positif congolais doit-il atteindre un niveau de prospective législative censée encadrer les problématiques nouvelles de la « pluri-normativité » et des autorités « polycentriques » du commerce en ligne.²⁶⁶⁴ (B/.)

²⁶⁵⁷ Ordonnance législative n°254/Télec. du 23 août 1940, Moniteur congolais, JORDC, n° spécial, 25 janvier 2005, Kinshasa, p.18.

²⁶⁵⁸ Article 4, point 4, Loi-cadre sur les télécommunications (RDC), préc. Le « Réseau indépendant » est « un réseau de télécommunication réservé à un usage interne, privé ou partagé ».

²⁶⁵⁹ Article 4, point 18, LCT (RDC), préc. Par « services à valeur ajoutée », on entend « tous services de télécommunications, n'étant pas des services de télécommunications finales ajoutant d'autres services au service support ou répondent à de nouveaux besoins spécifiques de télécommunications. On peut citer comme exemple, le traitement direct des données, l'enregistrement et la recherche directe des bases de données, l'échange électronique de données, le courrier électronique ou la messagerie vocale ».

²⁶⁶⁰ Article 4, point 19, LCT (RDC), préc. on entend par « services supports des données » : « un service de simple transport de données dont l'objet est soit de transmettre, soit de retransmettre, soit d'acheminer des signaux entre les points des terminaux d'un réseau de télécommunications sans faire subir à ces signaux des traitements autres que ceux nécessaires à leur acheminement et au contrôle de ces fonctions ».

²⁶⁶¹ Article 4, lettre 18, *in fine*, LCT (RDC), préc.

²⁶⁶² Cf. Partie II, Chapitre 2, Section 2, §1, de la présente thèse.

²⁶⁶³ P. TRUDEL, « Ouverture – La souveraineté en réseaux », in A. BLANDIN-OBERNESSER (sous dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Coll. Rencontres européennes, Bruylant, Bruxelles, 2016, p.10.

²⁶⁶⁴ G. J. GUGLIELMI, « Préface », in LUCA BELLINI, *De la Gouvernance à la Régulation de l'Internet*, Coll. Au fil des études : Les Thèses, éd. Berge Levrault, Boulogne-Billancourt, 2016, p. 13.

A./ L'OBJET DE LA NOUVELLE LECE EN RDC FACE AUX VIDES LÉGISLATIFS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET AUX RÉFÉRENCES JURIDIQUES INTERNATIONALES ET COMPARÉES

1150. Le commerce en ligne se déroule d'une manière empirique en RDC. le droit congolais ne comporte pas de définition, ni de régime, législatif ou réglementaire, sur les activités économiques réalisées à distance et par la voie électronique. Selon M. De Belleyme au 17^{ème} siècle « *l'exactitude dans les mots produit et engendre l'exactitude dans les choses* »²⁶⁶⁵. Il n'en demeure pas moins que l'activité numérique est en plein essor dans le pays. Mais l'inorganisation du droit du commerce électronique est un facteur de risque pour les consommateurs et pour les prestataires, voire pour son appréhension fiscale par l'État, même si une tentative de définition doctrinale a été faite à titre de contribution pour le droit congolais.²⁶⁶⁶ Toutefois, le terme « commerce électronique » ne présente pas une acception unique et universelle, dans les différents systèmes juridiques nationaux, communautaires ou internationaux.

1151. *De lege ferenda*, il faudra, au niveau international, confronter la prospective législative congolaise face aux faits du marché en tenant compte des efforts de conceptualisation du commerce électronique en droit international. En premier lieu, il faut donc examiner les différents champs définissant le commerce électronique, tel qu'envisagé en RDC, et consacré en Europe et en France. En second lieu, des approches avec le droit international doivent se faire pour appréhender leur influence sur le droit congolais, sachant que la RDC n'a pas, à ce jour, ratifié des accords internationaux spécifiques au commerce électronique. Les faits précèdent le droit du commerce électronique congolais. (1) Plusieurs possibilités de législation sont offertes en droit international (2), mais la LECE présente une particularité quant à son objet au regard du droit international et par rapport au droit comparé européen et français. (3)

1. L'existence du commerce électronique dans les faits non légiférés en RDC

1152. Grâce aux opérateurs GSM, l'exercice du commerce électronique en RDC est courant pour les offres d'achat et de recharge des crédits de communication. Ainsi, les abonnés peuvent effectuer la provision de leurs comptes-clients en ligne à l'aide de commandes dématérialisées de temps d'appel ou de navigation par média informatique. Par le clavier alphanumérique des téléphones, les commandes sont faites sous forme de syntaxe écrite et les accusé-réceptions sont fournis automatiquement sur l'écran du téléphone intelligent ou par SMS du serveur de l'opérateur. Dans les faits, ces pratiques commerciales se réalisent par des commandes en ligne contre accusés de réception sur la même plate-forme. Cependant, les faits ne sont pas qualifiés de commerce électronique.²⁶⁶⁷

1153. Le prospective législative sur le commerce électronique se précise peu à peu en RDC dans le but de cerner les aspects juridiques des services commerciaux de la société de l'information. Sans aller dans une « *pétition de principe* »²⁶⁶⁸, la RDC connaît bien par les

²⁶⁶⁵ BAYONNA BA-MEYA, « La terminologie juridique à l'épreuve de la pratique légale, judiciaire et sociale au Zaïre », *Le droit aux prises aux réalités socioculturelles, Actes des journées scientifiques organisées par la faculté de Droit du 25 au 26 février 1997*, éd. UPC/CEDI, Kinshasa (RDC), p. 9. « Non, les écrits ne restent pas figés, statiques, car l'écrit c'est la parole emprisonnée, c'est l'énergie en attente mais qui rayonne et influence. Non, les paroles prononcées ne s'envolent pas pour dire qu'elles se dissipent dans le cosmos, car les paroles, parce que force créatrice, influencent et façonnent jusqu'au comportement mental et social ».

²⁶⁶⁶ K. NDUKUMA, *Cyberdroit, Télécoms, Internet, Contrats de e-commerce*,..., op.cit, p. 63-77.

²⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 46-47.

²⁶⁶⁸ Y. GARNIER et M. VINCIGUERRA (sous la dir.), *Le petit Larousse illustré*, éd. Larousse, Paris, 2004, p. 771, *Verbo* « *pétition de principe* » : « raisonnement vicieux à tenir pour vrai ce qui fait l'objet même de la démonstration ».

opérateurs des réseaux de télécoms, les faits du commerce électronique qui sont, en réalité, des prestations techniques. Plusieurs activités commerciales en ligne se déroulent, mais sans qualification, ni spécificité juridiques appropriées, permettant un encadrement législatif en tant que faits sociaux nés de l'économie de l'information (« Net économie »).

1154. En droit comparé européen et français, l'objet du commerce électronique a été « défini »²⁶⁶⁹ au titre premier de la première partie de notre thèse. À défaut de définition terminologique, mais en se référant aux critères généraux des directives européennes concernées²⁶⁷⁰, le contour juridique du commerce électronique s'est formé. L'article 14 de la LCEN lui donne une définition législative, en transposition de la directive 2000/31/CE au commerce électronique. Dans les textes internationaux, la CNUDCI et l'OCDE disposent pour les États, des modèles de définitions, soit par des « lois-type », soit par des textes présentant une valeur indicative ; leur forme juridique ne permet pas de les ratifier. Ces définitions d'organisations internationales spécialisées ne sont pas d'autorité contraignante pour l'ordre juridique interne congolais.

1155. Des concepts apparaissent inévitablement dès que le terme « commerce électronique » est évoqué. Il s'agit notamment d'« Internet » ou « réseau de télécoms », que l'on considère comme le milieu approprié d'exercice, et la « vente » qui est le paradigme incontournable de ce type de négoce. La RDC est connectée au commerce numérique mondial, mais se trouve considérablement dépourvue d'une réglementation adéquate pour les services de la société de l'information. En effet, après 62 ans de *statu quo* réglementaire,²⁶⁷¹ les deux lois spécifiques aux télécoms portent essentiellement sur la téléphonie et l'Autorité de régulation, mais non sur les produits et les implications sociétales d'Internet. Le commerce électronique ne trouve pas, dans ces deux lois spéciales en rapport avec les TIC, un régime, ni une satisfaction dans les régimes de droit commun. Ces derniers ne s'appliquent pas aux aspects juridiques du commerce en ligne, tels que : l'écrit électronique (la preuve et la signature électroniques), les prestataires des services de la société de l'information, le contrat électronique, les communications commerciales en ligne, les données personnelles, les œuvres numériques diffusées sur Internet, intermédiaires techniques...

1156. L'absence de définition juridique et de réglementation est frappante. À travers les définitions des services des télécommunications, des services à valeur ajoutée et des services supports, son sens peut implicitement être envisagé. La continuité logique entre la loi-cadre et le commerce électronique n'apparaît pas, alors que l'Europe inclut les services de communications électroniques dans les services de la société de l'information. Cependant depuis l'an 2000, plusieurs opérateurs de télécoms ont fait leur entrée sur le marché de l'offre d'accès à Internet et des contenus numériques en ligne. Pour Vincent Gautrais, dans les faits, « l'accomplissement d'activités commerciales de manière automatique par l'utilisation des technologies de l'information et de la communication » relève du commerce électronique.²⁶⁷² Quant au professeur Filiga Michel Sawadogo, le commerce électronique est « tout ou partie des opérations relatives à la publicité, à l'accord des volontés des parties, à la livraison du

²⁶⁶⁹ Cf. Partie 1, Titre I de la présente thèse.

²⁶⁷⁰ Spéc. : Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique ; directive 98/34/CE sur la société de l'information, directive 97/7/CE sur les contrats à distance, préc. Cf. J. BERGÉ ET S. ROBIN- OLIVIER, *op.cit.*, p. 366. « Le droit européen a sa propre "loi". »

²⁶⁷¹ Avant l'édiction de l'actuelle loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécoms en RDC, la précédente en vigueur fut l'Ordonnance-législative 254/TELEC du 23 août 1940 du Gouverneur général du Congo à l'époque du Congo colonie belge. Cf. JO RDC, n° spécial, 25 janvier 2005, Kinshasa, p. 18.

²⁶⁷² V. GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, Canada, 1998.

produit, à la prestation du service ou au paiement du prix, effectuées en ayant recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication ».²⁶⁷³

2. Les définitions internationales pour le commerce en ligne congolais

1157. Sur le plan international, les définitions du commerce électronique provenant de diverses sources, diffèrent les unes des autres. Celles données par les organisations internationales ont généralement un champ de compréhension très large. Elles essaient d'appréhender les aspects du commerce électronique dans l'ensemble de l'économie, des processus industriels ou commerciaux et dans leurs solutions technologiques ou implications politiques.²⁶⁷⁴ Par ailleurs, le concept du commerce électronique, pour ces organisations multilatérales, est soit étendu²⁶⁷⁵, soit plus étroit²⁶⁷⁶ dans son objet. Certaines par exemple englobent toutes les transactions financières et commerciales effectuées par voie électronique, tels que les échanges de données informatisées (EDI), les transferts électroniques de fonds (TEF) et toutes les transactions par carte de crédit ou de débit. D'autres limitent le commerce électronique à la vente au détail pour les consommateurs effectuant des transactions sur des réseaux ouverts comme l'Internet. La première définition renvoie à une forme de commerce en ligne existant depuis des décennies. La seconde n'existe que depuis quelques années.²⁶⁷⁷

1158. L'OCDE et la CNUDCI (dont la RDC est membre) ont donné des définitions essentielles. L'OCDE, compte tenu de la diversité des besoins des utilisateurs, a considéré qu'une seule définition ne serait pas adaptée à tous les besoins. Aussi, le Groupe d'experts²⁶⁷⁸ a envisagé des définitions cohérentes, pouvant offrir des indicateurs utiles. L'OCDE s'est efforcée d'atteindre un « compromis difficile »²⁶⁷⁹ quant aux critères très divergents pour une définition du commerce électronique. Ils procèdent de la technologie utilisée en opposition

²⁶⁷³ M. SAWADOGO FILIGA, « Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina-Faso et de l'Afrique de l'Ouest », *Conférence régionale africaine de haut niveau*, Tunis, 19-21 juin 2003, p. 1-3. K. NDUKUMA, *op.cit.*, p. 18.

²⁶⁷⁴ B. PATTINSON, « e-commerce – vers une définition internationale et des indicateurs statistiques comparables au niveau international, Division de la politique de l'information, de l'informatique et de la communication », [<http://www.insee.fr/fr/ppp/sommaire/imet97o.pdf>] (consulté le 18 août 2016).

²⁶⁷⁵ Par exemple, l'objet de définition du commerce électronique peut inclure : la conception et ingénierie en collaboration, commerce, transport, marketing, publicité, services d'information, règlement des comptes, marchés publics, santé, éducation)

²⁶⁷⁶ Par exemple, l'objet de définition du commerce électronique peut inclure uniquement la vente au détail ou la livraison par voie électronique.

²⁶⁷⁷ Groupe de travail sur les indicateurs pour la société de l'information, « La définition et la mesure du commerce électronique : Rapport sur l'état de la question », Document DSTI/ICCP/IIS(99)4/FINAL, OCDE, Forum sur le Commerce électronique, Paris, octobre 1999, p. 10 [<http://www.oecd.org/dataoecd/12/56/2092492.pdf>] (consulté le 19 août 2016).

²⁶⁷⁸ Le Groupe de travail de l'OCDE sur les indicateurs pour la société de l'information (GTISI) avait décidé lors de sa réunion d'avril 1999 de créer un groupe d'experts sur la définition et la mesure du commerce électronique. Le présent extrait fait l'économie de leur rapport présenté au Forum de Paris sur le Commerce électronique les 12 et 13 octobre 1999. Leur Rapport rend compte des travaux entrepris par le groupe d'experts en vue d'élaborer un cadre d'établissement des priorités relatives à la mesure du commerce électronique.

²⁶⁷⁹ Groupe de travail sur les indicateurs pour la société de l'information, « la définition et la mesure du commerce électronique : rapport sur l'état de la question », OCDE, Document n°DSTI/ICCP/IIS(99)4/FINAL, Paris, 7-8 octobre 1999, p.4 : « À la suite d'un atelier de l'OCDE (21 avril 1999) qui a réuni des représentants du monde des affaires, des décideurs, des chercheurs et des statisticiens pour examiner les questions de définition et de mesure du commerce électronique, le Groupe de travail de l'OCDE sur les indicateurs pour la société de l'information (GTISI) a décidé lors de sa réunion d'avril 1999 de créer un groupe d'experts sur la définition et la mesure du commerce électronique, dont le mandat est de « compiler les définitions du commerce électronique qui sont pertinentes pour les politiques et statistiquement applicables ». Quatorze pays ainsi qu'Eurostat, et Singapour en qualité d'observateur, participent aux travaux de ce groupe d'experts³. Pour mener leur réflexion, les membres du Groupe d'experts doivent être «pleinement informés des besoins des responsables des politiques en termes d'indicateurs et de données dans le domaine du commerce électronique ».

avec le principe de la neutralité technologique²⁶⁸⁰, des parties²⁶⁸¹, des types de transactions²⁶⁸², du particularisme du support utilisé ou du processus commercial.²⁶⁸³

1159. Selon l'OCDE, le commerce électronique peut être entendu comme « toutes formes de transactions liées aux activités commerciales, associant tant les particuliers que les organisations, et reposant sur le traitement et la transmission de données numérisées, notamment texte, son et image. Il désigne aussi les effets que l'échange électronique d'informations commerciales peut avoir sur les institutions et le processus, qui facilitent et encadrent les activités commerciales » ; l'OCDE précise que ces effets sont un vecteur majeur de croissance économique.²⁶⁸⁴ Les infrastructures de communication sont aussi définies selon deux dimensions: les applications et les réseaux.²⁶⁸⁵

1160. Les travaux du groupe d'experts de l'OCDE ont permis de dresser une liste d'éléments comparables au niveau international dans les processus industriels et commerciaux tirant profit du support électronique :

- commande de biens et de services – à la fois, ventes et achats en ligne ;
- paiement en ligne des biens et services – à la fois, reçus et paiements ;
- réalisation de transactions financières autres que les paiements en ligne, par exemple transactions bancaires ;
- livraison numérique de services – en tant que fournisseur et client ;
- marketing et promotion / recherche d'informations en ligne ;
- recrutement de personnel/recherche de travail en ligne ;
- utilisation des bases de données en ligne – en tant que fournisseur et utilisateur.²⁶⁸⁶

1161. La CNUDCI, dans sa « *loi-type sur le commerce électronique* » du 16 décembre 1996²⁶⁸⁷, ne définit pas le commerce électronique, mais fournit uniquement une définition de l'EDI²⁶⁸⁸, qui l'inclut. Cette loi-type, antérieure à la directive européenne 2000/31/CE sur le

²⁶⁸⁰ Si l'on se fie au Minitel, par exemple, ou seulement à l'Internet, il y a lieu que les découvertes nouvelles de technologies dépassent le cadre de la définition. Il y a donc lieu de croire qu'une définition du commerce électronique sera forcément dynamique et variera en fonction de l'objectif que l'on souhaite mesurer.

²⁶⁸¹ Les définitions des décideurs sont en général très larges afin d'englober les incidences du commerce électronique, tous les segments des transactions ainsi que tous les agents économiques. Toutefois, également dans le cas du commerce sur l'Internet, on peut trouver diverses définitions selon la partie de la transaction sur Internet qu'elles englobent.

²⁶⁸² Par exemple toutes les transactions financières et commerciales effectuées par voie électronique, notamment l'EDI, les transferts électroniques de fonds (TEF) et toutes les transactions par carte de crédit ou de débit.

²⁶⁸³ Par exemple, des définitions larges englobant toutes les applications des communications qui servent aux activités commerciales. Leur attention est centrée sur le commerce électronique considéré comme une stratégie ou un modèle commercial plutôt que comme une application ou une technologie.

²⁶⁸⁴ OCDE, « Le commerce électronique opportunités et défis pour les gouvernements », cité par L. THOUMYRE, *RDTI*, 1997-2001, p. 3 [<http://www.juriscom.net/uni/mem/03/introduction.html#footnote23>] (consulté le 11 janvier 2011).

²⁶⁸⁵ Groupe de travail sur les indicateurs pour la société de l'information, « La définition et la mesure du commerce électronique : Rapport sur l'état de la question », OCDE, Document DSTI/ICCP/IIS(99)4/FINAL, Forum sur le Commerce électronique, Paris, octobre 1999, p. 11.

²⁶⁸⁶ B. PATTINSON, *op.cit.*, p. 119.

²⁶⁸⁷ Résolution 51/162 de l'Assemblée générale du 16 décembre 1996 portant sur la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, Guide pour l'incorporation de la loi type de la CNUDCI, Nations Unies, New York, 1997.

²⁶⁸⁸ Selon la loi-type (Résolution 51/162, précitée, p. 18.) : « Au nombre des moyens de communication recouverts par la notion de "commerce électronique" figurent les moyens de transmission ci-après, qui font appel à des techniques électroniques: communication par EDI définie de manière restrictive, comme la transmission d'ordinateur à ordinateur de données commerciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard); transmission de messages électroniques utilisant des normes publiques ou des normes exclusives; transmission par voie électronique de textes librement formatés, par exemple par l'Internet. On a également noté que, dans certains cas, la notion de "commerce électronique" pourrait englober l'utilisation de techniques comme le télex et la télécopie. »

commerce électronique, s'en est largement inspirée. Une seconde loi-type de la CNUDCI²⁶⁸⁹, ayant un lien avec le commerce électronique, « a été adoptée le 5 juillet 2001, après la directive n°1999/93 CE du 13 décembre 1999 et la loi française de transposition du 13 mars 2000 sur la signature électronique. Elle est moins innovante que la première loi-type, à l'inverse, influencée par le texte communautaire. Le dialogue des législateurs est donc réciproque ». ²⁶⁹⁰ La législation européenne ainsi que la transposition française par la LCEN rappellent les solutions innovantes (pour l'époque) de la première loi-type de la CNUDCI, en rapport aux questions suivantes:

- formation et validité des contrats ;
- moment et lieu de l'expédition et de la réception des messages ;
- accès sur l'échange informatisé des données, caractérisant davantage les relations B to C ;
- acceptabilité de l'écrit sous forme de « message de données » avec force probante.²⁶⁹¹

1162. Ainsi, la future LECE tient compte des expériences de l'OCDE et de la CNUDCI et de la reconnaissance du droit européen et français. Les TIC ont provoqué une restructuration de l'espace économique mondial, en tant que marché électronique sans frontière, sans les distances métriques. La mise en rapport des systèmes juridiques vise à « assurer la cohérence des règles communautaires avec les règles internationales [...] sans préjudice des résultats dans les organisations internationales (entre autres, OMC, OCDE, CNUDCI) ». ²⁶⁹² Les législateurs s'inspirent mutuellement, les ordres juridiques s'influencent réciproquement. Ainsi sur le marché électronique mondial, la méthode de la CNUDCI a une influence sur les lois communautaires et/ou nationales. En effet, « la méthode de la loi-type, déjà retenue par la CNUDCI en matière d'arbitrage international, autorise la large diffusion d'un modèle, incorporé en droit national par le législateur avec des variations plus ou moins grandes. Cette méthode a permis la consécration de principes adressés au législateur et au juge plutôt qu'aux opérateurs. ». ²⁶⁹³ C'est ainsi que la loi-type CNUDCI a amené à la création de principes applicables dans les droits nationaux du commerce (électronique), particulièrement : la non-discrimination de la preuve littérale et de la preuve électronique ainsi que la neutralité technologique. La CNUDI appelle les législateurs nationaux à rechercher une formulation des règles de droit qui restent dans une neutralité technologique, afin d'éviter d'assimiler la définition du commerce électronique à un type de technologie en présence.²⁶⁹⁴

1163. En pratique, si l'on prend en compte le type d'activité et le réseau sur lequel le commerce électronique est dirigé, on arrive à toutes les combinaisons de définitions concevables du commerce électronique international. Cela souligne également qu'il ne se limite pas à une technologie ou à une application. Il désigne plutôt celle des TIC comme l'ensemble de la chaîne de valeurs des processus commerciaux, menés par voie électronique.²⁶⁹⁵ De toutes les définitions qui ont été développées, il apparaît clairement que celles-ci devront inclure trois dimensions différentes : 1) les réseaux de communication sur

²⁶⁸⁹ « Loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et son Guide d'incorporation », Résolution adoptée par l'Assemblée générale [sur le rapport de la Sixième Commission (A/56/588)], Doc. A/RES/56/80, in [<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf>] (consulté le 21 août 2011).

²⁶⁹⁰ C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, p. 142.

²⁶⁹¹ Article 9 de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique qui ajoute : « Celle-ci s'apprécie eu égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message, la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente. »

²⁶⁹² Considérant, Directive 2000/31/CE, préc.

²⁶⁹³ [www.OCDE.org/fr] (consulté le 3 mai 2013). Cf. E. A. CAPRIOLI, *op.cit.*, pp. 276 et s.

²⁶⁹⁴ O. CACHARD, *op.cit.*, p. 17-18.

²⁶⁹⁵ *Ibidem.*

lesquels est basé le commerce électronique ; 2) les applications qui sont considérées comme faisant partie dudit commerce ; 3) les transactions, échanges et activités économiques (ou les processus industriels et commerciaux) exercés.

1164. En conclusion, comme dans les autres pays, le commerce en ligne est tributaire de la voie électronique, qui correspond aux réseaux de communications électroniques. Pour accéder au commerce en ligne, la disponibilité d'accès au réseau est indispensable. Il se pose alors la question préalable d'un accès universel à moindre coût pour les citoyens, quel que soit le lieu des prestataires et destinataires. Cette question est abordée dans le cadre des missions de la régulation des télécoms.²⁶⁹⁶ La future loi sur le commerce électronique réserve son objet à régir la particularité des échanges électroniques, civils et commerciaux, sans régir les aspects périphériques de l'accès au réseau.

3. *L'économie de la future LECE en RDC face au marché et au droit comparé*

1165. La législation congolaise est silencieuse quant à la définition de l'objet et de la terminologie du commerce électronique, mais un effort a été fait pour légiférer les activités économiques en ligne. Leur appréhension juridique doit avoir une définition de référence. Ainsi, l'article 4, 3 du projet de LECE (RDC) définit le commerce électronique comme l'« activité commerciale par laquelle une personne effectue ou assure par voie électronique la fourniture de biens ou de services ». Les « activités commerciales »²⁶⁹⁷ sont très étendues, mais l'article 3 dudit projet de LECE (RDC) exclut de son champ d'application « les jeux d'argent, même sous forme de paris et loteries, légalement autorisés », « la représentation et l'assistance en justice », « les activités exercées par les notaires en application des textes en vigueur ». En recourant au droit comparé, l'article 4 de la LCEN²⁶⁹⁸ définit le commerce électronique comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture des biens ou de services ».²⁶⁹⁹ Cette comparaison amène à plusieurs observations quant aux futures définitions législatives en droit congolais.

1166. Premièrement, le champ d'activités dans le commerce électronique congolais est plus étroit qu'en Europe et en France. En droit du commerce électronique, l'acception plus large de l'« *activité économique* » du droit français et du droit européen contraste avec le cadre restreint congolais des « *activités commerciales* ». La définition énumérative des dites activités dans l'article 4, 1) du projet de LECE (RDC)²⁷⁰⁰ rappelle les actes de commerce, traditionnels de l'article 2 du décret du roi du Congo-belge du 2 août 1923 sur les commerçants et la preuve des engagements commerciaux.²⁷⁰¹ Cette restriction dans le

²⁶⁹⁶ Cf. section II du présent chapitre de thèse.

²⁶⁹⁷ Article 4, point 1), du Projet de loi sur le commerce électronique en RDC : « toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations comprennent, sans s'y limiter, les échanges suivants : fourniture ou échanges de marchandises ou de services ; accord de distribution ; représentation commerciale ; affacturage ; crédit-bail ; services consultatifs ; ingénierie ; licence ; investissement ; financement ; opération bancaire ; assurance ; accord d'exploitation ou concession ; coentreprise ou autre forme de coopération industrielle ou commerciale, transport des marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route ».

²⁶⁹⁸ Article 4 (*in fine*), Loi française n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'économie numérique, préc. : « Sont également compris dans le champ de cette définition : « les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'information, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent »

²⁶⁹⁹ K. NDUKUMA ADJAYI, *op.cit.*, p. 49.

²⁷⁰⁰ Cf. *supra* la note précédente.

²⁷⁰¹ Article 2, décret du 2 août 1923, préc. : « La loi répute acte de commerce : A) tout achat de denrées et de marchandises pour les revendre soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage ; toute vente ou location qui est à la suite d'un tel achat ; toute location de meubles pour sous-louer, et toute sous-

domaine des activités commerciales amène à penser que le droit congolais *de lege ferenda* n'envisage que des actes de commerce par nature, pratiqués en ligne. De ce point de vue, le commerce électronique se limiterait à la réalisation d'actes classés par nature, dans le commerce traditionnel. Toutefois, ce même article 4 étend le champ d'activités de sorte que : « [l]es relations comprennent, sans s'y limiter, les échanges » qui s'effectuent par la « voie électronique ».

1167. Deuxièmement, son objet paraît néanmoins plus restrictif que celui du commerce en ligne européen et français par le fait que l'article 3, 1 du projet de la LECE exclut « *les jeux d'argent, même sous forme de paris et de loteries, légalement autorisés* ». En Europe, l'interdiction des jeux d'argent évolue et devrait inspirer le jeune législateur congolais, s'il suit le droit comparé et les pratiques actuelles du marché électronique congolais et international. En effet, le règlement du parlement européen du 10 septembre 2013²⁷⁰² a officiellement abrogé la restriction de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, qui n'admettait que des jeux et concours promotionnels, tout en excluant les jeux de hasard, les loteries et les transactions portant sur des paris. Ces derniers supposaient des enjeux monétaires.²⁷⁰³

1168. La France a adopté depuis le 1^{er} janvier 2010 la loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.²⁷⁰⁴ Un régulateur spécifique, l'ARJEL, a été créé.²⁷⁰⁵ Cependant en RDC, leur exclusion annoncée dans le futur régime du commerce électronique. Les jeux d'argent en ligne seront donc sous interdiction de principe dans le régime pénal congolais. En effet en RDC, les jeux et loteries, sous peine de poursuites pénales, sont interdits par trois textes législatifs datant tous de l'époque coloniale.²⁷⁰⁶

1169. Cependant, avec la libéralisation législative des services de télécoms par la loi-cadre de 2002, la modernité des réseaux ainsi que l'augmentation du nombre des abonnés téléphoniques et internautes mobiles ont suscité des pratiques commerciales pour les jeux promotionnels, de paris et de tombola en ligne. Ainsi, sur le marché électronique, le législateur fiscal²⁷⁰⁷ a admis ces pratiques prohibées, en principe, à la différence du législateur pénal. La loi 04/015 relative aux actes générateurs des recettes pour le trésor public attribue l'« *Autorisation d'exploitation d'une entreprise de jeux de hasard (jeux permanents et jeux*

location qui en est la suite ; toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics et d'assurances à primes ; toute opération de banque, change ou courtage ; les lettres de change, mandats, billets ou autres effets à ordre ou au porteur ; toutes obligations des commerçants, même relatives à un immeuble, à moins qu'il ne soit prouvé qu'elles aient une cause étrangère au commerce ; B) toute entreprise de construction et tous achats, ventes et reventes volontaires de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure ; toutes expéditions maritimes ; tout achat ou vente d'agrès, appareils et ravitaillements ; tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse ; toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer ; tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipage ; tous engagements de gens de mer, pour le service de bâtiments de commerce »

²⁷⁰² Règlement du Parlement européen du 10 septembre 2013 sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur, Document (2012/2322 (INI)), préc.

²⁷⁰³ Cf. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, section 2, §2, point A/, 1. L'évolution du régime prohibitif des jeux d'argent en ligne du champ du commerce électronique européen.

²⁷⁰⁴ JO RF, n°0110, 13 mai 2010, p.8881, texte n° 1.

²⁷⁰⁵ C. BLOUD-REY, « La régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard sous le prisme des régulateurs belge et français » in, G. JULIA (sous la dir.), *op.cit.*, p. 76.

²⁷⁰⁶ Arrêté du Gouverneur général du 19 janvier 1901, Jeux de hasard, R.M., 1901, p.17. Décret du 17 août 1927, Loteries, B.O., 1927, p.1487. Ordonnance-Loi n°11-41 du 16 mai 1951, Interdiction des concours et pronostics sportifs ou autres, B.O., 1951, p.1154.

²⁷⁰⁷ Loi n°04-015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations ainsi que leur modalités de perception, JO RDC, 22 juillet 2004, n° spécial, col.3.

ponctuels) » au ministre des sports et des loisirs.²⁷⁰⁸ Le législateur assume que cette autorisation « résulte donc de l'analyse de tous les actes générateurs tant au regard de leur fondement juridique (lettre, esprit et régularité des actes de création), de leur justification économique que d'éventuels conflits de compétence qu'ils auront engendrés. [...] Par ailleurs, la présente loi tient également compte de l'évolution de la législation notamment [...] des télécommunications. Ainsi, un certain nombre d'actes nouveaux ont été repris sur la nomenclature des recettes ».²⁷⁰⁹ En dernière analyse, pour le commerce électronique, l'exclusion des jeux d'argent et de loterie dans la future LECE (RDC) est rétrograde, mais n'empêche pas son exercice en ligne, sous le couvert de la loi des finances et moyennant des taxes spécifiques. Un texte précis devrait être adopté à défaut de modifier le projet de LECE (en cours d'examen).

1170. Troisièmement, dans les travaux de ce projet de mise à jour du droit congolais, le critère technologique de fourniture « *à distance* » n'apparaît pas à côté de celui de la « *voie électronique* », contrairement au droit européen et français. Le seul critère impératif retenu en droit congolais, est le qualificatif d'une activité commerciale pour emprunter la voie électronique. Dans son projet de définition législative congolaise, la future LECE la présente comme « canal par lequel les données sont envoyées à l'origine et reçues à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement et de stockage de données et entièrement retransmises, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques y compris la compression numérique ».²⁷¹⁰

1171. En revanche, la voie électronique européenne et française était, d'une manière confuse, rattachée aux « *services de la société de l'information* », faisant suite aux sources juridiques européennes dans leur évolution *ratione temporis*, face aux évolutions technologiques actuelles.²⁷¹¹ Dans la transition, à la fois technologique et juridique de l'expérience législative européenne, les repères successifs de référence restent le « téléachat »²⁷¹², les « contrats à distance »²⁷¹³ et les « contrats électroniques » ou « contrat en ligne »²⁷¹⁴. La voie électronique européenne ne se dissociait pas de la « distance » en tant que « technique de communication à distance ». Au sens européen, cette « distance » correspond à « *tout moyen qui, sans qu'il y ait présence physique et simultanée* » des parties peut être utilisé pour conclure un contrat ou pour commercialiser des services (financiers).²⁷¹⁵ Au niveau européen et français, la voie électronique se singularise donc par son support électronique comme une des techniques de communication à distance, à la différence des techniques de type postal, sur papier. Elle correspond aux « *équipements électroniques de traitement et de stockage de données, [...] entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électroniques* »²⁷¹⁶. Il est précisé, en Europe, que dans le lot de ces équipements sont « compris la compression numérique »²⁷¹⁷.

²⁷⁰⁸ *Ibidem* : Loi n°04-015, point XXIX, 11, « Annexe, Nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, domaniales, judiciaires et de participation », annexe telle qu'amendée par la Loi 05-008 du 31 mars 2005, JO RDC, n° spécial, Kinshasa, 4 avril 2005, col. 11.

²⁷⁰⁹ Exposé des motifs, Loi n°04-015, préc. Cf. Les Codes Larcier, Droit fiscal, t. V, éd. De Boeck Larcier (Afrique éditions), Bruxelles (Kinshasa), 2010, p. 192.

²⁷¹⁰ Article 4, point 35), projet de LTCE-RDC, préc.

²⁷¹¹ Cf. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, point B/ Le contrat électronique, une référence de transition des normes à travers les sources *ratione temporis* européennes du commerce électronique.

²⁷¹² Directive 89/552/CEE du 3 octobre 1989, préc.

²⁷¹³ Directives 97/7/CE du 20 mai 1997 et 2002/65/CE préc.

²⁷¹⁴ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, préc.

²⁷¹⁵ Article 2, par. 4, directive 97/7/CE, préc. Article 2, e), directive 2002/65/CE, préc.

²⁷¹⁶ Article 1^{er}, par. 2, directive 98/48/CE, préc.

²⁷¹⁷ *Ibidem*.

1172. En Europe, la notion de service de la société de l'information envisage que le réseau électronique soit un support de réalisation du « service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyens [desdits] équipements électroniques »²⁷¹⁸. Le droit congolais n'est pas aussi précis. En effet, la mutation numérique (qui influence le droit commercial) n'est pas le fruit d'une évolution des techniques, mais d'un manque de réseau pour les technologies mobiles GSM. À la différence des expériences européennes et françaises, le droit congolais s'est transformé peu à peu dans le temps pour des faits technologiques (déjà légiférés) au fur et à mesure de leurs apparitions. Ainsi, comme en Europe, la voie électronique congolaise reste un média, une passerelle. Mais, le droit congolais n'impose pas de spécificités techniques, quant aux propriétés de traitement et de stockage pour les équipements électroniques concernés par le commerce électronique. En RDC, le recours au fax (réfuté en Europe) pourrait s'exercer comme média.

1173. *Quatrièmement*, le terme générique « personne » dans la définition congolaise de la future LECE permet d'arriver aux mêmes conclusions *rationae personae*, qu'en droit comparé européen et français. S'agissant des types de rapport du commerce électronique congolais, il leur est permis d'être *B to B, B to C, C to C*.²⁷¹⁹

1174. En RDC, les mêmes conclusions se retrouvent par le choix du terme « *personne* » dans la future LECE (article 4, point 3), comme dans la LCEN (article 14). Par ailleurs, la directive 200/31/CE singularise les acteurs dans le commerce électronique en européen. Aussi, la future LECE ajoute-t-elle à cette appellation de la personne, des définitions de « consommateur »²⁷²⁰, de « destinataire de biens ou de services »²⁷²¹ et de « prestataire de services »²⁷²². Dans le commerce en ligne, le « prestataire » fait souvent l'objet d'un statut changeant entre la « personne commerçante » ou « personne bénéficiaire » des services de la société de l'information²⁷²³, au regard du droit commercial classique.²⁷²⁴ Le « destinataire de service » en Europe n'a pas toujours répondu à toutes les exigences du statut de consommateur. En effet, les rôles s'inversent souvent dans les habitudes de vente en ligne ou suite au protocole TC/IP, permettant à chaque internaute d'être client/serveur depuis son poste informatique.

1175. En outre, la LECE ne définit pas au préalable les « services [*de la société de l'information*] » alors qu'en Europe le commerce électronique est compris dans ces services (SSI). La future LECE, par les SSI, contourne la difficulté d'approche de l'objet du commerce

²⁷¹⁸ Considérant n°17, Directive 200/31/CE, préc. Article 1^{er}, directive 98/34/CE, paragraphe 2, point a), 2), 2^e tiret, préc.

²⁷¹⁹ Cf. *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 : Le choix stratégique du générique de la « personne » en France face à la singularisation en Europe des acteurs du commerce électronique. S'agissant de la qualité commerciale ou mixte des personnes et de leurs transactions en ligne, la nature juridique est en RDC la même qu'en France. Les parties au commerce électronique sont commerçantes et professionnelles ou non-commerçantes et consommatrices, avec des variantes connues dans leurs statuts respectifs, leurs (nouvelles) habitudes en ligne.

²⁷²⁰ Article 4, point 5, projet de LECE : « toute personne physique ou morale qui bénéficie des prestations de services ou utilise les produits de commerce pour satisfaire ses propres besoins et ceux des personnes à sa charge ».

²⁷²¹ Article 4, point 8), projet de LECE : « Destinataire de biens ou de services : toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise les procédés de communication par voie électronique pour acquérir des biens ou pour se procurer des services auprès de fournisseurs de biens ou de services, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible ».

²⁷²² Article 4, point 22, projet de LECE : « Prestataire de services : toute personne physique ou morale utilisant les technologies de l'information et de la communication, y compris les protocoles de l'Internet, qui met à la disposition des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, des biens et services ».

²⁷²³ Cf. *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, Le statut européen de « prestataire » dans la transposition française : au cœur de l'enjeu de redéfinition de la personne commerçante à l'ère numérique.

²⁷²⁴ Décret du 2 août 1913, « Article 3 : sont commerciales, et soumises aux règles du droit commercial, toutes les sociétés à but lucratif, quel que soit leur objet, qui sont constitués dans les formes du Code du commerce. La qualité de commerçant s'étend aux associés à responsabilité illimitée. »

électronique comme en Europe.²⁷²⁵ Ainsi, elle module le sens de ses termes en ajoutant « biens ou services » ou encore « TIC », pour expliquer que les services ne doivent pas être considérés comme seule activité²⁷²⁶, mais que l'usage des télécoms est essentiel, et la livraison matérielle des biens est possible.²⁷²⁷ Cependant comme en France, la qualité, l'existence et l'aptitude juridique de la personne restent l'exigence préalable pour l'exercice du commerce électronique.²⁷²⁸ La particularité du droit commercial congolais est que « *la femme mariée et non séparée de corps ne peut être commerçante sans le consentement* ».²⁷²⁹ Ainsi, cela pousserait la difficulté à chercher à distinguer en ligne, dans l'état civil, l'identité des personnes mineures et des adultes.

1176. Cinquièmement, l'intitulé de la future LECE (RDC) ne concerne pas que le commerce électronique mais tout échange électronique. Le contrat électronique n'est pas défini dans le projet de LECE, ce sont surtout les « *échanges électroniques* »²⁷³⁰ et les « *échanges de données informatiques (EDI)* »²⁷³¹. Pour la RDC, l'OCDE présente beaucoup de contours de définitions du commerce électronique, tandis que le droit européen ou français, en l'espèce, reste limité dans son choix législatif. Le droit congolais de *lege ferenda* est influencé par la loi-type du commerce électronique de la CNUDCI se référant largement à l'EDI, déjà analysé *supra*. La future LECE (RDC) s'applique à la fois au champ du commerce en ligne et aux échanges électroniques.

1177. Cependant, de nouveaux défis juridiques se présentent dans le commerce électronique mondial. Les États, leurs droits et leurs valeurs fondamentales sont aux prises à l'effectivité du pouvoir de contrôle des géants économiques de l'Internet. Les enjeux du commerce électronique se portent vers les aspects de souveraineté numérique, suscitant pour le droit des perspectives nouvelles de solutions. Les institutions de l'Europe et ses ordres étatiques ont pris la mesure de ces nouveaux enjeux et mettent en œuvre des stratégies, mais la prospective congolaise de la LECE semble limitée dans sa portée d'ajustement juridique.

(B./)

*B./ LES DÉFIS DE SOUVERAINETÉ NUMÉRIQUE FACE À L'EFFECTIVITÉ DES GÉANTS DU NET
ET AUX VALEURS FONDAMENTALES DES ÉTATS DANS LE COMMERCE EN LIGNE*

1178. « Au début des années 2000, [...] une des grandes préoccupations était d'encourager l'activité économique numérique. Ainsi le législateur a fait le choix d'alléger la responsabilité des intermédiaires techniques. Trente ans plus tard, on constate [...] : les entreprises en ligne sont devenues pour certaines des acteurs économiques majeurs ».²⁷³² Les particularités du Web affectent l'effectivité de la souveraineté étatique dans le cyberspace, face à deux phénomènes majeurs, à savoir : la « pluri-normativité » juridique et le pouvoir

²⁷²⁵ Cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 : Le renvoi aux « services de la société de l'information » dans la directive européenne 2000/31/CE sur le commerce électronique.

²⁷²⁶ Cf. *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, B/, point 1 : La problématique des biens du commerce électronique dans le champ des services de la société de l'information.

²⁷²⁷ Cf. *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, point B/ : La terminologie « service » de la société de l'information à l'épreuve du vocabulaire juridique.

²⁷²⁸ Cf. *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2 : La qualité de « destinataire » des services de la société de l'information et la complexification du statut de « consommateur » des activités économiques du numériques.

²⁷²⁹ Décret du 2 août 1913, des commerçants et de la preuve des engagements commerciaux, préc.

²⁷³⁰ Article 4, point 17), projet de LECE, « échanges électroniques : échanges qui s'effectuent au moyen des documents électroniques ».

²⁷³¹ Article 4, point 16), projet de LECE, « échanges de données informatisées (EDI) : transfert électronique d'une information d'ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l'information ».

²⁷³² M. CLÉMENT-FONTAINE, « de la contrainte à la coopération : l'évolution du régime de la responsabilité des intermédiaires techniques », in M. BÉHAR-TOUCHAIS (sous la dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, Vol. 1, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, éd. IRJS, Paris, 2015, pp. 3-15, spéc. p.3.

économique des géants du Net. C'est à juste titre que l'Europe entend faire de l'Internet sans frontières, un véhicule de ses valeurs fondamentales au-delà des limites de son continent. Face à cette ambition, la RDC présente toutefois des retards d'appréhensions juridiques des nouvelles problématiques du commerce électronique mondialisé.

1179. La dérégulation a « débridé » les forces du marché électronique, dans des espaces autrefois réservés aux monopoles naturels ou d'État, dont la connotation inspire la grandeur et l'aspect stratégique d'une activité d'utilité publique. Le contrôle direct et exclusif de l'État se fondait sur l'idée que « le pouvoir, la puissance sont par tradition liés à la possession, à la propriété. L'État avec son territoire, sa population et son appareil politico-administratif, fournit peut-être la meilleure incarnation de ce pouvoir-propriété ».²⁷³³ Il en fut ainsi des services publics de télécoms, mais la dérégulation a confié leur exploitation à l'initiative privée. Ce libéralisme a été stimulé l'innovation et la créativité en diversifiant les acteurs du marché numérique. L'économie de marché, le progrès technologique et la diffusion de l'Internet ont fait naître des « puissances privées "protéiformes" ».²⁷³⁴ Il en est ainsi des géants du Web, qui sont des « champions économiques nationaux » cumulant simultanément dans plusieurs territoires, leurs présences physiques ou leurs offres en ligne. Eu égard au phénomène conséquent de « multiplication des flux et des réseaux, ce pouvoir-propriété est pénétré de toutes parts. [...] Le pouvoir réside alors dans la maîtrise de ces flux ou de ces réseaux. [...] le pouvoir se décompose [...] ce qui reste du pouvoir se distribue en fonction de la capacité à contrôler les flux ».²⁷³⁵ La dominance économique, à l'exemple du GAFAM, se ressent sur l'effectivité des droits nationaux à leur endroit. Ces éléments de puissance privée, à l'échelon planétaire, donnent lieu à de véritables points d'observation d'une nouvelle « géopolitique du cyberspace ».²⁷³⁶ Il convient de rapprocher l'enjeu de puissance publique territoriale face à ces puissances privées transnationales.

1180. Cependant, l'Afrique subit les flux européens en tant qu'espace de marché, alors qu'il constitue un atout de masses de plus d'un milliard-cent habitants contre l'Europe avec cinq cents millions et les États-Unis avec deux cents millions. La RDC compte environ 80 millions d'habitants (estimation faite à défaut de recensement générale de la population depuis 1984 le dernier en date). Son marché de 28,33 millions d'abonnés téléphoniques compte dans sa quasi-totalité des opérateurs multinationaux, dont Orange avec 8,73 millions d'abonnés parmi lesquels 41,56% sont connectés à Internet mobile.

1181. En RDC, une convention signée entre *Facebook* et Tigo (absorbée par Orange en avril 2016) donne à tous ses abonnés un accès gratuit à ce réseau social, pourvu qu'ils soient actifs.²⁷³⁷ Cette multinationalisation de grandes entreprises occidentales leur permet de se positionner à travers les souverainetés étatiques ou de se choisir elles-mêmes (hélas ! de plus en plus) les normes de souveraineté (leur) applicables, à défaut d'imposer leurs propres standards. Leur pouvoir effectif est constitué d'éléments dans leur concentration des valeurs du clic, notamment le nombre d'internautes, le nombre d'utilisateurs par région ou par pays,

²⁷³³ *Ibidem*, p.52.

²⁷³⁴ J. MOULIN, « Rapport introductif », in S. CHARTY, op. cit., p.22. La « net économie » soulève « des questions situées au croisement de l'économie et du politique au regard de l'émergence de quelques mastodontes majoritairement de nationalité américaines mais largement transnationales et adeptes de ce que les américains nomment le « tax inversions » (l'optimisation en termes de citoyenneté fiscale) qui se trouvent de facto en situation de quasi-monopole connectés ce qui pourra venir heurter les concepts pivots du droit de la concurrence que sont les abus de position dominante et les ententes illicites entre opérateurs ».

²⁷³⁵ P. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance*, préc., p.52.

²⁷³⁶ D. PAPIN (sous.dir.), « Géopolitique du Cyberspace », in *50 fiches pour comprendre la géopolitique*, éd. Bréal, p.110.

²⁷³⁷ [https://www.agenceecofin.com/operateur/2808-31826-tigo-rdc-lance-facebook-gratuit] (consulté le 2 mai 2016). Voir aussi : ARPTC, *Observatoire du marché de la téléphonie mobile*, préc., p. 4.

le chiffre d'affaires, la collecte des données numériques, sachant que le savoir-faire technologique (*know-how*) et les brevets industriels, détenus à elle-seule par la Silicon Valley (Californie), dépassent ceux de toute l'Afrique réunie.

1182. En outre, les normes étatiques ont du mal à trouver leur efficacité dans le cyberspace, faute de territorialité qui en droit constitutionnel fait la force d'ancrage de la souveraineté d'État. « On assiste à une érosion continue de celle-ci : la souveraineté dans le monde aujourd'hui, et surtout, la mondialisation, et en premier lieu la globalisation de l'économie et des communications, enlèvent à l'État une part croissante de sa liberté. Comment pourrait-il prétendre fixer les impôts, ses droits de douane, la réglementation de l'audiovisuel ou d'Internet en faisant abstraction de ce qui se passe chez ses voisins et sur le marché mondial ? ». ²⁷³⁸ Les connexions numériques sont établies entre des éléments constitutifs d'un réseau sans limitation de frontière à un seul État, en faisant de l'Internet le prolongement des influences de la vie internationale.

1183. La problématique est de taille quand les États, comme la RDC, doivent faire face aux enjeux (géopolitiques et économiques) du cybermonde transfrontière. L'enjeu de « souveraineté numérique » dans un tel espace concerne la défense et la promotion de ses valeurs nationales. La société mondiale de l'information appelle donc à la formation des stratégies, tendant à la reconnaissance et à la valorisation d'une identité du droit africain du cyberspace. Et pourtant, sur le plan territorial, les États africains connaissaient déjà entre eux leur lot sporadique de conflits des frontières physiques, comme ceux impliquant la RDC avec le Rwanda ou l'Angola. ²⁷³⁹ En tant qu'espace, la RDC éprouve d'énormes difficultés à répondre à la porosité de ses frontières physiques héritées de la colonisation, ainsi qu'en assurer le respect. ²⁷⁴⁰ Il faut y ajouter la situation post-conflit de la RDC, qui travaille à rebâtir l'autorité de l'État sur l'ensemble de son territoire, depuis les rébellions de 1996-1997 et de 1998-2003. ²⁷⁴¹

1184. Il y a lieu de placer l'économie numérique sous l'angle de l'autorité de l'État. Cet enjeu de souveraineté numérique exprime la tension d'ordre public existant entre les valeurs fondamentales de la société et l'Internet, au vu des revendications d'anomie ou d'anarchie qu'il comporte. En Afrique, l'État-régulateur (ou l'État tout court) doit s'interroger sur les valeurs à promouvoir par l'instrument du droit afin que la société numérique congolaise ne soit pas seulement informationnelle, mais également démocratique. Ces valeurs demeurent au cœur des préoccupations d'intérêt général, car le Net n'efface pas l'homme, ni les nécessités d'ordre public en société. Dans la société numérique, tous les espaces sont confrontés aux mêmes défis sus-évoqués. Un cadre de dialogue classique des systèmes entre l'Europe et les États africains se crée autour des principes de ces valeurs fondamentales portées par les souverainetés des États. Mais, désormais et singulièrement ce dialogue s'élargit aux acteurs

²⁷³⁸ P. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 27^e éd., LGDJ, coll. manuel, Paris, 2015-2016, p. 34.

²⁷³⁹ A. MARIE-CHRISTINE, *Les facteurs du refus : six séparatismes africains*, Mémoires et documents de géographie, éd. CNRS, Paris, 1987, p.31. Les africains ont accepté les limites territoriales tracées par les puissances coloniales, soit unilatéralement pour des raisons d'administration, soit sur une base des traités internationaux. Deux facteurs ont été jusqu'ici à l'origine des problèmes entre États africains. Dans le passé, les puissances coloniales ont rattaché à un autre pays une bande de terre ayant appartenu à un ensemble géographique. Après l'indépendance, ces tracés artificiels ont donné des envies de réclamer leur restitution ou des sécessions. C'est le cas de la Libye avec le Tchad en ce qui concerne la bande d'Aouzou, un litige que la France et l'Italie ont légué aux nouveaux États d'Afrique. De son côté, le Tchad revendique un territoire rattaché à la France quelques années avant la seconde guerre mondiale, à l'Oubangui-Chari devenu RCA depuis lors.

²⁷⁴⁰ C. NGUYA-NDILA MALENGELA, *Frontières et voisinage en RDC*, éd. Cedi, Kinshasa, avril 2006, p. 125.

²⁷⁴¹ M. MUHINDO, *RDC : une démocratie piégée*, L'Harmattan, Paris, 2004, pp. 1 et s. P. BOUVIER, *Dialogue intercongolais, une négociation à la lisière du chaos*, L'Harmattan, 2004, pp. 1 et s.

non-étatiques du Web dans leur diversité et les spécificités des défis en jeu. Dans le concert des nations, chaque État joue sa partition, au regard de ses valeurs fondamentales et de sa tradition juridique. L'enjeu est d'exporter ses valeurs et de faire valoir ses atouts dans le cyberspace, pour que cet espace ouvert et collaboratif soit empreinté également des particularités africaines. Cependant, leurs droits comparés n'ont pas le même niveau de protection et de promotion d'une société de l'information juste et démocratique.

1185. En premier lieu, la volonté traduite par l'Europe est de faire d'Internet un outil en faveur des droits de l'homme et de la démocratie ainsi que celle de parer aux risques mettant en danger la prééminence du droit, la sécurité et la dignité.²⁷⁴² Pour autant, la stratégie 2012-2015 ose, au-delà du domaine classique de coopération, axer celle-ci « sur la mise en place d'accords de coopération entre les gouvernements, le secteur privé, la société civile et les milieux techniques concernés ».²⁷⁴³ Si la coopération développée par le Conseil de l'Europe pour la diffusion de ses valeurs est traditionnellement tournée vers les États, sa politique publique du Net initie de tels accords et peut y être partie. Fondamentalement, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, STE n°005), demeure l'instrument général d'encadrement du dialogue des valeurs de l'Europe. Même si celle-ci a été rédigée il y a plus de soixante ans, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme confirme la vigueur téléologique de la CEDH rédigée en 1950 à servir comme « *instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle* ».²⁷⁴⁴ En rapport à la révolution numérique, la CEDH est de rédaction ancienne (par ses soixante ans d'ancienneté), compte non tenu de ses protocoles additionnels et instruments spécialisés qui la complètent.²⁷⁴⁵

1186. Toutefois, la CEDH s'applique à l'environnement numérique, auquel les télécoms ont donné lieu.²⁷⁴⁶ Sur ses valeurs des droits de l'homme, l'Europe s'est dotée des moyens de coercition²⁷⁴⁷ et des mécanismes de suivi²⁷⁴⁸ des engagements des États de son espace. Il a été démontré que l'Europe des communications électroniques dispose d'une ambition d'apporter à l'écosystème du Net son capital singulier des valeurs : démocratie, primauté du droit et droits de l'homme. L'effort constant de réaffirmation des valeurs européennes face au repositionnement des enjeux du numérique est perceptible. L'adoption du « Guide des droits de l'homme pour les utilisateurs d'Internet »²⁷⁴⁹ en tient lieu de preuve. Cet instrument, le

²⁷⁴² S. TURGIS, *op.cit.*, pp. 16-18.

²⁷⁴³ COMITÉ DES MINISTRES, *Gouvernance de l'Internet – Stratégie du Conseil de l'Europe 2012 -2015*, préc., §6.

²⁷⁴⁴ Cour européenne des Droits de l'Homme, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n°5856/72, § 31.

²⁷⁴⁵ Instruments spécialisés, complémentaires à la CEDH : a) Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n°108) en 1981, b) la Convention sur la cybercriminalité (STE n°185), dite Convention de Budapest, en 2001, c) de nombreux instruments déclaratoires en lien avec les problématiques soulevées par Internet adoptés sont énumérés dans le document de Stratégie 2012-2015 sur la Gouvernance de l'Internet. – Cf. S. TURGIS, *op.cit.*, p.16-18.

²⁷⁴⁶ Pour actualiser l'interprétation de la CEDH, la Cour n'hésite pas à faire appel au contenu des deux conventions spécialisées précitées lorsqu'elle est confrontée à des questions traitées par ces instruments. Consultez pour un appel à la Convention n°108 : Cour eur. D.H., 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, req. n°22009/93, §§ 95-97 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. n°27798/93, §§ 65 ; Cour eur. D.H. (gde. Ch.), 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. n°28341/95, § 43 ; Cour eur. D.H. (gde. Ch.), 4 décembre 2008, *S. c. Royaume-Uni*, req. n°30562/04 et n°30562/04, § 66 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. n°27798/93, §§ 65. – Cf. *Ibidem*.

²⁷⁴⁷ La Cour européenne des droits de l'homme est chargée de l'interprétation de la CEDH et condamne les États lorsque, saisie par un requérant individuel ou étatique, elle constate une violation dispositions de la Convention.

²⁷⁴⁸ Art.9bis, Règlement intérieur de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 2011 ; art. 2, Règlement intérieur du Comité de la Convention sur la Cybercriminalité, 2013. Chacun a mis en place un Comité consultatif agissant par avis ou observations, (voies non délibératives), sur le respect par les États européens des textes respectivement concernés.

²⁷⁴⁹ Recommandation du Comité des Ministres aux États membres du 16 avril 2014 sur un Guide de droits de l'homme pour les utilisateurs d'Internet, CM/Rec (2014)6.

dernier en date, quoique non contraignant, témoigne largement de la vocation pédagogique de l'Europe en matière d'infusion des droits de l'homme dans les pratiques de l'économie numérique.

1187. En second lieu, l'UNESCO tient compte de cet enjeu des valeurs démocratiques et de justice à l'ère numérique. Elle l'évoque en préambule de la Déclaration de Busan, sanctionnant le « premier forum mondial sur les humanités » (Corée, 2011). Elle demeure « consciente de l'urgente nécessité d'aborder les transformations des sociétés découlant de la convergence économique, technologique [...] et des forces politiques aussi bien que de la montée des tensions entre les systèmes des croyances, des idéologies, des loyautés et des identités ; [tout en] reconnaissant les attentes [...] pour relever ces défis et créer des sociétés plus justes, plus inclusives et équitables ». ²⁷⁵⁰ À la veille de la « Conférence mondiale sur les humanités » (2017), l'UNESCO engage les États du monde sur la thématique : « les humanités à l'ère de la science et de la technologie transformative » en vue de réfléchir aux réponses à donner aux défis contemporains et urgents. ²⁷⁵¹

1188. En troisième lieu, le rapprochement de l'Afrique (cas de la RDC) est à effectuer avec l'ordre des valeurs européennes. ²⁷⁵² La doctrine démontre l'existence d'un aspect dichotomique entre régulation et démocratie, entre régulation et État de droit, et entre régulation et prééminence du droit. Le système juridique africain, tel qu'analysé dans son hétérogénéité, ne présente pas la même base d'intégration économique, ni la même expérience politique que l'Europe. ²⁷⁵³ La RDC, comme d'autres États africains, s'est trouvée en transition politique dans les années 1990, au même moment qu'elle s'ouvrait à l'économie des marchés. En ces années-là, « l'instauration du multipartisme est un trait commun du mouvement constitutionnel en cours de développement dans États-africains au sud du Sahara. [...] Il correspond à l'aspiration des populations. Il serait d'ailleurs peu réaliste de penser qu'à elles seules des structures constitutionnelles peuvent avoir des effets magiques dans des pays en proie au sous développement et dont la plupart sont encore à la recherche de leur identité nationale ». ²⁷⁵⁴ L'assise du système démocratique contribue à assurer l'impartialité de l'État dans le jeu de concurrence du marché.

1189. Cependant, l'« exercice du pouvoir politique en Afrique échappe encore aux procédures de contrôle et de sanctions démocratiques. De ce fait il ignore souvent le garde-fou que constitue le système des incompatibilités entre fonction publique et fonction privée. [...]

²⁷⁵⁰ UNESCO, *Déclaration de Busan vers une nouvelle humanité pour le 21^{ème} siècle*, Premier Forum sur les humanités dans le monde, Busan, République de Corée, 24-26 nov. 2011, doc. SHS/EGC/GEC/2011/PI/H/1. Vers. angl. orig. Intégrale : « Aware of the urgent need to address social transformations stemming from the convergence of economic, technological, environmental, social, cultural and political forces, as well as rising tensions between belief systems, ideologies, loyalties and identities ; Recognizing the high expectations of policy makers, the media and the general public with the respect to visions and insights to address these challenges and create more inclusive, just and equitable societies, ... » Notre traduction : « Conscients de la nécessité urgente de faire face aux transformations sociales résultant de la convergence des forces économiques, technologiques, environnementales, sociales, culturelles et politiques, ainsi que des tensions croissantes entre les systèmes de croyances, les idéologies, les loyautés et les identités ; Reconnaisant les attentes élevées des décideurs, des médias et du grand public en ce qui concerne les visions et les idées pour relever ces défis et créer des sociétés plus inclusives, justes et équitables, ... »

²⁷⁵¹ UNESCO, 3^{ème} Forum sur les humanités, 30 oct. – 1^{er} nov. 2014, Daejeon Metropolitan City (Corée du Sud), sous l'égide du Ministre coréen de l'éducation, en préparation de la Conférence mondiale sur les humanités prévue en 2017. La session sur « la vie humaine dans la cyber-société » cadrerait avec l'objectif

²⁷⁵² S. TURGIS, Les valeurs du conseil de l'Europe appliquées à l'Internet, A. BLANDIN-OBERNESSER (sous la dir.), *op.cit.*, p. 17. Stratégie du Conseil de l'Europe sur la gouvernance de l'Internet 2012-2015, Rapport à mi-parcours du Secrétaire général du Conseil de l'Europe, SG/Inf(2014)7, 12 février 2014. « Les valeurs défendues par le Conseil de l'Europe depuis sa création en 1949 – droits de l'homme, démocratie et prééminence du droit [...] ».

²⁷⁵³ Cf. pour le système africain : Partie I, Titre II, Chapitre 2 de la présente thèse.

²⁷⁵⁴ C. CONAC (sous la dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, Coll. La vie du Droit en Afrique, Paris, 1993.

Ces éléments attestent que les règles de gouvernance imposées aux États africains par les instances internationales ne peuvent connaître d'effectivité en dehors d'une réforme préalable qui organise le fonctionnement de ces États selon les mécanismes de l'État de Droit. ».²⁷⁵⁵ Tous les défis relevés rappellent ceux de confiance en l'économie numérique et au commerce électronique, à prendre en compte de *lege ferenda*.

§2. Les innovations de confiance en l'économie numérique pour le futur cadre juridique congolais

1190. Il est important de combler les vides juridiques en RDC, au regard de la réalité du commerce électronique. Les nouvelles tendances de concentration des géants du Net et de leur contrôle du commerce électronique dépassent encore l'appréhension du législateur congolais qui a limité son objet de *lege ferenda* à des aspects basiques.²⁷⁵⁶

1191. Néanmoins, les ébauches législatives actuelles en RDC répondent aux objectifs d'apporter des solutions juridiques aux problématique du commerce en ligne (A) tout en répondant aux enjeux de confiance (B).

A./ LES APPORTS DE LA FUTURE LECE FACE AUX DEFIS LEGISLATIFS DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION

1192. La Loi-cadre de 2002 (LCT) sur les télécommunications considérait l'importance du commerce électronique comme marginale. La croissance des télécoms débutait. Le but du législateur était d'accroître l'offre d'accès au réseau téléphonique et de démanteler le monopole. L'Internet était lui-même encore à un stade rudimentaire. Le législateur de la RDC a édicté une « loi de téléphonie » et non pas une « législation d'économie numérique » intégrant les apports sociétaux de l'Internet. Aussi, il est important de présenter le tableau des infrastructures, des enjeux du commerce électronique, des politiques d'accès aux NTIC et de leurs effets dans le monde et en Afrique sub-saharienne. Ensuite, les évolutions technologiques ou économiques à valeur universelle et les objectifs législatifs européens devraient se rapprocher pour être pris en compte par la *lege ferenda*, en Afrique et en RDC.

1193. La future LECE vise à établir un environnement juridique adapté, en permettant surtout un développement du commerce en ligne. Mais, elle encadre plus globalement, par le canal des TIC, les possibles échanges électroniques. Le commerce électronique en RDC explique l'émergence de réseaux informatisés et leur emploi progressif par les citoyens et les institutions, tant par les acteurs du commerce que par l'administration ou les pouvoirs publics. Cela a conduit à une constante augmentation des échanges électroniques. Ceux-ci sont devenus indispensables, ils se retrouvent dans divers domaines de l'économie : production, promotion, vente, distribution de produits, et se trouvent aussi dans d'autres formes d'échanges : interrogation à distance, envoi d'une facture, émission d'un vote, délivrance de documents administratifs.

1194. D'autre part, les insuffisances du cadre juridique actuel et l'absence d'une réglementation spécifique sont des obstacles pour le développement des échanges électroniques. Ils se trouvent également dans l'application des technologies pour les actes commerciaux, les services administratifs, les éléments probants, introduits par les techniques numériques comme l'horodatage, la certification et la cryptologie. Ainsi, en RDC, plusieurs

²⁷⁵⁵ J. DO-NASCIMENTO, *op.cit.*, pp.142 à 150.

²⁷⁵⁶ Cf. Section I, §1, A./ du présent chapitre de thèse.

questions sont sans réponse et le cadre juridique actuel est caractérisé par plusieurs lacunes ou carences.

1195. En premier lieu, la future LECE propose une réglementation (autrefois inexistantes) pour la validité des documents électroniques et la reconnaissance de la signature électronique. Ensuite, elle règle l'absence de dispositions organisant la dématérialisation des formalités et la diffusion d'informations en ligne ainsi que l'archivage électronique. Enfin, elle entend répondre au fait que les obligations des acteurs ne sont pas clairement définies pour simplifier, dans le cyberspace, la liberté d'accès et d'information.

1196. Dans le chapitre des « *obligations souscrites sous forme électronique* »²⁷⁵⁷, des principes généraux de la future LECE distinguent l'« *échange de l'information* » et la « *conclusion d'un contrat sous forme électronique* ». Ainsi, comme en Europe et en France, les e-contrats congolais ne peuvent porter sur les actes sous seing privé relatifs : au droit de la famille et des successions ; aux sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale entre non-professionnels. Cette exclusion concerne aussi les actes créateurs ou translatifs des droits réels sur des biens immobiliers et sur ceux pour lesquels la loi requiert l'intervention des Cours et tribunaux²⁷⁵⁸.

1197. Contrairement à la directive 2000/31/CE et à la LCEN, les obligations informelles de la phase précontractuelle congolaise en ligne sont envisagées uniquement par rapport aux spécifications de l'offre (et non d'identification des parties)²⁷⁵⁹, avec possibilité d'y déroger dans les contrats *B to B* entre professionnels. Les conditions techniques du double clic de formation du contrat électronique, à savoir la commande contre accusé de réception, sont également les mêmes, entre la directive 2000/31/CE, la LCEN et la future LECE congolaise, avec pour seule différence, la non promptitude du délai d'accusé-réception pour la RDC. En effet, « *l'auteur de l'offre doit accuser réception par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée dans un délai ne devant pas excéder cinq (jours)* ».²⁷⁶⁰ En plus d'un délai trop long d'acceptation et de l'absence de disposition quant au droit de rétractation pour les contrats, conclus par voie électronique, la future LECE laisse apparaître une faiblesse de non conceptualisation des « contrats à distance » et une insécurité juridique des activités numériques contractuelles.

1198. En outre, les échanges et le commerce électroniques présentent un potentiel certain de croissance²⁷⁶¹. Cette réalité des faits impose la mise en place d'un cadre normatif approprié, sécurisant et efficace, correspondant à l'environnement juridique, culturel, économique et social congolais. Pour éliminer les contraintes juridiques bloquant le recours aux échanges électroniques, la future LECE met en évidence l'équivalence hiérarchique de la preuve entre dossiers électroniques et dossiers papiers. Plusieurs principes et définitions essaient de trouver des solutions congolaises pour résoudre dans la prospective juridique les nouveaux aspects du commerce électronique.

²⁷⁵⁷ Titre III, future LECE (RDC), spéc. article 18.

²⁷⁵⁸ Article 19, future LECE (RDC), préc.

²⁷⁵⁹ Article 23, alinéa 2, future LECE, préc. : « L'offre énonce en outre : a) les caractéristiques essentielles du bien ou du service ; b) les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; c) les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; d) la ou les langue(s) proposée(s) pour la conclusion du contrat ; e) en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; f) les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

²⁷⁶⁰ Article 24, alinéa 2, future LECE (RDC), préc.

²⁷⁶¹ Cf. *infra* : chiffres présentés dans le cadre de l'objectif d'accès universel et d'inclusion numérique à la section 2, §2, du présent chapitre.

1199. Premièrement, les notions de « communication électronique » (activité du réseau) et de « commerce électronique » (activité commerciale dans le réseau) sont citées dans l'exposé des motifs, ainsi que la responsabilité du commerçant électronique. Toutefois, dans le texte, la communication électronique n'est pas définie. Deux autres notions confuses ont été évoquées. La « *communication par voie électronique* » se conçoit comme offre des contenus à la disposition publique, elle se fait par un procédé de communication électronique ou magnétique.²⁷⁶² Sans trop différencier, le « *service de communication au public en ligne* » est défini comme « toute transmission de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique utilisant le réseau Internet permettant un échange réciproque ou non d'informations entre l'émetteur et le récepteur ». ²⁷⁶³ Au vu de l'expérience européenne et française, législateur congolais s'efforce maladroitement de distinguer le service de communication électronique et les services de la société de l'information, voire les communications commerciales.

1200. Deuxièmement, les sollicitations commerciales par l'interdiction de la publicité par message électronique sont surveillées, en obligeant le consentement préalable des destinataires. La RDC a adopté le système européen « *opt-in* » de la directive 2000/31CE. Celle-ci 97/66/CE du 15 décembre 1997 sur les données personnelles et la vie privée contient également une disposition applicable au *spamming*, qui prévoit pour les moyens, autres que les automates d'appel ou les télécopieurs, que les États membres aient le choix entre le système de l'*opt-out* et celui de l'*opt-in* ²⁷⁶⁴. La même alternative est offerte par le législateur communautaire dans la directive du 23 septembre 2002 ²⁷⁶⁵ dite « services financiers à distance ». Celle-ci dite « vie privée et communications électroniques » du 12 juillet 2002 n'autorise l'utilisation des communications électroniques qu'à des fins de prospection directe, sur consentement préalable des abonnés, « *en particulier au moyen d'automates d'appel, de télécopies et de courriers électroniques, y compris les messages courts (SMS)* ». ^{2766,2767} Alors que l'article 22 de la LCEN l'interdit pour « *les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen* » ^{2768, 2769}.

1201. Troisièmement, la future LECE inscrit le principe de la liberté de communication par voie électronique. Elle précise comment s'exercent la liberté d'expression et le droit à l'information, qui sont garantis respectivement par les articles 23 ²⁷⁷⁰ et 24 ²⁷⁷¹ de la Constitution congolaise.

²⁷⁶² Cf. article 4, point 4, LECE-RDC.

²⁷⁶³ Article 4, point 27, LECE-RDC.

²⁷⁶⁴ Article 12 (« appels non sollicités »), Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteurs des télécommunications, JOCE, n°L 024, 30 janvier 1998, pp. 0001-0008.

²⁷⁶⁵ Article 10 (« communications commerciales »), Directive n°2002/65/CE du Parlement et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE, n° L271, 9 octobre 2002, pp. 0016-0024.

²⁷⁶⁶ Considérant n°40, Directive 2002/58/CE du Conseil de l'Europe, n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOCE, n° L202, 31 juillet 2002, p. 0037

²⁷⁶⁷ Article 13, Directive 2002/58/CE, préc.

²⁷⁶⁸ C. Consom., art. L 121-20-5, portant application du nouvel art. 33-4-1 du CPT français.

²⁷⁶⁹ T. VERBIEST [2005], *op.cit.*, p. 44-47.

²⁷⁷⁰ Article 23, Constitution de la RDC : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit implique la liberté d'exprimer ses opinions ou ses convictions, notamment par la parole, l'écrit et l'image, sous réserve du respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs ».

²⁷⁷¹ Article 24, Constitution de la RDC : « Toute personne a droit à l'information. La liberté de presse, la liberté d'information et d'émission par la radio et la télévision, la presse écrite ou tout autre moyen de communication sont garanties ».

1202. Quatrièmement, la future LECE accepte l'équivalence entre l'écrit électronique et le support papier, dans un double souci d'efficacité et de sécurité, à plusieurs niveaux : obligations conventionnelles, preuve et signature électronique. Cette reconnaissance donne suite à la loi-type de 2001 de la CNUDCI concernant les signatures électroniques. Elle est inspirée par une approche de « *définition d'un cadre neutre quant aux technologies employées* »²⁷⁷², dans le cadre d'un « *projet de règles uniformes sur les signatures électroniques* »²⁷⁷³ du groupe de travail de la CNUDCI à New York le 14 février 2000. À la suite de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996, « l'objectif visé par la loi-type 2001 était de favoriser le recours aux signatures électroniques, d'un usage courant dans le commerce électronique, pour garantir l'identité des personnes. Cela supposait la mise en place de critères d'efficacité technique et juridique qui leur assureraient une valeur équivalente à celle de la signature manuscrite ».²⁷⁷⁴ Ainsi, les articles 37 à 47 de la future LECE en RDC traitent de la preuve électronique, du certificat et de la signature électroniques, ainsi que des équivalences sous un aspect de sécurisation et d'authentification des données et des renseignements²⁷⁷⁵.

1203. Cinquièmement, les prestataires de services de communication par voie électronique sont appelés à lutter contre l'acceptation, le traitement et la diffusion de contenus illicites. La future LECE prévoit la constatation des infractions et des sanctions spécifiques aux échanges électroniques. L'utilisation frauduleuse de la signature d'autrui est punie d'une amende de 1.000.000 à 10.000.000 de francs congolais.²⁷⁷⁶ L'abus de faiblesse ou l'ignorance d'une tierce personne pour lui faire souscrire une vente en ligne dans le cadre des engagements au comptant ou à crédit est aussi punie d'amende de l'ordre de 10.000.000 de francs congolais²⁷⁷⁷. Dans la future LECE, la divulgation d'informations confiées à l'autorité de certification et/ou à ses agents ainsi que l'incitation ou la participation à la commission de tels actes seront punis, en vertu de l'article 73 du Code pénal congolais (révélation du secret professionnel²⁷⁷⁸).

1204. Sixièmement, dans le cadre des démarches administratives, la dématérialisation des formalités et des procédures est prévue. La future LECE ajoute la sécurisation et l'authentification des données ainsi que des renseignements. Cette prévision est en rapport avec le chapitre sur la facturation et la déclaration fiscale, sous forme électronique. Avec la condition d'authenticité d'origine des données et de l'intégrité de leur contenu, la future LECE admet la facturation et la déclaration fiscale, au même titre que l'écrit sur support papier²⁷⁷⁹. La consécration des techniques de compression numérique et de conservation

sous réserve du respect de l'ordre public, des bonnes mœurs et des droits d'autrui. La loi fixe les modalités d'exercice de ces libertés. »

²⁷⁷² « Droit de la preuve et signature électroniques », *JCP*, 2000, éd. G, n°11 (15 mars 2000), *Actualité*, p. 451 ; *J.C.P.*, 2000, éd. E, p. 385

²⁷⁷³ CNUDCI, Doc. A/C.N.9/WG.IV/W.P.84 du 8 décembre 1999 ; Groupe de travail CNUDCI sur le commerce électronique, Doc. A/CN.9/465.

²⁷⁷⁴ A. OUATTARA, *La preuve électronique. Etude de droit comparé Afrique, Europe, Canada*, préface Jacques Mestre, vol. II, coll. Horizons juridiques africains, Univ. Paul Cézanne Aix-Marseille III, Faculté de droit et de sc. Po., PUAM, Aix en Provence, 2011, p.158-159.

²⁷⁷⁵ Titre V de la future LECE (RDC).

²⁷⁷⁶ Article 94, future LECE (RDC), préc.

²⁷⁷⁷ Article 95, future LECE, préc.

²⁷⁷⁸ Article 73, Code pénal congolais (modifié par le Décret du 25 mai 1938), « Les personnes dépositaires par état ou par profession des secrets qu'on leur confie qui, hors le cas où elles sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punies d'une servitude pénale de un à six mois et d'une amende de mille à cinq mille francs, ou d'une de ces peines seulement. »

²⁷⁷⁹ Article 35, future LECE, préc.

électronique des données de facturation et de déclaration est envisagée dans les mêmes conditions²⁷⁸⁰.

1205. En considérant l'ensemble des aspects des échanges et du commerce électronique, la LECE (RDC) envisage des dispositions régissant les activités des prestataires techniques de services de sécurisation des échanges électroniques, établis sur son territoire. De nouveaux métiers vont ainsi apparaître dans le secteur informel du numérique, à savoir : les prestataires de service d'archivage d'horodatage électronique, de service de recommandés et de certifications électroniques.²⁷⁸¹ Il s'agira de professions réglementées, avec des personnes de confiance et accessibles, moyennant des conditions d'agrément, des conditions administratives, techniques, financières et fiscales²⁷⁸².

1206. Le vide législatif ou réglementaire sur le commerce électronique est un facteur d'insécurité et de crainte, qui affaiblit la confiance pour les prestataires et les destinataires des services de la société de l'information. Le cybermonde n'est pas une zone trouble, puisque le droit existe. Cependant, la multiplicité des droits applicables en vue de réglementer cet environnement numérique inquiète les consommateurs. En l'absence de textes législatifs spécifiques, la complexité du droit applicable, au niveau interne et international accentue la problématique.²⁷⁸³ En effet, par rapport aux actes juridiques sur Internet, il n'est pas toujours évident de savoir quel est le droit applicable ou le juge compétent dans le cadre d'une seule activité numérique.²⁷⁸⁴ Plusieurs branches du droit et plusieurs droits nationaux peuvent être sollicités en même temps. En RDC, ces différents enjeux tendent comme en France à une transition des normes législatives, afin d'établir la confiance pour un objectif législatif dans les transactions électroniques.

B. / LES FORCES ET FAIBLESSES DE LA FUTURE LECE DANS L'OBJECTIF DE CONFIANCE EN L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

1207. Les enjeux législatifs et régulateurs portent sur la prévention et la répression, face aux questions de sécurisation du cyberspace, en particulier celle des activités numériques. D'une manière globale, le sentiment d'insécurité est dû à la faiblesse de l'encadrement juridique des transactions en ligne. Les intérêts concernés par celles-ci sont d'ordre économique ou d'ordre extrapatrimonial. Le risque encouru par les utilisateurs des médias informatiques pour commercer avec leurs pairs s'analyse comme un danger de perte des valeurs. « S'agissant de l'apport du droit aux NTIC, il faut souligner que le droit n'est pas que contrainte ; il est aussi un instrument essentiel de la sécurité des hommes, de protection de leurs droits, valeurs ou cultures et de promotion de leurs activités ; il peut ainsi favoriser la démocratie, la gouvernance et le développement économique et social. La législation est donc nécessaire. Mais comment légiférer dans un domaine aussi délicat, et tout particulièrement en matière de commerce électronique ? »²⁷⁸⁵

1208. S'il y a insécurité, cela implique un risque évident d'atteinte aux valeurs ou intérêts que considéré comme suffisamment important pour ne pas le transiger sans une juste compensation, ni un juste motif. Face à la puissance économique et à l'emprise matérielle des

²⁷⁸⁰ Article 36, future LECE, préc.

²⁷⁸¹ Article 48, future LECE, préc.

²⁷⁸² Article 49 à 53, LECE, préc.

²⁷⁸³ D. ROCH GNAHOU, *Transactions et commerce électronique*, Cours de Master, Deuxième partie, Université Gaston Berger, 2006, p. 10 et s.

²⁷⁸⁴ E. A. CAPRIOLI, *op.cit.*, p. 11.

²⁷⁸⁵ M. SAWADOGO FILIGA, *op.cit.*, p. 1-3.

champions économiques du Net ou même plus simplement des opérateurs locaux, l'émergence de la valeur de l'information et des données personnelles, sa gestion, sa protection et sa distribution sont sources de préoccupations pour tous les acteurs et usagers du Net. L'information transite par eux, dans la crainte de divergences d'intérêts et de rapports de force créés par ces géants, face aux recours des consommateurs ou face aux autres métiers intermédiaires. Faute d'expérience et d'analyse sur la confiance en l'économie numérique en RDC, il convient de s'inspirer du droit comparé européen et français.

1. La construction des objectifs de confiance dans le commerce électronique grâce aux textes législatifs de la France et de l'Europe

1209. En Europe, « le développement des services de la société de l'information dans la communauté [était] limité par un certain nombre d'obstacles juridiques au bon fonctionnement du marché intérieur de nature à rendre moins attrayant l'exercice [...] de la libre prestation des services ».²⁷⁸⁶ Les possibilités offertes par la société de l'information ont permis à l'Europe de construire un marché intérieur, sans frontière physique. Sur le territoire européen, l'Internet a apporté aux États membres, aux prestataires et aux consommateurs l'intérêt et les avantages du commerce électronique, qui est sans limite frontalière. La promotion du marché intérieur a trouvé appui à travers le « caractère naturellement transfrontalier²⁷⁸⁷ » De ce point de vue, « *La distribution est le premier canal par lequel le web a fait sentir ses effets sur le fonctionnement des marchés, quels qu'ils soient.*²⁷⁸⁸ » du moteur technologique du commerce électronique.

1210. Toutefois, de nombreux points d'insécurité juridique due aux hésitations des parties à s'engager, constituaient aussi un frein au développement du vaste marché ouvert au commerce électronique. Au niveau européen, encore en 2007, le volume réduit des échanges, témoignait de « *la peur des ressortissants européens de subir des protections juridiques différentes dans les autres pays* ». Les échanges transfrontières ne représentaient que 7%, tandis que la plupart des acquisitions des biens et des services par des consommateurs étrangers étaient de l'ordre de 25%, pour des opérations réalisées « *au cours des voyages de loisir* ». Pour asseoir la « *confiance* » des acteurs dans les mécanismes de marché, l'Europe devait garantir au consommateur une réelle égalité des règles appliquées et une protection élevée.²⁷⁸⁹ Or, le marché électronique et le réseau Internet sont certainement à l'échelle mondiale des ensembles composites.

1211. Par les disparités législatives au sein du marché intérieur européen, le manque de confiance affectait malheureusement la réalisation de son développement pour une véritable harmonisation législative. La recherche de la confiance est devenue le but législatif européen en matière de commerce électronique. Différents éléments confirment cet objectif de construction dans l'acquis communautaire²⁷⁹⁰, en droit de l'Union européenne. Par sa lettre du 9 octobre 1997, la Commission européenne transmettait au Parlement européen un message portant clairement sur la nécessité d'assurer dans la communication électronique la sécurité et

²⁷⁸⁶ Considérant n°5, directive 2000/31/CE, préc.

²⁷⁸⁷ J. ROCHFELD, « La définition du contrat électronique », in J. ROCHFELD (sous la dir.), *op.cit.*, p. 5.

²⁷⁸⁸ X. GREFFE et N. SONAC, *op.cit.*, p. 221.

²⁷⁸⁹ J. ROCHFELD, « Les nouveaux défis du droit des contrats : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales de l'Internet », in J. ROCHFELD (sous dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, L.G.D.J., lextenso éditions, Paris, 2010, p. 7. Pour les chiffres, cf. Eurobaromètre, oct. 2008, p.3, cité par J. ROCHFELD, *ibidem*.

²⁷⁹⁰ L'usage du terme « Communautaire » est retenu en vue de montrer la progression des efforts depuis la communauté européenne jusqu'à l'Union européenne.

la confiance.²⁷⁹¹ La résolution du Parlement européen²⁷⁹² intervenue le 17 juillet 1998 sur ladite communication « considère que le commerce électronique peut devenir l'un des moteurs du développement de la société de l'information planétaire, que ce nouvel espace économique «virtuel», qui présente un grand potentiel de création d'emplois, est toutefois menacé par le manque de sécurité et de confiance sur les réseaux ouverts ».²⁷⁹³

1212. L'Europe avait fait, par les mécanismes traditionnels du marché électronique et par les professionnels, l'expérience de la régulation, mais elle s'est résolue à ce que le développement du marché se fasse par une législation spéciale, conciliante pour les intérêts des acteurs. Le parlement européen « estime que le développement du commerce électronique suppose un degré de confiance suffisant parmi les utilisateurs et qu'il y a lieu de fixer des normes en ce qui concerne la fiabilité juridique de l'identification, de la validité des contrats, de l'intégrité et de la communication, notamment ».²⁷⁹⁴ Il « souligne qu'il y a lieu de définir des règles générales qui, d'une part, assurent un renforcement de la confiance à l'égard du commerce électronique et, d'autre part, soient suffisamment souples et ouvertes pour faire face à de nouveaux développements techniques²⁷⁹⁵ ». Dans cet objectif de confiance au sein du marché électronique, la directive européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives était un précurseur pour la protection des consommateurs. À ce sujet, la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 en matière de contrats conclus à distance a également contribué à cette confiance. Le caractère complémentaire²⁷⁹⁶ de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique se greffe sur les objectifs de confiance des directives précitées, ainsi que sur la directive 2002/65/CE concernant la commercialisation (vente) à distance de services financiers aux consommateurs.

1213. Cependant, la directive européenne 200/31/CE sur le commerce électronique se caractérise par une recherche de confiance, dans les objectifs législatifs de construction du marché intérieur. En matière contractuelle, son article 9 engage les États de l'Union à adopter des régimes favorables, rendant possible la conclusion des contrats par voie électronique et qui levant tout obstacle d'ordre juridique (et non d'ordre pratique²⁷⁹⁷) pour l'utilisation des contrats électroniques, sans porter atteinte à leur validité ou effet²⁷⁹⁸. En effet, « Parmi les instruments juridiques de confiance, le contrat entretient des liens étroits avec la régulation.

²⁷⁹¹ Par lettre du 9 octobre 1997, la Commission a transmis au Parlement européen une communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions intitulée "Assurer la sécurité et la confiance dans la communication électronique - Vers un cadre européen pour les signatures numériques et le chiffrement" (COM(97)0503 - C4-0648/97) [www.europarl.europa.eu] (consulté le 19 décembre 2013).

²⁷⁹² JOCE, n° C 292 du 21/09/1998, p. 0217 : « Résolution sur la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions: "Assurer la sécurité et la confiance dans la communication électronique - Vers un cadre européen pour les signatures numériques et le chiffrement" (COM(97) 0503 C4-0648/97) », [www.eur-lex.europa.eu] (consulté le 19 décembre 2013).

²⁷⁹³ Paragraphe n°23 de la Résolution préc., intitulée : « Assurer la sécurité et la confiance dans la communication électronique - Vers un cadre européen pour les signatures numériques et le chiffrement », COM(97) 0503 C4-0648/97, JOCE, n° C 292 du 21/09/1998 p. 0217.

²⁷⁹⁴ Paragraphe n°12 de la Résolution, *Ibidem*.

²⁷⁹⁵ Paragraphe n°13 de la Résolution, *Ibidem*.

²⁷⁹⁶ M. ANTOINE, A. CRUCQUENAIRE, P. DE LOCHT, M. DEMOULIN, D. GOBERT, C. LAZARO, O. LEROUX et E. MONTERO, *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n°19, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 17-18.

²⁷⁹⁷ Le considérant n°37 précise que cette exigence européenne aux États membres ne concerne que les obstacles résultant d'exigences juridiques et non pas les obstacles d'ordre pratique résultant d'une impossibilité d'utiliser les moyens électroniques dans certains cas. Cf. aussi M. ANTOINE, A. CRUCQUENAIRE, P. DE LOCHT, M. DEMOULIN, D. GOBERT, C. LAZARO, O. LEROUX et E. MONTERO, *op.cit.*, p. 200. « Par exemple, les États membres n'ont pas l'obligation d'équiper l'ensemble des ménages d'un ordinateur avec connexion Internet, ni de les former à l'utilisation de ces moyens de communication afin que ceux-ci puissent désormais passer des contrats par voie électronique ! »

²⁷⁹⁸ Le considérant n°37 précise que cette exigence européenne aux États membres ne concerne que les obstacles résultant d'exigences juridiques et non pas les obstacles d'ordre pratique résultant d'une impossibilité d'utiliser les moyens électroniques dans certains cas.

La régulation intervient là où une mise en œuvre mécanique du procédé de réglementation ne parviendrait pas à régir de façon satisfaisante cet ensemble complexe que constitue le marché électronique. En ce sens, le contrat constitue l'un des « piliers de l'économie libérale ». Comme le font les contrats électroniques, la réitération des contrats-types participe à la régulation du marché, notamment quand ces contrats imposent des obligations accessoires de comportement aux cocontractants ».²⁷⁹⁹

1214. En effet, le droit européen a voulu que le contrat électronique soit un instrument pour instaurer la confiance. L'emploi du terme combiné et, plus générique « contrat par voie électronique » ressort à l'article 1^{er}, alinéa 2, à l'intitulé de la section 3 et à l'article 9 de la directive 2000/31/CE. Toutefois, le terme n'est pas défini dans le texte. En évoquant le mot « *objectif* »²⁸⁰⁰ pour les dispositions pré-rappelées, cela signifie contribuer à la construction du marché intérieur, assurer la libre circulation des services et rapprocher des régimes nationaux applicables à certains aspects des services de la société de l'information, spécifiquement visés, y compris, les contrats par voie électronique.

1215. En France, la LCEN ou « loi confiance » transpose la directive européenne 2000/31/CE sur le « commerce électronique », en fixant la définition et le régime des contrats électroniques. Elle précise clairement la logique des instances européennes à créer la « confiance » du consommateur. D'autre part, elle poursuivait une finalité particulière : récupérer le retard dans le développement du commerce électronique.²⁸⁰¹ Son intitulé n'a pas été et ne demeure pas neutre : la confiance pour les professionnels, l'instauration des règles clairement définies doivent permettre d'assurer durablement la confiance dans le commerce et les échanges dématérialisés.

1216. Dans l'économie numérique française post-promulgation de la LCEN, la FEVAD enregistrait un bilan fort éloquent, sur la base du facteur « confiance ». En réalité, « La vente sur Internet s'est développée de manière exponentielle au cours des cinq dernières années [2003-2007]. Le chiffre d'affaires des ventes en ligne a progressé de 35% au cours de l'année 2007 pour avoisiner les 16 milliards d'euros dépensés sur Internet. La même année, la vente sur le réseau Internet comptait 3700 sites marchands actifs (soit 1,5 fois plus qu'en 2006²⁸⁰²) et près de 19,8 millions de cybermarchands. Ces derniers accordent une confiance de plus grande en plus grande à Internet (taux de confiance²⁸⁰³ des internautes de 61%) ». ²⁸⁰⁴ Avec la LCEN, l'an « 2004 a été la première année où vous n'êtes plus exceptionnel quand vous achetez sur Internet »²⁸⁰⁵. Au début de 2005, l'« aspect social des techniques modernes de communication s'exprime dans des activités numériques ».²⁸⁰⁶

²⁷⁹⁹ O. CACHARD, *op.cit.*, p. 27. M-A FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.*, Dalloz, 1998, p. 45.

²⁸⁰⁰ Cf. article 1^{er}, Directive 2000 sur le commerce électronique, à savoir : « 1. La [...] directive a pour objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres. 2. La [...] directive rapproche, dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif visé au paragraphe 1, certaines dispositions nationales applicables aux services de la société de l'information et qui concernent le marché intérieur, ..., les contrats par voie électronique... »

²⁸⁰¹ J. ROCHFELD, « Commentaire de la loi pour la confiance dans l'économie numérique », *RTD civ.* 2004, p. 574 et s., cité par J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 20.

²⁸⁰² Bilan 2007 de l'e-commerce 2007: la croissance se poursuit à un rythme soutenu, disponible sur le site FEVAD (Fédération des entreprises de vente à distance).

²⁸⁰³ Baromètre e-commerce de l'ASCEL, bilan annuel, 2007, p. 10.

²⁸⁰⁴ V. FAUCHOUX et P. DEPREZ, *op.cit.*, pp. 227 et 103.

²⁸⁰⁵ M. MOREAU, « Introduction », in J.-C. MOULIN et H. CAUSSE, *op.cit.*, p.5. H. de MAUBLANC, Président de l'ASCER, s'exprimant en 2005.

²⁸⁰⁶ *Ibidem*, p. 6.

1217. La LCEN recentre autour du contrat électronique des dispositions d'ordre public pour encadrer la constitution et l'expression de la « lois des parties » par la voie électronique. Ainsi, le contrat du commerce électronique se présente non seulement comme une technique juridique, mais concentre aussi l'intérêt du marché et en assure une fonction régulatrice. Sa technique principale, l'informatique « ne lui ôte pas son caractère "fondateur" ou "constitutif" du e-commerce. Aucun marché n'existe sans contrat, affirmer l'inverse résulte d'une mode où le marché est abusivement érigé en personne, en sujet, quand il n'est jamais que la résultante des comportements, individuels [...] le marché n'écarte donc pas le contrat, au contraire, le contrat fait le marché. Sans lui, et au cas particulier, il y aurait simplement un "espace électronique" ». ²⁸⁰⁷

1218. Pour les consommateurs, les « avantages » ²⁸⁰⁸ du marché électronique semblaient s'affirmer selon les facteurs suivants : rapidité des transactions, large disponibilité d'accès à un choix plus étendu à l'échelon mondial, compétition des prix entre les fournisseurs, transparence tarifaire à l'aide d'outils informatiques de comparaison des prix. Toutefois, d'énormes paradoxes contrebalancent ces avantages, suite à des inconvénients corrélatifs sur le marché électronique ouvert, notamment : dispersion des prix par des ajustements sans constat d'inflexion de la puissance du marché ; expansion des offres de produits d'occasion en concurrence de prix face à des produits de meilleure qualité. Ces paramètres du marché numérique ²⁸⁰⁹ contrastent avec les avantages *a priori* démocratiques du Net. L'enthousiasme pour le commerce électronique libre « butte contre l'observation quasi-monopolistique des sites de ventes en ligne. Le commerce est dominé par des entreprises en position de quasi-monopole détenant plus de 75% de parts de marché, que ce soit eBay pour le marché des enchères en ligne, Amazon pour le commerce des produits culturels, Apple pour le marché de téléchargement de musique ». ²⁸¹⁰

1219. En effet, dans un premier temps, l'avantage d'une comparaison tarifaire a permis de faire exercer l'« intelligence du consommateur », mais sans aboutir au nivellement tarifaire des offres. « De plus, les prix moyens observés en ligne sont parfois supérieurs à ceux observés dans le monde physique ! ». ²⁸¹¹ En second lieu, l'importante croissance des sites des enchères en ligne, l'acheteur cherchant le meilleur prix, n'est pas toujours conscient de la qualité des produits. Le marché électronique connaît une demande accrue vers la baisse des prix, phénomène affectant l'offre du marché. « À des prix trop faibles de la concurrence, les offrants des produits de bonne qualité peuvent ne plus suivre au-delà du seuil plancher et ne demeureront que les offrants de pacotilles [...] la bonne affaire réalisée sur le prix ne conditionne pas sa qualité, face à l'asymétrie de l'information liée à l'usage des techniques de communications à distance pour contracter ». ²⁸¹² En dernier lieu, on espérait la baisse des coûts due à la pression sur le prix, à la relativité des moyens d'accès, à la facilité accrue des

²⁸⁰⁷ H. CAUSSE, « Le contrat électronique, technique du commerce électronique », in J-C MOULIN et H. CAUSSE, *op.cit.*, pp. 11-34, spéc., p.11.

²⁸⁰⁸ J. ROCHFELD, *op.cit.*, pp. 4 et 5.

²⁸⁰⁹ X. GREFFE et N. SONNAC, *op.cit.*, p. 221.

²⁸¹⁰ P. WAELEBROECK, « Le commerce électronique de produits culturels : enjeux informationnels », in X. GREFFE et N. SONNAC, *op.cit.*, idem, p.229.

²⁸¹¹ *Ibidem*, pp. 228 et 229.

²⁸¹² G. AKERLOF, « The Market for "Lemons" : Quality Uncertainty and the Market Mechanism », cité par P. WAELEBROECK, *op.cit.*, p.229 [http://fr.wikipedia.org/wiki/The_Market_for_%22Lemons%22] (consulté le 19 décembre 2013). Selon G. AKERLOF, prix Nobel d'économie en 2001 : « Dans ce marché, les vendeurs qui savent que leur voiture est en bon état veulent en tirer un prix correspondant à la qualité de leur véhicule, tandis que les vendeurs de guimbardes sont prêts à les vendre à un prix faible. [...] Sachant cela, le vendeur d'une bonne voiture qui ne veut pas vendre son véhicule à moins que sa valeur refuse toujours l'offre qui lui est faite. De ce fait ne restent sur le marché que les guimbardes, et les bonnes voitures d'occasion ne trouvent pas preneur ».

produits pour les consommateurs, à la diminution des barrières d'accès pour de larges offres transfrontières et d'origines « multi-prestataires » dans le cyberspace. Ce sont d'énormes inconvénients directs qui peuvent freiner la confiance, nécessaire au développement du marché (électronique).

1220. En général, en compensant les avantages du commerce en ligne, des inquiétudes sont nées concernant les caractéristiques du support de déroulement du commerce électronique, à savoir : la dématérialisation associée à la rapidité, la distance impliquant l'internationalité ainsi que la fugacité et la valeur de l'information (authenticité, intégrité et confidentialité). Ces facteurs inhibiteurs de confiance ont principalement conduit à une mise en cause de la sécurité des consommateurs, confrontés à des risques nouveaux et apparents. En premier lieu, la dématérialisation des produits et l'absence physique des parties amènent à une perception altérée des biens plus que des services, et ajoutent des craintes sur la « *séduction de l'écran* ». ²⁸¹³ Ces facteurs sont de nature à altérer le comportement normal du consommateur, qui acquiert sans réfléchir et de façon émotive, un produit offert en ligne.

1221. En second lieu, face à la distance, en cas d'inexécution, une machine ne peut prendre en compte entièrement l'identité de celui qui l'actionne, et les qualités du produit ne peuvent encore moins rassurer sur l'identification du fournisseur, ni sur sa volonté réelle de conclure le contrat. Ce sont ces éléments qui constituaient la base du manque de confiance des consommateurs. L'extranéité manifeste de la distance ainsi que les externalités du réseau renforcent les doutes de non prestation ou de non-livraison, ainsi que ceux de l'éloignement des moyens judiciaires ou personnels d'action, face à l'éventualité de la disparition d'un site marchand, souvent situé à l'étranger. À cela s'ajoutent les difficultés habituelles de la langue et du monde des affaires, en droit international privé. Enfin, face à la valeur de l'information et à sa fugacité, des risques nouveaux inhibent les engagements des consommateurs en ligne : exposition aux malversations, compromission des données personnelles et bancaires, dénuement des moyens de preuve. ²⁸¹⁴

2. Les transformations du cadre juridique congolais face aux enjeux de confiance dans le commerce électronique local et international

1222. La RDC, fait partie de la société mondiale de l'information. Elle se trouve face aux mêmes enjeux. La future LECE tient compte de ces protections créées en Europe et en France sur la confiance. Cependant, les réalités socioculturelles congolaises contrastent avec l'élan de modernité du commerce électronique. La barrière de la langue est un frein important à son accès mondial. La culture de l'oralité ainsi que l'analphabétisme n'encouragent pas la majorité des congolais à recourir au formalisme technique et juridique. Les opérateurs de télécoms essaient au maximum de simplifier les syntaxes ou de préconfigurer des icônes faciles d'utilisation pour les consommateurs. Les firmes internationales, les ambassades étrangères, les entreprises étrangères et les agences de l'ONU contraignent les demandeurs d'emploi, d'informations ou de services à recourir aux sites dédiés à l'information en

²⁸¹³ S.A.MAÏGA, *Le Contrat conclu par Internet et la protection des consommateurs*, th. sous dir. de Denis Mazeaud, Univ. Panthéon-Assas (Paris II), soutenu publiquement le 19 décembre 2008, p.22.

²⁸¹⁴ *Ibidem*.

ligne.²⁸¹⁵ Les journaux en ligne sont de plus en plus lus par des intellectuels congolais sur des sites web typiquement congolais.²⁸¹⁶

1223. Néanmoins, la défaillance du réseau postal désavantage la livraison des produits commandés en ligne. Mais sur ce point, des agences ciblent les communautés congolaises dans les pays occidentaux. Cette « diaspora congolaise » est familière aux activités électroniques en Europe, aux États-Unis d'Amérique. L'offre des produits locaux leur est adressée par des opérateurs congolais pour passer des commandes depuis l'étranger au profit de leurs familles, localisées en RDC. Les services de livraison sont assurés par le cybercommerçant qui garantit la chaîne complète de l'offre à la livraison matérielle.²⁸¹⁷ Il s'agit-là d'expériences répandues en RDC en matière de commerce électronique.

1224. Le sentiment de confiance en la dématérialisation des valeurs se ressent de plus en plus en RDC. Le recours aux services de monnaie mobile s'amplifie, de même que l'achat en ligne des crédits de communication téléphonique et d'Internet. La banque en ligne se développe, avec la bancarisation obligatoire des salaires des fonctionnaires de l'État congolais, et les banques leur offrent des moyens de paiement électronique. Dans les supermarchés, des TPE sont de plus en plus présents. Cependant, la vente sur les places de marché (physique) est encore habituelle chez les consommateurs. À défaut d'existence d'associations et en l'absence de fédérations de vendeurs en ligne, il est difficile de disposer d'un baromètre statistique de confiance. N'ayant pas de « Ministère de l'économie numérique », la structuration du marché électronique congolais n'est pas assurée harmonieusement par l'intervention de plusieurs ministères traditionnels, respectivement en charge de l'économie, du commerce et de l'industrie ou des PTNTIC.

1225. Face aux attentes, la future LECE marquera un virage important pour formaliser les normes, les filières de métier de la net économie, tout en dotant le pays d'une loi de confiance pour le commerce électronique congolais. La transition des normes sur les services de la société de l'information doit donner lieu à la création d'organes spécialisés pour réguler le marché numérique congolais. La réforme du régulateur est également envisagée comme soutien des transformations du cadre juridique général des TIC et de celui spécifique au commerce électronique. En effet, ce dernier reste particulièrement attaché au préalable d'une disponibilité d'accès aux communications électroniques.

1226. Ainsi, en lien avec les objectifs de confiance en l'économie numérique à mettre à la charge des autorités publiques sectorielles et avec la loi spécifique sur le commerce en ligne, l'Autorité de régulation des télécoms en RDC veille sur un accès universel et/ou d'inclusion numérique. Ces objectifs relatifs aux TIC et au numérique sont primordiaux. D'où, le législateur a amorcé la restructuration de l'ARPTC en vue de la repositionner sur l'axe de nouveaux enjeux du numérique. (**Section 2.**)

²⁸¹⁵ Le site [www.mediacongo.net] demeure le plus grand site d'agrégat des offres en ligne, mais n'assure pas le moyen de paiement ou de correspondance sur son site. Le destinataire est obligé de se rendre sur le site web ou sur les installations physiques de l'offreur pour poursuivre la transaction concernée.

²⁸¹⁶ Beaucoup d'autres sites affichent le nombre de visiteurs par jour ou par articles [www.7sur7.cd]; [www.congotime.com]; [www.lepotentielonline.com]; [www.dgitalcongo.net]; [www.lesoftonline.com]

²⁸¹⁷ [www.kitunga.be]; [www.monkitunga.com] (à traduire « kitunga » du lingala, dialecte congolaise, par « le panier » en français), pour symboliser le fait d'acheter en ligne depuis l'Europe les denrées et produits de première nécessité disponibles sur le marché physique en RDC, pour obtenir leur livraison à la famille restée dans le pays.

**SECTION II –
LA RESTRUCTURATION DE L'ARPTC EN « ARPTNITIC »
À L'ÈRE DU NUMÉRIQUE ET DE L'INTERNET**

1227. De *lege ferenda*, l'ARPTC « créée par la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 devient l'Autorité de Régulation des Postes, des Télécommunications et des Technologies de l'Information et de la Communication du Congo, ci-après "l'Autorité de Régulation", en abrégé "ARPTTIC". Elle est dotée de la personnalité juridique et jouit de l'autonomie financière et de l'indépendance administrative. L'Autorité de Régulation relève du Président de la République ».²⁸¹⁸

1228. D'une part, cet article important exprime une problématique (de longue date) que le projet de loi ne résout toujours pas. Depuis l'accord de l'OMC du 16 octobre 1997 sur les télécommunications, l'autonomie décisionnelle de l'ARPTC reste un enjeu non résolu, quant à son rattachement à la présidence de la RDC, face au Ministère des PTT. (§1)

1229. D'autre part, les transformations législatives n'innovent pas suffisamment les enjeux et objectifs fondamentaux, assignés à la régulation. En tant qu'enjeu contemporain de la régulation à l'ère numérique, l'« interrégulation » et la « régulation convergence » ne figurent pas dans le projet de la nouvelle loi sur l'ARPTC, qui conserve sa logique sectorielle. Par ailleurs, en tant qu'enjeu traditionnel de régulation des télécoms, la « fracture numérique » présente des aspects politiques, juridiques et statistiques qui interpellent sur les compétences de l'ARPTC, dans la promotion des TIC en RDC. (§2)

**§1. Le regard critique sur le statut administratif de l'ARPTC
pour une transformation de son « rattachement tutélaire »
à la Présidence de la République**

1230. Les innovations dans le projet de loi sur l'ARPTC sont appréciables concernant la mise en place des attributions du régulateur à l'ère numérique. (A./) Néanmoins, le choix incohérent du législateur semble rester en maintenant l'ARPTC sous la « tutelle » du Président de la République. Cela mérite des critiques, vu le caractère politique de ce rattachement, sans harmonisation avec des enjeux juridiques. (B./)

A./ LES INNOVATIONS DE LA TRANSITION DES TEXTES JURIDIQUES SUR L'ARPTC

1231. Le projet de loi modifiant et complétant la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 sur la création de l'ARPTC a pour objet la révision et la précision des missions, des compétences et des pouvoirs ainsi que l'organisation et les modalités de fonctionnement du régulateur du secteur des PTNTIC, dénommé « Autorité de régulation des Postes, Télécommunications et des TIC », en abrégé « ARPTTIC ». Elle est prévue pour se substituer à l'actuelle ARPTC. Elle a pour objectif d'assurer la cohérence avec les dispositions des lois sur les Postes, sur les Télécoms et les TIC, de renforcer l'indépendance et l'autonomie de l'autorité de régulation, de préciser ses pouvoirs et d'adapter son rôle à l'évolution du secteur des PTNTIC. Le but est de suivre et d'assurer le développement d'une concurrence effective et durable.

1232. De ce fait, le projet de loi s'est inscrit dans le but de réaffirmer l'indépendance de l'Autorité de régulation, de clarifier la répartition des compétences entre le régulateur et le ministre ayant en charge les secteurs des PTT ; de compléter ou modifier les attributions du

²⁸¹⁸ Tel est l'énoncé de l'article premier du projet de loi modifiant et complétant la loi sur l'ARPTC. (Source : Secrétariat général du Gouvernement de la RDC, 2016)

régulateur. Il s'agit notamment de transformer: l'interconnexion, l'accès à la boucle locale fixe et aux capacités à haut débit disponibles sur le ou les câbles sous-marins atterrissant en RDC ; le partage d'infrastructures, l'analyse concurrentielle du marché, la définition des opérateurs puissants et des obligations spécifiques qui peuvent leur être imposées, le règlement des différends et la gestion des ressources rares (spectre de fréquences radioélectriques et numérotation).

1233. De *lege ferenda*, les attributions du régulateur sont réalignées en fonction des TIC, là où auparavant l'ARPTC se limitait aux télécoms de base. Dans la réforme, celle-ci veille au respect des lois, règlements et conventions concernant les PTNTIC. Elle veillera au respect du principe de neutralité technologique, assistera le ministre des PTT notamment dans la préparation de la législation des Postes, Télécoms et des TIC, assurera la protection des usagers ainsi que la rédaction d'avis et de propositions. Elle continue à veiller à ce que les différents acteurs titulaires de licence respectent l'autorisation ou la déclaration de la réglementation applicable en matière de communications électroniques. Elle continue à assurer plus particulièrement, sans que cette liste ne soit exhaustive, le contrôle des homologations et des caractéristiques obligatoires des équipements, la surveillance de leurs conditions d'utilisation, les ressources rares, ou encore le contrôle du respect des cahiers des charges et autres obligations incombant aux opérateurs. Le développement des marchés après la déréglementation a créé des situations oligopolistiques. L'ARPTC cherche, en particulier, à renforcer la sécurité des marchés, en surveillant les obligations imposées à ceux exerçant une puissance significative sur un marché pertinent.

1234. Au regard de ses compétences actuelles, l'ARPTC va être fondée à étudier les demandes de licences en matière de télécoms, de cryptologie et des postes. En ce qui concerne les télécoms et les TIC, pour répondre aux demandes de licences, elle va préparer et mettre en œuvre les procédures d'attribution de licences, par appel à concurrence prévues par les lois sur les PTNTIC et conduire leur processus technique d'attribution. En matière de cryptologie et de sécurisation des échanges électroniques, des questions se posent sur la certification, l'horodatage, l'archivage et les recommandés électroniques. En analysant les demandes d'accréditation des prestataires concernés, le processus technique de leurs attributions sera suivi conformément aux lois sur les PTNIC.

1235. De même, en cas d'atteinte grave et immédiate à une règle régissant le secteur en matière de fourniture et de continuité de service des Télécommunications, l'Autorité de Régulation peut, après avoir entendu les parties en cause, prendre des mesures conservatoires en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux et des services. Celles-ci doivent être strictement limitées dans le temps et nécessité pour faire face à la situation. Plus loin dans le projet de loi, il est à noter qu'en cas d'atteinte grave et flagrante aux règles régissant le secteur des télécommunications et des technologies de l'information et de la communication, l'autorité de régulation peut, après avoir demandé aux parties de présenter leurs observations, ordonner des mesures provisoires appropriées en vue d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux et des services.

1236. Par ailleurs, en matière de conciliation des acteurs, l'Autorité de régulation peut se saisir d'office dans les cas où il existe un refus d'interconnexion ou d'accès, y compris en cas de découpage de la boucle locale. Elle dispose des mêmes prérogatives s'il y a échec dans les négociations commerciales ou un désaccord sur la conclusion, l'interprétation ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau des télécoms et des TIC autre que

des dégroupages de la boucle locale. En cas de non conciliation, l'Autorité de Régulation pourra procéder par un arbitrage, uniquement sur saisine de l'une ou l'autre partie.

1237. Il convient de noter aussi qu'en cas d'échec des négociations commerciales, l'Autorité de Régulation peut également être saisie pour régler des différends entre opérateurs, dans leurs activités spécifiées. Il s'agit limitativement du partage d'infrastructures²⁸¹⁹, de l'itinérance nationale²⁸²⁰ et de l'accès à des capacités internationales.²⁸²¹

1. La discussion juridique sur le statut administratif ambigu et le rattachement conflictuel de l'ARPTC avec les lois de la RDC

1238. Au cours de la session de septembre 2014, une proposition de loi sur la révision de la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'ARPTC, fut présentée à l'Assemblée nationale de la RDC par un député de l'opposition.²⁸²² Contenant trois articles, l'essentiel de cette initiative législative visait à faire relever l'ARPTC, non plus du Président de la République, mais du ministre des PTNTIC. Celle-ci intervenait en même temps que le gouvernement qui proposait un avant-projet de loi portant le même intitulé et le même objet. Ces deux initiatives contradictoires sont dans le contenu de l'article 2 de la loi n°014/2002. La proposition de loi attribuait la tutelle de l'ARPTC au Ministère des PTT, alors que le projet de loi tendait au maintien du *statu quo* sous tutelle du Président de la République. Conformément à l'article 130 de la constitution de la RDC²⁸²³, ladite initiative fut transmise au Gouvernement pour un examen approfondi par la Vice-Primature chargée des PTNTIC.²⁸²⁴

1239. Deux motifs essentiels, suite à des considérations à la fois politiques et juridiques, sont à la base de ce changement de rattachement hiérarchique de l'ARPTC. Le premier motif évoqué par le député, auteur de la proposition de loi, se fondait sur le caractère anachronique de la situation politique de 2002. Ainsi, ce rattachement de l'ARPTC à la Présidence de la République pouvait s'expliquer. Depuis la Constitution du 18 février 2006, « *la RDC n'est plus un pays en conflit où les pouvoirs du Président de la République étaient étendus pour les besoins de la sécurité et de la paix.* » Le second motif se fonde sur l'actuel rattachement hiérarchique de l'ARPTC à la Présidence de la République qui la soustrait du contrôle parlementaire.

1240. En effet, aux termes des articles 145, 146 et 100 de la Constitution du 18 février 2006 de la RDC, le principe de l'irresponsabilité politique du président de la république devant l'assemblée nationale profite à ses services subordonnés. Seuls le premier ministre et les membres du gouvernement peuvent faire l'objet du contrôle parlementaire : motion de censure, motion de défiance, questions orales (avec ou sans débat), questions écrites, interpellation. Or, l'ARPTC intervient conjointement avec le Ministre des PTNTIC dans le secteur concerné. Il semble incohérent que le ministre des PTNTIC réponde devant l'assemblée nationale de la politique dudit secteur, alors qu'il n'a pas d'autorité sur celle

²⁸¹⁹ À savoir : « Les possibilités et les conditions d'une utilisation partagée entre opérateurs d'installations existantes situées sur le domaine public ou sur une propriété privée prévues par la loi relative aux télécoms et aux TIC. »

²⁸²⁰ À savoir : « La conclusion ou l'exécution de la convention d'itinérance nationale prévue par la loi relative aux télécoms et aux TIC. »

²⁸²¹ À savoir : « La conclusion ou l'exécution de la convention d'accès à des capacités internationales disponibles sur le ou les câbles sous-marins atterrissant en RDC prévue par la loi relative aux télécoms et TIC. »

²⁸²² Il s'agit de l'Honorable Jean-Baudouin Mayo Mambembe, député élu de Kinshasa, à la suite de la question orale qu'il avait posée au cours de la session antérieure au Ministre des PTNTIC.

²⁸²³ Article 130, alinéa 3, Constitution de la RDC : « Les propositions de loi, sont avant délibération et adoption, notifiées pour information au Gouvernement qui adresse, dans les quinze jours suivant leur transmission, ses observations éventuelles au Bureau de l'une ou l'autre Chambre. Passé ce délai, ces propositions de loi sont mises en délibération ».

²⁸²⁴ Les détails en ont été présentés *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

disposant des prérogatives conjointes de contrôle des activités de son secteur. En comparant avec les autres secteurs d'utilité publique, la proposition de loi évoquait celui de l'électricité ou de l'aviation civile, dont les régulateurs institués relèvent respectivement du ministère de l'énergie ou de celui des transports. Les arguments sont ceux proposés par l'auteur de la loi réformatrice. Mais, la critique en droit est nécessaire pour apprécier si une telle révolution dans la tutelle de l'ARPTC est soutenable au regard de la législation nationale congolaise.

1241. Dans un premier temps, les deux lois n°013/2002 et n°014/2002 promulguées à la même date, le 16 octobre 2002 demeurent en contradiction manifeste, quant à la tutelle de l'ARPTC.²⁸²⁵ De manière flagrante et difficile dans la pratique, la contradiction existe entre l'exposé des motifs de la LCT et l'article 2 de la loi spécifique sur l'ARPTC. En effet, le premier législateur dispose que « Les principales innovations qu'introduit la Loi-cadre sur les télécommunications [...] concernent : la création d'une Autorité de régulation, *placée sous la tutelle du Ministre des P.T.T.* ».²⁸²⁶ L'article 8, dernier alinéa de la LCT ajoute qu'« Une Loi crée l'Autorité de Régulation et fixe ses statuts ». En revanche, l'article 2 de la Loi n°014/2002 sur la création de l'ARPTC dispose : « L'Autorité de régulation relève du Président de la République ».²⁸²⁷ Au regard des principes généraux du droit²⁸²⁸, une loi spéciale (loi n°014/2002 sur l'Autorité de Régulation) peut déroger à une loi générale (loi-cadre n°013/2002 sur les télécommunications). Mais, il est évident que, sur le rattachement hiérarchique de l'ARPTC, il y a contradiction dans l'esprit et la lettre de ces deux lois, promulguées le même jour.

1242. En outre, l'ambiguïté du terme « relever de » employée par cette autre loi n°014/2002 se rajoute à la confusion. Le ministère s'interroge si « *Relever du Président de la République* » au sens de l'article 2 de la Loi n°014/2002 créant l'ARPTC équivaut à une dépendance hiérarchique. Selon les arguments du Ministère des PTT, le législateur ne dit aucunement que l'ARPTC est sous la tutelle du Président de la République. Cette dernière constitue tous les moyens de contrôle dont dispose l'institution ou l'organe tutélaire sur l'entreprise. Elle est d'ordre administratif, judiciaire, technique, économique ou financier. La tutelle administrative s'exerce sur les actes, à tous les niveaux et à tous les stades de la procédure. Pour l'ARPTC, il s'agit d'une « tutelle d'opportunité » « *qui subordonne à l'accord des autorités de tutelle la perfection juridique des décisions des autorités sous tutelle et s'analyse exactement en coopération entre ces deux catégories d'autorités, partant en une coadministration* ».²⁸²⁹ Ce n'est pas ainsi pour l'ARPTC : le Président de la République n'intervient pas à tous les stades pour toutes ses activités.

1243. Ainsi, le budget de l'ARPTC est approuvé par le Collège de l'ARPTC et non le Président de la République ou le Ministre des PTT. Ce dernier en reçoit simplement information.²⁸³⁰ De même toutes les décisions prises par le Collège en matière de régulation (en rapport avec ses missions) ne sont pas entérinées par le Président de la République. Il semble que le fait de faire relever l'ARPTC de la plus haute autorité du pays permet de souligner davantage son indépendance, due à un simple rattachement plutôt qu'à un véritable

²⁸²⁵ Il s'agit de la loi-cadre n°013/2002 sur les télécommunications en RDC et la Loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'ARPTC.

²⁸²⁶ JO RDC, 44^e année, n° spécial, 25 janvier 2003, p. 19.

²⁸²⁷ *Ibidem*, p. 48.

²⁸²⁸ J. HILAIRE, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, Paris, 2013, p. 185. G. CORNU[2010], *op.cit.*, p. 965. « *Generalia specialibus non derogant* » : les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales. « *Specialia generalibus derogant* » : les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales ou le régime des choses spéciales déroge au régime général. « *In toto jure generi per speciem derogatur* » : En droit, l'espèce déroge au genre.

²⁸²⁹ G. CORNU [2016], *op.cit.*, p.922-923. *Verbo* : « tutelle »,

²⁸³⁰ Article 23 de la Loi n°014/2002.

pouvoir tutélaire. Par contre, les actes précis de gestion interne de l'ARPTC sont réellement subordonnés à l'approbation ou à l'aval du Ministre des PTT dans deux cas : soit, pour leur caractère exécutoire²⁸³¹, soit pour la définition de leurs sanctions ou de leur procédure de mise en œuvre²⁸³².

1244. Le parti pris par le directeur de la réglementation de l'ARPTC ne résiste pas à la critique, quand elle considère comme une « *coquille* » (lapsus du législateur) la tutelle du Ministre des PTT sur l'ARPTC, telle que figurant à l'exposé des motifs de la LCT.²⁸³³ Il en est de même de l'argument simpliste, de considérer l'exposé des motifs (évoquant la tutelle du ministre des PTT) comme détachable du texte de loi et l'article 2 de la loi n°014/2002 (évoquant le rattachement au Président de la République) comme étant une disposition intangible dans le texte. Le contenu est cohérent avec des effets quant aux mécanismes d'approbation (contrôle) de certains actes de l'ARPTC par le Ministre des PTT. Par contre, le rattachement de l'ARPTC au Président de la République est dénué de contenu subséquent à ce prétendu pouvoir hiérarchique. Les prérogatives tutélaires sont d'attribution et ne peuvent se satisfaire de « décorum ». Par conséquent, le rattachement de l'ARPTC à la Présidence de la République paraît, en toute évidence, être un choix politique. En revanche, l'exposé des motifs de la loi-cadre est conséquent, sur le plan législatif, en conférant un contenu légal conforme à la tutelle voulue et s'exprimant sur certains actes administratifs de l'ARPTC par les pouvoirs tutélaires du ministre des PTT.

1245. En effet, la loi-cadre de 2002 sur les télécoms renforce l'idée d'attribuer au ministre des PTT l'approbation de plusieurs actes de l'ARPTC.²⁸³⁴ Cependant, la Loi n°014/2002, dans son article 2, dispose que l'ARPTC relève du Président de la République, mais ne donne aucune précision. Sans incidence juridique sur la tutelle, cette loi n°014/2002 fixe le pouvoir discrétionnaire du Chef de l'État pour la nomination des Président et Vice-président de l'ARPTC.²⁸³⁵ De même, ladite loi prescrit que le Président de la République reçoit le Rapport des comptes de l'ARPTC, alors même que celui-ci est rendu public et partagé à la connaissance des Ministres des finances et des PTT, sans aucun quitus à y apporter²⁸³⁶.

1246. Ainsi, la confusion des deux lois sur la tutelle de l'ARPTC est contraire aux objectifs d'une bonne gouvernance. La contradiction est, en effet, source de conflits entre autorités publiques, intervenant dans le même secteur libéralisé des télécoms. Elle fait obstacle aux objectifs d'une bonne conduite de politique sectorielle, responsable, faute d'un exercice harmonieux de régulation. La restructuration de l'Autorité de régulation est devenue une nécessité et une urgence. Les évolutions des propositions de régulation dans le monde motivent pour corriger ces erreurs. Mais, le statut de l'ARPTC de 2002 n'est plus conforme au régime général des établissements publics. La loi de 2002 se réfère encore à la loi-cadre du 06 janvier 1978 sur les entreprises publiques.²⁸³⁷ Cependant, depuis la promulgation en 2008

²⁸³¹ Article 19, LCT-RDC, préc.

²⁸³² Article 6, Loi n°014/2002 sur l'ARPTC, spécialement en ce qui concerne la prise d'un Arrêté du Ministre des PTT pour la mise en mouvement du pouvoir d'arbitre équitable des litiges entre opérateurs dévolus à l'ARPTC par l'article 5 de la même loi.

²⁸³³ LEPAGE BUSHABU WOTO, *op.cit.*, p. 18 et s.

²⁸³⁴ Article 19, alinéa 1 et article 25, alinéa 1, LCT, préc.

²⁸³⁵ Article 10 alinéa 1, Loi-cadre sur les télécommunications RDC, préc.

²⁸³⁶ Article 28, alinéa 2, Loi n°014/2002, préc.

²⁸³⁷ JO RDC, 44^e année, n) spécial, 25 janvier 2003, p. 19 et 49. L'exposé des motifs de la même loi créant l'ARTPC précise que « *l'option a été levée pour un organe public doté d'un statut intermédiaire situé entre le régime des entreprises publiques instituées par la loi cadre du 06 janvier 1978 et le régime d'une régie mais doté d'une large autonomie* »

du paquet des lois sur les entités administratives du portefeuille de l'État en RDC, cette loi référence de 1978 est déjà abrogée.

2. *L'ARPTC en porte-à-faux de l'évolution des lois sur le portefeuille de l'État*

1247. La loi n°08-009 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics englobe le statut actuel de l'ARPTC. En effet, « La loi n°78-002 du 06 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques inclut dans sa définition tout établissement public quelle qu'en soit la nature. Il en découle que certains établissements publics ne réalisant pas d'activités lucratives se sont retrouvés assujettis aux mêmes contraintes que les structures opérant dans le secteur marchand ».²⁸³⁸ Aux termes de l'article 1^{er} de la loi n°014/2002 sur l'ARPTC, celle-ci « *est une personne morale de droit public dotée de la personnalité morale* ». Et pourtant, selon l'article 3 de la loi n°08-009, « L'établissement public est toute personne morale de droit public créée par l'État en vue de remplir une mission de service public [...] dispose d'un patrimoine propre [...] jouit de l'autonomie de gestion et est placé sous la tutelle du Ministre ayant dans ses attributions le secteur d'activités concerné par son objet ».

1248. Le régime de l'ancienne loi-cadre du 06 janvier 1978 (où l'ARPTC était comprise) est reprécisé par la loi n°08-009 du 7 juillet 2008 sur le portefeuille de l'État. Il n'est plus inscrit de statut intermédiaire, car « *suivant son objet, l'établissement public est à caractère soit administratif, soit social et culturel, soit scientifique et technique* ».²⁸³⁹ Ainsi, son statut administratif, dûment précisé dans la loi sur sa création²⁸⁴⁰, est renforcé par son appartenance à la catégorie d'établissement public, plutôt qu'à celle d'entreprise publique. L'ARPTC ne peut donc pas être qualifiée d'« entreprise publique ». En effet, l'article 3,-3 de la loi n°08-10 du 07 juillet 2008 organisant le portefeuille de l'État entend par « entreprise publique : toute entreprise du portefeuille de l'État dans laquelle l'État ou toute personne morale de droit public détient la totalité ou la majorité absolue des actions ou parts sociales ». L'ARPTC ne dispose d'aucune structure d'actionnariat. Elle est un établissement public, tout au moins un service public, au sens de la loi n°08-010 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État²⁸⁴¹, et de la loi n°08-009 du 07 juillet 2008 sur les dispositions générales applicables aux établissements publics. Pour confirmer cette assertion, l'article 11 de la Loi n°08-007 du 07 juillet 2008 portant sur les dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques précise que « Les entreprises publiques dont les activités sont, soit non lucratives et non concurrentielles, soit le prolongement de celles de l'Administration publique, soit bénéficiant d'une parafiscalité et qui poursuivent une mission d'intérêt général, sont transformées, selon le cas, en établissements ou en services publics ».²⁸⁴²

1249. L'ARPTC ne figure pas sur la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, ayant pour conséquence leur émancipation sous toute forme de tutelle, dont l'administration et la gestion, (faisant partie du portefeuille de l'État) sont assurées par le

²⁸³⁸ Les Codes Larcier (RDC), *Droit administratif*, t.VI, B, éd. De Boeck et Larcier (Afrique édition), Bruxelles (Kinshasa), 2010, p.912.

²⁸³⁹ Article 4, Loi n°08-009 du 7 juillet 2008, préc.

²⁸⁴⁰ JO RDC, 44^e année, n° spécial, 25 janvier 2003, p. 50. « N'ayant pas la vocation de générer et de recouvrer directement des recettes, l'autorité ne peut disposer de conseil d'administration ni d'un collège des commissaires aux comptes à cause de l'inadéquation de leur rôle classique avec le statut de l'Autorité et des difficultés de prise en charge financière de ces organes ».

²⁸⁴¹ JO RDC, n° spécial, 12 juillet 2008, p.25.

²⁸⁴² JO RDC, n° spécial, 12 juillet 2008, p.5.

Ministre ayant le portefeuille de l'État.²⁸⁴³ Le statut intermédiaire de l'ARPTC, défini dans la loi n°014/2002 portant sur sa création, n'a donc plus qu'un seul aspect, dérogatoire à la législation générale sur les établissements publics de 2008. Il s'agit de l'absence de Conseil d'administration et d'un Collège des commissaires aux comptes au sein de l'ARPTC (pour les raisons susmentionnées). Le manque de structure organique classique d'un établissement public²⁸⁴⁴ sous l'autorité de l'ARPTC ne supprime pas les fonctions du conseil d'administration, de la direction générale et des commissaires aux comptes qui sont, en réalité, exercées par le Collège de l'ARPTC à savoir, son Président et le Ministre des Finances en tant que *contrôleur des comptes*²⁸⁴⁵ de l'ARPTC. Ce Statut bivalent de l'ARPTC, « *situé entre le régime des entreprises publiques et le régime d'une régie dotée d'une large autonomie* »²⁸⁴⁶ ne dépasse aucunement le cadre général de la loi n°08-009 du 07 juillet 2008. Cette dernière connaît distinctement ces deux statuts sûrement réunis en un seul, dans le chef de l'ARPTC. De ce statut, l'article 25 en déduit une tutelle obligatoire.

1250. Dès lors, il n'est plus possible que l'ARPTC dispose d'un statut *sui generis* ou d'une « autorité administrative indépendante », comme l'ARCEP en France. Elle ne pourrait pas non plus tirer la particularité de son statut du fait de son rattachement au Président de la République. La vocation de tout établissement public est de disposer d'une tutelle, le choix dépend du législateur. En 2002, la loi créant l'ARPTC l'a fait « relever » du Président de la République. Cependant, le principe de la réforme du statut des entreprises publiques, en établissements publics, exige une tutelle exercée par les ministres sectoriels pour tout service public de son département. Une évolution est intervenue dans le régime de référence de la loi de 2002, attendant aux entreprises publiques de 1978 désormais transformées en établissements publics depuis 2008. Ainsi, elle doit relever d'un Ministère et non du Président de la République.

1251. Cependant, son « *principe d'autonomie décisionnelle* »²⁸⁴⁷ selon l'accord de l'OMC de 1997 ne paralyse pas le prescrit congolais de la tutelle ministérielle pour tout service et établissement public. La tutelle, s'exerce sur des actes précis et n'affectent donc pas l'autonomie, ni l'indépendance d'une autorité. Au contraire, le rattachement au Président de la République donne un poids politique plus important que s'il s'agissait du rattachement au Ministère. Dans tous les cas, l'indépendance administrative n'est pas liée au rang protocolaire de l'autorité de rattachement, mais à une marge de liberté et d'autonomie d'action. De ce point de vue, la proposition de réforme de loi n°014/2002 portant sur la création et le fonctionnement de l'ARPTC doit tendre à soumettre son statut au droit des services publics et à l'organisation du portefeuille de l'État. Il est aussi impératif de mettre fin à cette contradiction du législateur concernant deux lois promulguées à la même date et dans le même secteur des télécoms entre la tutelle fondée du Ministère et celle décrétée de la Présidence de la République sur une même entité publique, à savoir l'ARPTC.

²⁸⁴³ Article 8, Loi 08-010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État. V. aussi Décret 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics.

²⁸⁴⁴ Article 6 de la loi 008-009 du 7 juillet 2008 : « Les structures organiques d'un établissement public sont : 1. Le conseil d'administration ; 2. La direction générale ; 3. Le collège des commissaires aux comptes ».

²⁸⁴⁵ Article 27, Loi n°014/2002 portant création de l'ARPTC.

²⁸⁴⁶ JO RDC, 44^e année, n° spécial, 25 janvier 2003, p.49.

²⁸⁴⁷ Cf. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1 « La mise en œuvre de la déréglementation dans sa déclinaison générique africaine », spécialement point B/ « La fonction de régulation face aux enjeux de défaillance des marchés et de capture du régulateur en Afrique »

*B. / L'AMBIGÜITE LEGISLATIVE ET ADMINISTRATIVE DU RATTACHEMENT HIÉRARCHIQUE
ET FONCTIONNEL DE L'ARPTC*

1252. Des facteurs d'ordre constitutionnel et d'ordre législatif motivent le changement du rattachement hiérarchique de l'ARPTC. Les enjeux de l'ère numérique incitent à une transition des normes. Mais la réadaptation des règles institutionnelles du secteur des TIC a aussi une influence dans le dynamisme des textes constitutionnels et dans les branches externes du droit public, en tant que « droit de l'État ». ²⁸⁴⁸ En l'occurrence, le droit constitutionnel et le droit des services publics congolais imposent des règles organiques et fonctionnelles, applicables aux autorités ministérielles et administratives de gouvernance du sectorielle. En effet, la régulation des enjeux de l'ère numérique est fortement liée au statut administratif du ministre des PTT et de l'ARPTC, quant à la définition sur leurs rapports de collaboration ou de subordination. De ce point de vue, le droit public peut être identifié comme « une réglementation fondatrice confrontées aux transformations numériques » et, dans un autre, comme « une réglementation fondatrice pour les usages de l'informatique ». ²⁸⁴⁹

1. La fragilité des arguments de rattachement tutélaire de l'ARPTC à la Présidence de la République

1253. Depuis sa création (il y a douze ans), l'ARPTC a connu quatre (04) Collèges successifs dont les membres sont nommés par le Président de la République. En RDC, le conflit entre deux lois du 16 octobre 2002 sur les télécoms et sur l'ARPTC est resté en l'état actuel du droit. Dans les développements antérieurs, le Directeur de la Réglementation de l'ARPTC avait fait une étude sur le double énoncé de la tutelle de l'ARPTC devant être exercée par le ministère des PTT, mais dans les faits c'est la Présidence de la République. ²⁸⁵⁰ Au départ, le rattachement de l'ARPTC au Président de la République pouvait encore se justifier pour établir son autonomie et son efficacité, face aux interférences des membres du gouvernement. À cet effet, trois raisons essentielles étaient exposées dans les motifs de la loi n°014/2002 sur la création de l'ARPTC. Il fallait, « à l'instar de certains autres pays, renforcer son indépendance vis-à-vis du Ministre qui exerce aussi la régulation au nom de l'État congolais ». De plus, « le secteur étant stratégique sur le plan de la sécurité, il ne faudrait pas qu'il soit sous l'influence de plusieurs personnes ». ²⁸⁵¹ En 2002, il était admis que « le contexte sociopolitique de notre pays [RDC] le recommande aussi ».

1254. Cependant, quatorze ans après, l'évolution du droit positif congolais conduit peu à peu à ce que l'ARPTC ne relève plus du Président de la République mais du Ministre des PTT. Premièrement, par souci d'indépendance, la proposition de loi modifiant la tutelle de l'ARPTC soutient que « la dépendance de l'Autorité de régulation au Président de la République la soustrait du contrôle parlementaire dans la mesure où le Président de la République est irresponsable devant l'Assemblée nationale ». Le choix de tutelle administrative, initialement fait pour renforcer l'indépendance de l'ARPTC face au ministre

²⁸⁴⁸ D. TRUCHET, *Le droit public, Le droit de l'État*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3^e éd., n°1327, Paris, 2014 (2003), pp. 43 et 47. « Il est indispensable d'organiser ces règles dans un ensemble cohérent : c'est une exigence d'ordre, de méthode et d'efficacité du droit public/ de justice et de démocratie aussi : qu'en resterait-il si, par exemple, le législateur s'affranchissait du respect de la constitution ou l'administration de celui de la loi... ? »

²⁸⁴⁹ H. OBERDORFF, « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux » in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, R.D.P., 2016, n°1, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, janvier 2016, p. 42-43.

²⁸⁵⁰ LEPAGE BUSHABU WOTO, *op.cit.*, p. 59 et s. Cf. *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B/, « Les erreurs exemplaires de réglementation sous la LCT de 2002 ».

²⁸⁵¹ « Exposé des motifs », Loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

des PTT, crée une situation excessive. L'ARPTC est considérée comme un service de la Présidence de la République. Son rattachement hiérarchique est en contradiction avec l'application de l'article 100 de la Constitution, alinéa 2, en vertu duquel « *le Parlement [...] contrôle le Gouvernement, les entreprises publiques ainsi que les établissements et les services publics* ».

1255. Deuxièmement, le rattachement de l'ARPTC au Président de la République est aussi pour une raison de sécurité, mais la proposition de loi soutient que « *La Constitution qui répartit les compétences entre les institutions, dispose en son article 91 alinéa 3 : la défense, la sécurité et les affaires étrangères sont des domaines de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement* ». Le portefeuille des télécoms n'entre pas formellement dans ce cadre limitatif. Les télécoms relèvent du Gouvernement qui en répond devant l'Assemblée nationale, conformément à l'article 91 alinéa 5 de la Constitution.

1256. Ces raisons de sécurité sont avancées pour justifier la dépendance de l'ARPTC au Président de la République. Cependant, elle (ARPTC) ne dispose pas dans ce domaine (sécurité) d'attribution légale précise. Mais au contraire, l'article 6, e de la loi-cadre de 2002, confère au ministre des PTT la mission de police et de surveillance générale du secteur des télécoms, en collaboration avec les ministres ayant en charge la Justice, la Défense, la Sécurité.

1257. Troisièmement, concernant l'évolution du contexte politique, la proposition de loi soutient que « Par souci d'efficacité, de cohérence et de conformité à la Constitution en vigueur, il est dès lors, impérieux que la tutelle de l'autorité de la poste et des télécommunications revienne au Ministre qui a en sa charge, ce secteur au sein du Gouvernement ». S'agissant de l'efficacité, deux autorités (Ministère des PTT et ARPTC) interviennent en matière de réglementation et de régulation des télécoms. L'article 8, alinéa 2, h) de la loi-cadre sur les télécoms présente l'ARPTC comme une autorité d'exécution de la politique sectorielle, par sa mission de régulation. « Elle a pour attribution de : [...] Contribuer à définir et à adapter, conformément aux orientations de la politique gouvernementale, le cadre juridique général dans lequel s'exercent les activités relevant du secteur des télécommunications ». En tant qu'instrument d'exécution du programme gouvernemental, elle ne devrait pas raisonnablement demeurer rattacher au Président de la République.²⁸⁵²

1258. S'agissant de cohérence, le ministre veille à : a) assurer la séparation et l'indépendance de la fonction de régulation du secteur des télécoms de celle de l'exploitation des réseaux ou de fourniture de services des télécoms (article 7, a) de la LCT (RDC); cette tâche n'incombe pas au Président de la République agissant (article 69 de la Constitution) mais bien au ministre (article 93 de la Constitution). Celui-ci est responsable de son département, il applique dans son secteur, le programme gouvernemental. Cette position est cohérente avec l'article 91 de la Constitution, qui dispose : « *Le Gouvernement conduit la politique de la Nation* ». Ce qui va de pair avec l'article 91, alinéa 5 de la Constitution fondant la responsabilité du Gouvernement devant le parlement qui l'investit sur base d'un programme (article 90, alinéas 3 et 4 de la Constitution). Le gouvernement dispose de l'Administration publique (article 91, alinéa 5 de la Constitution), et qui permet ainsi aux ministres sectoriels d'exercer un contrôle sur les services et établissements publics. Concernant la « montée en puissance des exécutifs contemporains [d]ans la plupart des démocraties occidentales, le pouvoir exécutif n'est pas seulement un pouvoir d'exécution. Il

²⁸⁵² Article 91, alinéas 1 et 2, Constitution de la RDC, préc. : « *Le Gouvernement définit, en concertation avec le Président de la République, la politique de la nation et en assume la responsabilité. Le gouvernement conduit la politique de la nation.* »

apparaît désormais comme le véritable centre d'impulsion et de décision, en matière politique, économique ou sociale [...] Fort, souvent, d'une majorité politique dont il est issu et qu'il dirige, l'organe exécutif s'impose ainsi face à un Parlement, fréquemment affaibli dans l'exercice de sa fonction de contrôle »²⁸⁵³.

2. *Les limites du droit des services publics congolais dans la réforme du statut de l'ARPTC au regard de l'ARCEP ou du ministère de l'économie numérique en France*

1259. En France, l'ARCEP a une compétence plus vaste encore en ce qu'elle régule également les activités postales et a pour office de favoriser l'exercice d'une « concurrence effective et loyale au bénéfice des utilisateurs », ce qui la rapproche singulièrement de l'office général de l'autorité de la concurrence. le régulateur doit encore tenir compte de l'« intérêt des territoires » et de l'accès des utilisateurs aux services et aux équipements. L'ARCEP a compétence pour réguler ce qui contient les informations transportées (contenant) tandis que le conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a compétence pour réguler les informations transportées (contenu). Cette distinction contenant/contenu fonde la dualité des régulateurs. Mais elle est fragile et peu utilisée à l'étranger, d'autres pays préfèrent avoir un seul régulateur pour le contenant et pour le contenu, dans la mesure où les informations peuvent passer par divers contenants (par exemple, la télévision ou le téléphone). C'est pourquoi on évoque parfois l'hypothèse de fusion des deux autorités de régulation.²⁸⁵⁴

1260. Dans sa fonction économique, l'ARCEP surveille les marchés de gros, dans lesquels les opérateurs doivent se comporter d'une façon transparente (transparence), non discriminatoire et publier une offre de référence. Elle fixe les prix et oblige à une orientation du tarif vers le coût, favorisant en aval le dynamisme concurrentiel (tarification). Ce régulateur veille à l'accès au réseau de transports et au réseau de distribution jusqu'au consommateur final (problématique de la boucle locale, voir Télécommunications). S'agissant de la régulation technique, l'ARCEP peut assigner aux opérateurs des fréquences radioélectriques qui sont des ressources rares (facilités essentielles), dont l'attribution peut être retirée à l'opérateur en cas de manquement.²⁸⁵⁵ Au-delà de ces dimensions très techniques, le régulateur exerce une fonction politique parce qu'il projette dans l'avenir une certaine conception du secteur. Ainsi il peut estimer que la fibre optique doit être ou non favorisée et contraindre les opérateurs en ce sens. De la même façon, il peut ou non adhérer à la théorie de la « neutralité du Net », au nom de laquelle il peut imposer aux propriétaires d'un réseau de l'ouvrir à d'autres utilisateurs, même si des investissements supplémentaires à compenser sont nécessaires pour atteindre l'objectif de la régulation du droit de l'accès.

1261. La « capture du régulateur » est le terme usuellement employé dans les théories économiques. Elle vise la situation dans laquelle une institution – en pratique le régulateur – perd son indépendance par influence exercée par un tiers sur lui. La publicité des rapports par le régulateur est sa façon de rendre des comptes en faisant usage des modes de responsabilités et de « redévabilité » (reddition des comptes), mis en balance avec son indépendance. Or si le régulateur est capturé par le secteur à contrôler, le système même de régulation s'ébranle. Il « a pour fonction de contrôler en permanence le secteur, pour prendre en *ex ante* la

²⁸⁵³ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. précis, 18^e éd. 2010, Paris, 2015, p. 668.

²⁸⁵⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, pp. 14-15

²⁸⁵⁵ L'ARCEP dispose du pouvoir de retirer des fréquences aux opérateurs ne remplissant pas leurs obligations et peut prendre des *mesures conservatoires*. Celles-ci peuvent être attaquées devant la Cour d'appel de Paris, sauf des cas de recours devant le Conseil d'États. L'autorité exerce un pouvoir de règlement de différends et un pouvoir de sanction.

réglementation qui convient et pour sanctionner en *ex post* les manquements qu'il a pu constater », sinon sa capture par le marché annihile son office.²⁸⁵⁶

1262. Actuellement, la RDC ne peut comme en France reconnaître à l'ARPTC, le statut d'« *Autorité administrative indépendante* » (AAI). Elle doit arriver à une réforme plus globale du statut des services publics. L'ARCEP française se distingue, en effet, de l'ARPTC, par son statut d'AAI, comme le sont les autorités de la concurrence, le CSA, le CRE, l'Autorité de marchés financiers, CNIL. À ce titre, elle fait partie de l'État français, tout en étant indépendant du gouvernement. Son attribution lui vient certes du Parlement, mais depuis 2016, son budget est imputé sur le programme budgétaire 134 du ministère de l'Economie.

1263. En droit congolais, les formes les plus importantes d'autonomies reconnues à des services publics se limitent aux « Institutions d'appui à la démocratie », directement créées par la Constitution²⁸⁵⁷. En effet, ce statut organique et fonctionnel, détaché des pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif, n'est reconnu qu'à la Commission nationale électorale indépendante (CENI)²⁸⁵⁸ et au Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication (CSAC)²⁸⁵⁹. Quoique disposant d'un statut atypique en droit des services publics, l'ARPTC ne peut en aucun cas être assimilée ni prétendre au statut de ces institutions (défini directement par la Constitution), sauf dérogation par une « *loi organique* »^{2860, 2861}.

1264. Nous avons déjà vu que la loi n°008-009 sur les établissements publics est intervenue dans le paquet des lois du 07 juillet 2008 relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État ainsi qu'au désengagement de l'État. Cette réforme générale des services administratifs étatiques réserve le pouvoir tutélaire des établissements publics aux ministres et non au Président de la République. En quoi consiste son pouvoir hiérarchique sur l'ARPTC ? Quel est son contenu ? En droit, les compétences étant d'attribution²⁸⁶², il ne ressort de l'analyse aucun contenu juridique lié à la fonction hiérarchique que la loi n°014/2002 confère à la présidence de la RDC sur l'ARPTC. Il a été constaté également que le législateur de 2002 n'en tire pas des conséquences juridiques devant permettre d'organiser ce rattachement hiérarchique. La situation politique conjoncturelle en RDC (guerre civile de 1998 à 2003) avait amené le législateur de 2002 à choisir, selon des nécessités de contrôle stratégique des télécoms.²⁸⁶³ Au vu de toutes les attributions tutélaires conférées au ministère

²⁸⁵⁶ M.A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, coll. « que sais-je ? », PUF, 1^{re} éd., 2011, pp. 33-34

²⁸⁵⁷ D. BARANGER, *Le droit constitutionnel, à la recherche de l'ordre politique idéal*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n°3634, 6^e éd., Paris, 2013 (2002), p. 9. « *Le pouvoir constitutionnel, qui est une mise en forme du pouvoir politique par le droit, est exercé par des institutions et suppose la formulation des règles juridiques. Une institution n'est autre qu'une action humaine dissociée de son auteur et considérée en elle-même.* »

²⁸⁵⁸ Article 211, Constitution de la RDC, préc. : « Il est institué une Commission électorale nationale indépendante dotée de la personnalité juridique. [...] Une loi organique fixe l'organisation et le fonctionnement de la Commission électorale nationale indépendante ».

²⁸⁵⁹ Article 212, Constitution de la RDC, préc. : « Il est institué un Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication dotée de la personnalité juridique. [...] La composition, les attributions, l'organisation et le fonctionnement [...] sont fixés par une loi organique ».

²⁸⁶⁰ P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel, Vocabulaire citoyen*, PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., Paris, 2014 (2003), p. 73. En France comme en RDC, la « *Loi organique* » conserve la même définition. « Traditionnellement, loi relative à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics. [...] La Constitution de 1958 (art.46) a défini cette notion jusque-là imprécise : est organique, la loi prévue par la Constitution, adoptée selon une procédure particulière, et obligatoirement soumise au contrôle du Conseil constitutionnel (art.61, al. 1^{er}) »

²⁸⁶¹ Article 222, Constitution de la RDC : « *Toutefois, par une loi organique, le Parlement pourra, s'il échet, instituer d'autres institutions d'appui à la démocratie* ».

²⁸⁶² G. CORNU [2005], *op.cit.*, p. 89. En parlant d'une autorité ou d'un organe, il s'agit du « contenu d'une fonction conférée par la loi ; plus précisément : catégorie d'actes ou de matières qui entre dans les pouvoirs ou la compétence de cette autorité ou de cet organe ».

²⁸⁶³ P. BOUVIER, *Le dialogue intercongolais, Anatomie d'une négociation à la lisière du chaos, contribution à la théorie générale de la négociation*, L'Harmattan, coll. Cahiers africains, n°63-64, Paris, 2004, p.50-53, . La guerre de contestation de légitimité contre le Président Mzee, tombeur de Mobutu en RDC, éclate en RDC en aout 1998 dans la partie Est du pays. Il

des PTT sur plusieurs actes de l'ARPTC (dans la loi n°014/2002), le projet législatif qui en porte modification, ne devrait-il pas se détacher du choix purement politique de la tutelle présidentielle ? Dans la réforme en cours du cadre légal, le Ministre des PTT en charge du processus a choisi de ne pas intervenir, en invitant le Chef de l'État à statuer lui-même sur la question.

1265. La nature du pouvoir hiérarchique du Président de la République sur l'ARPTC devrait se structurer autour du contrôle des actes de l'organe placé sous son autorité. Cependant, aucune disposition de la loi n°014/2002 ne dispose concrètement d'une quelconque attribution en ce sens, à son profit. La tutelle dont il est question ne permet ni d'exercer de contrôle financier (audit)²⁸⁶⁴, ni à d'approuver préalablement certains de ses actes, ni présenter un Rapport d'exercice comptable destiné à un contrôle postérieur.²⁸⁶⁵ Le corps de la loi sur la création de l'ARPTC n'indique pas clairement les matières sur lesquelles s'exercerait une telle tutelle. En effet, comme le précise la doctrine : « À la différence du pouvoir hiérarchique qui est de droit commun, la tutelle est conçue comme un pouvoir exceptionnel. La tutelle ne se présume pas ; elle n'existe que dans la mesure et les limites où la loi l'a organisée... ».²⁸⁶⁶

1266. En revanche, les lois n°013/2002 (LCT) et n°014/2002 sur l'ARPTC ont effectivement organisé les actes tutélaires du Ministère des PTT sur l'ARPTC. Tel en est le cas des dispositions concernant l'approbation du Ministre des PTT sur les actes du collège de l'ARPTC, dans la LCT (RDC). Premièrement, « La licence d'exploitation et le cahier des charges sont préparés par l'Autorité de Régulation *approuvés et signés par le Ministre et publiés au journal officiel* ».²⁸⁶⁷ Deuxièmement, « L'Autorisation et le cahier des charges qui lui est annexé, sont délivrés par l'autorité de régulation, *après approbation du Ministre* ».²⁸⁶⁸ Finalement, le Professeur Vunduaawe, doyen des juges de la Cour constitutionnelle de la RDC tranche qu'« En droit positif congolais, le contrôle de tutelle sur les actes s'exprime de deux manières : [...] par tutelle *a posteriori*, lorsque le caractère exécutoire est subordonné à l'approbation qui rétroagit à la date de l'édition de la décision ».²⁸⁶⁹ Ainsi, l'exercice *a posteriori* d'un pouvoir d'approbation du Ministre sur les actes de l'ARPTC constitue bien un exercice de contrôle tutélaire pour les actes de cette institution, selon le vœu de la loi-cadre

faudra la signature de l'Accord de cessez-le-feu à Lusaka (Zambie) le 10 juillet, le 30 juillet et le 31 août 1999 pour entamer les négociations de paix dans le cadre du « dialogue intercongolais ». L'« Accord global et inclusif sur la transition en République Démocratique du Congo » est signé le 17 décembre 2002 à Pretoria (Afrique du Sud) entre les opposants armés, le Gouvernement et l'opposition politique. L'accord vise le partage équitable et équilibré du pouvoir au sein du Gouvernement, du Parlement, des Ambassades, de l'Armée, de la Police, des entreprises et établissements publics. Le Ministère des PTT doit revenir, aux termes de cet accord, à la rébellion de l'Est du pays (le RCD-Goma) à l'origine de la guerre dans le pays. La promulgation de la « Constitution de transition » du 4 avril 2003 maintient le Chef de l'État au-dessus de l'exécutif, sans Premier Ministre. La volonté est de rattraper par l'envers ce qui a pu être concédé par endroit. Ainsi, quelques mois avant l'accord du 17 décembre 2002, la Présidence de la République anticipe au niveau du Parlement, « Assemblée Constituante et Législative-Parlement de transition » (ACL-PT, en sigle), non encore passée sous la coupe réglée de l'Accord pour que les lois du 16 octobre 2002 interviennent en matière des télécoms. La tutelle présidentielle sur l'ARPTC est demeurée en l'état à ce jour. Et le Président de la République étant la plus haute institution, tout changement législatif reste délicat, d'autant que l'ARPTC se plaît elle-même dans le *statu quo*.

²⁸⁶⁴ JO RDC, 44^e année, Numéro spécial, 25 janvier 2003, p.50. L'exposé des motifs de la Loi n°014/2002 sur l'ARPTC renseigne que « cependant, le contrôle financier de l'Autorité reste ouvert au Ministre ayant les finances dans ses attributions à travers les audits externes et les mécanismes classiques de contrôle usités par ce Ministère ».

²⁸⁶⁵ Article 28, alinéa 2, loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc. « Le rapport [annuel de l'ARPTC] est rendu public et adressé au : Président de la République, Ministre ayant les Finances [...] et Ministre ayant les postes et télécommunications dans ses attributions »

²⁸⁶⁶ A. DE LAUBADERE, *Manuel de Droit Administratif*, 12^e éd., L.G.D.J, Paris, p. 167.

²⁸⁶⁷ Article 19, alinéa 1, LCT 2002, préc.

²⁸⁶⁸ Article 25, alinéa 1, LCT 2002, préc.

²⁸⁶⁹ VUNDUAWE TE PEMAOKO, *Traité de Droit administratif*, Larcier, Bruxelles, 2007, pp. 839-840.

sur les télécoms dont, sur ce point précis la loi créant l'ARPTC ne déroge pas puisque silencieuse.

1267. À la différence de l'ARPTC rattachée au Président de la république, l'évolution de la législation congolaise sur les services publics consolide, dans ses options, les pouvoirs de « tutelle d'opportunité » du ministre des PTT sur les actes de l'ARPTC. Il en est ainsi des choix postérieurs à la loi n°08/009 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales, applicables aux établissements publics.²⁸⁷⁰ L'article 19, alinéa 1 et 25 de la loi-cadre de 2002 prescrit le mécanisme d'approbation préalable par le ministère des PTT pour plusieurs actes de l'ARPTC. Aux termes de l'article 25 de la loi n°08-009 du 7 juillet 2008 sur les établissements publics, il est de principe que « L'établissement public est placé sous la tutelle du ministre en charge du secteur d'activités concerné ». D'autre part, l'alinéa 2 du même article précise que : « Les statuts de l'établissement public déterminent les matières sur lesquelles portent la tutelle ainsi que les mécanismes de son exercice ». La forme d'expression de la tutelle est définie à l'alinéa 3 de ce même article 25 qui explique que « Le Ministre de tutelle exerce son pouvoir de contrôle par voie d'approbation ou d'autorisation ».

1268. Il est vrai que dans les structures de l'ARPTC (dirigée surtout par un Collège), l'absence de conseil d'administration peut poser question sur la tutelle définie par les articles 26 à 29 de la loi n°08-009 du 7 juillet 2009 sur les actes d'administration concernés. Cependant, la LCT de 2002 renforce la conviction d'un contrôle tutélaire du Ministre des PTT sur les décisions du Collège de l'ARPTC. Cependant le législateur congolais des télécoms ne précise pas comment prendre les approbations, car par délégation prévue par la constitution, le Ministre des PTT « statue par arrêté »²⁸⁷¹ et dispose de latitude dans sa décision. Le législateur est également silencieux sur le délai nécessaire du ministre, pour donner cette approbation. En analysant, il est facile de soutenir, avec une rigueur scientifique, que le Régulateur est soumis au régime de tutelle d'opportunité du ministre des PTT, l'approbation (des autorisations et licences) sur les actes préalables de l'ARPTC étant indiscutablement un mécanisme de contrôle hiérarchique du ministre.²⁸⁷²

1269. L'exercice de la tutelle sur les actes est plus « *respectueux de l'autonomie* »²⁸⁷³ de chaque autorité. Il est important de le souligner puisque l'idée de tutelle n'est pas contraire à l'autonomie ni à l'indépendance de l'ARPTC, voulue par l'accord de l'OMC de 1997 et traduit par le législateur de 2002. Celle-ci étant limitée à des actes précis, par des approbations ponctuelles ; elle ne nuit pas à l'efficacité de l'autorité de régulation, ni ne crée davantage d'interférence à son action. La tutelle de fait et de droit du ministre, sur les actes de l'ARPTC n'est donc pas contraire à son autonomie statutaire et fonctionnelle.

1270. Plus de 10 ans après sa création et son fonctionnement, les innovations du projet de loi, spécifique à l'ARPTIC sont susceptibles d'apporter des évolutions au statut et aux prérogatives de l'ARPTC. Mais malheureusement, le projet de loi de restructuration de l'ARPTC est plus orienté par une prise de position politique, tendant au renforcement de son autonomie face au Ministère des PTT. Dans son rapport d'enquête de 2008 sur le cadre réglementaire, le Sénat congolais est éloquent : « L'importance et la place de la régulation dans un secteur aussi vital que les télécommunications qui évoluent désormais dans un environnement concurrentiel et libéral ne sont plus à démontrer. Aussi, le caractère

²⁸⁷⁰ JO RDC, n° spécial, 12 juillet 2008, p.17.

²⁸⁷¹ Article 93, alinéa 2, Constitution de la RDC, préc.

²⁸⁷² A. MBAUNEWA NKIERI, *op.cit.*, p. 163-164.

²⁸⁷³ Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 723.

incontournable de la régulation pour gérer ce secteur conformément aux normes de l'Union Internationale des Télécommunications requiert-elle une intervention efficace et régulière du Ministère des PPT dans la sphère des compétences qui est la sienne. Or, les lois sus-indiquées, au lieu de permettre le développement escompté et favoriser une exploitation optimale du secteur des télécommunications en RDC sont plutôt à la base de la confusion ayant entraîné les conflits de compétences entre le Ministère des PTT, l'Autorité de Régulation et le Secrétariat général aux PTT ».²⁸⁷⁴

1271. Pourquoi ne pas franchir le cap de création d'un ministère de l'économie numérique distinct du ministère des PTT, afin d'éviter des confusions de rôles d'autorités étatiques dans un seul et même secteur des télécoms ?

1272. À ce jour en RDC, les activités du portefeuille des PTT de 1996 s'insèrent dans l'économie numérique, mais les transformations structurelles n'ont pas suivi. La régulation des télécoms est restée sectorielle, tandis que deux organes étatiques continuent d'assurer la représentation et la réglementation de l'État sur le même marché.

1273. En France, sur le plan organique, le Ministère de l'économie numérique a supplanté le traditionnel ministère des PTT, en l'insérant dans le Ministère de l'économie et des finances. Les compétences du Secrétariat d'État en charge du numérique se consacrent à « la promotion et la diffusion numérique, aux contenus numériques, à la politique de données numériques et d'inclusion numérique ainsi que celles relatives aux droits et libertés fondamentaux dans le monde numérique et à la sécurité des échanges, des réseaux et des systèmes d'information ».²⁸⁷⁵ Il est tout normal que dans un marché libéralisé des communications électroniques, l'État désengagé de l'exploitation puisse s'assurer de « l'élaboration de la réglementation relative au numérique, en particulier aux communications numériques ». C'est en ce sens que l'État « participe à la mise en œuvre du programme des investissements d'avenir dans le domaine numérique ». Le gouvernement contribue « à accélérer la transformation numérique de l'action publique et de l'économie ». Il joue également un rôle incitatif « au développement des entreprises et des acteurs français au numérique ».²⁸⁷⁶

§2. La reconfiguration de l'ARPTC en « ARPTNTIC » entre les enjeux classiques de « service universel » et les tendances nouvelles du numérique

1274. La réforme congolaise de l'ARPTC projette d'élargir son intitulé sur les questions des NTIC, en changeant son appellation en « ARPTNIC ». Mais, en premier lieu, l'ARPTC est l'autorité centrale de mise en œuvre du « service universel » des télécoms²⁸⁷⁷ et de l'« inclusion numérique ».²⁸⁷⁸ La lutte contre la fracture numérique demeure pour le pays un enjeu majeur, de transition, dans sa participation à l'ère numérique. (A./). De plus, la réforme de l'ARPTC est encore loin des enjeux des tendances nouvelles de la régulation à l'ère numérique. Le projet de loi sur l'ARPTC n'envisage pas la régulation convergente ni l'interrégulation, en dépit du caractère transversal des NTIC. (B./).

²⁸⁷⁴ M. MUTINGA MUTUISHAYI et alli, *op.cit.*, p. 5-6.

²⁸⁷⁵ Décret n°2014-435 du 29 avril 2014 relatif aux attributions déléguées à la Secrétaire d'État chargée du numérique.

²⁸⁷⁶ *Ibidem.*

²⁸⁷⁷ Article 3, point q), Loi n°014/2002, préc. : L'ARPTC a pour mission de « veiller à ce que les fonds du service universel soient utilisés pour assurer la prestation d'un service universel dans le domaine postal et des télécommunications ».

²⁸⁷⁸ Article 3, point r), Loi n°014/2002, préc. : L'ARPTC a pour mission de « s'assurer que les citoyens bénéficient des services fournis à l'aide des nouvelles technologies de l'information et de la communication ».

A. / LA DISPONIBILITE DE L'ACCÈS UNIVERSEL ET L'INCLUSION NUMÉRIQUE
AU CENTRE DES OBJECTIFS DE LA RÉGULATION

1275. En droit congolais, le service universel est « le droit de chacun au bénéfice du service téléphonique de base, du télex, des publiphones à un coût raisonnable depuis toute région habitée du pays ».²⁸⁷⁹ Cet enjeu primaire s'insère dans un objectif politique, encadré par une législation. Même en Europe, l'enjeu est « de garantir un accès aux services de communications électroniques à l'ensemble de la population et sur l'ensemble du territoire en substituant l'action des autorités publiques aux mécanismes de marché ».²⁸⁸⁰ C'est pour arriver à un « accès minimal en économie concurrentielle », que la directive européenne 97/33/CE a pris le soin de le définir.²⁸⁸¹

1276. Le manque d'accès au réseau rend le commerce électronique impossible. De même, sans grande télé-densité, ce négoce ne peut se développer, le réseau étant porteur des valeurs du commerce en ligne. Cela rappelle l'interprétation de portée universelle du législateur européen, selon laquelle « le développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités importantes [...] pour autant que tout le monde puisse accéder à l'information ».²⁸⁸²

1277. Ainsi, les politiques publiques sont un levier pour les indicateurs clés des TIC, permettant à la RDC de se rattacher au commerce électronique mondial, dominé par les grands pôles européen et américain. Le législateur congolais des télécommunications a donné mission à l'ARPTC de « s'assurer que les citoyens bénéficient des services fournis à l'aide des nouvelles technologies de l'information et de la communication ».²⁸⁸³ Les politiques publiques font intervenir une législation et une régulation avisées, afin de constituer un levier, pour un changement positif des indicateurs clés des TIC et pour améliorer le PIB national.

1. L'accès universel comme aspect fondamental du droit de la régulation

1278. En droit des télécoms, l'accès est un aspect essentiel. Dans l'économie de marché, l'accès est ouvert pour un nouvel entrant, sauf les barrières construites par un comportement anticoncurrentiel dont la sanction est réservée à une autorité de concurrence intervenant ex post. L'« impératif d'accès » est une conséquence de la dérégulation parce qu'il y a une volonté politique à organiser l'accès en construisant la concurrence face à la puissance des opérateurs au regard de nouveaux entrants. Ainsi se dégage l'idée d'un droit fondamental d'accès dont le régulateur est l'organisateur ex ante et le gardien ex post.²⁸⁸⁴

1279. En Europe, le *Livre vert* de 2003 sur l'intérêt général conservait encore l'idée des années 1990 des services universels comme « un ensemble d'exigences d'intérêt général » dans l'objectif de mise à disposition à tous consommateurs et utilisateurs de certains services « indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu des circonstances nationales particulières, à un prix abordable ».²⁸⁸⁵ Mais, définitivement, la relation n'est plus aussi étroite comme au départ entre service public et service

²⁸⁷⁹ Article 4, point 30, LCT, préc.

²⁸⁸⁰ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 191.

²⁸⁸¹ Article 2, paragraphe 1, point g), directive 97/33/CE sur l'interconnexion, préc. Le service universel est « un ensemble de services minimal défini d'une qualité donnée, qui est accessible à tous les utilisateurs indépendamment de leur localisation géographique et, à la lumière des conditions spécifiques nationales, à un prix abordable »

²⁸⁸² Considérant n°2, Directive 2000/31/CE, préc.

²⁸⁸³ Article 3, r), Loi n°014/2002, préc.

²⁸⁸⁴ M.A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, *op.cit.*, p. 7.

²⁸⁸⁵ P. CHAMPSAUR, *L'interconnexion et le financement du service universel dans le secteur des télécommunications*, La documentation française, Paris, avril 1996, p. 13, cité par J. CATTAN, *op.cit.*, p. 190.

universel.²⁸⁸⁶ Un compromis a été trouvé en Europe entre la libération des activités de réseau imposée par le droit communautaire et les conceptions nationales – notamment française – du service public.²⁸⁸⁷ De nos jours, en Europe la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002²⁸⁸⁸ modifiée par la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009, dite « directive "service universel" » encadre cette question qui occupe une place de choix dans la dérégulation des télécoms. Elle garde la connotation de « fournir un ensemble minimal de services déterminés à tous les utilisateurs finals à un prix abordable ».²⁸⁸⁹

1280. En RDC, les articles 39 et 40 de la Loi-cadre sur les télécoms en RDC attestent de l'adoption des principes identiques de service universel, qui ont été adoptés dans le cadre de la dérégulation et mis à la charge de l'autorité de régulation.

1281. En effet, cette régulation du service universel ne se posait guère tant que le régime de monopole était en vogue. Avant la libéralisation, l'État entrepreneur pouvait, grâce à ses rentes monopolistiques, financer des activités non-rentables, notamment la couverture totale de la population en services des télécoms. Le service universel s'est posé, en économie concurrentielle, comme un enjeu d'égalité et de disponibilité d'accès minimal aux services publics. Le marché pourrait répondre à ce besoin de résorption des contraintes géographiques et tarifaires, mais les résultats économiques restent le but des opérateurs. Le service universel apparaît alors comme le "filet de secours" de l'économie de marché, sans pour autant que l'intervention extérieure du régulateur ne provoque une distorsion de la concurrence.²⁸⁹⁰ À cet effet, plusieurs mécanismes sont de mise pour prévenir le risque d'exclusion sociale des citoyens tout en préservant le marché, notamment : les obligations spécifiques de prix raisonnable, de déploiement du réseau, de raccordement, les services obligatoires, la péréquation financière, fourniture ininterrompue des services dans une qualité donnée (continuité), désignation de l'opérateur historique comme agent d'exécution de ces obligations, etc.²⁸⁹¹

1282. Dans l'expérience comparée de la France, l'un des trois objectifs majeurs de la loi pour la République numérique concerne l'« accès au numérique »²⁸⁹² au moyen de mesures de trois ordres. D'abord, le concept « numérique et territoires »²⁸⁹³ s'installe dans les compétences et l'organisation des collectivités territoriales. Les mesures de « couverture numérique » impliquent lesdites collectivités à plusieurs égards : accélération, facilitations réglementaires, soutien financier pour le déploiement des infrastructures de réseau (pylônes pour la téléphonie mobile). Depuis 2013, la France met en œuvre un plan d'équipement de tout son territoire en réseaux à fibre optique à l'horizon 2022. Précisément, le très haut débit (THD) doit mobiliser un investissement public et privé, d'un montant global de 20 milliards

²⁸⁸⁶ Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003) 270, 21 mai 2003, p. 16.

²⁸⁸⁷ E. GUILLAUME, « Le service universel des communications électroniques », in Lamy, *Droit des médias et de la communication*, Étude 435, juin 2009, cité par J. CATTAN, *op.cit.*, p. 174.

²⁸⁸⁸ Directive 2002/22/CE du P.E et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), JOCE L 108, 24 avril 2002, p. 51 et s.

²⁸⁸⁹ Considérant n°4, Directive 2009/136/CE du P.E et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant 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) n°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, JO L 337, 18 décembre 2009, p. 11-36.

²⁸⁹⁰ J. CATTAN, *op.cit.*, p. 171.

²⁸⁹¹ Article 35-1 à -6, CPCE.

²⁸⁹² Titre 3, Loi pour la République numérique, préc.

²⁸⁹³ Chapitre 1^{er}, Titre 3, Loi pour la République numérique, préc.

d'euros. En fait, « Le droit à la fibre, notamment, permettra à n'importe quel résident d'un immeuble, propriétaire ou locataire, d'obtenir le raccordement de son logement au réseau de fibre optique, sans avoir à solliciter l'autorisation de sa copropriété, dès lors que les accès physiques le permettent. ».²⁸⁹⁴

1283. Ensuite, plusieurs « facilitations d'usages »²⁸⁹⁵ intéressent le commerce et les échanges électroniques, pour les usages comme : le « recommandé électronique » et la « fourniture des services de paiement dans le cadre de l'exclusion de demande d'agrément applicable à certains instruments de paiement »,²⁸⁹⁶ la « simplification des ventes immobilières » ou encore la reconnaissance officielle de l'e-sport en tant que pratique professionnelle compétitive des jeux vidéo. Pour ces derniers, la « loi Numérique » prévoit une régulation des jeux en ligne, un statut social pour les joueurs professionnels et un régime d'autorisation parentale concernant les joueurs et les spectateurs mineurs.

1284. Enfin, l'« accès des publics fragiles au numérique »²⁸⁹⁷ est organisé par la loi. Au sens de l'article 104 de la « loi Numérique », cet « accès des publics fragiles au numérique » tient compte de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. En particulier, les collectivités sont censées assurer une accessibilité du numérique aux personnes handicapées [malentendantes] pour les services téléphoniques ou pour l'Internet [aux personnes non-voyantes]. Cette obligation d'accessibilité concerne également les grandes entreprises de distribution ou les constructeurs des téléphones. Pour le dix prochaines années, cette mesure enjoint l'organisation des filières de « télé-conseillers » ou de « traducteurs en langage de signe » ainsi que la gestion de services d'accessibilité téléphonique grâce à une mutualisation des coûts au sein d'un groupement interprofessionnel associant nécessairement les opérateurs de communications électroniques. Par ailleurs, la « loi Numérique » instaure le « droit au maintien de la connexion » en faveur des personnes les plus démunies, en cas de défaut de paiement, pour le temps de l'instruction de leur demande d'aide auprès des services départementaux. En outre, les collectivités françaises doivent déployer une stratégie de développement des usages et services numériques à l'échelle territoriale. L'offre de « services de médiation numérique » devrait servir à accompagner les populations dans l'utilisation du numérique.

1285. En RDC, « aux fins de financer le service universel et de garantir le développement des télécommunications dans les zones rurales et isolées, il est créé un fonds de service universel et de développement de télécommunications ».²⁸⁹⁸ Ce fonds n'est toujours pas créé. Par ailleurs, en principe, « Les recettes tirées des frais de licence, d'autorisations de déclarations, de taxes et redevances, en rapport avec les télécommunications, servent, essentiellement, au développement des télécommunications »²⁸⁹⁹. Le trésor public, au nom du principe de son unicité, encaisse

²⁸⁹⁴ « La #LoiNumérique en 15 points clés » [<http://www.economie.gouv.fr/republique-numerique/15-points-cles>] (consulté le 1^{er} mars 2017).

²⁸⁹⁵ Chapitre 2, Titre 3, Loi pour la République numérique, préc.

²⁸⁹⁶ « La #LoiNumérique en 15 points clés » [<http://www.economie.gouv.fr/republique-numerique/15-points-cles>] (consulté le 1^{er} mars 2017). Cette mesure de la « loi Numérique » contribue à la facilitation des campagnes de dons par SMS. Ainsi, « les associations faisant appel public à la générosité pourront désormais recevoir des dons par SMS. Chaque donateur pourra donner jusqu'à 50 €, dans une limite de 300 € par mois, par le simple envoi d'un SMS depuis son téléphone mobile. Cette mesure, réclamée par de nombreuses associations, afin notamment d'élargir et de rajeunir leurs communautés de donateurs, doit entrer en application à la fin de l'automne. »

²⁸⁹⁷ Chapitre 3, Titre 3, Loi pour la République numérique, préc.

²⁸⁹⁸ Article 39, LCT, préc.

²⁸⁹⁹ Article 40, LCT, préc.

lesdites recettes et exécute les dépenses générales inscrites au Budget de l'État, sans assurer la subvention du développement du secteur. En juillet 2009, le « document de politique sectorielle » sur le secteur des télécoms et des TIC de la RDC dressait au Congo et en Afrique centrale le bilan réel de l'accès aux télécoms, de la pénétration des TIC, du développement et de la gouvernance numériques²⁹⁰⁰. Il était question d'actualiser ce document tous les cinq ans, mais cela n'a pas été réalisé. L'enjeu primordial est celui du bénéfice de l'offre d'accès aux communications numériques, afin d'être connecté au commerce électronique pour y prester ou consommer. Cet enjeu largement pris en compte en Europe²⁹⁰¹ et en Amérique du Nord²⁹⁰² est d'assurer l'accès universel aux moyens de communications et au commerce électroniques.

2. *L'accès aux communications électroniques comme préalable pour le commerce électronique dans la lutte contre la fracture numérique*

1286. Les télécoms constituent la base du commerce électronique. Cependant, les infrastructures techniques de ces activités numériques demeurent fortement concentrées en Europe et aux USA. Selon *Coley, Cradler et Engel* (1997), l'accès à l'Internet n'est pas distribué de façon strictement aléatoire, est surtout en lien avec le niveau de revenus et d'instruction. Concernant l'information, les préoccupantes disparités économiques avec l'étendue des TIC ont amené Lloyd, ancien Président de la Fondation *Markle*, à parler de « *fracture numérique* » entre les riches et les pauvres.²⁹⁰³ Au cours de l'année 2000, 85% des sites Internet sont installés aux États-Unis, les autres étant principalement en Europe occidentale et dans quelques pays d'Asie. Ainsi, avec moins de 5% de la population mondiale, les États-Unis détiennent 25% des usagers de l'Internet. « Selon l'institut *Forest Research*, le monde devrait compter en 2013 quelque 2,2 milliards d'internautes. Ce qui représentait une progression de 45% en cinq ans, puisque l'évaluation 2009 recensait 1,5 milliards d'utilisateurs du Net [...] L'Amérique du Nord (qui représentait 17% de la population mondiale connectée en 2008, tombera à 13% en 2013. L'Europe passera également de 26% à 22%. Tandis qu'à l'inverse, la Zone Asie-Océanie grimpera de 38% à 43%. Autant de données factuelles que la réalité politique ne pourra longtemps ignorer ».²⁹⁰⁴

1287. Un développement aussi inégal crée nécessairement une « *fracture numérique* » entre ces régions du monde. Les pays dont le revenu par habitant est le plus élevé, sont aussi ceux où l'introduction de l'Internet est la plus large. Cette inégalité de l'accès à l'Internet se traduit inévitablement par des différences dans la réalisation du commerce électronique, appelées « *fracture commerciale* ». Pour les pays du sud, le manque de médias informatiques crée une inégalité d'accès au cyberspace et, par conséquent, à ses avantages économiques. Le manque d'accès à l'information freine les conceptions nouvelles du pouvoir. Le Président des États-Unis, Barack Obama en février 2015, déclare : « Nous avons possédé Internet. Nos

²⁹⁰⁰ Ministère des PTT, *Document de Politique sectorielle, stratégie de développement du secteur des télécommunications et des technologies de l'information et de la communication de la RDC*, juillet 2009, Kinshasa, pp. 45, spéc., p. 3, 4, et 5.

²⁹⁰¹ Considérant n°2, Directive 2000/31/CE, préc. : « le développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités importantes [...] pour autant que tout le monde puisse accéder à l'information ».

²⁹⁰² Cf. pour les États-Unis : *Communications Act*, 1934, Titre 1, Section 2. La législation de 1934 a adopté en des termes vagues mais bien novateurs l'objectif de service universel, comme celui de la recherche de l'accès universel. Le sens est celui de « la couverture universelle d'une population et d'un territoire en services de communication. K. P. JAYAKARA et H. SAWHNEY, « *Universal service : beyond established practice to possibility space* », *Telecommunication policy*, Vol. 28, 2004, p. 320 et 342, cité par J. CATTAN, *op.cit.*, p. 172.

²⁹⁰³ A. CARLOS GAMBOA, RON LAPORTE et F. SAUER, « Réduire la fracture numérique », in PNUD, *Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement*, numéro un, PNUD, New York, 2001, pp. 106-107.

²⁹⁰⁴ N. ARPARGIAN [2010], *op.cit.*, p. 13-14.

entreprises l'ont créé, l'ont étendu, l'ont perfectionné, de telle manière qu'ils [les Européens, ndlr] ne peuvent pas lutter²⁹⁰⁵»,²⁹⁰⁶

1288. En RDC, la cartographie effectuée dans le cadre des politiques de réformes du secteur des PTT est la référence officielle actuelle, faute de mise à jour depuis 2009. En juillet 2009, l'accès à l'Internet reste très limité, avec environ 10.000 abonnés concentrés à Kinshasa et dans les principales villes du pays. Les tarifs sont très élevés et les bandes passantes offertes, très limitées, du fait de l'absence d'infrastructures nationale et internationale à haut débit. De nombreux réseaux indépendants, déclarés ou non, utilisent des connexions directes par satellites, desservis par des fournisseurs internationaux. Dans ces conditions, le développement des TIC est lent et coûteux. Leur entrée dans le pays est vraiment réduite. C'est ainsi que le nombre de foyers disposant d'un ordinateur était, en 2007, de 0,3% contre 10,1% au Cameroun; 5% au Congo Brazzaville et 4,3% au Gabon, alors qu'en RDC il était de 0,2% contre respectivement 5,2%, 1,4% et 3,6% dans les pays ci-dessus cités. L'indice de développement des TIC (*ICT Development Index*) établi par l'UIT mesure leur niveau d'augmentation dans plus de 150 pays. En 2007, cet indice plaçait la RDC à la 151^{ème} place sur 154, avec un indice de 0,95%. Les trois sous-indices placent celle-ci à la 154^{ème} place pour l'accès aux TIC, à la 151^{ème} pour leur utilisation et à la 137^{ème} position pour leurs compétences. L'indice de développement de la gouvernance électronique de l'ONU classe la RDC, 162^{ème} sur 192 pays, avec un indice de 0,2177. Celui-ci, nommé « IDI²⁹⁰⁷ » est composé aussi de trois sous-indices : mesures du web, des infrastructures de télécoms et du capital humain.

1289. En 2011, sur ce registre IDI, la RDC a été classée 146^{ème} pays sur 157 avec un indice de 1,30. En 2012, elle était au 147^{ème} rang sur 157 pays avec un indice de 1,31. Durant cette même période (2011-2012), c'est la Corée du Sud qui était au 1^{er} rang sur 157 pays avec 8,57 et 8,51 d'indice ; les USA, 17^{ème} avec 7,53 d'indice et 16^{ème} avec 7,35 ; la France 19^{ème} avec 7,26 et 18^{ème} avec 7,53 d'indice ; le Niger étant toujours le dernier pays classé sur les 157, avec 0,99 et 0,93 d'indice.²⁹⁰⁸ Ces chiffres démontrent que le taux de pénétration des TIC en RDC est un défi pour le gouvernement et les opérateurs congolais. Au regard des populations à faibles revenus et résidant en majorité en zones rurales, la fracture numérique est considérée comme due à un isolement plus important des pauvres par rapport au reste de la communauté mondiale. La technologie devient un enjeu de changement social, d'accès à la connaissance et à l'information. Avec les TIC, la quantité d'informations dont peut disposer un individu, double tous les cinq ans, avec des perspectives plus importantes. L'essor de la télématique, comme élément de notre vie quotidienne dans le monde moderne, a marqué le début d'une ère nouvelle : l'« ère de l'information ».²⁹⁰⁹

1290. C'est en 2013, que « l'effectivité de la connectivité large bande mobile a été établie à partir de l'année 2013, après toutes les opérations de paramétrage des nouveaux réseaux 3G au cours de l'année 2012 par les opérateurs détenteurs de licence 3G ». ²⁹¹⁰. Les tendances de l'ère numérique présentent en RDC une nette évolution. Les réseaux à large bande mobile offrent l'accès au commerce électronique. En 2012, les quatre opérateurs de

²⁹⁰⁵ « White House. Red Chair. Obama Meets Swisher », Kara Swisher, *Recode.net*, 15 février 2015, [www.recode.net/2015/02/15/white-house-red-chair-obama-meets-swhisher/] (consulté le 23 décembre 2016).

²⁹⁰⁶ N. ARPARGIAN [2016], *op.cit.*, p. 14.

²⁹⁰⁷ IDI : *ICT Development Index ; indice de développement des TIC*.

²⁹⁰⁸ ITU, *Measuring the information society 2013*, Geneva, p.17.

²⁹⁰⁹ A. CARLOS GAMBOA, RON LAPORTE et F. SAUER, *op.cit.*, pp. 106-107.

²⁹¹⁰ ARPTC, « L'accès aux réseaux large bande mobile en République Démocratique du Congo », in UIT, 11th World Telecommunication/ICT, *Indicators symposium (WTIS-13)*, Mexico, 4-6 december 2013, Document INF/3-F21, nov.2013,

téléphonie mobile GSM auquel s'est ajouté un cinquième²⁹¹¹, ont acquis chacun une licence 3G de troisième génération, pour élargir leur offre de services Internet GPRS et EDGE. Le « taux d'abonnement au large bande mobile est en moyenne de 3% depuis le lancement de ce service sur les réseaux large bande 3G en RDC. La part des revenus Internet mobile large bande par trimestre est en moyenne de 1% en 2012 et tend vers 2% en 2013. Les revenus voix et SMS et autre SVA [services à valeur ajoutée] représentent en moyenne 98% du revenu global dont la plus grande partie pour la voix (91%) ».²⁹¹²

Tableau d'évolution trimestrielle des abonnements par opérateur (ARPTC)²⁹¹³

Opérateurs	1 ^{er} trimestre 2012	2 ^{ème} trimestre 2012	3 ^{ème} trimestre 2012	1 ^{er} trimestre 2013	2 ^{ème} trimestre 2013
Airtel	7.201.795	7.416.971	7.919.406	7.679.809	7.880.556
Vodacom	6.239.451	6.69.284	7.085.811	7.296.066	8.310.725
Tigo	2.554.169	2.642.237	3.000.701	2.935.742	2.9964.026
Orange	1.494.263	1.527.950	1.836.116	1.800.585	1.754.829
Africell	-	-	416.723	1.294.517	1.497.211
Total	17.489.678	18.283.442	20.258.757	21.006.716	22.407.347

Tableau : En RDC, évolution des abonnements de téléphonie mobile, du taux de pénétration et sa couverture en RDC (source : INS)²⁹¹⁴

Année	Nombre d'abonnements de téléphonie mobile	Nombre d'abonnements de téléphonie mobile pour 100 hab.	Taux de pénétration mobile (%)	Couverture de la population par le réseau téléphonique (%)
2003	1.246.225	2,15	-	-
2004	1.990.722	3,43	-	-
2005	2.747.094	4,58	-	-
2006	4.415.470	7,12	20	50
2007	6.490.080	10,82	20	50
2008	9.937.622	16,02	20	50
2009	9.458.557	15,25	20	50
2010	11.604.914	17,32	20	50
2011	15.644.877	21,58	20	50
2012	20.258.757	27,59	20	50
2013	28.231.900	37,33	20	50

3. Les technologies mobiles dans la lutte contre la fracture numérique et le développement en Afrique

1291. Selon GSM Association²⁹¹⁵, la technique GSM est la plus efficace pour connecter les pays africains et pour libérer le potentiel de leurs marchés émergents. L'UIT affirme que « dans les pays où la communication par les mobiles constitue la première forme d'accès, des échanges plus nombreux d'information sur le commerce sont une contribution aux objectifs de développement ».²⁹¹⁶ La téléphonie mobile est un important catalyseur du développement

²⁹¹¹ Airtel, Vodacom, Oasis/Tigo, Orange auquel s'ajoute Africell.

²⁹¹² ARPTC, « L'accès aux réseaux large bande mobile en République Démocratique du Congo », in UIT, 11th World Telecommunication/ICT, *Indicators symposium (WTIS-13)*, Mexico, 4-6 december 2013, Document INF/3-F21, nov.2013,

²⁹¹³ *Ibidem*.

²⁹¹⁴ Tableau 3. 203, Institut National de Statistiques, *op.cit*, p. 465.

²⁹¹⁵ L'Association GSMA défend les intérêts de plus de 680 opérateurs de téléphonie mobile dans 213 pays du monde. Elle lance en matière d'initiatives techniques et commerciales ainsi que de politiques publiques, GSMA œuvre pour l'amélioration des services de téléphonie mobile dans le monde entier. Avec plus de 17 milliards de clients dans le monde et une couverture d'environ 80% de la population mondiale par les réseaux mobiles, l'aventure GSM est celle d'une croissance sans précédent.

²⁹¹⁶ UIT, *Le mobile dépasse le fixe : Conséquences en matière de politique et de régulation*, 2003.

économique et social et joue déjà un rôle essentiel pour surmonter la fracture numérique. L'Afrique est avant tout une culture orale, les gens sont habitués à parler. Le téléphone mobile s'avère l'outil peut être approprié, alors que les ordinateurs ont besoin d'électricité et d'utilisateurs alphabétisés. Les mobiles rapportent de l'argent et des emplois. Ils enrichissent la vie des gens. Ainsi, les kiosques à téléphone sont un progrès important qui permet un accès aux personnes pauvres et aux villageois. En Tanzanie rurale, une étude menée pour le PNUD a démontré que même si seulement 5% des personnes y ayant répondu possédaient un mobile, 4,49% en avaient déjà utilisé un et 95% en avaient entendu parler.²⁹¹⁷

1292. En Afrique, ont été établies plus de connexions pour les mobiles que pour les autres technologies (fixes et fixes sans fil). Auparavant pour l'Internet fixe, « quinze fournisseurs d'accès Internet étaient reconnus en 2005, avec un nombre d'internautes estimé à 140.625, celui des abonnés à Internet WLAN à 24.000 et celui des abonnés Internet à large bande à 1.500 la même année » pour une population de 60 millions d'habitants à l'époque²⁹¹⁸. La téléphonie mobile apporte déjà une contribution significative à l'Afrique sub-saharienne, en raison de son impact positif sur l'emploi, sur l'efficacité économique, sur les recettes fiscales et sur le PIB. Selon le projet du millénaire de l'ONU : « Les TIC sont un puissant outil pour la réalisation des objectifs de développement parce qu'elles améliorent considérablement la communication et les échanges de savoir et d'information, tout en renforçant et créant de nouveaux réseaux sociaux et économiques ».²⁹¹⁹

Tableau : évolution des revenus de la téléphonie mobile et sa part dans le PIB en RDC (source : INS)²⁹²⁰

Année	Revenu de téléphonie mobile en \$ USD	Chiffre d'affaires mensuel moyen réalisé par les entreprises de téléphonie mobile avec un client en \$USD	Part du revenu de la téléphonie mobile dans le PIB en %
2003	264.000.000	17,65	2,49
2004	338.000.000	14,12	2,99
2005	428.000.000	12,99	5,78
2006	557.674.580	12,69	5,39
2007	667.081.714	10,01	7,20
2008	760.717.000	8,05	7,80
2009	612.587.411	5,49	4,20
2010	638.842.878	5,06	4,07
2011	790.595.893	4,88	4,71
2012	965.439.443	3,71	5,39
2013	1.012.517.982	3,44	5,19

4. La régulation au centre des enjeux de lutte contre la fracture numérique

1293. La définition de politiques cohérentes est une solution pour que les États concernés (ceux de l'hémisphère sud) luttent contre la fracture numérique. Or, la RDC ne dispose pas de document de politique sectorielle à jour ; le dernier est de 2009. Il permet de définir clairement les objectifs de développement, dans le domaine des communications électroniques. À titre d'exemple, en République Démocratique du Congo, le législateur est

²⁹¹⁷ PNUD, *Etude Sur la faisabilité socio-économique des TIC*, mars 2005, [http://www.undp.org/business/gsb/tanzania.html] (consulté le 13 août 2016).

²⁹¹⁸ OCPT/CRDI, « Etude de faisabilité pour une dorsale ouverte Internet en République Démocratique du Congo », in *Alternative*, juin 2003, [http://web.idrc.ca/uploads/user-S/12095032471FINAL-RDC-TIC.pdf] (consulté le 12 juin 2013).

²⁹¹⁹ ONU, « Application des connaissances au Développement », *Projet millénaire ONU, Innovation*, Commission sur les sciences, la technologie et l'innovation, 2005.

²⁹²⁰ Tableau 3.206, Institut National de la Statistique, *op.cit.*, p. 467.

seulement intervenu en 2002 pour régir les télécoms par une loi se limitant aux services de téléphonies de base, sans viser expressément l'Internet. En effet, dans de nombreux pays d'Afrique sub-saharienne, les opérateurs de téléphonie mobile sont exposés à des risques « régulateurs »²⁹²¹ importants, ce qui accroît le coût du capital et conduit à un degré d'investissement sub-optimal.²⁹²² Les meilleures pratiques de régulation interviennent dans la lutte contre la fracture numérique. Les États, telle que la RDC, doivent effectuer sur les télécoms la transition des normes juridiques, en corrigeant certaines faiblesses, notamment : une législation sectorielle insuffisante ; une définition du régime pas très précise ; une politique de régulation peu claire, notamment en matière de licences et d'affectation du spectre des fréquences radioélectriques ; un manque d'indépendance dans la résolution des conflits et d'autonomie des régulateurs, par rapport à l'intervention politique.

1294. En raison de ces disparités, les politiques du commerce électronique proposées par plusieurs pays développés ne sont pas nécessairement adaptées aux pays en développement. Selon leurs attentes, ces propositions sont à apprécier par les PVD. En 1997, « *The Framework for Global Electronic Commerce* », rendu public par la Maison Blanche a permis aux USA de préconiser efficacement l'adoption de cinq principes dans les politiques du commerce électronique mondial. Les politiques publiques doivent servir de levier dans différents axes de réduction de la fracture commerciale de l'Afrique centrale. Ainsi, le secteur privé doit en prendre l'initiative. Les gouvernements doivent éviter d'imposer des restrictions inutiles sur le commerce électrique. Si une intervention gouvernementale est nécessaire, son objet doit être de soutenir et d'appliquer au commerce électronique, une législation prévisible, réduite au minimum, cohérente et simple. Ils devraient reconnaître les qualités exceptionnelles de l'Internet. Le commerce électronique, par le support Internet, devrait être facilité à l'échelle mondiale.²⁹²³

1295. Pour l'Afrique (RDC), différents experts sont convaincus qu'une réduction des obstacles à l'acquisition des mobiles peut enclencher un processus durable de réduction de la fracture numérique. Il faut agir sur le coût des appareils, des services et des taxes de télécoms. Le lien entre les taxes et la fracture numérique a montré que les États africains ont souvent taxé les mobiles comme bien de luxe et leur ont ainsi imposé un niveau de prix qui ne peut être envisagé par ceux qui seraient prêts à en bénéficier. Dans 26 sur 50 pays en voie de développement, on a observé que les taxes représentent plus de 20% du coût total d'acquisition et d'utilisation d'un téléphone mobile. Dans quatorze des pays en voie de développement (PVD), l'utilisateur moyen de téléphone mobile paie plus de 40\$ US de taxe annuelles sur les appareils et les services de téléphonie mobile. En conclusion, on peut dire que si un État baisse d'un seul point sa taxe sur la vente des services mobiles, le nombre d'utilisateurs de mobiles augmente dans ce pays de plus de 2% entre 2006 et 2010. Dans une majorité de PVD, le système des télécoms est inapte à assurer les services essentiels. Avec l'idée de « *chaînon manquant* », dans de grandes régions du territoire, il n'existe aucune

²⁹²¹ Le risque « régulateur » implique à la fois les impacts positifs ou négatifs de la réglementation et de régulation sur les activités liées aux NTIC.

²⁹²² D'après notre analyse des politiques d'investissement de différents opérateurs, un environnement réglementaire basé sur les meilleures pratiques pourrait avoir accru aujourd'hui l'investissement en faveur des mobiles d'environ 25%. Cela correspond à environ 46 Mb \$ US.

²⁹²³ S. TANGKITVANICH, « Vues du sud, les politiques du commerce électronique planétaire », in PNUD, *op.cit.*, pp. 18-19.

infrastructure, alors qu'une forte concentration est constatée dans de grandes villes. Une telle disparité est inacceptable pour des raisons humaines et d'intérêt général.²⁹²⁴

1296. Dans la plupart des pays d'Afrique sub-saharienne, la pénétration des mobiles est beaucoup plus grande que celle des fixes. La vitesse de propagation du mobile est considérable dans les régions où son usage avait été limité auparavant. En Afrique sub-saharienne, depuis fin 2000, le nombre d'abonnés avait presque été multiplié par huit, avec la vague des déréglementations. On compte actuellement environ 83 millions d'abonnés, contre 651 millions en 2016. Toutefois, dans la plupart des pays, la pénétration en 2004 restait inférieure à 10% de la population, ce qui témoigne encore d'un grand marché à pourvoir et d'un énorme potentiel de croissance pour l'avenir.

1297. En conclusion, les effets positifs ou négatifs des politiques réglementaires et des risques de régulation se ressentent en fonction des taux de croissance du nombre d'abonnés au mobile. La Sierra Leone demeure en Afrique l'exemple le plus frappant des effets pervers d'une réglementation contreproductive, avec des effets négatifs sur l'accès universel.²⁹²⁵ Les carences législatives, réglementaires et régulateurs constituent des facteurs de risque et d'échec dans le droit des enjeux nouveaux de l'ère numérique. Concernant les TIC, l'omission par la réforme des tendances de convergence et de transversalité peut rendre incomplète et inadéquate la régulation sectorielle. Elle est aux prises sur le marché électronique avec les enjeux économiques, techniques et de gouvernance. La transition des normes de régulation sectorielle en RDC doit comprendre les aspects d'une régulation multisectorielle et réflexive, conformément aux mutations de la société numérique en Europe et en France.

*B. / LES ENJEUX LÉGISLATIFS DANS LES TENDANCES ACTUELLES DE CONVERGENCE,
D'INTERRÉGULATION ET DE GOUVERNANCE DU NET
POUR LA RESTRUCTURATION DE L'ARPTC*

1298. À l'ère numérique, les tendances nouvelles de la régulation sont de la démarquer de l'« intra-régulation » avec le ministère des PTNTIC. La logique des PTT alimente encore la méthodologie congolaise de gestion des TIC à l'ère de la convergence numérique. Le marché électronique congolais reste encore organisé autour d'un régulateur spécifique, attaché à chaque objet technique : le téléphone ou la télévision.²⁹²⁶ C'est la forme d'une régulation sectorielle qui se caractérise par un corps de règles et d'institutions particulières avec des objets sectorisés dans la limite de sa mission. Comme suite à l'accord de l'OMC de 1997, l'ARPTC travaille encore à affirmer son espace d'action. Depuis plus de deux décennies les télécoms interviennent pratiquement dans une logique de marché, très éloignée de la conception primaire de concession des monopoles publics. En RDC, comme en France, le régulateur du secteur des TIC est l'autorité de la concurrence ainsi que celui de la gestion des aspects techniques et de développement du marché libéralisé des télécoms. En France, les dispositions législatives encadrant le statut et le rôle de l'ARCEP figurent dans le CPCE.

²⁹²⁴ D. MAITLAND, « Connecter ceux qui ne le sont pas », in GSMA, Régulation et fracture numérique, comment les meilleures pratiques de régulation en matière de téléphonie mobile peuvent accroître les investissements et la pénétration des marchés émergents ?, 2005, p. 7, [www.gsmworld.com] (consulté le 12 août 2011).

²⁹²⁵ GSMA, Régulation et fracture numérique, rapport, 2005. [www.gsmworld.com] (consulté le 12 août 2011). En Sierra Leone, bien que l'accroissement de la pénétration ait été important en 2001, le nombre d'abonnés a diminué ces deux dernières années en référence à 2005. Le seul autre pays à avoir subi une croissance négative de la pénétration est la Somalie, pays sans gouvernement et en proie à une guerre civile permanente. La Sierra Leone n'a pas d'instance régulatrice indépendante et de législation en matière de télécoms. L'approche de la question par le gouvernement a été quelque peu imprévisible. Par exemple, en 2004, le ministre des Finances a décidé d'imposer une taxe onéreuse sur le temps d'antenne.

²⁹²⁶ M. DE SAINT PULGENT, *op.cit.*, p. 4.

L'ARCEP est notamment chargé d'accompagner l'ouverture à la concurrence du secteur des télécoms, et de réguler les marchés correspondants. Dans ce secteur d'activité, le rôle essentiel du régulateur sur le marché des communications électroniques est de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale pour les consommateurs.²⁹²⁷

1299. Cependant, les enjeux de l'ère numérique ne se satisfont pas des missions restreintes de services publics classiques, ni du simple décroisement du monopole sectoriel. « *Aujourd'hui, les secteurs en cause ne peuvent plus rester cloisonnés et étanches tant les points de jonction et de convergence se multiplient avec l'essor du numérique et de l'évolution des techniques* ». L'idée devient récurrente de rapprocher la régulation technique des réseaux avec celle de la communication audiovisuelle.²⁹²⁸ En France, le Président François Hollande a plaidé en octobre 2014 en faveur d'un rapprochement des compétences du CSA et de l'ARCEP, sans forcément arriver à une « fusion ».²⁹²⁹ Avec la convergence numérique, les télécoms sont devenues de véritables services de la société de l'information, insérés dans l'économie numérique.

1. Pour une éventuelle législation en RDC sur les enjeux de la régulation convergente comme en Europe

1300. En lien avec la transition des normes sur les enjeux du numérique, un exemple intéressant provient du projet de la future loi sur les télécoms et les TIC en RDC. Elle entend créer une Agence nationale des TIC (ANTIC) dotée d'une mission de régulation et d'un suivi des activités de sécurité électronique.²⁹³⁰ Elle est aussi censée assurer la régulation des données personnelles.²⁹³¹ Le modèle d'interrégulation a donc été envisagé dans la future loi congolaise. Pour une économie de moyens, à titre transitoire, l'ARPTC va se charger de la régulation convergente sur des questions classiques lui incombant et des questions nouvelles dévolues à l'ANTIC, comme une interrégulation avec l'ARPTC.

1301. Aux termes du futur article 180 du projet de loi sur les télécoms et les TIC en RDC, « sous réserve de la création de l'ANTIC, la régulation des données à caractère personnel en RDC sera assurée par l'ARPTNTIC ». au sens du futur article 183 de ce projet, « L'Autorité de Régulation exerce les [deux] missions suivantes : [1°] veiller à la mise en œuvre des traitements des données à caractère personnel, conformément aux dispositions de la présente Loi ; [2°] informer les personnes concernées et les responsables de traitement de leurs droits et obligations et s'assurer que les Technologies de l'Information et de la Communication ne comportent pas de menace au regard des libertés publiques et de la vie privée ».

1302. Ainsi, la transformation législative à l'ère numérique innove en cumulant au sein de l'ARPTC, deux missions analogues qui, en droit français, sont attribuées à deux AAI distinctes, à savoir : l'ARCEP et la CNIL.²⁹³² La comparaison des expériences en RDC et en

²⁹²⁷ Article L.36-5 s. et L.130 s., CPCE français, préc.

²⁹²⁸ M. DE SAINT PULGENT, *op.cit.*, p. 4.

²⁹²⁹ *Le monde*, 14 janvier 2015. La position du nouveau président de l'ARCEP repousse l'idée d'une fusion.

²⁹³⁰ Article 189 (ou 190 nouveau) du Projet de loi sur les télécoms et les TIC en RDC, préc. « Il est institué une Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication chargée de la régulation des activités de sécurité électronique. »

²⁹³¹ Article 183 (ou 181 nouveau) du Projet de loi sur les télécoms et les TIC en RDC, préc.

²⁹³² A. DEBET, J. MASSOT et N. METALLINOS, *Informatique et libertés, la protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, éd. Lextenso, coll. les intégrales, n°10, Issy-les-Moulineaux, 2015, pp.773-909, spéc. p. 800. « Aucune des missions confiées à la CNIL par la loi du 6 janvier 1978 n'a été abandonnée dans la version résultant de la loi du 6 août 2004. ». Conformément à l'article 11 1° de cette version de loi de 2004, la CNIL « informe toutes les personnes concernées et tous les responsables de traitement de leurs droits et obligations ». L'article 11 2° dispose que la CNIL « veille

France laisse à conclure à une concordance des missions spécifiques de régulation. Il s'agit de confronter, d'une part, les missions ANTIC et celles de la CNIL, pour la régulation des données à caractère personnel et, d'autre part, les missions ARPTNTIC et celles de l'ARCEP, pour la régulation des télécoms.²⁹³³ L'insertion des principes de la gouvernance se joint également aux enjeux de la régulation du numérique.

2. Pour une intégration en RDC des enjeux de la gouvernance dans la régulation congolaise des télécoms à la lumière de l'expérience européenne

1303. En Europe, le 26 mai 1994 marque déjà un tournant dans le repositionnement du droit positif face à la convergence des communications électroniques. À cet égard, la libéralisation du cadre réglementaire et le rôle du secteur privé étaient considérés, dans le « *Rapport Bangemann* », comme les matériaux de construction de « *L'Europe et la société de l'information planétaire* ». En décembre 1993, à la demande du Conseil européen, ce rapport recommandait à la Communauté européenne de « *placer sa confiance dans les mécanismes du marché qui sauront nous amener dans l'ère de l'information* ». En dénonçant les entraves du monopole public à l'encontre du développement du marché électronique, ce rapport, qui porte bien le nom de son coordonnateur, recommandait la libéralisation des infrastructures non pas progressivement, mais le plus rapidement possible avant le terme de 1998.²⁹³⁴ Au sens du *Livre vert* « *Croissance, compétition, emploi* » présenté à la Commission européenne en décembre 1993, (auquel ce rapport faisait suite) les télécoms de base étaient déjà perçues comme les « *artères du marché unique* » et le « *sang de la compétitivité européenne* ».²⁹³⁵ Depuis longtemps, l'essor des réseaux d'information, y compris l'Internet, participait à créer « *le nouveau système nerveux de notre planète* ».²⁹³⁶

1304. Dans les perspectives du *Livre vert* de 1994²⁹³⁷ – citant le Rapport Bangemann une dizaine de fois en quarante-quatre pages – « les infrastructures des télécommunications formeront la base fondamentale sur laquelle reposeront la société et l'économie européenne au cours des décennies à venir ». La temporalité de la déréglementation du « socle analogique » de l'ère numérique place l'expérimentation du modèle de régulation sectorielle des télécoms face à des problématiques supplémentaires de mutations numériques : explosion du téléphone mobile et d'Internet, accès haut débit, convergence multimédia, multiplications des services numériques. Le Web, qui symbolise le tout numérique, le tout connecté et le tout convergent (audiovisuel, informatique et télécoms) accentue véritablement l'exacerbation des enjeux du marché électronique sur le champ du droit.

1305. Le dialogue de cette ère du numérique n'est plus seulement celui des systèmes juridiques des États dans un cadre multilatéral. Il implique aussi un rapport de forces, à travers le système télécoms mondialisé (Internet), mettant l'ordre juridique des États en discussion entre eux avec aussi des entités non-étatiques, dont l'effectivité des pouvoirs économiques et normatifs justifie aujourd'hui l'interlocution internationale. Il faut intégrer, à cet égard, que

à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mises en œuvre conformément aux dispositions de la présente loi ».

²⁹³³ Cf. *Supra* pour les développements spécifiques en rapport aux enjeux de données à caractère personnel. (Partie 2, Titre 2, Chapitres 1 et 2)

²⁹³⁴ Groupe de haut niveau sur la société de l'information, *L'Europe et la société de l'Information planétaire*, 26 mai 1994, pp. 1-32 dit « *Rapport Bangemann* » du nom de Martin Bangemann, vice-président de la Commission européenne alors présidée par Jacques Delors.

²⁹³⁵ I. CROCQ, *op.cit.*, p.1.

²⁹³⁶ M. QUÉMENER [2013], *op.cit.*, p. 9.

²⁹³⁷ Commission des CE, *Livre vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble*, octobre 1994.

« Internet a été construit sur un réseau technique : le web. Il a engendré un espace : le numérique. Sur ce nouvel espace, des entreprises ont développé des services, des prestations et des biens, tandis que les personnes y ont trouvé des moyens d'expression nouveaux et profitent de richesses nouvelles. Cela a engendré une économie que certains appellent « nouvelle économie », tandis que d'autres allant plus loin y voient une ère ».²⁹³⁸

1306. Sur la base des enjeux de la convergence numérique des communications électroniques, la régulation sectorielle connaît de nombreux problèmes. La gouvernance sert alors à compléter les limites de la régulation, sur des aspects où la réglementation nationale *ex post* ou *ex ante* peut être dépassée ou impossible à se développer. À titre illustratif, « certaines activités économiques nouvelles peinent à rentrer dans les cadres définis antérieurement pour les activités plus classiques. » Il en est « ainsi du combat qui oppose l'ARCEP à la société "Skype" qui refuse de se soumettre globalement au code des postes et télécommunications prétexte pris qu'elle ne fait que transiter de la voix sur l'Internet. Ce faisant, cette nouvelle activité qui fait néanmoins concurrence aux opérateurs de téléphonie traditionnels ne joue pas avec les mêmes règles ("*level playing field*") et il existe là de potentielles distorsions de concurrence. »²⁹³⁹

1307. D'autre part, l'internationalisation des réseaux de communications numériques réduit les repères de localisation des faits et affecte l'exercice de la souveraineté nationale sans sa territorialité. La régulation a été contrainte par la mondialisation à « *penser global* » et à « *agir global* » dans une « géographie juridique » qui n'adhère pas à la configuration de l'Internet. Sans bouleverser l'ensemble du droit, la RDC, en référence à d'autres États, travaille à des adaptations pour trouver des solutions d'« *ancrage territorial des mécanismes de responsabilité* ». Celles-ci viseront à créer un équilibre dans la responsabilisation des acteurs du Net sur des matières où la liberté pour les internautes doit être assurée, où la censure ne doit pas être laissée totalement aux intermédiaires techniques et où l'État n'est pas entièrement en mesure de jouer la police générale sur toutes les activités d'Internet étant en quasi-totalité entre les mains des prestataires privés. Ainsi, il faut créer des acteurs publics faisant application du droit national. Il faut, par ailleurs, participer à la création du droit international. Il faut, en outre, penser à des mécanismes supranationaux d'harmonisation des lois nationales et d'encadrement des flux d'informations qui dépassent des périmètres harmonisés du droit communautaire ou national.²⁹⁴⁰

1308. En Europe, le rapport a été établi dans la jonction des secteurs publics : la transversalité entre le secteur régulé des communications électroniques et d'autres activités régulées de la société. Les axes de la gouvernance portent donc en premier lieu sur la régulation convergente et la régulation multisectorielle. En effet, à l'ère du numérique, les enjeux de société de l'information confrontent les « *réglementations sectorielles des communications électroniques face aux secteurs impactés, eux aussi souvent réglementés par ailleurs*. »²⁹⁴¹ Ensuite, la modernisation du rôle du régulateur est liée à la problématique de faire appliquer la souveraineté nationale dans le cyberspace et de soumettre aux lois

²⁹³⁸ M.-A. FRISON ROCHE, *Internet et espace d'interrégulation*, coll. the Journal of the Régulation, Dalloz, Paris, 2016, p. VII.

²⁹³⁹ J. MOULIN, « Rapport introductif », in S. CHARTY (sous la dir.), *La régulation d'Internet, regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, (Actes de colloque), coll. droit privé & sciences criminelles, éd. mare & martin, Nantes, 2015, p. 22.

²⁹⁴⁰ N. MALLET-POUJOL, *op.cit.*, p. 12-13.

²⁹⁴¹ JJ. LAFFONT et J. TIROLE, *op.cit.*, p. 2. Les économistes ont fait des implications économiques de ces dividendes tout un domaine de leur étude dans la « nouvelle économie publique (qualifiée aussi s'économie de la régulation) » – V. aussi Groupe de la Banque Mondiale, *Les dividendes numériques*, préc., p. 32. « Les travaux des économistes comme Jean Tirole ont montré que la réglementation mise en place dans de tels secteurs doit être soigneusement adaptée pour garantir la concurrence sans nuire aux intérêts des consommateurs »

nationales les acteurs multinationaux de l'Internet. Enfin, la production des normes de gouvernance n'est pas qu'étatique, la plupart des normes techniques sur des aspects clés de la fonctionnalité du net se trouve en dehors de la puissance publique. Leur effectivité et leur universalité tiennent de leur consubstantialité à l'Internet ; elle est globale par essence et fonctionne sur la base desdites normes. Tous les États requièrent leur implication dans la définition des « *politiques d'intérêt général concernant les ressources clés mondiales de l'Internet* », soit par les organes de l'ONU, soit dans le cadre d'une coopération des États, au lieu de pérenniser par les instances privées, leur mode de gestion actuelle. L'État doit disposer d'un organe qui puisse agir dans « *droit flou* », selon les lois étatiques, sans altérer le fonctionnement du marché numérique, car le but est d'en assurer le fonctionnement.²⁹⁴²

1309. Si l'application des règles du monde « réel » au monde « virtuel », ne fait guère de doute, la particularité de l'environnement numérique requiert aussi qu'il soit doté de ses propres règles. Il en est aussi du droit d'auteur avec le courant « libriste » des libertariens. Ses ténors soutiennent que les actifs véhiculés par Internet sont des biens de l'humanité, comme les océans, l'air et la couche d'ozone. Cependant, l'information circulant dans les réseaux a un coût pour son producteur, particulièrement pour les biens culturels, alors que les technologies numériques rendent finalement sa consommation et sa reproduction faciles. Les « libristes » en revendiquent la gratuité, car une génération d'internautes a été habituée à ce mode de consommation. Comme toute valeur qu'il est possible de numériser, les œuvres intellectuelles deviennent plus facilement accessibles par support électronique. Et, à moindre coût d'opportunité, cela favorise, par exemple, tromperies et contrefaçons. En tant que « réseau de communication universelle et polymorphe, [...] Internet est une agora universelle accessible à tous et de partout (ou presque). Chacun peut non seulement y recueillir les informations mais aussi, et c'est peut-être le plus novateur, en offrir gratuitement. [...] les frontières entre la communication publique et celle privée s'évanouissent ». ²⁹⁴³

3. Pour une éventuelle législation en RDC sur les enjeux de la régulation convergente en droit comparé

1310. Procédé manquant de « définition indiscutable²⁹⁴⁴ », la régulation, inséparable de la gouvernance, témoigne de l'érosion de l'emprise de la souveraineté de l'État et de l'obscurcissement des frontières définies entre secteurs régulés à travers : corégulation, autorégulation, interrégulation. « *Appliquée à un marché, la régulation vise à créer et même à imposer un équilibre entre forces ou des règles, dont le jeu spontané ne permettrait pas un fonctionnement satisfaisant* ». ²⁹⁴⁵ À une époque, le modèle de régulation sectorielle faisait face aux exigences d'un marché libéral des télécoms de base ; mais la régulation multisectorielle répond à la convergence des réseaux, qui intègrent un ensemble de services et suscitent des enjeux, dans plusieurs directions du droit.

²⁹⁴² N. MALLET-POUJOL, *op.cit.*, p. 14-17.

²⁹⁴³ L. DE SOUZA et A. LATREILLE, « Les nouveaux défis du droit de la propriété intellectuelle : l'usage des signes distinctifs et les communications électroniques », in J. ROCHFELD, *Les nouveaux défis du commerce électronique*, *op.cit.*, p. 127. Les auteurs poursuivent en affirmant : Pour ces raisons, Internet constitue probablement aujourd'hui le plus important vecteur de reproduction de signes distinctifs sous la forme nominale (suite de caractères alphanumériques, dite aussi marque verbale) ou figuratives (dessins), notamment de marques protégées.

²⁹⁴⁴ T. PENARD et N. THIRION, *op.cit.*, p. 1. Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », in Cahier Dalloz, *Droit des affaires*, Paris, n°7, 2001, p. 610 et s. CHAMPAUD, « Régulation et droit économique », *R.I.D.E.*, 2002, L. BOY, « Réflexion sur le "droit de la régulation" : à propos du texte de M.-A. Frison-Roche », *R.I.D.E.*, n°37, 2001, pp. 3031 et s.

²⁹⁴⁵ M. DE SAINT PULGENT, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs. », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *op.cit.*, p. 3.

1311. Un régulateur convergent est chargé de réguler les télécoms, de la fourniture de services Internet, des multimédias et de la radiodiffusion et télédiffusion. L'objectif recherché est de bénéficier de synergie entre les activités relevant des communications électroniques et de la diffusion traditionnelle de l'audiovisuel, pour une régulation efficace et réactive sur l'ensemble des aspects des TIC. La convergence numérique rend évident la nécessité d'établir des entités de régulation convergentes. Mais des résistances contre cette tendance sont apparues dans certains pays, notamment en France. Les activités relatives à la régulation des télécommunications et de la radiodiffusion seront de plus en plus intégrées, du fait de la convergence des TIC. Pour obtenir une régulation efficace, il est évident que les activités caractérisées par un degré élevé d'interactions doivent être réunies dans le même organisme de régulation afin que celles-ci fréquentes et complexes soient gérées en interne au niveau des positions de travail de cet organisme et non par des réunions formelles entre différentes institutions. Cela permet d'éviter de « disséminer » des responsabilités relatives aux diverses technologies, dans plusieurs structures étatiques, toujours difficiles à coordonner.

1312. En France, la fusion de l'ARCEP, du CSA, de l'HADOPI et de l'Agence nationale des fréquences (ANFr) ces dernières années, fait l'objet de débats récurrents. Si, pour l'avis général, le concept paraît naturel, des obstacles en ont empêché sa réalisation. Au Royaume-Uni, l'OFCOM, formé par la fusion de cinq instances régulatrices distinctes, l'OFTEL (régulateur des télécommunications), de la Commission Indépendante de la Télévision, de l'Autorité de la Radio, de la Commission des Standards de Radiodiffusion et de l'Agence de Radiocommunication, est considéré comme la référence en matière de régulateurs convergents. Il en existe aussi aux USA avec le FCC et au Canada, avec le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). En Afrique du Sud, l'ICASA, « *Independent Communications Authority of South Africa* » a été formée par la fusion de deux organes de régulation précédents, la « *South African Telecommunications Regulatory Authority* » (SATRA) pour les télécommunications et TIC et la « *Independent Broadcasting Authority* » (IBA) pour la radiodiffusion et la télédiffusion. En Tanzanie, la *Tanzania Communications Regulatory Authority* (TCRA), a été établie par la fusion de la « *Tanzania Communications Commission* », régulateur des télécommunications, et de la « *Tanzania Broadcasting Commission* », régulateur de la radiodiffusion.

1313. Cependant, en RDC, l'opportunité d'engager une véritable expérience de la régulation de la convergence n'a pas réussi : les mesures gouvernementales de redéfinition du « *paysage audiovisuel congolais* » n'ont pas été un exemple de succès.²⁹⁴⁶ En avril 2015, la migration technologique nationale a placé l'adoption de la télévision numérique terrestre (TNT) au carrefour de différentes techniques de fourniture de services TV et de la régulation de plusieurs technologies convergentes. La convergence de la régulation s'applique bien « aux développements légaux se rapportant aux plateformes qui permettent une convergence technique entre les contenus basés sur l'Internet, les services de diffusion, la télévision connectée ou les dispositifs de télévision intelligente ».²⁹⁴⁷

²⁹⁴⁶ Arrêté interministériel n°002/TNT/CAB/M-CM/LMO/2015 et n° CAB/VPM/PTNTIC/TLL/0002/2015 du 25 avril 2015 du Vice-premier Ministre, Ministre des PTT et du Ministre de l'information et média portant définition des acteurs du nouveau paysage audiovisuel congolais, récupération par l'État congolais des fréquences analogiques octroyées aux chaînes de télévision et interdiction d'importation en République Démocratique du Congo des récepteurs analogiques, *JO.RDC*, n°11, 1^{er} juin 2016, col. 24.

²⁹⁴⁷ S. MÜLLER, « Chapitre 7 Convergence of Regulation : Audiovisual Media Services, Internet and Regulation », in P-F. DOCQUIR et M. HANOT (sous dir.), *Nouveaux écrans, nouvelle régulation ?*, Larcier, coll. droit des technologies, Bruxelles, 2013, pp. 155-167, spéc. p. 115. « *This chapter examines the legal developments pertaining to platforms that allow technical convergence between Internet based content, broadcast services, and connected TV or smart TV devices* ». Notre traduction :

1314. Par arrêté du 25 avril 2015, le processus de migration du pays de la télévision analogique à la TNT a abouti à la création d'un nouveau Comité national de migration de la TNT. Ce dernier est sous l'autorité du ministre de la communication et des médias. Contrairement aux objectifs de sa création en 2002, l'ARPTC a constaté que la mission légale était contournée de ainsi que le dédoublement de ses compétences, au profit dudit Comité *ad hoc* par un arrêté ministériel. Pour l'économie numérique, la synergie est nécessaire entre les organes distincts de régulation de la TNT et des télécoms de base. C'est à l'aune de la convergence que se présente la tendance internationale vers l'« interrégulation », ayant guidé l'initiative des arrêtés sur la migration de la TV analogique vers la TNT. Mais, lesdits arrêtés ont eu la faiblesse d'exclure l'ARPTC du processus et d'empiéter sur ses prérogatives, en créant une commission *ad hoc* sous l'égide du gouvernement.²⁹⁴⁸

1315. En effet, dans cette démarche, le nouveau paysage audiovisuel congolais adapté à la TNT a été restructuré autour des prestataires techniques, classés en quatre types d'acteurs ou exploitants. Premièrement, la catégorie des « *éditeurs de programmes* » identifie l'opérateur assumant exclusivement les tâches de production studio et/ou d'édition de contenu ou programmes. L'opérateur TV est considéré traditionnellement comme chaîne de télévision. Il assume dans la télédistribution actuelle, la production, la transmission et la diffusion. Dans la migration vers la TNT, il devient « éditeur de programmes », en se limitant désormais aux seuls travaux définis pour sa catégorie.

1316. Deuxièmement, une autre catégorie, les « *opérateurs de Multiplex* », est formée par des assembleurs de contenu se limitant à agréger les programmes et services provenant de plusieurs éditeurs ou opérateurs télécoms, afin de former des bouquets et les rendre disponibles à un diffuseur pour la distribution. Troisièmement, le « *diffuseur* » est un opérateur qui assure la fonction essentielle de diffusion dans le spectre des fréquences hertziennes et effectue le transport et la distribution des programmes par fibre optique, par câble, par satellite ou par faisceau hertzien (FH). Il est le seul habilité à détenir des fréquences dans le cadre des licences attribuées par l'autorité compétente. Quatrièmement, le « *fournisseur des services (Télé-distributeur)* » assemble des programmes d'origine étrangère et locale dans des bouquets, afin de les commercialiser à l'intention des clients particuliers, moyennant un abonnement mensuel ou annuel. Cet opérateur offre en RDC des bouquets TV au diffuseur qui en assure la distribution à travers le réseau TNT.²⁹⁴⁹

1317. En application de cet Arrêté interministériel, le ministre de la communication et des médias a pris un autre arrêté²⁹⁵⁰ afin d'habiliter vers la TNT la coordination du Comité national de la migration, à recevoir les demandes et conduire les procédures de délivrance des licences d'exploitation des services TNT.²⁹⁵¹ Cet arrêté dispose que, dans le mois suivant le dépôt du dossier, soit notifié au candidat ou soumissionnaire, pour la prise en compte de sa demande. Celui-ci transmet le dossier, après notification, aux autorités de régulation pour avis. Après avis favorable, la délivrance de la licence d'exploitation de la TNT peut intervenir

« Ce chapitre examine les développements juridiques relatifs aux plates-formes permettant la convergence technique entre le contenu Internet, les services de diffusion et les appareils de télévision connectée ou de télévision intelligente ».

²⁹⁴⁸ Précisément : le ministère des PTNTIC et celui de la Communication et Médias.

²⁹⁴⁹ Article 2, Arrêté interministériel n°002/TNT/CAB/M-CM/LMO/2015 et n° CAB/VPM/PTNTIC/TLL/0002/2015 du 25 avril 2015, préc.

²⁹⁵⁰ Arrêté ministériel n° CAB/M-CM/LMO/006/2015 du 25 avril 2015 du Ministre de la Communication et Médias portant procédure d'obtention d'autorisation d'exploitation de la TNT, in JO RDC, col. 27.

²⁹⁵¹ Article 1, Arrêté susdit : « *La Coordination du Comité national de la Migration vers la TNT procède à des appels à candidature pour la fourniture des services de la télévision numérique terrestre à vocation nationale ou régionale pour le réseau public et à l'examen des dossiers des soumissionnaires privés pour les réseaux privés* ».

par décision du ministre ayant la communication et les médias dans ses attributions.²⁹⁵² Les catégories de service placées sous l'autorité de cette coordination sont notamment : le service d'édition de programme ou édition de contenu, le service de multiplexage, le service de diffusion, le service de télédistribution, le service payant ou gratuit, le service thématique ou généraliste, le service en définition standard ou haute définition, le service d'édition en ligne, les services linéaires et/ou services enrichis ou services interactifs, la commercialisation des matériels et équipements numériques.²⁹⁵³

1318. Cependant, concernant l'ensemble de ces services, la Loi n°014/2002 sur la création de l'ARPTC confère à celle-ci les compétences d'« instruire les dossiers de demande de concession, délivrer, suspendre ou retirer les autorisations, recevoir les déclarations, établir les cahiers de charges correspondant aux autorisations, veiller au respect des obligations contractées par leurs utilisateurs, fixer périodiquement le nombre de nouveaux opérateurs admissibles au bénéfice d'une concession ou d'une autorisation ».²⁹⁵⁴ Ainsi, cet arrêté se superpose aux attributions données par la loi à l'Autorité de régulation, tout en créant une structure *ad hoc*, en parallèle à ces prérogatives. L'esprit du législateur était de concentrer l'étude des dossiers techniques (licences, fréquences, cahiers des charges) en rapport avec les technologies des télécoms ou les technologies de la communication audiovisuelle.

1319. D'une part, l'Arrêté n° CAB/M-CM/LMO/006/2015 du Ministre de la communication et des médias se caractérise par un excès de pouvoir, devant entraîner la nullité de son acte. En prescrivant que « tout dépôt de dossier donne lieu, suivant le service, la zone ou l'opération visée, au paiement de frais non remboursables »²⁹⁵⁵, un autre motif d'ordre fiscal (pour excès de pouvoir) vicie l'Arrêté pour établir des droits de perception des frais au profit du Comité de migration de la TNT dans l'étude des dossiers ; c'est une violation des dispositions d'ordre public en matière de procédures et principes de droit.²⁹⁵⁶

Mais surtout, cet arrêté sépare les procédures de régulation conjointe des TIC, voulue par la loi, sur l'unicité en RDC des régimes de régulation technique, de toutes les communications numériques dont font partie la TNT et les réseaux télécoms ouverts au public.

1320. L'ARPTC avait introduit, auprès des ministres signataires, un recours administratif pour annuler ces arrêtés. Dans un silence persistant, elle agit dans le cadre de ses prérogatives légales sans tenir compte du contenu de ces arrêtés, en se réservant le droit d'adresser un recours en annulation devant le Conseil d'État.²⁹⁵⁷ Elle peut aussi, par voie d'exception, adresser une requête auprès de la Cour constitutionnelle si son application lui en était requise, en tenant compte de la position politique des membres du gouvernement concernés.²⁹⁵⁸ Au lieu de juxtaposer des compétences et démultiplier des intervenants publics pour des technologies alternatives comme en RDC, d'autres États du monde, en Afrique et en

²⁹⁵² Article 8, Arrêté n° CAB/M-CM/LMO/006/2015 du 25 avril 2015, préc.

²⁹⁵³ Article 2, Arrêté n° CAB/M-CM/LMO/006/2015 du 25 avril 2015, préc.

²⁹⁵⁴ Article 3, Loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

²⁹⁵⁵ Article 5, Arrêté n° CAB/M-CM/LMO/006/2015 du 25 avril 2015, préc.

²⁹⁵⁶ Article 2, Loi n°014-015 du 16 juillet 2004, préc. : « *Il ne peut être institué d'autres actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participation qu'en vertu d'une loi, et après avis préalable du ministre ayant les finances dans ses attributions.* » Cf. aussi. Loi n°004-2003 portant réforme des procédures fiscales, *JO RDC*, n° spécial, 31 mars 2003, p. 5. Cf. aussi Loi n°06/003 du 27 février 2006 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°004/2003 du 13 mars 2003 portant réforme des procédures fiscales, *JO RDC*, 47^e année, n° spécial, 15 mars 2006, pp.6-9.

²⁹⁵⁷ Article 155, Constitution de la RDC, préc. : « *Sans préjudice des autres compétences que lui reconnaît la Constitution ou la loi, le Conseil d'État connaît, en premier et dernier ressort, des recours pour violation de la loi formés contre les actes, règlements et décision des autorités administratives centrales.* »

²⁹⁵⁸ Article 162, Constitution de la RDC, préc. : « *La Cour constitutionnelle est juge de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant ou par une juridiction. Toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire.* »

Asie, ont développé des expériences plus harmonieuses de régulation convergente. La RDC pourrait s'en inspirer face aux enjeux d'une régulation adéquate à l'ère numérique.

1321. En Malaisie, la *Malaysian Communications and Multimedia Commission* (MCMC), créée en 1998, est le seul régulateur des secteurs des télécommunications, de la radiodiffusion et de l'informatique. En 2008, le gouvernement coréen a créé la *Korea Communications Commission* (KCC) en fusionnant le régulateur des télécommunications et le régulateur de la radiodiffusion, alors qu'ils furent respectivement le ministère de l'information, de la communication (MIC) et la Commission coréenne de la radiodiffusion (KBC). La KCC a fusionné sous une seule autorité réglementaire les télécommunications, les allocations de fréquences et la radiodiffusion, y compris leurs contenus, afin de s'adapter à la montée des technologies de convergence, en particulier la télévision sur Internet (IPTV). L'introduction de l'IPTV en Corée a été retardée de plusieurs années, du fait de différends entre le MIC et la KBC, à propos de la juridiction. Toutefois, après la création de la KCC, le régulateur issu de la convergence a finalisé les règles permettant aux opérateurs de fournir l'IPTV. À la fin de l'année 2009, la Corée comptait un million d'abonnés à l'IPTV.

1322. Progressivement, d'autres pays transforment des régulateurs spécifiques aux télécommunications en régulateurs convergents portant sur l'ensemble des TIC. Ainsi, la portée du régulateur du Kenya a été étendue, comme cela est présenté dans le site de la CCK, le régulateur du Kenya. La Commission des communications de ce pays (CCK) est l'autorité de régulation du secteur des communications.²⁹⁵⁹

4. Pour une réforme de la régulation et de la gouvernance de l'Internet en RDC au regard des problématiques de souveraineté dans la société numérique mondiale

1323. Le Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI : Genève 2003, Tunis 2005) marque, pour toute la Terre, le tournant officiel d'appréhension de l'Internet par le droit. En effet, une société de l'information a émergé, à l'ombre de la « souveraineté postmoderne ».²⁹⁶⁰ L'Europe avait adopté en 1998 une directive spécifique sur les services de la société de l'information.²⁹⁶¹ Les enjeux de la gouvernance de l'Internet se complètent à ceux de la dérégulation des télécoms des années 1990-2000. La révolution numérique est advenue à la suite du déclin des monopoles et de l'ascension de l'économie numérique, post-éclatement de la bulle Internet (2003). La société mondiale de l'information n'a pas aboli l'État, mais elle en a fait, par conséquent, un « État démythifié »²⁹⁶² ou « État englobé ».²⁹⁶³ La mondialisation (de l'Internet) en a « fait seulement le rouage privilégié de la gouvernance planétaire ».²⁹⁶⁴

1324. À l'ère numérique, des transformations du droit s'opèrent, « substituant l'horizontalité à la verticalité » et créant des rapports juridiques de l'État dans « un espace

²⁹⁵⁹ Créée en 1999 par la Loi sur les communications (KCA) n°2 de 1998, le mandat initial de la CCK était la régulation des sous-secteurs des télécommunications et des postes, et la gestion du spectre des fréquences radioélectriques du pays. Les changements et l'évolution rapide de la technologie ont pratiquement effacé les distinctions traditionnelles entre les télécoms, les technologies de l'information et de la radiodiffusion. Par conséquent, le gouvernement kenyan, en janvier 2009, a adopté la loi sur les communications du Kenya (amendement). Cette dernière a renforcé la portée de la réglementation et de la compétence de la CCK, et l'a effectivement transformée en un régulateur convergent. La CCK est maintenant chargée de faciliter le développement des secteurs de l'information et de la communication (y compris les services de la radiodiffusion, des multimédias, des télécoms et postaux) et le commerce électronique.

²⁹⁶⁰ P. TRUDEL, *op.cit.*, p. 11.

²⁹⁶¹ Directive 98/34/CE, préc.

²⁹⁶² J. CHEVALLIER [2014], *op.cit.*, p. 69.

²⁹⁶³ *Idem*, p. 48.

²⁹⁶⁴ P. MOREAU DEFARGES, *op.cit.*, 52.

public en mouvement constant ».²⁹⁶⁵ Le cyberspace agit sur les attributs de souveraineté, car cet espace numérique enchevêtre la technique et le politique, le public et le privé, le national et l'international. L'Internet est en effet planétarisé, dématérialisé, décentralisé, délinéarisé. Il reste ouvert 24h/24, 7 jours sur 7, pour toutes sortes de transactions sans limites des frontières nationales. Il semble déposséder l'État du monopole de contrôle de l'espace public, c'est-à-dire le lieu de citoyenneté, l'assise de souveraineté, où il se déployait en maître de la coercition légitime. « Classiquement la souveraineté s'entend de l'existence d'un monopole étatique sur l'énonciation et l'application du droit ».²⁹⁶⁶ L'ère numérique annonce celle de la « souveraineté en réseau ».²⁹⁶⁷ Mais, la « pluri-normativité »²⁹⁶⁸ du Web amène au constat que l'État n'est plus le seul centre d'émission de la norme dans la société numérique.²⁹⁶⁹ Ne s'agit-il pas d'une situation de l'« État polycentrique »²⁹⁷⁰ ? Cette notion décrit l'existence d'entités autonomes au sein de l'État et rappelle l'idée de « voir comme consommée l'installation au niveau mondial du pluralisme juridique ».²⁹⁷¹

1325. Dès lors, la problématique des souverainetés nationales est posée face à l'Internet planétaire, bien au-delà de la simple transnationalité qui, en droit international privé, suscite des conflits des lois civiles ou pénales.²⁹⁷² Si la dérégulation des télécoms de base complexifiait déjà le phénomène de millefeuille législatif, elle s'est pourtant limitée à une reconfiguration législative du mode d'intervention de l'État dans un marché d'ancien monopole public. Cependant, la « société d'information planétaire »²⁹⁷³ apporte une nouvelle réalité de démultiplication des centres d'édition des normes techniques et/ou des « lois privées du marché ». Autrement dit, les « polycentres » confirment la « consolidation d'un environnement pluri-normatif caractérisé par la prolifération d'un réseau décentralisé de "centres de régulation" prônant la négociation d'outils réglementaires souples, catégorisables comme la soft law ».²⁹⁷⁴

1326. En effet, des organismes privés, comme l'ICANN, le W3C ou l'ITF, fixent des protocoles de routage et des attributions des ressources-racines, indispensables à de la fonctionnalité sémantique de l'Internet. Cette gestion privée de l'« ordre public numérique » est devenue le défi commun de tous les systèmes juridiques : l'Internet a des institutions de droit privé (pour la plus part basés aux États-Unis) qui édictent des normes *suis generis*, à portée universelle. Pour le premier cas du genre : « L'ICANN gère sans aucun doute un service public international puisqu'elle permet un accès ordonné à l'Internet dans le monde entier, notamment en coordonnant l'attribution des indicateurs uniques d'Internet, les « IP »

²⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 44-45.

²⁹⁶⁶ P. TRUDEL, « Ouverture – La souveraineté en réseaux », in A. BLANDIN-OBERNESSER (sous dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Coll. Rencontres européennes, Bruylant, Bruxelles, 2016, p.10.

²⁹⁶⁷ *Ibidem*, p. 5-7.

²⁹⁶⁸ La problématique ressortie par le terme « plurinormativité » est partagée avec le Professeur Sawadogo Filiga Michel, « Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina – Faso et l'Afrique de l'Ouest », Conférence régionale africaine de haut niveau, Tunis, 19-21 juin 2003 (*inédit*)

²⁹⁶⁹ LUCA BELL, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Préface de Louis Pouzin et Gilles J. Guglielmi, Coll. Au fil des études – Les thèses, éd. Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2016, pp.3-10.

²⁹⁷⁰ J. CHEVALLIER [2014], *op.cit.*, p. 85.

²⁹⁷¹ G. J. GUGLIELMI, « Préface », in LUCA BELL, *De la Gouvernance à la Régulation de l'Internet*, Coll. Au fil des études : Les Thèses, éd. Berge Levrault, Boulogne-Billancourt, 2016, p. 13.

²⁹⁷² G. CORNU, *op.cit.*, p. 567. *Verbo*, « Droit international privé » : au sens étroit et traditionnel à partir du XIX^e siècle (le plus important aujourd'hui), branche du Droit ayant pour objet le règlement des relations internationales de Droit privé, notamment par le procédé du conflit des lois. Dans son sens large et ancien (aujourd'hui peu usité), cette branche de droit a pour objet le règlement des relations internationales affectées par la diversité des Droits internes.

²⁹⁷³ Groupe de haut niveau sur la société de l'information, *L'Europe et la société de l'Information planétaire*, 1994 (dit « Rapport Bangemann » du nom de Martin Bangemann, vice-président de la Commission européenne alors présidée par Jacques Delors.)

²⁹⁷⁴ LUCA BELL, *op.cit.*, p.18.

(Internet protocols), qui permettent d'accéder à l'Internet et que des bureaux d'enregistrement, qu'elle accrédite, transforment en adresses électroniques ».²⁹⁷⁵

1327. Pour le second cas du genre : En principe, la loi est l'expression de la souveraineté, Les procédures parlementaires ou référendaires sont, pour la souveraineté, la forme par laquelle le droit constitutionnel habilite les lois à produire des effets juridiques précis, assortis des incriminations et des peines.²⁹⁷⁶ L'organisation des services d'ordre et de justice sont les devoirs de structuration du pouvoir de l'État.²⁹⁷⁷ Les chartes, dites également « le code », en tant que « processus auto-organisationnel » restent d'origine des souverainetés infra-étatiques, mais qui prennent une dimension supranationale à l'échelon du Web. Elles demeurent des « obligations communes et mutuelles ».²⁹⁷⁸ La coercition reste également de l'apanage de la puissance publique, mais avec les normes techniques d'une part et les codes privés d'autre part, l'Internet présente des sanctions impératives. À vrai dire, « La sanction éventuelle pour un comportement non-conforme peut être une punition juridiquement étatique, mais l'instrument répressif est plutôt la réprobation du groupe ».²⁹⁷⁹ En particulier, pour les normes techniques infra-étatiques du Web, leur impérativité réside dans le rejet d'opérabilité avec le système global, si elles sont enfreintes. La sanction de violation des normes numériques n'est pas juridique mais factuelle, car il faut observer les standards techniques pour indispensablement accéder au système. D'où leur impérativité par l'effectivité, mais pas au même titre que la norme juridique.

1328. Pour le dernier cas du genre : au premier cadran des télécoms de base, la réglementation s'était détachée de la régulation, mais encore cette dernière se complète inséparablement de la gouvernance numérique. L'action de légiférer ou de réglementer relève de la souveraineté, mais celle-ci subit des influences du réseau. Selon François Ost et Michel van de Kerchove, la « loi [est] en érosion constante », car la régulation se démarque de la réglementation des télécoms de base, en marquant déjà une étape de transition de la force pyramidale de la norme juridique. « La loi au sens formel du terme se voit traditionnellement reconnaître sinon une souveraineté, tout au moins une "quasi-souveraineté" »²⁹⁸⁰ dans la hiérarchie des sources formelles du droit.²⁹⁸¹ » La pyramide tient à la nature du droit : il est « linéaire » au sens unique de l'ordre sans inversion, ni rétroaction, il est « arborescent », se démultiplie à partir d'un foyer de création unique, et « hiérarchique » en disposant de la supériorité étatique et de la subordination des sujets.²⁹⁸²

²⁹⁷⁵ A. PELLET, « Une gestion de l'ordre public de l'Internet ? », in Société française pour le Droit de l'Internet, *Internet et le droit international*, Colloque de Rouen, éd. A. Pedone, Paris, 2014, p. 239

²⁹⁷⁶ Selon le principe de souveraineté : article 3, Constitution française de 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » ; article 5, Constitution congolaise de 2006 : « La souveraineté nationale appartient au peuple. Tout pouvoir émane du peuple qui l'exerce directement par voie de référendum ou d'élections et indirectement par ses représentants ». L. FAVOREU, P. GAÏA et al, *Droit constitutionnel...*, op.cit, pp. 25 et s. (sur l'État de droit, L'encadrement juridique du pouvoir).

²⁹⁷⁷ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit public*, op.cit, p. 24 et s.

²⁹⁷⁸ P. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance*, préc., p. 60-61.

²⁹⁷⁹ *Ibidem*, p. 61.

²⁹⁸⁰ F. DELPÉRÉE, « La Constitution et la règle de droit », in *Annales de droit*, t. XXXII, n°2-3, 1972, p.190.

²⁹⁸¹ A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles-Gand, 1964, p. 10. E. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. I, *Le système institutionnel*, 2^e éd. revue et augmentée, Bruxelles, E. Stony-Scientia, 1994, p. 107. La loi est l'expression de la volonté nationale. La plénitude de compétence du pouvoir législatif lui permettant d'exercer toutes les compétences que la constitution n'a pas confiées à d'autres pouvoirs.

²⁹⁸² Au sujet de « la souveraineté traditionnelle de la loi » : F. OST et M. VAN KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Presses des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 78. (F. OST et M. VAN KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *R.I.E.J.*, 2004.

1329. Cependant, la convergence numérique des télécoms renforce la réalité « tout le droit n'est pas dans la loi ».²⁹⁸³ La révolution numérique a distancé le « temps des institutions » du « temps des réseaux », non seulement en appelant à des interstices réglementaires, avec des subdélégations au régulateur, mais plus visiblement en mettant d'avantage l'accent sur l'efficacité d'une « régulation ex ante » sur une « régulation ex post ».²⁹⁸⁴ Internet est une de ces « forces imaginantes » du droit, selon Mme Mireille Delmas-Marty, qui affecte sensiblement les systèmes juridiques classiques, Elle souligne que le droit étatique se caractérise par des termes statiques comme « fondement », « socle », traduisant ses institutions juridiques, intériorisées par les gouvernants et les gouvernés.²⁹⁸⁵ En convergeant avec la pensée de Monsieur Jacques Chevallier, La figure postmoderne du réseau tend dès lors à se substituer à celle de la pyramide ».²⁹⁸⁶ La régulation réadapte la portée de la réglementation, qui devait rester impersonnelle, générale et antérieure aux faits, car « Il ne s'agit pas de le faire plier le droit sous le joug de l'économie mais de prendre dorénavant en compte, en temps réel, les critères pertinents de l'économie dans l'élaboration du droit. »²⁹⁸⁷

1330. Ainsi, la fonction de régulation fait appel au mode de réflexivité de la gouvernance, sans trop s'éloigner du mode de l'impérativité du gouvernement. Elle peut donc s'étendre au-delà de la typologie sectorielle de ses compétences. Il s'agit là de « différents mécanismes de gouvernance qui ont permis, et qui continuent à permettre une pluralité de parties prenantes de façonner l'évolution de l'Internet. L'émergence du concept gouvernance et les déclinaisons de la notion de régulation ». Ces mécanismes de régulation sectorielle, convergente et de gouvernance interrogent simultanément les droits africains et européens quant à « l'application de ces concepts dans l'écosystème internautique ».²⁹⁸⁸ Les pays africains de jeune démocratie, comme la RDC, restent encore en quête de stabilité politique. Si celle-ci travaille encore à sauvegarder et à solidifier son ordre constitutionnel face aux conflits armés et de légitimité, la transition vers la régulation et la gouvernance de l'Internet s'avère un défi, qui mérite d'être approfondi dans un cadre de développement plus spécifique.²⁹⁸⁹

1331. En définitive, la régulation des télécoms ne saurait plus rester sectorielle, en insistant sur son autonomie et sa légitimité afin d'arbitrer le jeu économique du marché ouvert.²⁹⁹⁰ Dans le monde, « le développement du numérique et de l'Internet a contribué au déplacement des frontières entre acteurs de ces secteurs et soulèvent des questions sur des voies de régulation à adopter, les autorités légitimes, l'enchevêtrement des législations, la réactivité du droit dans un environnement technologique en mouvement rapide ».²⁹⁹¹ Suivant l'expérience française, les régulateurs des télécoms, côtoient dans les secteurs avoisinant de leurs activités des entités administratives indépendantes sur le même type sectoriel : ARCEP,

²⁹⁸³ W. GANSHOF VAN DER MERSCH, « Propos sur le texte de loi et les principes généraux du droit », in *J.T.*, 1970.

²⁹⁸⁴ M-C. ROQUES-BONNET, *op.cit.*, p.169. « Le Rapport rendu le 27 juin 2007 identifiait une nouvelle « logique de l'organisation institutionnelle française », celle de la régulation dite « ex ante », c'est-à-dire prenant « le soin de fixer des règles censées éviter des pratiques anticoncurrentielles ».

²⁹⁸⁵ M. DELMAS-MARTY, « À l'heure de la mondialisation, nous avons besoin d'un droit flou », *Libération*, Interview par Robert Maggiori et Anastasia Vécrin, 23 septembre 2016.

²⁹⁸⁶ J. CHEVALLIER, *op.cit.*, p.85.

²⁹⁸⁷ A. RUTILY et B. SPITZ, « Les nouveaux enjeux de la révolution numérique », *Hermès*, n°44, 2006, p. 29.

²⁹⁸⁸ LUCA BELL, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Préface de Louis Pouzin et Gilles J. Guglielmi, Coll. Au fil des études – Les thèses, éd. Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2016, p.9.

²⁹⁸⁹ Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 de la présente thèse, avec les développements consacrés à l'avènement de la société numérique congolaise.

²⁹⁹⁰ A. PERROT, « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'Economie*, n°4, 2002, Vol. XVI, pp. 81-110.

²⁹⁹¹ A. RUTILY et B. SPITZ, *op.cit.*, p. 29.

CSA, HADOPI, DGCCRF, etc. Comparativement, la RDC n'a pas suivie l'expérience de création des mêmes autorités sectorielles. L'ARPTC travaille à côté des administrations classiques (ministères) intervenant de télécoms, de concurrence et de propriété intellectuelle. Par ailleurs, la convergence numérique des médias et des réseaux appelle à une extension de son champ pour une « inter-régulation » avec d'autres secteurs régulés, eu égard à la transversalité des TIC.²⁹⁹² La première réforme avait produit « la régulation, démantelant les corsets rigides de la réglementation », mais l'Internet appelle à une « régulation réflexive » ou « procédurale ».²⁹⁹³ Désormais, « la norme doit se cristalliser au carrefour de la contrainte et du consentement, ne fonctionnant que si elle est intériorisée et vécue ». Une fois « les vieux carcans législatifs et administratifs » démantelés, « l'économie ne doit plus être enfermée dans les corsets bureaucratiques, elle doit être régulée, encadrée par des normes souples. « Dans le sillage de la gouvernance, éclosent les autorités indépendantes, instances collectives de surveillance ».²⁹⁹⁴ L'Internet est donc devenu le terrain de jeu de la régulation et de la gouvernance, en requérant un ou des arbitres chargés au bon déroulement de la partie et de sanctionner l'envers des règles du droit, du marché ou de la technique.

1332. L'ensemble des développements de notre thèse démontre des transformations du droit et de ses institutions en vue de les adapter aux évolutions des technologies numériques, au regard de leur popularisation dans l'économie et la société. En effet, le réaligement nécessaire des points du droit public et du droit privé a été la trame d'analyse des réformes balbutiantes en RDC face à l'expérience avant-gardiste et éprouvée de l'Europe et de la France, pour un droit de l'économie numérique adapté aux défis de la société de l'information.

²⁹⁹² V. A. DELION, « Notion de régulation et droit de l'économie », in *Annales de la Régulation*, Paris, LDGJ « Bibl. de l'Institut A. Tunc », T. IX, vol. I, 2006, p. 23. M-A FRISON-ROCHE, « L'hypothèse de l'interrégulation », in *Les risques de régulation*, Paris, Dalloz/Presses de Sciences Po, coll. « Droit et Économie de la Régulation », 2005, T. III, p. 60-69.

²⁹⁹³ G. TEUBER, *Droit et réflexivité, l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, traduction N. Boucquey, Story-LGDJ, Paris-Bruxelles, 1994. Il se contente au mieux de fixer quelques objectifs généraux, à charge pour les acteurs privés de déterminer eux-mêmes, au terme d'une délibération réglée, les normes susceptibles des les atteindre. La légitimité de la norme régulatoire est celle dans laquelle les régulés se reconnaissent ou adhèrent pas la persuasion intellectuelle.

²⁹⁹⁴ P. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance*, préc., p. 63.

CONCLUSION

1333. À l'échelle planétaire, l'expansion du cyberspace et les progrès technologiques produisent de nouvelles réalités sociétales dans les ordres juridiques, soient-ils national, communautaire ou international. En appréhendant les nouveaux enjeux de la révolution numérique, les États du monde ont réformé plusieurs aspects institutionnels de leurs cadres légaux et réglementaires. En Europe, en France, en Afrique et en RDC, la transition des normes juridiques est rythmée par la prise en compte des mutations technologiques. « Au-delà de ses multiples définitions, le droit est l'institution, l'instrument et l'expression de la civilisation ; [...] il est lié au temps, à l'histoire et à la patrie »²⁹⁹⁵. Ainsi, les législateurs adaptent les règles étatiques et les institutions juridiques afin de couvrir les artefacts du numérique, tout en encadrant les droits subjectifs menacés et/ou favorisés par de nouvelles pratiques du marché électronique.

1334. La révolution numérique a favorisé l'« interdépendance sociale »²⁹⁹⁶ et une « transformation économique formidable ».²⁹⁹⁷ « Transposée à l'Internet, la métaphore de Mac Luhan sur le "village global" [est] à la figure parachevée dans les réseaux sociaux »²⁹⁹⁸. La réalité contemporaine est devenue celle du même Internet pour tous et partout. Le cyberspace est une concrétisation du « *village planétaire* ».²⁹⁹⁹ « Qu'on le veuille ou non, tout nous paraît démontrer [...] que le système de droit sur lequel nos sociétés modernes avaient jusqu'à présent vécu, se disloque, et qu'un nouveau système s'édifie sur des conceptions tout à fait différentes ».³⁰⁰⁰ La technologie numérique soulève des problématiques identiques dans tous les États connectés aux télécoms, mais les engage chacun dans des expériences juridiques particulières. Les enjeux de l'économie numérique sont indifférents du territoire sur lequel se rattachent le droit ainsi que le pouvoir des États. Il en découle un mouvement des politiques législatives et de nouvelles trajectoires des réformes juridiques. Au regard des transformations du Droit, « [l]e phénomène est général. Il atteint toutes les institutions juridiques, celles de droit privé [...] et aussi les institutions de droit public. Il se produit dans tous les pays parvenus à un même degré de civilisation. ».³⁰⁰¹ L'architecture actuelle du droit de l'économie numérique découle du processus de dérégulation et de l'évolution du droit international du commerce, face à la mondialisation de l'économie de marché, au recul de la notion classique de service public et de la popularisation des usages applicatifs du Web dans la vie sociale.

1335. Le renouveau du droit s'avère nécessaire pour la mise à jour de la règle étatique, pour jalonner les perspectives technologiques ou pour encadrer les tendances du marché. Les pouvoirs publics se disposent à un travail de réexamen des lois, étant donné que les innovations de la technique et de l'économie restent dynamiques. Depuis le télégraphe du XVIII^e siècle jusqu'à l'ère numérique actuelle, notre thèse a appréhendé l'essentiel des transformations du droit au regard des facteurs économiques et technologiques de législation, en clarifiant les problématiques, en structurant les solutions juridiques et en énonçant les prescriptions nécessaires en Europe, en France, en Afrique et en RDC. Pour autant, elle a

²⁹⁹⁵ P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, LGDJ, 6^e éd., coll. Droit civil « Philippe Malaurie et Laurent Aynès », Paris, 2016, p.13.

²⁹⁹⁶ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, La mémoire du droit/Librairie Armand Colin, Paris, 1999 (1913), p. xvii.

²⁹⁹⁷ *Ibidem*, p. xvi.

²⁹⁹⁸ N. MALLET-POUJOL, *op.cit.*, p. 12.

²⁹⁹⁹ MASRSHALL McLUHAN, *The Medium is the Message*, 1967.

³⁰⁰⁰ L. DUGUIT, *op.cit.*, p. x.

³⁰⁰¹ *Ibid.*

retenu, à l'analyse, les enjeux juridiques des services de la société de l'information : ceux se rapportant aux communications et au commerce électronique.

1336. Sa première partie se fonde sur le commerce électronique dans le système juridique européen et français, en vue de construire des paradigmes juridiques comparables et/ou applicables à l'Afrique et à la RDC. Sur la base des riches et avant-gardistes acquis européen, la seconde partie de thèse évalue la transition des normes juridiques dans le système africain et congolais, en fonction de la dérégulation mondiale des télécoms et de l'avènement de l'économie numérique. La méthode de droit comparé a tracé les schèmes des institutions juridiques réformées dans ce contexte, afin d'en préciser, pour la RDC, les forces, les faiblesses, les correspondances et les décalages avec l'Europe et la France, en proposant des pistes d'amélioration.

1337. Pour l'ensemble, notre thèse a retenu quatre axes de structuration du droit de l'économie numérique dans une approche comparée, partant du cadre existant en Europe et en France (**Partie 1**) vers l'ajustement du cadre international, africain et congolais. (**Partie 2**). L'expansion des télécoms et la numérisation sont à la base de la révolution numérique, dont les aspects sociétaux constituent une véritable source matérielle du droit. « Mais l'art du compromis entre le fait et le droit est, on le sait, toujours délicat ».³⁰⁰² Les phénomènes économiques sont corrélatifs aux réseaux ; ils deviennent sources d'enjeux juridiques de la nouvelle forme de commerce en ligne et de l'économie informationnelle.

1338. Le premier axe a permis de construire le modèle d'encadrement juridique réalisé à travers le temps pour le commerce en ligne européen et français. Les bases de la réglementation ont suivi l'évolution des techniques de communication à distance pour le téléachat (en 1989), pour les contrats à distance (en 1997) ou pour la fourniture des services financiers à distance (en 2002). Mais, la voie électronique a particulièrement révolutionné l'offre des services de la société de l'information, dont les aspects sont réglementés en Europe dès 2000 par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Le deuxième axe a permis d'appréhender l'évolution des politiques législatives se rapportant aux télécoms de base et aux communications électroniques dans le système européen et français. (**Titre 1**) Le droit international du commerce a transplanté en Afrique et en RDC, les standards juridiques européens des télécoms, sous la poussée de la mondialisation des marchés, de la diffusion technologique, de l'internationalisation des réseaux et de la multinationalisation des opérateurs européens en RDC. (**Titre 2**)

1339. C'est ainsi que l'ordre juridique congolais a fait application du modèle international de dérégulation, en ouvrant les droits de l'accès aux télécoms autrefois monopolistiques. Dès lors, les services publics nationaux sont en processus de transformation dans l'économie de marché. Partout, le droit de la régulation a suscité des défis nouveaux entre les acteurs étatiques pour la séparation des fonctions de régulation, d'exploitation et de réglementation. La concurrence sur le marché électronique présente aussi des prédominances de l'autorégulation voulue par les forces économiques. (**Titre 3**) Le fonctionnement du marché électronique a abouti à l'émergence de l'économie numérique et de la société de l'information en RDC. La législation telle que pensée au départ n'est pas en mesure de définir, ni de régir les contingences de la révolution numérique, particulièrement les données personnelles et la cybercriminalité. Pour autant, des travaux de *lege ferenda* sont en cours depuis avril 2017 au Parlement congolais. De nombreux défis législatifs sont ainsi nés de

³⁰⁰² M. QUÉMÉNER et Y. CHAPRENEL, *Cybercriminalité, droit appliqué*, Economica, coll. Pratique du droit, Paris, 2010, p. 2.

l'Internet : cybersécurité, preuve et signatures électroniques, gouvernance du numérique, interrégulation, commerce électronique, etc. Ces aspects nouveaux motivent une refondation du droit de l'économie numérique en RDC, sur socle de la régulation sectorielle et au vu de l'expérience comparée. (**Titre 4**).

1340. Sur tous ces axes, le recours aux expériences internationales, européennes et françaises sont indispensables, au regard des deux grandes phases de mondialisation du réseau électronique et de globalisation de l'économie numérique. Deux étapes complémentaires ont donné lieu au marché numérique mondial : ce sont des étapes d'économie de marché correspondant aux mouvements de modernisation de l'État et aux mutations technologiques de l'Internet. Les directions prises, en conséquence, par les transformations de l'économie et du droit – droit public économique – sont la dérégulation des services publics monopolistiques et la régulation ou la gouvernance de l'Internet.³⁰⁰³

1341. *En premier lieu*, le point de départ de la transformation des services public a porté sur l'ouverture du marché des télécoms. Le droit de l'accès est compris comme la transition du monopole vers une concurrence effective, sous la régulation d'une autorité administrative indépendante. Cette phase de transition a d'abord consisté à lever progressivement toutes les barrières – politiques, économiques ou réglementaires – d'accès au marché et à l'interconnexion, à la faveur de nouveaux entrants sur le marché. Elle a ensuite permis de supprimer toute forme de droits exclusifs ou de préférence technologique dans les offres des services de télécoms aux consommateurs, anciens usagers des services monopolistiques. Il est dès lors normal que l'accès corresponde « à la mise à disposition de ressources et/ou de services pour la fourniture de communications électroniques. Cela concerne l'accès à des éléments de réseaux, des bâtiments, des pylônes et des systèmes de logiciels. ».³⁰⁰⁴

1342. Enfin, l'adoption des règles technologiquement neutres a permis d'assurer la pleine concurrence, en accompagnant l'ouverture de tous les secteurs du marché de télécoms qui ne l'étaient pas. Toutes ces mesures ont apporté la convergence entre les secteurs des télécommunications, de la radiodiffusion et des technologies de l'information. Au lieu des « télécommunications », la nouvelle terminologie « communications électroniques » traduit le passage à l'ère numérique, caractérisée par la part toujours grandissante prise par l'Internet dans la société et dans l'économie.³⁰⁰⁵

1343. En Europe, en France, en Afrique et en RDC, est né un droit de la régulation sectorielle des télécoms de base. Le « droit public de la régulation de l'économie »³⁰⁰⁶ prend souvent « l'allure hétéroclite de ses instruments et l'apparence d'autonomie de ses diverses facettes ».³⁰⁰⁷ Le droit public valorise l'aspect de l'instrument au détriment du rôle « cadre » qui est aussi celui du droit de l'action publique.³⁰⁰⁸ Il ne s'agit pas de réserver cette notion à l'encadrement concurrentiel de certains secteurs économiques.³⁰⁰⁹ La régulation est largement entendue comme « la démarche pragmatique et globale consistant à poursuivre un objectif déterminé par l'utilisation, généralement combinée, de méthodes choisies parmi une palette

³⁰⁰³ J.-P COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, op.cit., pp. 1 et s.

³⁰⁰⁴ D. BOULAUD, *Le nouveau cadre européen des communications électroniques, quelle régulation pour quels équilibres*, Assemblée nationale, Rapport d'information, n°3048, 11^e législature, délégation pour l'UE, Paris, 2001, pp. 13-15.

³⁰⁰⁵ *Ibidem*, p. 13-15. J. CATTAN, op.cit., p. 25 et s. WAEL EL ZEIN, op.cit., pp. 3 et s.

³⁰⁰⁶ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

³⁰⁰⁷ J.-P COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, op.cit., p. 33 et s.

³⁰⁰⁸ J. CHEVALLIER, « Droit et action publique », in *Le droit figure du politique, Mélanges en l'honneur de Michel Miaille*, Faculté de droit de Montpellier, 2008, vol. 2, p. 421.

³⁰⁰⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la Régulation », *Rec. Dalloz*, 2001, n°7, p. 610.

d'instruments variés, en fonction d'un calcul d'efficacité optimale ».³⁰¹⁰ Le terme a pu susciter des malentendus,³⁰¹¹ mais il fédère par son caractère malléable, des objectifs assez contradictoires dans leur principe.³⁰¹² En effet, l'idée de service public côtoie désormais celle de l'économie (néo)libérale.

1344. Il est acquis que la raison d'être de l'administration est d'organiser la fonction centrale de satisfaction de l'intérêt général, à travers deux types d'actions : la police et le service public, présentant une finalité supérieure à la somme des volontés individuelles. La raison d'être de l'administration réside dans la fonction centrale qui lui est impartie.³⁰¹³ Les unes ont pour objet en quelque sorte de « matérialiser », de « concrétiser » l'intérêt général par la réalisation de prestations portant sur des biens et des services, ce sont les activités de service public. Les autres se traduisent par un travail de réglementation, d'encadrement juridique de multiples activités sociales dans le but précis d'assurer le respect de l'ordre public, il s'agit des activités de police administrative. Ces deux fonctions n'apparaissent pas au même moment, mais convergent finalement, car n'étant pas désolidarisées, elles s'entrecroisent souvent.³⁰¹⁴ En 1926, la doctrine française situait ladite notion à la frontière du droit constitutionnel et du droit administratif, comme un des fondamentaux du droit public moderne. « La volonté du gouvernant [...] n'av[ait] de valeur et de force que dans la mesure où elle poursuit l'organisation et le fonctionnement d'un service public. » (Léon Duguit).³⁰¹⁵ Elle faisait également le constat que « le service public apparaît d'abord comme une intervention politique avant de devenir une notion juridique » (Rainaud).³⁰¹⁶ De ce fait, il est sujet aux fluctuations d'ordre politique, en faisant déborder la notion des stricts schèmes du droit.³⁰¹⁷ Cependant, le XX^e siècle a permis d'observer l'essor et le recul du service public : d'une part, l'extension du champ d'intervention des personnes publiques et, d'autre part, la mobilisation des personnes privées en vue de l'exécution des missions d'intérêt général.³⁰¹⁸ Ces éléments marquent le recul de l'État-entrepreneur, vers un État-postmoderne : l'État concurrencé, l'État-régulateur de Jacques Chevalier.³⁰¹⁹ La recherche de l'efficacité de

³⁰¹⁰ J.-P. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 33 et s.

³⁰¹¹ G. MARCOU et F. MODERNE (dir.) : *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, l'Harmattan, 2005, vol. 1, p. 11 s ; « la notion de régulation » AJDA 2006, p. 347 s. et « L'ordre économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in *La notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 259, 2009 ; M. BAZEX, G. ECKERT, R. LANNEAU, C. LE BERRE, B. DU MARAIS et A. SEE (dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2016. Cf. aussi : J.-B. AUBY, « Régulations et droit administratif », in Études G. Timsit, Bruylant, 2004 ; et d'autres travaux de G. MARCOU, « Régulation et services publics. Les enseignements du droit comparé », in G. MARCOU et F. MODERNE, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, vol. 1, coll. comparaisons et commentaires, Paris, L'Harmattan, Paris, 2005.

³⁰¹² J.-P. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 38.

³⁰¹³ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *Droit public général, institutions politiques, administratives et européennes, droit administratif, finances publiques et droit fiscal*, LexisNexis, Coll. Manuel, Paris, 2015, p. 513.

³⁰¹⁴ *Ibidem*, pp. 514 et s.

³⁰¹⁵ *Ibid.* Pour Rolland, le Service public est « une entreprise ou une institution d'intérêt général destinée à satisfaire des besoins collectifs du public [...] par une organisation publique, sous la haute direction des gouvernants ».

³⁰¹⁶ Cf. J.-M. RAINAUD, *La crise du service public français*, PUF, coll. Que sais-je ?, Droit et science politique, 1999.

³⁰¹⁷ M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir.), *op.cit.*, p. 522.

³⁰¹⁸ Cf. les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA), ayant validé l'ouverture des services publics aux personnes privées, avant et pendant la seconde grande guerre, en marquant par cette mobilisation du secteur privé le recul de l'État-entrepreneur : Conseil d'État, Arrêt, Caisse primaire Aide et Protection, 13 mai 1938 ; Arrêt Monpeurt, 31 juillet 1942 ; Bouguen, 2 avril 1943 ; Arrêt *Etablissement Vezia*, 20 décembre 1935. Il s'installe l'idée selon laquelle il y a peut-être entre les personnes privées et le service public une catégorie intermédiaire de personnes privées investies d'intérêts publics. Ensuite, l'Arrêt du Conseil d'État du 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et Protection* (GAJA), juge que ce n'est pas parce qu'une personne privée qui prend en charge un service public que ce n'est plus un service public. D'autres grands arrêts du Conseil d'État confirment cette ouverture à la veille de la guerre, notamment : Cons. d'État, Arrêt Monpeurt, 31 juillet 1942 et Arrêt Bouguen, 2 avril 1943 (GAJA). [www.conseil-État.fr/Decisions-Avis-publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-État] (consulté le 4 avril 2017)

³⁰¹⁹ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op.cit.*, pp. 63 et s.

gestion a coïncidé avec la limitation des extensions du secteur public, soit par souci d'économie financière soit pour des raisons idéologiques ou politiques.³⁰²⁰

1345. Ainsi, le service public a connu plusieurs causes de transformation de nature politique, économique et technologique, auxquelles précisément le marché électronique contribue. Si le XX^e siècle est celui de la mutation profonde de l'État, c'est aussi le passage d'un État libéral et neutraliste (XIX^e siècle) à un État néolibéral et interventionniste. Ce siècle marque effectivement la remise en question de la notion classique de service public.³⁰²¹ L'Internet y contribue, en prônant la régulation par le marché et par le « code informatique », plutôt que par l'État.³⁰²²

1346. En effet, le développement du marché numérique « oblige depuis plus de vingt ans à repenser tous les fondamentaux de la société comme du droit [...] même si le droit et la nouvelle technologie n'évoluent pas à la même vitesse, le droit résiste bien aux bouleversements technologiques ». ³⁰²³ Dans ce contexte, les États repositionnent leur architecture juridique pour faire face aux mêmes défis de globalisation du cyberspace mondial.³⁰²⁴ « Chaque État dispose de ses propres lois pour son propre territoire. Les lois restent l'expression de la souveraineté des États, car l'État est lié à l'apparition d'un ordre juridique, selon la formule "*ubi lex, ubi societas*".³⁰²⁵ Parfois, certains États se regroupent pour harmoniser leurs droits locaux selon différents mécanismes. Dans l'Union européenne, [il s'agit] des directives pour harmoniser les droits [nationaux.] Le parlement de chaque État transpose ensuite la directive dans son droit local ». ³⁰²⁶ La construction juridique de l'Europe des télécoms a fait l'objet d'études spécifiques dans la première partie de thèse, aux chapitres relatifs aux acquis communautaires du droit européen, leur transposition législative en France avec ses originalités.³⁰²⁷

1347. Sous le sceau des mutations technologiques, les directives « ONP » des années 1990 opéraient déjà en Europe une rupture sans « provoquer le passage instantané du monopole à la concurrence » : le processus était « en effet appelé à accompagner une situation transitoire [...] de longue durée ». ³⁰²⁸ Ensuite, la directive « cadre » du paquet télécoms de 2002 a assoupli la régulation du secteur des communications électroniques, afin de mieux s'adapter au degré de concurrence existant sur chacun des marchés pertinents définis par la Commission européenne. Elle « favorisait la libéralisation des télécommunications par une adaptation des règles juridiques aux évolutions, à la fois rapide et permanente, d'un secteur aux frontières incertaines. ». ³⁰²⁹

³⁰²⁰ *Ibid.*, p. 523.

³⁰²¹ *Ibid.*, p. 528. Les « lois de Rolland », dans leur formulation classique et initiale, sont au nombre de trois, elles s'expriment sous forme de principes « d'égalité » de « continuité » et d'« adaptation ou de mutabilité ». Sur la continuité Maurice Hauriou insiste ainsi précisément sur l'idée de continuité, de stabilité dans le temps de ce qu'il appelait lui-même « l'entreprise de la chose publique ». Gaston Jèze ajouta un troisième élément de définition en faisant du service public : une activité d'intérêt général, *exercée par une personne publique et soumise au droit public*. Il porte sur une matière spécifique, exercée par des organes spécifiques, pour satisfaire l'intérêt général en s'inscrivant dans une logique d'intérêt général.

³⁰²² O. ITEANU, *Quand le digital défie l'état de droit*, *op.cit.*, pp. 17 et s.

³⁰²³ M. QUÉMÉNER et Y. CHAPRENEL, *Cybercriminalité, droit appliqué*, *op.cit.*, p. 2.

³⁰²⁴ GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE, *Les dividendes du numérique...*, *op.cit.*, p. 29. « La technologie influe sur les règles (le cadre réglementaire et les normes) pour engendrer de nouvelles idées – par exemple, nouvelles méthodes de production des biens et des services. Si la plupart des règles sont établies localement, la technologie fait l'objet d'échanges entre les marchés et à travers les frontières ».

³⁰²⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution générale à la théorie de l'État*, Sirey, 1962.

³⁰²⁶ O. ITEANU, *Quand le digital défie l'État de droit*, Eyrolles, Paris, 2016, p. 12.

³⁰²⁷ Cf. Partie 1, Titre I, Chapitre é de la présente thèse.

³⁰²⁸ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 11.

³⁰²⁹ *Ibidem*.

1348. Enfin, le troisième « paquet télécom », adopté le 25 novembre 2009 et en cours de réexamen, poursuit l'objectif d'allègement progressif du dispositif général de régulation, en contrepartie d'un renforcement des mesures spécifiques, susceptibles d'être prises le cas échéant, pour garantir la pleine concurrence, le bon fonctionnement du marché. Aujourd'hui en France, la compétence de la régulation est plus vaste encore en ce qu'elle concerne les activités postales et favorise l'exercice d'une « concurrence effective et loyale au bénéfice des utilisateurs », en se rapprochant d'une régulation de la concurrence.³⁰³⁰ En plus de la régulation sectorielle exercée par l'ARCEP, la LME du 4 août 2008 a en effet institué l'« Autorité de la concurrence »,³⁰³¹ ayant mission de contrôle des pratiques anticoncurrentielles³⁰³² et des concentrations.³⁰³³ Si les règles du droit de la concurrence interviennent pour sanctionner les abus de position dominante, l'évolution des besoins de la régulation étatique est néanmoins toujours à considérer au regard des pratiques innovantes du marché.

1349. Avant leur déréglementation, les télécoms ont été longtemps un secteur économique caractérisé par un monopole naturel et réglementaire. Lorsque le droit commun de la concurrence est appliqué dans le secteur des communications électroniques, cela démontre qu'il existe également des spécificités d'expansion dynamique de ce secteur. La convergence des technologies a une influence sur l'analyse des autorités compétentes. Alors que le droit de la régulation sectorielle prévoit une imposition des obligations réglementaires *ex ante* aux entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché, le droit de la concurrence prévoit, quant à lui, la possibilité d'une double intervention, à savoir *ex post*, sanctionnant un comportement abusif de manière rétroactive, et *ex ante*, répondant à des problèmes de concurrence potentiels.³⁰³⁴ Ainsi, en France, l'ARCEP a succédé en 2005 à l'ART, laquelle fut créée en 1996, première autorité de régulation du genre en ce qu'elle inaugurerait la vague de libéralisation des secteurs naguère monopolistiques sous l'impulsion du droit communautaire.

1350. Mais, dans leur fondement, comment les expériences européennes et françaises sont-elles parvenues en RDC ? Dans les années 1980-1990, la mondialisation des réseaux a confronté non seulement les marchés africains et européens, mais aussi leurs systèmes juridiques. L'effet naturel du commerce est de porter à la paix. « Deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes : si l'une a intérêt d'acheter, l'autre a intérêt de vendre ; et toutes les unions sont fondées sur des besoins mutuels ».³⁰³⁵ L'approche du

³⁰³⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, préc., p. 14-15.

³⁰³¹ Article 1^{er}, al. 2, a), b) et al. 3, a)b)c) d), Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations »), JOUE L 24/1, 29 janvier 2004, pp. 1-22. Pour être de dimension communautaire, la « concentration » est question de chiffre d'affaires total réalisé (sur le plan mondial : plus de 5 milliards d'euros) ou sur le plan du marché de l'UE (plus de 250 millions d'euros), sous réserve d'autres cas prévus au même article.

³⁰³² Il s'agit des pratiques antitrust et des abus de position dominante, couvertes notamment par les textes communautaires européens de droit matériel, appliquant le TFUE. Il s'agit des règles spéciales applicables aux accords verticaux (Blocs d'exemption, article 81 §3 du traité CE, devenu l'article 101 §3 TFUE), notamment : Règlement (UE) n°330/210 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées et Règlement (CE) n°772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accord de transfert de technologie. D'autres règles sont spécifiques à des secteurs comme l'automobile [Règlement (UE) n°461/2010 du 27 mai de la Commission du 20 avril 2017] ou encore font l'objet des lignes directrices sur les restrictions verticales, sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE.

³⁰³³ Articles 85, 96 et 97, Loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008, JO RF, 5 août 2008. Cette loi transforme le Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, pour rapprocher le système français de la régulation de la concurrence du standard européen. En ce sens, elle a rassemblé les attributions et les moyens au sein d'une autorité indépendante unique. Cf. aussi [http://www.autoritedelaconcurrence.fr] (consulté le 16 mars 2017).

³⁰³⁴ D. POPOVIC, *op.cit.*, p. 8.

³⁰³⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, de l'esprit du commerce* (1748), in *dicocitations.lemonde.fr*.

droit international permet d'évaluer la pertinence des réformes congolaises, à la lumière des expériences comparées, européennes et françaises³⁰³⁶ et en fonction des standards de l'OMC.³⁰³⁷

1351. Avec pertinence, la directive 2000/31CE, régissant les aspects juridiques des services de la société de l'information, entend ne « pas s'appliquer aux services fournis par des prestataires établis dans un pays tiers. Compte tenu de la dimension mondiale du service électronique, il convient *toutefois* d'assurer la cohérence des règles communautaires, *avec les règles internationales* [...] *sans préjudice des résultats des discussions en cours sur les aspects juridiques dans les organisations internationales* ». ³⁰³⁸ En effet, les organisations internationales, OMC, UIT, BM, FMI, ont été les agents d'attelage de l'Afrique au mouvement de démonopolisation des services publics, comme une harmonisation multilatérale des réformes institutionnelles liées à l'occidentalisation des marchés des services dans le monde. C'est ainsi que les standards européens, tels que véhiculés par l'économie de marché, sont parvenus jusqu'en RDC.³⁰³⁹

1352. Dans le monde entier, le passage à l'économie des marchés a concerné au premier chef le décloisonnement des services publics des télécoms dans la mondialisation, avant de résulter à l'économie numérique. En RDC, depuis 2002, deux lois sectorielles des télécoms ont adopté en droit positif congolais le même schéma d'organisation des marchés post-monopolistiques.³⁰⁴⁰ Le droit de l'accès aux télécoms s'en est trouvé transformé ainsi que les modes d'intervention de l'État dans les services publics. Deux titres d'analyse détaillée, dans notre thèse, attestent de la refondation du droit congolais dans la dérégulation mondiale des télécoms d'abord et ensuite de la prospective de son renouveau dans l'économie numérique mondialisée.³⁰⁴¹ Les réformes législatives de 2002 ont fondé le droit de la régulation sectorielle du marché, en transformant partiellement les services publics monopolistiques congolais. À cet effet, des mesures politiques et législatives ont réaménagé le monopole public des télécoms pour répondre au jeu de la concurrence internationale, en permettant officiellement l'entrée d'opérateurs privés multinationaux dans un marché dual. Les équipements et les services des télécoms sont libéralisés, tandis que le segment des infrastructures reste exclusif pour l'exploitant public national. Principalement, le législateur a séparé l'exploitation des activités électroniques d'avec le rôle de puissance publique. Pour autant, il a instauré une autorité de régulation des télécoms (ARPTC), chargée de veiller à l'équilibre du système de marché (dé)régulé entre les acteurs publics et privés, entre les intérêts économiques et l'intérêt général.³⁰⁴² Analyser la *ratio legis* de ces lois a permis d'appréhender les aspects des changements de même que leurs valeurs en droit positif congolais.³⁰⁴³ Ce dernier présente d'importantes carences de qualification et de régime face

³⁰³⁶ Cf. Partie 1, Titre I, Chapitre 2, de la présente thèse. En France, la dissociation des services postaux de ceux des télécoms est réalisée. Des entités différentes ont été instituées avec un statut d'indépendance clairement affirmé pour la régulation, face à l'administration et au marché. L'approfondissement de la démonopolisation a été axé sur la privatisation de l'exploitant public (France télécom) par association des capitaux publics et privés, nationaux et internationaux. Comparativement, il convient d'analyser, en droit congolais, l'état d'« implémentation » de ce modèle depuis son adoption en 2002.

³⁰³⁷ Cf. *supra* : Partie 1, Titre II, Chapitre 1, de la présente thèse.

³⁰³⁸ Considérant n°58, Directive 2000/31/CE, préc.

³⁰³⁹ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 de la présente thèse.

³⁰⁴⁰ Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en RDC. Loi n°014/2002 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des postes et des télécommunications en RDC, ARPTC en sigle.

³⁰⁴¹ Cf. Partie 2, Titres 1 et 2 de la présente thèse.

³⁰⁴² Article 8, loi-cadre sur les télécoms (RDC), préc. Cf. aussi : article 3, loi n°014/2002 sur l'ARPTC, préc.

³⁰⁴³ L'orientation de notre thèse ne s'est pas désaxée sur une étude économique du marché dérégulé. Le choix d'analyse ne détaille pas les effets bénéfiques des réformes effectuées, notamment : augmentation du parc téléphonique, amélioration de la qualité des services, participation du secteur à la croissance du PIB et des conditions de vie, numérisation de l'administration,

aux activités numériques. Les défis législatifs sont importants dans le sens des services de la société de l'information. La régulation *ex ante* agit avec pragmatisme, en appelant la collaboration d'autres autorités sectorielles en dehors du domaine des télécoms. Ces innovations des pratiques locales tendent à adopter des mécanismes d'interrégulation, notamment à travers des règlements de police afin de garantir un minimum d'ordre public numérique sur des axes stratégiques de l'économie numérique.

1353. En RDC, la législation des télécoms date de 2002 et n'a plus été révisée depuis lors. Faute de mise à jour le cadre légal des télécoms est aujourd'hui dépassé par la diffusion des techniques numériques dans le marché mondialisé et globalisé, dans lequel le pays se trouve. Le constat est que les réformes congolaises ont suivi le même schéma de dérégulation qu'en Europe et en France, mais en présentant de grandes démarcations. Le droit congolais des télécoms ne s'inscrit pas dans un cadre communautaire africain d'harmonisation des règles, comme la France. L'Europe a mis en place des législations allant des directives « ONP » (1990) au « paquet télécom » (2002, 2009) périodiquement réexaminés encore à ce jour. Mais, le cadre légal congolais n'évolue pas non plus tout autant. Par exemple, les droits exclusifs sont maintenus dans la loi-cadre sur les télécoms de 2002 en RDC, en faveur des exploitants publics, alors que la France depuis 1996 a supprimé dans ses lois des « idées de "nationalisations rampantes", phénomène par lequel l'État, sous couvert de ses entreprises publiques et au nom d'un impérialisme technocratique très fort, ne cesse de continuer à intervenir dans l'économie et à accentuer son intervention ».³⁰⁴⁴ Le recul de l'État-puissance publique, marquant le recul de l'incompatibilité de principe initiale entre les personnes privées et l'exécution de missions de service public.

1354. Contrairement à la RDC (avec son opérateur public SCPT/RENATELSAT), la France a approfondi sa déréglementation des télécoms par la réforme conjointe du statut administratif et la privatisation de son opérateur historique « France Télécom » devenu « Orange ». Par ailleurs, en Europe et en France, les transformations du marché et du droit des télécoms ont été fonction de l'évolution orchestrée au niveau législatif. À la différence, les ajustements du droit congolais ont pour particularité d'avoir été effectués uniquement grâce à des mesures administratives, agissant par pragmatisme juridique dans les interstices de la loi-cadre sur les télécoms, devenant d'année et année obsolète depuis ces quinze dernières années.

1355. *En second lieu*, une autre ère technologique a vu le jour sur le socle de la dérégulation : celle de l'économie numérique. Elle suscite des enjeux juridiques particuliers, liés aux nouveaux modes de production, de consommation, d'échange à travers l'Internet grand public et le commerce en ligne. Notamment, l'Internet a fait des télécoms un incontournable véhicule pour la fourniture des services financiers, le commerce électronique, les activités informatives dans les domaines de la presse ou encore de la production et de la consommation de contenus audiovisuels. Face au phénomène, international, mondial et

avantages des services alternatifs (convergence), disponibilité de l'offre des services de base, commerce électronique, diversité de l'offre des services à valeur ajoutée et des services de base, etc. L'orientation n'est pas axée sur une étude économique du marché dérégulé.

³⁰⁴⁴ D'autres séries facteurs essentiels avaient contribué au préalable à la mutation de l'État-interventionniste, et surtout à accentuer l'intervention publique dans la société sous forme de services publics. Il s'agit notamment de : (i) la conjoncture des guerres et reconstructions, qui replace l'État comme un prestataire des services face au libéralisme économique ne pouvant désormais pas être pensé comme une fin en soi ; (ii) le fondement idéologique qui favorisait l'interventionnisme étatique, suite à la méfiance traditionnelle des mouvements politiques de gauche à l'égard des conséquences des lois de marché.

finalement africain, les nouvelles politiques législatives de dérégulation des télécoms ont précédé et préparé l'avènement de l'Internet grand public.

1356. En ce sens, le marché congolais est en pleine transition numérique. Depuis 2006, les opérateurs privés des télécoms ont manifesté leur volonté de passer d'une offre de télécoms de base à l'Internet mobile.³⁰⁴⁵ La numérisation transforme les anciennes techniques analogiques, en révolutionnant l'offre des produits et services sur le marché électronique. L'Internet dispose des protocoles qui assurent, grâce à la digitalisation (numérisation), l'interopérabilité de réseaux locaux et nationaux, privés et publics, analogiques et numériques, tout en fusionnant l'audiovisuel, l'informatique et les télécoms.³⁰⁴⁶ Les communications numériques suggèrent la convergence des industries et des médias.³⁰⁴⁷ Autrefois, les écrans servaient des secteurs traditionnels différents selon leurs usages disjoints : microinformatique, télévision, minitel, cinéma, etc. Aujourd'hui, les tablettes numériques, les portables, les ordinateurs ou encore les Smartphones disposent d'un écran réunissant ces multiples fonctions autrefois séparées.³⁰⁴⁸ Cette tendance des technologies et des marchés, voire des finances³⁰⁴⁹, entraîne l'interpénétration de plusieurs secteurs régulés ainsi que la juxtaposition de diverses réglementations.

1357. C'est ainsi qu'à l'ère du temps, l'économie numérique s'est imposée non seulement comme un « puissant moteur de croissance » à la « mesure des gains de productivité », mais aussi comme une « économie des systèmes dans laquelle les agents risquent d'être prisonniers de technologies données ».³⁰⁵⁰ Avec l'apport multiforme de l'Internet adossé au numérique, les services de télécoms de base débordent de leur champ jadis sectoriel, en permettant la transversalité avec d'autres secteurs d'activités tout aussi régulées ou non. De ce fait, les défis juridiques de l'économie numérique transcendent ceux de la régulation sectorielle. Au niveau législatif, les nouvelles tendances du numérique débordent les dispositions du cadre légal congolais de 2002. Toutefois, seuls les efforts de la régulation ont accompagné au fur et à mesure les nouvelles tendances du marché électronique, en les anticipant quelque fois au niveau réglementaire. En revanche, en Europe et en France, les transformations ont été opérées au niveau législatif depuis 1988 grâce aux directives de la Commission,³⁰⁵¹ voire même plus tôt en 1982 avec les « premières lois dérégulatrices » françaises sur la communication audiovisuelle.³⁰⁵²

³⁰⁴⁵ Cette date correspond à l'introduction du GPRS en RDC, permettant aux réseaux cellulaires de télécoms d'offrir des services d'Internet mobile.

³⁰⁴⁶ P.-F. DOCQUIR et M. HANOT, *Nouveaux écrans, nouvelles régulation ?*, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 9 et s.

³⁰⁴⁷ *Ibidem*, p. 9. Pour les auteurs : « La convergence et la digitalisation révolutionnent l'offre, les contenus et les modes de consommations médiatiques, entraînant les médias historiques [...] à la définition d'un nouveau modèle de communication. »

³⁰⁴⁸ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ?, le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, Coll. « Corpus », Paris, 2015, p. 25. M. QUÉMENER, *Cybersociété entre espoirs et risques...*, *op.cit.*, pp. 9 et s. C. FÉRAL-SCHUHL, « Préface », in M. QUÉMENER, *op.cit.*, pp. 5-6, spéc. p. 5. M. QUÉMENER, *Cybersociété entre espoirs et risques...*, *op.cit.*, pp. 9 et s. F. BENHAMOU, « L'irrésistible ascension de l'Internet », *Cahiers français*, n°372, préc., pp.1-11. N. MALLET-POUJOL, « Le droit de l'Internet à l'épreuve de la mondialisation », *Ibidem*, pp. 13-19.

³⁰⁴⁹ P. STOFFER, *Droit de la monnaie électronique*, éd. RB/Eyrolles, coll. Droit, Paris, 2014, p. 24. M. PEDRIX, « La problématique de paiement par carte prépayées », *Bull. Banque de France*, 2^e trimestre 1994, suppl. études, p. 98. Ce dernier cité par P. Stoffer souligne que : « Les unités chargées sur une carte prépayée ne peuvent totalement être assimilées ni à l'une ni à l'autre des deux formes de monnaie traditionnelle [...] et encoure constitue une nouvelle forme de monnaie que l'on pourrait qualifier de "monnaie électronique", bien que ce terme renvoie davantage au mode de transfert de ce type de monnaie qu'à sa nature ». La mise en donnée du monde a facilité la circulation des valeurs monétaires et des services financiers dématérialisés.

³⁰⁵⁰ N. COUTINET, « Les technologies numériques et leur impact sur l'économie », *Cahiers français*, n°372, Paris, 2013, pp.20-32, spéc. pp. 20 et 22.

³⁰⁵¹ Directive 88/301/CEE de la commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, JO CE L131, 25 mars 1988, pp. 73-77. *C'est à juste titre que l'article 2 de la directive 88/301 impose l'abolition des droits exclusifs d'importation et de commercialisation dans le secteur des terminaux de télécommunication.*

1358. À la suite de la réglementation des télécoms de base, la seconde étape technologique concerne l'avènement de l'Internet et les transformations qu'il induit. Le Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI, tenu à Genève en 2003, puis à Tunis en 2005) marque le point de départ officiel pour le renouveau des aspects du droit partout dans le monde.³⁰⁵³ Il est vrai que l'avènement de l'économie numérique doit ponctuer la transition des normes juridiques en RDC. L'économie inhérente aux réseaux numériques est un tournant décisif pour les législations, car le phénomène Internet est planétaire. Il place tous les États face aux mêmes enjeux juridiques de la révolution numérique. À l'ère numérique, la globalisation ignore les frontières administratives : le marché numérique est transfrontière, déterritorialisé, présentant une ubiquité de l'information, une « dilatation de l'instant » (Olivier Cachard)³⁰⁵⁴ des réseaux, moyennant une « lecture spatiale éclatée » (Judith Rochfeld)³⁰⁵⁵ des contenus en ligne.

1359. Aussi, l'architecture actuelle du nouveau droit de l'économie numérique découle-t-il d'une évolution du cadre réglementaire. Au départ, le droit de l'accès aux communications électroniques était seulement compris comme la transition du monopole vers une concurrence effective, sous la régulation d'une autorité administrative indépendante (AAI). Il a été dit que l'adoption des règles technologiquement neutres a permis d'assurer la pleine concurrence, en accompagnant l'ouverture de tous les secteurs du marché de télécoms qui ne l'étaient pas. Internet sert de passerelle de diffusion, de circulation et d'échanges de contenus, à l'aide des protocoles de navigation et autres procédés numériques. La convergence est acquise entre les secteurs des télécommunications, de la radiodiffusion et des technologies de l'information. Les télécoms sont muées en « communications électroniques » en considération des apports de l'Internet dans la société et dans l'économie.³⁰⁵⁶ Toutefois, en RDC, la réforme des lois a retenu les termes associés : « télécoms et TIC ».

1360. Selon l'OCDE³⁰⁵⁷, le secteur des TIC concerne les domaines de la production³⁰⁵⁸, de la distribution³⁰⁵⁹ et des services³⁰⁶⁰. « Après la terre, la mer, l'espace aérien et l'espace extra-atmosphérique, l'homme investit aujourd'hui le cyberspace³⁰⁶¹. [...] Les autres espaces préexistent et imposent leurs contraintes [...] le cyberspace, interconnexion mondiale des réseaux qui transmettent, traitent ou stockent des données numériques, est quant à lui, bâti

Son article 3 en fixe des limites qui s'imposent uniquement par des exigences de sécurité, de protection des réseaux et d'interopérabilité des équipements.

³⁰⁵² Cf. version initiale : loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, JORF, 30 juillet 1982, p. 2431.

³⁰⁵³ [<http://www.itu.int/net/wsis/index-fr.html>] (Consulté le 15 octobre 2017) Le Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI) s'est déroulé en 2 phases. La première phase, accueillie par le Gouvernement suisse, a eu lieu à Genève du 10 au 12 décembre 2003 et la deuxième phase, accueillie par le Gouvernement tunisien, a eu lieu à Tunis du 16 au 18 novembre 2005. Le SMSI a été approuvé par l'Assemblée générale de l'ONU aux termes de sa Résolution 56/183 (21 décembre 2001). L'objectif de la première phase était le suivant : formuler de façon parfaitement claire une volonté politique et prendre des mesures concrètes pour poser les bases d'une société de l'information accessible à tous, tout en tenant pleinement compte des différents intérêts en jeu. L'objectif de la deuxième phase était le suivant : mettre en œuvre le Plan d'action de Genève et aboutir à des solutions et parvenir à des accords sur la gouvernance de l'Internet, les mécanismes de financement, et le suivi et la mise en œuvre des documents de Genève et Tunis.

³⁰⁵⁴ O. CACHARD, *La régulation mondiale du marché électronique*, op.cit., p. 17 et s.

³⁰⁵⁵ J. ROCHFELD, *Les nouveaux défis du commerce électronique*, op.cit., pp. 6-8.

³⁰⁵⁶ *Ibidem*. J. CATTAN, op.cit., p. 25 et s. WAEL EL ZEIN, op. cit., p. 3 et s.

³⁰⁵⁷ N. COUTINET, op.cit., p. 21. Cf. aussi [<http://www.eventsrdc.com/rdc-une-loi-sur-les-tic-en-elaboration/>] (consulté le 28 août 2016).

³⁰⁵⁸ Secteurs producteurs de TIC : fabrication d'ordinateurs et de matériel informatique, de TV, radios, téléphones, ...

³⁰⁵⁹ Secteurs distributeurs de TIC : commerce de gros de matériel informatique...

³⁰⁶⁰ Secteur des services de TIC : télécommunications, services informatiques, services audiovisuels...

³⁰⁶¹ Le terme « cyberspace » apparaît pour la première fois dans l'ouvrage William Gibson, *Neuromancer*, Ace Books, New-York, 1^{er} juillet 1984. L'auteur le définit comme une « hallucination consensuelle vécue quotidiennement par des dizaines de millions d'opérateurs dans tous les pays ».

sans véritable plan, sans limite spatio-temporelle ».³⁰⁶² L'écosystème numérique a des incidences dans la vie réelle. L'exemple typique est celui de la télécommande de télévision ou le drone armé, dont les actions et les effets se situent à la fois dans le monde cybernétique et dans le monde cinétique.

1361. Par conséquent, les enjeux de « souveraineté numérique » émergent face aux implications de l'Internet dans l'ordre étatique. Il y a convergence totale : le numérique est le centre des flux d'activités de la société moderne. Toutes ces propriétés des communications électroniques constituent à la fois l'enjeu et l'objet de législation, mais aussi de l'ordre public du cyberspace et du monde physique. « Classiquement, la souveraineté s'entend de l'existence d'un monopole étatique sur l'énonciation et l'application du droit. La souveraineté s'entend notamment du pouvoir de dire le droit, de commander par la norme. "Dire la loi est le premier fondement de la souveraineté"³⁰⁶³ ». ³⁰⁶⁴ Mais, la gouvernance numérique est une contingence nécessaire pour maintenir la souveraineté face à l'effectivité du pouvoir des géants de l'Internet et face au foisonnement polycentrique des normes, techniques, privées et extra-législatives, régulant indispensablement l'Internet.

1362. Dans ce contexte, le nouvel « espace de gouvernance » d'accès aux communications électroniques devrait désormais associer « un pouvoir doux (*soft power*) agissant par l'incitation et la persuasion » et « un pouvoir dur (*hard power*), imposé par la force [...] pour tenir le système, [dans] un intérêt commun très fort : que ce système fonctionne ! » ³⁰⁶⁵ Au-delà des aspects simplement économiques, l'État doit concilier de nombreux défis portant sur la « valeur du clic » face aux valeurs juridiques à protéger. Le marché numérique appelle des mécanismes « aconcurrentiel »³⁰⁶⁶ en vue d'assurer la préservation des droits humains, la démonopolisation de l'accès aux technologies, l'accès universel, la protection des consommateurs et la sécurisation de la société de l'information.

1363. Ainsi, les causes de « déplacement du centre de gravité de la régulation sectorielle » sont fonction de plusieurs influences : la prise de conscience occasionnée par les diverses crises du système de régulations, la prise en compte de la régulation transversale ou la prise en compte des évolutions technologiques.³⁰⁶⁷ Les travaux récents dépassent le stade d'accompagner momentanément de l'ouverture à la concurrence de secteurs d'activités anciennement monopolistiques. Selon M.-A Frison-Roche, « les contours de la régulation sont en train de changer parce que l'objet de la régulation est en train de changer ».³⁰⁶⁸ En France, l'ARCEP « a annoncé de nouvelles orientations stratégiques, davantage tournées vers la promotion et la surveillance de la neutralité du net que vers l'instauration de la concurrence

³⁰⁶² M. WATIN-AUGOUARD, « Préface : une "cyber-guerre mondiale" ? : la vision stratégique », in X. RAUFER, *La première cyber-guerre mondiale*, MA éditions, Paris 2015, pp. 9-10.

³⁰⁶³ K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme*, Montréal, éd. Thémis, 2008, p. 55 et 56.

³⁰⁶⁴ P. TRUDEL, *op.cit.*, p.10.

³⁰⁶⁵ P. MOREAU DEFARGES, *La Gouvernance, une gestion idéale?*, 5^{ème} éd., « Que sais-je ? » n°3676, Coll. Droit-Politique, PUF, Paris, 2015, p.51, 53.

³⁰⁶⁶ Malgré sa non hiérarchisation dans les normes par la jurisprudence, deux traces de nettes de l'existence et de l'effectivité du principe de mutabilité : 1) l'administration peut décider de la modification ou de la suppression des services fournis aux usagers, donc pas des droit reconnu aux usagers pour le maintien des prestations fournies par le service public (CE, 27 janv. 1961, *Vannier* : *Rec. CE* 1961, p. 60, 2) droit de modification unilatérale du contrat administratif signé avec un cocontractant privé dès lors que celui-ci s'avère incapable de s'adapter aux nouveaux besoins, notamment aux nouvelles techniques, dont la mise en œuvre apparaît nécessaire à l'optimisation de la mission de service public en cause (CE, 10 juin 1902, *Cie Nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen* : GAJA) Des principes supplétifs autour du noyau dur : gratuité, neutralité, transparence et participation

³⁰⁶⁷ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 459, 474.

³⁰⁶⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les nouveaux champs de la régulation », in *La régulation*, RFAP 2004-1, n°109, p. 53 et s, cité par J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 474.

entre les opérateurs, désormais largement réalisée».³⁰⁶⁹ Ces influences concernent particulièrement les enjeux juridiques de la deuxième étape technologique se rapportant à l'ère numérique, caractérisée par des activités économiques et commerciales sur l'Internet. Il n'en demeure pas moins qu'en formant l'architecture de l'Internet, les télécoms participent d'un modèle économique spécifique à des transformations tout aussi spécifiques pour le droit.

1364. Hélas, la régulation des télécoms en RDC est encore limitée au stade de la mise en concurrence des acteurs par l'ouverture du marché, tandis que l'expérience européenne dépasse largement ce stade. Le champ des enjeux congolais reste limité au droit de la régulation sectorielle, contrairement à l'expérience française dotée aussi d'une « régulation transversale »³⁰⁷⁰ et d'un ministère de l'économie numérique en rupture avec l'approche de l'intra-régulation du ministère des PTT et de l'ARPTC. En RDC, la régulation a encore du mal à trouver sa place d'indépendance à côté du Ministère des PTT, du fait que ce dernier dispose à la fois du pouvoir de réglementation et de régulation.

1365. En France, l'ARCEP a succédé en 2005 à l'ART, créée en 1996 comme la première des AAI à inaugurer (et à achever) la vague communautaire des libéralisations des secteurs autrefois monopolistiques, tandis qu'un ministère (secrétariat d'État) de l'économie numérique assure les politiques publiques. Faute de mieux, les actes réglementaires du Ministre des PTT sont d'une portée multisectorielle, qui permette de renforcer les attributions strictement sectorielles de l'autorité de régulation (ARPTC), sans quoi leurs actes ne se limiteraient qu'au marché des télécoms (interrégulation). L'avantage de ce normativisme, involontaire au départ, est d'avoir produit une réglementation la plus proche des lois du marché (régulation réflexive), tout en préservant les intérêts du public et de l'État dans l'accession du pays à l'économie numérique. Les autorités nationales de réglementation gèrent ainsi de nombreux défis législatifs, en attendant de nouvelles lois adaptées répondant à la convergence technologique des médias et industries des télécoms et de l'audiovisuel (régulation convergente).³⁰⁷¹

1366. Certes l'Europe et la France disposent d'une expérience politique et juridique avancée, mais l'ouverture de l'Afrique et de la RDC au monde numérique l'oblige à amorcer et à maintenir le cap des transitions nécessaires de son droit. La neutralité technologique place tous les États, dans une perspective globale d'échange des flux de réseau, justifiant le repositionnement de tous les cadres juridiques face aux défis de notre ère numérique.

1367. Le droit est appelé à encadrer l'œuvre des « bâtisseurs d'un nouveau monde », construit autour d'« une succession des avancées technologiques mises au point de façon souvent empirique par [c]es pionniers sans se douter de "la forme que prendrait leur "cathédrale sans plan" ». ³⁰⁷² Le droit demeure le procédé par excellence de mise en ordre social procédant d'un double mouvement, d'une part, d'affirmation de valeurs et de disqualification de l'envers ou de la transgression, d'autre part. À juste titre, « S'agissant de l'apport du droit aux NTIC, il faut souligner que le droit n'est pas que contrainte ; il est aussi un instrument essentiel de la sécurité des hommes, de protection de leurs droits, valeurs ou cultures et de promotion de leurs activités ; il peut ainsi favoriser la démocratie, la

³⁰⁶⁹ *Ibidem*, p. 458.

³⁰⁷⁰ J.-PH. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 475. « Les régulations transversales sont, comme les autres modes de régulation économique, des modes d'encadrement des conduites au regard de certaines règles et finalités. Elles se distinguent des précédentes, dans la mesure où elles ont vocation à s'appliquer indifféremment à l'ensemble des secteurs d'activité ou, du moins, sont susceptibles de tous les intéresser directement. »

³⁰⁷¹ Pour définition des régulations : M-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, préc, pp. 3-5.

³⁰⁷² WATIN-AUGOUARD, « Préface », in F. LORVO, *op.cit.*, p. 7.

gouvernance et le développement économique et social. La législation est donc nécessaire. Mais comment légiférer dans un domaine aussi délicat, et tout particulièrement en matière de commerce électronique ? ». ³⁰⁷³ Autant les techniques numériques renforcent les avantages de l'économie, autant elles en synthétisent les risques, en brouillant les frontières du droit. Elles « portent à la fois le masque de la liberté et de la criminalité ». ³⁰⁷⁴

1368. À l'ère numérique, la personne humaine doit bénéficier des garanties de protection renforcée. Il importe de répondre aux enjeux législatifs et régulateurs de l'Internet sur un double volet : la sécurisation juridique et la protection pénale des activités (économiques) du cyberspace. Face à la cybercriminalité, il convient de protéger tout autant les données personnelles que l'environnement numérique lui-même. « La communication est régie dans un état libéral car elle est collective. Si la communication privée relève de la liberté individuelle de chaque personne, justifiant ainsi que les correspondances privées sont inviolables, la communication publique, quant à elle, utilise plusieurs canaux : l'écrit, le son et l'image ». ³⁰⁷⁵ Un dispositif pénal de cybersécurité assure la lutte contre les attaques criminelles sur le réseau et sur son contenu.

1369. Aussi, la Charte européenne des droits fondamentaux a-t-elle fondé le droit inaliénable à l'autodétermination informationnelle (article 8), en lui conférant une valeur constitutionnelle. ³⁰⁷⁶ En France, la loi pour la République numérique a renforcé « la protection de la vie privée en ligne » en consacrant à cet effet le principe de l'énonciation de la « mort numérique ». ³⁰⁷⁷ Dans le cadre de l'autodétermination informationnelle, c'est pour chacun le « droit à la libre disposition de ses données personnelles ». ³⁰⁷⁸ Ce droit protecteur est entouré de la « confidentialité des correspondances électroniques privées », prises au même titre qu'une lettre postale. Le secret de correspondance ne connaît de dérogation qu'en cas de consentement dûment exprimé et régulièrement renouvelé pour des traitements automatisés statistiques ou visant à améliorer le service lui rendu. La protection pénale est aussi de mise de manière renforcée (notamment en cas de revanche pornographique). ³⁰⁷⁹

1370. Malgré toutes les avancées enregistrées, un préalable technique s'impose à toute activité numérique : l'accès aux télécoms est un aspect essentiel, autour desquels l'État doit

³⁰⁷³ M. SAWADO GO FILIGA, « Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina-Faso et de l'Afrique de l'Ouest », Conférence régionale africaine de haut niveau, Tunis, 19-21 juin 2003.

³⁰⁷⁴ W. GILLES, « Cyberspace, cybercriminalité & liberté », in I. BOUHADANA et W. GILLES, *Cybercriminalité, cybermenaces & cyberfraudes*, Les éditions IMODEV, Paris 2012, p. 4.

³⁰⁷⁵ L. DELPRAT et C. HALPERN, *Communication et Internet : pouvoirs et droits*, éd. Vuiber, coll. lire agir, Paris, 2007, pp. 9-266.

³⁰⁷⁶ Parlement européen, Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, JOCE C 364, 8 décembre 2000, pp. 1-22. « Article 8 : Protection des données à caractère personnel. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. »

³⁰⁷⁷ « La #LoiNumérique en 15 points clés » [<http://www.economie.gouv.fr/republique-numerique/15-points-cles>] (consulté le 1^{er} mars 2017).

³⁰⁷⁸ *Ibidem*. Mort numérique : « Comme pour un testament, une personne aura le droit de faire respecter sa volonté sur le devenir de ses informations personnelles publiées en ligne après son décès, auprès des fournisseurs de service en ligne ou d'un tiers de confiance. »

³⁰⁷⁹ *Ibidem*. « La pénalisation des revanches pornographiques, pratique qui consiste à publier contre son consentement des images érotiques ou pornographique d'une personne a été durcie à deux ans de prison et 60 000 euros d'amendes. » Cf. aussi S. NAWAF SHATHIL, « L'insertion de l'infraction de vengeance pornographique dans le code pénal », *e-juristes.org*, posté le 10 juillet 2016, [<http://www.e-juristes.org/linfraction-de-linfraction-de-vengeance-pornographique-dans-le-code-penal/>] (consulté le 10 mars 2017).

entreprendre des politiques de lutte contre la fracture numérique.³⁰⁸⁰ La fracture numérique reste donc l'enjeu fondamental de l'économie numérique, appelant l'implication du droit et de la politique. Autour des objectifs d'ordre politique, le législateur européen considère en effet que « [l]e développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités [...] facilitera la croissance économique des entreprises [...] peut renforcer la compétitivité [...] pour autant que toute le monde puisse accéder à l'Internet ». ³⁰⁸¹

1371. Ainsi se dégage l'idée d'un préalable de l'accès dont le régulateur est l'organisateur *ex ante* et le gardien *ex post*.³⁰⁸² Dans l'économie de marché, l'accès doit être ouvert pour les nouveaux entrants, sauf les barrières construites par un comportement anticoncurrentiel, dont la sanction est réservée à une autorité de concurrence intervenant *ex post*. L'« impératif d'accès » est une conséquence de la dérégulation parce qu'il y a une volonté politique à organiser l'accès en construisant la concurrence face à la puissance des opérateurs au regard de nouveaux entrants.³⁰⁸³

1372. En Europe, la notion française de service public a influencé le droit communautaire des télécoms en retenant la notion de « service universel ». En ce sens, le *Livre vert* de 2003 sur l'intérêt général³⁰⁸⁴ avait envisagé le « service universel » comme un ensemble d'exigences aux opérateurs privés, dans l'objectif de mettre à disposition à tous les utilisateurs certains services « indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu des circonstances nationales particulières, à un prix abordable ». ³⁰⁸⁵ Dans le même ordre d'idées, la loi-cadre n°013/2002 sur les télécoms a défini en RDC, le droit de chaque congolais, habitant les zones rurales, urbaines ou isolées à bénéficier du service de la téléphonie vocale, du télex, des cabines publiques, à un coût raisonnable. Pour le financement du service universel, la loi-cadre a préconisé la création d'un « Fonds de développement des télécoms ». En application de son article 39, ce fonds devait être constitué à partir des taxes à prélever sur des recettes de prestataires des services sur le marché, Mais, quinze ans après, l'arrêté ministériel d'application n'a jamais été édicté à cet effet.³⁰⁸⁶

1373. En résumé, toute la trame des développements précédents a fini d'exposer l'appréhension évolutive des enjeux de mutations technologiques, en droit européen, ensuite en droit français et enfin dans le système juridique africain. Il a été distingué des âges de développements technologiques ainsi que des axes d'enjeux correspondant aux transformations qu'ils impulsent sur les droits en Afrique et en Europe. Le socle analogique des télécoms de base, l'ère de la convergence des communications électroniques et enfin la société de l'information (ère numérique) sont la trame de ces transformations d'institutions

³⁰⁸⁰ J.-J. LAVENUE, « Smart-cities; sécurité et principe d'égalité », IMODEV, *Academic days, open governance issues*, Panel : « Fracture numérique, Participation citoyenne & Gouv. ouverts », Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 5 décembre 2016 [<http://cms.imodev.org/nos-activites/europe/france/academic-days-on-open-government-issues-december-5-6th-2016-paris-france/conference-planning-internal-5th-december-2016/conference-planning-internal-5th-december-2016-fracture-numerique-participation-citoyenne-open-gov/>] (consulté le 21 mai 2017).

³⁰⁸¹ Considérant n°2, directive 2000/31/CE, préc.

³⁰⁸² M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, *op.cit.*, p. 7.

³⁰⁸³ D. BOULAUD, *op.cit.*, p. 11 et s.

³⁰⁸⁴ COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert sur les services d'intérêt général du 21 mai 2003*, JOCE, C 76, 25 mars 2004, COM(2003) 270 final. « Ce livre vert vise à organiser un débat ouvert sur le rôle de l'Union européenne dans la promotion de la fourniture de services d'intérêt général, dans la définition des objectifs d'intérêt général poursuivis par ces services et sur la manière dont ils sont organisés, financés et évalués. »

³⁰⁸⁵ P. CHAMPSAUR, *L'interconnexion et le financement du service universel dans le secteur des télécommunications*, La documentation française, Paris, avril 1996, p. 13, cité par J. CATTAN, *op.cit.*, p. 190.

³⁰⁸⁶ Exposé des motifs et article 39, Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en RDC, préc., p. 23 et 40.

juridiques. Les chiffres et statistiques présentent l'ordre des enjeux techniques et économiques pour le droit face aux services de la société de l'information et des communications électroniques, tant en Europe, en France, qu'en Afrique.

1374. Des échecs répétés des politiques ont été constatés en RDC : inachèvement du processus de dérégulation, vides législatifs sur la preuve et la signature électroniques, conflits des compétences entre le ministre des PTT et l'ARPTC. À la suite des démonopolisations des années 1980, l'approche libérale a suscité des enjeux juridiques des marchés émergents en RDC : croissance des forces oligopolistiques, là où le monopole public concentrait les offres de services. Le droit de l'accès aux télécoms est encore restreint par des droits exclusifs sur les infrastructures de l'exploitant public. La restructuration des formes d'intervention de puissance publique se confronte à l'autorégulation du marché. Cela est constaté, par exemple, à la suite de l'accaparement des organes de régulation, des privatisations mal conçues, de la gestion inefficace du spectre des fréquences, de la taxation excessive du secteur ou du monopole exercé sur les lignes internationales.³⁰⁸⁷ Mais d'autres défis sont apparus avec la convergence numérique des technologies de l'information et de la communication, dans le cyberspace.

1375. Ainsi, notre sujet de recherche a permis de prescrire les solutions aux défis législatifs du numérique. D'abord, la formulation des enjeux constitue en lui seul un défi car l'ère numérique est un creuset des évolutions et un amas des technologies. Il a fallu dégager les aspects factuels à confronter dans tous les systèmes juridiques en présence comme dénominateur commun, codifié de manière uniforme. Ce produit des facteurs était nécessaire car la comparaison ne peut confronter ou rapprocher que des enjeux uniformisés, au vu de leurs éléments récurrents (aspects factuels communs). Ensuite, l'étude des systèmes juridiques européens et français ont été privilégiées au départ, dans le triple objectif : 1° d'en parcourir les sources, 3° d'en étudier les solutions juridiques et 3° d'en modéliser les paradigmes, face aux enjeux susdits (aspects juridiques de référence).

1376. Des facteurs particuliers de difficulté méritent d'être relevés après avoir achevé notre analyse à travers trois ordres juridiques sur une période de plus d'un demi-siècle de temps législatif. Le millefeuille législatif européen et français présente une dispersion des sources, en plus de l'objet de notre recherche qui est éparpillé dans plusieurs branches du droit et charrie de nombreux aspects des technologies électroniques. « Le droit des médias et de la communication touche à l'ensemble des branches du droit, aussi bien au droit public qu'au droit privé, au droit interne, qu'au droit européen et international. Dans ce contexte, les techniques et les supports d'information et de communication sont multiples et se développent de plus en plus ». ³⁰⁸⁸ Vu la relative nouveauté des phénomènes de l'économie numérique, des paradigmes de solutions sont encore en cours de construction par rapport au cyberspace. « Chaque innovation affecte ses fondations, modifie son architecture, bouleverse ses équilibres avec une vitesse qui dépasse toujours plus celle de la compréhension humaine. ». ³⁰⁸⁹ Les résultats de nos recherches sont originaux, du fait que les régimes juridiques, ni la doctrine, ne se présentent pas dans une classification traditionnelle, ni dans un corps de règles uniques, encore moins dans un seul domaine. Les disparités des sources formelles, entre l'Europe et l'Afrique, la France et la RDC, ont nécessité un effort de

³⁰⁸⁷ Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, pp. 7 et s. J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique, op.cit.*, pp. 1 et s.

³⁰⁸⁸ L. DELPRAT et C. HALPERN, *Communication et Internet : pouvoirs et droits*, éd. Vuiber, Paris, 2007, pp. 9 et s.

³⁰⁸⁹ *Ibidem.*

référencement des temps des réformes, de leurs objectifs processuels et de leur contexte situationnel. Il ne peut être comparé que ce qui peut être comparable.

1377. Enfin, notre thèse a conservé un regard précis sur les droits européens et français tout autant qu'elle a inséré l'étude sur la RDC dans le cadre général africain. L'étude en particulier du système juridique congolais démontre son triple niveau de comparaison par rapport aux droits en Europe et la France, à savoir : 1° le retard des transformations du droit positif en RDC face aux enjeux du numérique ; 2° la situation objective des succès, des carences et des erreurs des transformations déjà opérées et celles de *lege ferenda* ; 3° la prescription des solutions comparatives sur la base des paradigmes dûment modélisés et adaptés en fonction des besoins réels de la société congolaise (aspect situationnel et d'expérimentation).

1378. Le sujet de notre thèse affiche la nette ambition de disposer d'un « droit de l'économie numérique » pour la RDC. Cette ambition justifiée se précise autour de trois ébauches de textes, en cours d'examen actuellement depuis avril 2017 au Parlement congolais. Au regard du marché numérique mondial, du droit international et des expériences comparées en Europe et en France, le principal texte de loi concerne les télécoms et les TIC, tandis que deux autres textes sont spécifiques, d'une part, pour les échanges et le commerce électroniques, et d'autre part, pour la réforme de l'ARPTC. À l'ère des TIC, le projet envisage d'étendre les compétences du régulateur sectoriel en une Agence de promotion et de régulation des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

1379. Au sens de Jean Carbonnier : « Parce que le temps de la régulation et de la loi est en général beaucoup trop long par rapport à la réactivité des marchés. Parce que chaque règlement peut susciter son propre contournement par le biais des novations technologiques »³⁰⁹⁰, de nouvelles perspectives s'ouvrent et prendront du temps à se préciser alors que notre thèse en a profilé les contours et en a anticipé les directions dans le cadre d'une prospective législative. Les perspectives du droit congolais de l'économie numérique sont tout autant ancrées dans l'« africanologie »³⁰⁹¹ qu'insérées dans la culture de l'universel, en se référant aux schèmes européens.

³⁰⁹⁰ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, éd. Flammarion, coll. champs essais, n°819, 1996, p. 7.

³⁰⁹¹ J. SHAMUANA MABENGA, *Africanologie, ébauche d'une discipline scientifique*, L'Harmattan-RDCongo, Paris, 2017, p. 83. « Que comporte, exactement, ce terme "africanologie" qui, né de l'intuition de Cheikh Anta Diop, n'a pas pu être développé par les autres penseurs et écrivains de l'Afrique contemporaine ? ». Selon l'auteur, en évoquant l'« esprit africain », voisin à l'idée d'une « africitude », « il pourrait également s'agir, dans un proche avenir, d'une discipline reconnue par l'épistémologie qui, utilisant sa spécifique approche méthodologique, s'occupe de l'étude des phénomènes et des problèmes propres aux nations, aux sociétés, aux individus et à l'univers continental de l'Afrique ». Finalement, il définit « l'africanologie [comme] une science qui étudie spécialement l'Afrique et les Africains, selon les différentes branches du savoir ».

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

1) *Ouvrages généraux*

1. AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, coll. « systèmes », 2^e éd., Paris 2010.
2. AUDIT B., *Droit international, privé*, Economica, n°43, Paris, 2000, cité par CACHARD O., *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, Paris, 2002.
3. AMIDOU KANE CH., *L'aventure ambigüe*, Paris, Julliard, 1971 [1961].
4. ARISTOTE, *Politique*, Livre II, trad. par AUBONNET J. et DESCLOS M.-L., éd. Les belles lettres, Paris, 1998.
5. AVRIL P. et GICQUEL J., *Lexique de droit constitutionnel, Vocabulaire citoyen*, PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., Paris, 2014 (2003).
6. BAKANDEJA WA MPUNGU G., *Le Droit du commerce international. Les peurs justifiées de l'Afrique face à la mondialisation des marchés*, De Boeck université, Coll. Droit/Économie, Bruxelles, 2001.
7. BARANGER D., *Le droit constitutionnel, à la recherche de l'ordre politique idéal*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n°3634, 6^e éd., Paris, 2013 (2002).
8. BENTHAM M., *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation*, Œuvres, éd. E. Dumont, Bruxelles, Coster, 1829.
9. BERGÉ J. et ROBIN-OLIVIER S., *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, 2^e éd. mise à jour, Coll. Thémis droit, PUF, Paris, 2008.
10. BERGEL J.-L., BRUSCHI M. et CIMAMONTI S., *Traité de droit civil. Les biens*, 2^e éd., Coll. Jacques Ghestin, LGDJ, Lextenso édition, Paris, 2010.
11. BERRAMDANE A. et ROSSETTO J., *Droit de l'Union européenne, Institutions et ordre juridique*, Coll. Cours, LMD, éd. LGDJ, 2013.
12. BIHL L., *Consommateur défends toi !*, Denoël, 1976.
13. BLUM F. et LOGUE A., *State monopolies under EC law*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd, 1998, cité par POPOVIC D., *Le droit communautaire de la concurrence et des communications électroniques*, LGDJ, Paris, 2009.
14. BONNET J. et GAHDOUN P.-Y., *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, 1^{re} éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, 2014.
15. BOSHAB E., *Entre la révision de Constitution et l'inanition de la nation*, Larcier, 2013.
16. BOSSIS G. et ROMI R., *Droit du cinéma*, LGDJ, coll. Systèmes, Paris, 2004.
17. BOURGOIGNIE, *Elément pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia, Bruxelles, n°28, 1988.
18. BOUVIER P., *Le dialogue intercongolais, Anatomie d'une négociation à la lisière du chaos, contribution à la théorie générale de la négociation*, L'Harmattan, coll. Cahiers africains, n°63-64, Paris, 2004.
19. BURBAN J.- L., *Les institutions européennes*, Vuibert, 3^e éd., coll. gestion internationale, Paris, 2002.
20. CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^e éd., Coll. Précis Droit privé, Paris, 2015.
21. CARBONNIER J., *Droit civil, introduction*, 8^e éd., PUF, 1969.
22. CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. champs essais, n°819, Paris, 1996.
23. CARBONNIER J., *Flexible Droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, Paris, 2001.
24. CAS G., *La défense du consommateur*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1975.
25. CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution générale à la théorie de l'État*, Sirey, 1962.
26. CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, coll. droit et société, n°35, Paris, 2014.

27. CHEVALLIER J., *Le service public, une administration citoyenne ?*, 10^e éd., PUF, coll. Que sais-je ? Droit-Politique, Paris (1987) 2015.
28. *Code de commerce*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2016.
29. COLLARD DUTILLEUEL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2011, n° 627.
30. COLSON J.-P. et PH. IDOUX, *Droit public économique*, 8^e éd., LGDJ, coll. « Manuel », Paris 2016.
31. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, Paris, 2011.
32. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF/Quadrige, Paris, 2016 (1987).
33. DALLOZ, *Lexique des termes juridiques*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2009.
34. DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige Essais Débats, Paris, 2004.
35. DENIS-JUDICIS X. et PETIT J.-P., *Les privatisations*, Montchrestien, coll. Clefs-Economie, 1998.
36. DENOIX DE SAINT MARC R., *L'État*, PUF, 3^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, 2016 (2004).
37. *Dictionnaire de poche* 2012, Larousse, Paris, 2011.
38. *Dictionnaire Larousse illustré*, 2017.
39. DOYERE J., *Le combat des consommateurs*, éd. du Cerf, 1975.
40. DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, La Mémoire du Droit/Librairie Armand Colin, Paris, 1999 (1913).
41. DUGUIT L., *Le pragmatisme juridique, conférences prononcées à Madrid, Lisbonne & Coïmbre en 1923*, éd. La Mémoire du Droit, Coll. inédit, trad. Simon Gilbert, Paris, 2008.
42. DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd. revue, La Mémoire du droit, Paris, 2008.
43. FAVOREU L., GAÏA P. et al., *Droit constitutionnel*, 7^e éd., Dalloz, Coll. Droit public-science politique, Paris, 2004.
44. FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., PFESMANN O., ROUX A. et SCOFFONI G., *Droit constitutionnel*, 18^e éd., Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2015.
45. FLICHY P., *Les industries de l'imaginaire*, Presses Universitaires de Grenoble, Paris, 1980.
46. GAVALDA C. et PARLEAMI G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, LexisNexis, 6^e édition à jour du Traité de Lisbonne, Paris, 2010.
47. GONOR A., *Le temps*, éd. GF, coll. Corpus, Paris, 2001.
48. GIDE C., *Cours d'économie politique*, Sirey, 1909.
49. HILAIRE J., *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, Paris, 2013.
50. HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C., LECUYER H. et MOREL-MAROGER J., *Traité de Droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, Coll. Jacques Ghestin, Paris, 2012.
51. HUXLEY A., *Le meilleur des mondes*, Plon, Paris, 2013.
52. JALBY CH., *La police technique et scientifique*, PUF, 3^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris 2014.
53. JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif, La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2004.
54. KABANGE NTABALA C., *Droit administratif*, T.1, éd. Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, RDC, Kinshasa, 2005.
55. LANGELLIER J.-P., *Mobutu*, éd. Perrin, coll. « biographe », Paris, 2017,
56. LAPAY G., *Comprendre la mondialisation*, Economica, 1996.
57. LAUBADERE (de) A., *Manuel de Droit Administratif*, 12^e éd., L.G.D.J, Paris.
58. LEGRAND PH., *Le droit comparé*, PUF, 5^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, 2015 (1999).
59. *Le petit Larousse Illustré 2017*, Dictionnaire de langue française.
60. LINOTTE D. et GRABOY-GROBESCO A., *Droit public économique*, Dalloz, coll. mémentos, Paris, 2001.
61. MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., *Droit civil. Les obligations*, éd. Défrénois, Lextenso éditions, Paris, 2011.

62. MARAIS (du) B., *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, cité par COLSON J.-PH. et IDOUX P., *Droit public économique*, 8^e éd., LGDJ, Coll. « manuel », Paris, 2016.
63. MARCOU G., *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, 2 tomes.
64. McLUHAN M., *The Medium is the Message*, 1967 in MOREAU DEFARGES PH., *La mondialisation, un monde globalisé*, 9^{ème} éd., Coll. « Que sais-je ? », n°1687, Droit-Politique, PUF, Paris, (1997) 2012.
65. MESTRE J., PANCRAZI M.-E., ARNAUD-GROSSI I., MERLAND L. et TAGLIARINO-VIGNAL N., *Droit commercial, droit interne et aspects de droit International*, 29^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2012.
66. MICHALET C.-A., *Qu'est-ce que la Mondialisation*, La Découverte, Paris, 2002.
67. MOHAMED GHADHI A., *La longue marche de l'Afrique vers l'intégration, le développement et la modernité politique*, L'Harmattan, Paris, 2009.
68. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris, 1956, t. I.
69. MOREAU DEFARGES PH., *La mondialisation, un monde globalisé*, 9^{ème} éd., Coll. « Que sais-je ? », n°1687, Droit-Politique, PUF, Paris, (1997) 2012.
70. MOREAU DEFARGES PH., *La Gouvernance, une gestion idéale?*, 5^e éd., coll. Que sais-je ? Droit-Politique, PUF, Paris, (2003) 2015.
71. MORÉTEAU O. et VADERLINDEN J., *La structure des systèmes juridiques*, Bruylant, Académie internationale de Droit comparé, XVI^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 2002, Bruxelles, 2003.
72. MULLER M., *Les politiques publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 2354, Paris, 2015.
73. MUSGRAVE R. A., *The theory of public finance*, McGraw-Hill, New York, 1959.
74. NGUYEN-THANH D., *Techniques juridiques de protection des consommateurs*, INC, 1970.
75. OST F., *Le temps du droit*, éd. Odile, Jacob, Paris, 1999.
76. OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des facultés universitaires, Saint-Louis, 2002.
77. PICARD P., *Eléments de microéconomie. Théorie et applications*, Monchrestien, 2^e éd., 1990.
78. PIGOU A., *The Economics of Welfare*, Macmillan, Londres, 4^e éd., 1932.
79. PLAISANT G. V., *Essai sur la notion du consommateur en droit positif*, JCP, éd. G. 1993, I, n°3655.
80. REED CH., *Internet Law, Text and Materials*, Cambridge, 2nd ed, 2004, cité par NORODOM A.-T., « Propos introductifs – Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, Actes du 47^e colloque du 30 mai au 1^{er} juin 2013, éd. A. Pedone, Paris, 2014.
81. REY A. et al, *Le Petit Robert de la langue française*, 2017.
82. RIPERT G., ROBLOT R., et VOGUEL L., *Traité de droit commercial*, Tome I, vol. 1, LGDJ, 18^e éd., 2001, n°445 cité par AZEMA J., BESNARD GOUDET R., ROLLAND B. et VIENNOIS J.-P., *Dictionnaire de droit des affaires*, ellipses, collection dirigée par SCARANO J.-P., Paris, 2007.
83. ROMANO S., *L'ordre juridique*, traduction par FRANÇOIS L. et GOTHOT P., Paris, Dalloz, 1975.
84. SERRES M., *Petites Poucettes*, éd. Le Pommier, Paris, 2012.
85. SEVELY-FOURNIER C., *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, t. 100, 2010.
86. SINAY-CYTERMANN A., *Protection ou surprotection du consommateur ?*, JCP, éd. G, Doctr. n°3804, 1994.
87. SHARKEY W.W., *The theory of natural monopoly*, Cambridge University Press, 1982.
88. STRICLER Y., *Les biens*, éd. Thémis droit, PUF, 1^e éd. Paris, 2006.
89. SUPIOT A., *La gouvernance par le nombre*, Fayard, Paris, 2015, cité par ITEANU O., *Quand le digital défie l'État de droit*, Eyrolles, 2016, Paris.
90. TERRÉ F. et FENOUILLET G., *Droit civil : Les personnes*, 8^e éd., coll. Précis de Droit privé, Dalloz, Paris, 2012.

91. TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2012.
92. TORT P., *L'effet Darwin*, éd. du Seuil, Paris, 2008.
93. TOUZEIL-DIVINA M., *Dictionnaire de droit public interne*, LexisNexis, Paris, 2017.
94. TRUCHET D., *Le droit public*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., Paris, 2010 (2003).
95. TRUCHET D., *Droit administratif*, PUF, 5^e éd., coll. « Thémis », 2013.
96. TRUCHET D., *Le droit public, Le droit de l'État*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3^e éd., n°1327, Paris, 2014 (2003).
97. TRUCHY, *Economie politique*, t. I, cité par CACHARD O., *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, Paris, 2002.
98. VON HAYEK F., *Droit, législation, liberté*, t. I, PUF, Paris, 1979.
99. VON HAYEK F., *Droit, législation et liberté*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 1995.
100. VUNDUAWE TE PEMAKO, *Traité de Droit administratif*, Larcier, Bruxelles, 2007.
101. ZOLA É., *Au bonheur des dames*, Livre de poche, texte abrégé, 1883.
102. ZOLLER E., *Introduction au droit public*, 2^e éd., Dalloz, coll. Droit public, Science politique, précis, Paris, 2013.

2) *Ouvrages spécifiques*

103. ANDERSON C., *La longue traine, quand vendre moins c'est vendre plus*, Champs-Essais, n°1050, Paris.
104. ARPAGIAN N., *La cybersécurité, mesurer les risques et organiser la défense*, PUF, 2^e éd., coll. Droit-politique, Que sais-je ?, (2010) 2016.
105. BALLE F., *Les médias*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », Paris, 8^e éd. 2014 (2004).
106. BAMDÉ A., *L'Architecture normative du réseau Internet, esquisse d'une théorie*, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, Paris, 2016.
107. BANCEL-CHARENSOL L., *La déréglementation des télécommunications dans les grands pays industriels*, ENSTPTT-Economica, Paris, 1996, cité par GILARDIN R., *La « libéralisation » des télécommunications en France (1981-1996)*, Mémoire 4^e année, Séminaire : Histoire de la France XX^e siècle sous la dir. Gilles Richard, Science Pô, Rennes, 2009-2010.
108. BÉHAR-TOUCHAIS M., ROCHFELD J., DE GUILLENCHMIDT-GUIGNOT A. et (avec collab.) FOURNIER A., *Les jeux en ligne en France et en Europe : quelles réformes trois ans après l'ouverture du marché ?*, Société de Législation comparée, vol.7, Coll. Trans Europe experts, Paris, 2013.
109. BELLANGER P., *La souveraineté numérique*, Stock, Paris, 2014.
110. BELLI L., *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, éd. Berger Levrault, coll. « Au fil des études, les thèmes », Paris, 2016.
111. BENABOU V.-L. et ROCHFELD J., *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Coll. Corpus, éd. Odile Jacob, Paris, 2015.
112. BENYEKHEF K., *Une possible histoire de la norme*, Montréal, éd. Thémis, 2008.
113. BENSOUSSAN A., FORGERON J.-F et A.B.-AVOCATS, *Les arrêts-tendances de l'informatique*, éd. Lavoisier, Paris, 2003.
114. BENSOUSSAN A. et BENSOUSSAN J., *Droits des robots*, Larcier, Minilex, coll. Lexing Technologies avancées, Bruxelles, 2015.
115. BENSOUSSAN A., *Informatique, Télécoms, Internet, réglementation, contrats, fiscalité, assurance, santé, fraude, communications électroniques*, 5^e éd., éd. Francis Lefebvre, Levallois, 2017.
116. BENSOUSSAN-BRULÉ V., COQUER A., ENTRAYGUES D., GRATEAU M., LAPRAYE B., LEGRAS H., LEGRIS L., MARC A., TIREL V. et TORRES CH., *Le data protection officer une fonction nouvelle dans l'entreprise*, Bruylant, coll. Minilex, Bruxelles, 2017.
117. BOCHURBERG L., *Internet et commerce électronique, site web, Contrats, Responsabilité, contentieux*, 2^e éd., encyclopédie Delmas, Dalloz, Paris, 2001.
118. BRUNAUX O., *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, LGDJ., t. 524, Coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, 2010.

119. CACHARD O., *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, Paris, 2002.
120. CACHARD O., *Le droit face aux ondes électromagnétiques*, Lexis/Nexis, coll. actualité, Paris, 2016.
121. CAPRIOLI É. A., *Droit international de l'économie numérique, les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique*, 2^e éd., LexisNexis, Litec, coll. Pratique pro, 2007.
122. CASTETS-RENARD C., *Droit de l'Internet*, Montchrestien/Lextenso éd., Coll. cours LMD, Paris, 2010.
123. CATALA P., *Des transformations du droit par l'informatique. Émergence du droit de l'informatique*, éd. de parques, 1983.
124. CATTAN J., *Le droit de l'accès aux communications électroniques*, Coll. Droit de l'information et de la communication, Univ. d'Aix-Marseille, PUAM, Aix-en-Provence, 2015.
125. HALLOUIN J.-C. et CAUSSE H., *Le Contrat électronique au cœur du commerce électronique – Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, Coll. Faculté de Droit et de sciences sociales, Poitiers, France, 2005.
126. CARPENTIER M., *Télécommunications en Europe*, Bruxelles, CEE, 1998.
127. CHOMARAT L., *La publicité*, PUF, 1^{re} éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, 2013.
128. COHEN E., *Le colbertisme «high-tech ». Économie des Télécoms et du Grand Projet*, Hachette, Coll. Pluriel, 1992.
129. COSER (de) T., DEMOULIN M., JACQUEMIN H., MONTÉRO É., VANDERCAMMEN M. et VERBIEST T., *Les pratiques du commerce électronique*, n°30, Cahiers du Centre de Recherches, Coll. Informatique et Droit, Bruylant, Bruxelles, 2007.
130. CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, Economica, coll. Nouvelles technologies de l'information et de la communication, Paris, 2004.
131. CURIEN N. et MAXWELL W., *La neutralité d'internet*, La découverte, repères, 2011.
132. DEBET A., MASSOT J. et METALLINOS N., *Informatique et libertés, la protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, éd. Lextenso, coll. les intégrales, n°10, Issy-les-Moulineaux, 2015.
133. DECHAMPS F. et LAMBILOT C., *Cybercriminalité, état des lieux*, Anthemis, Belgique, 2016.
134. DELPRAT L. et HALPERN C., *Communication et Internet : pouvoirs et droits*, éd. Vuiber, coll. lire agir, Paris, 2007.
135. DÉRIEUX E., *Le droit des médias*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5^e éd., Paris, 2013.
136. DÉRIEUX E. et A. GRANCHET, *Droit de la Communication, Lois et Règlements*, Hors-Série 2014, 35^e année, Legipresse, Coll. L'actualité du droit des médias et de la communication, Paris, 2014.
137. DONDERO B., *Droit 2.0, Apprendre et pratiquer le Droit au XXI^e siècle*, LGDJ., Lextenso-édition, Paris, 2015.
138. GREFFE X. et SONAC N., *Culture Web*, Dalloz, Paris.
139. EL ZEIN W., *Les aspects juridiques de la libéralisation des télécommunications (étude comparée)*, LDGJ / éd. Alpha, Paris, 2012
140. EYNARD J., *Les données personnelles, quelle définition pour un régime de protection efficace ?*, Michalon, Paris, 2013.
141. FAUCHOUX V., P. DEPREZ et J.-L. BRUGUIÈRE, *Le droit de l'Internet : lois, contrats et usages*, 2^e éd., LexisNexis, Coll. Communications et commerce électronique, Paris, 2013.
142. FELCOURT (de) G., *L'usurpation d'identité ou l'art de la fraude sur les données personnelles*, CNRS éd., Paris, 2011.
143. FÉRAL-SCHUHL C., *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2011-2012.
144. FÉRAL-SCHUHL C., « Préface », in QUÉMÉNER M., *Cybersociété entre espoirs et risques*, L'Harmattan, Coll. Justice et démocratie, Paris, 2013.
145. FILIOL E. et RICHARD P., *Cyber criminalité, Enquêtes sur les mafias qui envahissent le web*, DUNOD, Paris, 2006.

146. FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, 1^{re} éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2011.
147. GAUTRAIS V., *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Montréal, 1998.
148. GELIN R. et GUILHEM O., *Le robot est-il l'avenir de l'homme ?*, La documentation française, coll. « doc' en poche place au débat », Paris, 2016.
149. GRYNBAUM L., LE GOFFIC C. et MONET-HAIDARA L., *Droits des activités numériques*, Dalloz, coll. précis, Paris, 2014.
150. GUALINO J., *Dictionnaire pratique, informatique, Internet et nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Gualino éditeur, Paris, 2006.
151. HUET J. et DREYER E., *Droit de la communication numérique*, LGDJ, Paris 2011.
152. HOLLANDE A. et LINANT DE BELLEFONDS X., *Pratique du droit de l'informatique et de l'internet*, 6^e éd., Delmas, Paris, 2008, n°1302- 1319.
153. ITEANU O., *L'identité numérique en question*, Eyrolles, Paris, 2008.
154. ITEANU O., *Quand le digital défie l'État de droit*, Eyrolles, 2016, Paris.
155. IVAN DU ROY, *Orange stressé, le management par le stress*, le nouvel observateur, Paris, 2009,
156. KEMPF O., *Introduction à la Cyberstratégie*, 2^e éd., coll. « Cyberstratégie », Economica, Paris, 2015.
157. KLOETZER H., *Introduction à l'économie numérique*, éd. Hermès/Lavoisier, coll. Management et informatique, Paris, 2012.
158. LAFFAIRE M.-L., *Protection des données à caractère personnel, Tout sur la nouvelle loi « informatique et libertés »*, éd. d'organisation, coll. Guide pratique, Paris, 2005.
159. LAFFONT J.J. et TIROLE, *A theory of incentives in procurement and regulation*, Cambridge, MIT Press, 1993.
160. LEONETTI X., *Guide de cybersécurité, Droit, méthodes et bonnes pratiques*, L'Harmattan, Paris, 2015.
161. LE METAYER D. (éd), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Cahiers du Centre de Recherches, Informatique et Droit, n°32, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010.
162. LE TOURNEAU PH., *Contrats informatiques et électroniques*, 6^e édition, Dalloz, Paris, 2011-2012.
163. LINANT DE BELLEFONDS X., *Le droit du commerce électronique*, 1^{re} éd., « Que sais-je ? », PUF, Paris, 2005.
164. LOLIVIER M., « Préface », in VERBIEST T., *Le nouveau droit du commerce électronique, La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection des consommateurs*, LGDJ/Larcier, Bruxelles, 2005.
165. LORVO F., *Numérique : de la révolution au naufrage ?*, éd. Fauves, Paris, 2016.
166. LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Droit@Litec, 1998, n°5.
167. MANARA C., *Droit du commerce électronique*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. systèmes Droit, Paris, 2013.
168. MAS F., *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t.437, Paris, 2005.
169. MATTHIEU, *Les services bancaires et financiers en ligne*, Revue Banque Edition, coll. « Droit Fiscalité », 2005, cité par C. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6^e éd. (2011-2012), Dalloz, Paris, 2010.
170. MBAUNWA NKIERI A., *Droit congolais des télécommunications, État des lieux, Analyse critique et comparative*, Juricongo, Kinshasa, 2012.
171. MONTÉRO E., « La publicité sur Internet », in COSTER (de) T., DEMOULIN M., JACQUEMIN H., MONTÉRO E., VANDERCAMMEN M. et VERBIEST T., *Les pratiques du commerce électronique*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit, Bruylant, Bruxelles, 2007.

172. MUSSO P., *Les télécommunications*, éd. La Découverte, Coll. Repères Économie, Paris, 2008.
173. NDUKUMA ADJAYI K., *Cyberdroit Télécom, Internet, contrats de e-commerce, une contribution au Droit congolais*, Presses Universitaires du Congo (PUF), Kinshasa, 2009.
174. NIHOUL V. P., *Droit européen des télécommunications. L'organisation des marchés*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 31.
175. OUATTARA A., *La preuve électronique. Etude de droit comparé Afrique, Europe, Canada*, préface Jacques Mestre, vol. II, coll. Horizons juridiques africains, Univ. Paul Cézanne Aix-Marseille III, Faculté de droit et de sc. Po., PUAM, Aix en Provence, 2011.
176. PAILLIER L., *Les réseaux sociaux sur Internet et le droit au respect de la vie privée*, Larcier, coll. "droit des technologies", Bruxelles, 2012.
177. PERRIAULT J., *Mémoires de l'ombre et du son, Une archéologie de l'audiovisuel*, Paris, Flammarion, 1981.
178. PIETTE-COUDOL TH., *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, Lexis/Nexis, Coll. Actualités, Paris, 2015.
179. POPOVIC D., *Le droit communautaire de la concurrence et des communications électroniques*, LGDJ, Paris, 2009.
180. QUÉMÉNER M., *Cybercriminalité, défi mondial*, Economica, Paris, 2009.
181. QUÉMÉNER M. et Y. CHARPENEL, *Cybercriminalité-Droit pénal appliqué*, Economica, coll. pratique du droit, Paris, 2010.
182. QUÉMÉNER M., *Cybersociété entre espoirs et risques*, L'Harmattan, Coll. Justice et démocratie, Paris, 2013.
183. QUÉMÉNER M., *Criminalité économique et financière à l'ère numérique*, Economica, coll. pratique du droit, Paris, 2015.
184. RABAGNY-LAGOA A., *Droit du commerce électronique*, Ellipses, Paris, 2011.
185. RIEFFEL R., *Révolution numérique, révolution culturelle ?*, Gallimard, Paris, 2014.
186. RIFKIN J., *La troisième révolution industrielle, comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, éd. Les liens qui libèrent (LLL), 2012.
187. RIFKIN J., *La nouvelle société du coût marginal zéro : l'Internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, éd. Les liens qui libèrent (LLL), 2014.
188. ROQUES-BONNET M., *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, éd. Michalon, Paris, 2010.
189. SCHAEFER V., CROSNER H. et al. *La neutralité de l'Internet un enjeu de communication*, CNRS éditions, Coll. Les essentiels d'Hermès, Paris, 2011.
190. SCHERER E., *La Révolution numérique, glossaire*, Paris, Dalloz, 2009.
191. STORRER P., *Droit de la monnaie électronique*, RB édition, Paris, 2014.
192. TARDIEU CH., *Internet et libertés*, CNRS éd., Paris, 2010.
193. VERBIEST T., *Le nouveau droit du commerce électronique : la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, LGDJ/Larcier, coll. droit des technologies, Bruxelles 2005.
194. VIVANT M., LE STANC C. et AL., *Droit de l'information et des réseaux, informatique, multimédia, réseaux, Internet*, éd. 2002, Lamy, Paris, 2002, n°2951.
195. VIVANT M., *Les contrats du commerce électronique : conception, construction, rédaction*, Litec, coll. « Approfondir-Droit@Litec », Préface de Francis Lorentz, Paris, 1999.
196. WU T., *The Master Switch, The Rise and Fall of Information Empires*, New York, Knopf Publishing Group, 2010.

3) Ouvrages collectifs ou mélanges (avec intitulés d'articles spécifiques)

197. BAKER-CHISS C., « Le droit de rétractation du contrat électronique », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.

198. BÉHAR-TOUCHAIS M., « Le droit de la responsabilité à l'épreuve des géants de l'Internet. Aspects de droit international privé », in BÉHAR-TOUCHAIS M. (sous la dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, vol.1, IRJS éd., Paris, 2015.
199. BÉHAR-TOUCHAIS M., *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, Actes des journées du 20, 21 et 22 octobre 2015, IRJS éditions, t. 74, vol. 2, Paris, 2016.
200. BLAISE J. B., « Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence : France » et NÖLKENSMEIER H., « Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence : Allemagne », in *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, en hommage à Louis Dubouis, La documentation française, 2000, coll. Monde européen et international
201. BLANCHARD M., « La phase précontractuelle – La communication commerciale électronique », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.
202. BLANDIN-OBERNESSE A. (sous la dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, 1^{re} éd., Bruylant, Bruxelles, 2016.
203. BOUHADANA I. et GILLES W. (sous la dir.), *Cybercriminalité, Cybermenaces et Cyberfraudes*, IMODEV, Paris, 2012.
204. BRENNAC E., « De l'État producteur à l'État régulateur, des cheminements nationaux différenciés. L'exemple des télécommunications », in B. JOBERT (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe*, L'Harmattan, 1994.
205. BUSSEUIL G., « La phase précontractuelle – La formation du contrat électronique », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.
206. CABRILLAC R. (sous la dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*, Lexis-Nexis, Paris.
207. CHAPPEZ J., LAIDIE Y., SIMON G., « Mondialisation et services juridiques », in LOQUIN E. et KASSEDJIAN C. (sous la dir.), *La Mondialisation du droit*, éd. Litec, Paris, 2000.
208. CHATRY S. (sous la dir.), *La régulation d'Internet, regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, (Actes de colloque), coll. droit privé & sciences criminelles, éd. mare & martin, Nantes, 2015.
209. CHATRY S., « La perspective d'une régulation participative », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *Internet, Espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016.
210. CHEVALLIER J., « Droit et action publique », in *Le droit figure du politique, Mélanges en l'honneur de Michel Miaille*, Faculté de droit de Montpellier, 2008, vol. 2.
211. CLÉMENT-FONTAINE M., « De la contrainte à la coopération : l'évolution du régime de la responsabilité des intermédiaires techniques », in BÉHAR-TOUCHAIS M. (sous la dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, vol.1, IRJS éd., Paris, 2015.
212. CONTIS N., « Présentation critique de la loi du 12 mai 2010 ouvrant à la concurrence le secteur des jeux et paris sportifs en ligne », in JULIA G. (sous dir.), *Jeu, Argent et Droit*, Coll. Actes, IRDA, Dalloz, Paris, 2013.
213. CULOT M., « télévision connectée : un débat enrichi par l'approche des usages », in P.-F. DOCQUIR et M. HANOT, *Nouveaux écrans, nouvelles régulations*, Larcier, Coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013.
214. CURIEN N., « La régulation réflexive à travers le miroir de la transition numérique », in FRISON ROCHE M.-A. (sous la dir.), *Internet, Espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016.
215. DALLE M., « Réflexions sur l'éducation des internautes au respect du droit d'auteur », in NETTER E. et CHAIGNEAU A. (sous la dir.), CASTETS-RENARD C., CATTAN J. et al, *Les biens numériques*, Cepisca, Coll. Colloques, diffusion PUF, Amiens, 2014.
216. DEHOUSSE F. et HAVELANGE F., « Aspects audiovisuels des accords du GATT : exception ou spécificité culturelle », in DOUTRELEPONT C. (dir.), *L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel*, Bruylant, 1994.

217. DOCQUIR P.-F. et HANOT M. (sous la dir.), *Nouveaux écrans, nouvelles régulations ?* Larcier, Coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013.
218. DO-NASCIMENTO J., « La déréglementation du marché africain des télécommunications », in GABAS J.-J. (sous la dir.), *Société numérique et développement de l'Afrique, usage et politiques publiques*, éd. Karthala, Paris, 2004.
219. DOUZET F., « Chine, États-Unis : la course aux cyberarmes a commencé », in RAUFER X. (sous la coord.), *La première cyber-guerre mondiale ?*, éd. MA, Paris, 2015.
220. DUREZ C., « Les mille visages du jeu », in JULIA G. (sous dir.), *Jeu, Argent et Droit*, Coll. Actes, IRDA, Dalloz, Paris, 2013.
221. EKAMBO J.-C. D. (sous la dir.), *L'internet et la RDC – Technologies – Appropriations – Société*, Université Catholique au Congo, CEDESURK, Doc.048/09, Kinshasa, 2009.
222. ÉPICURE, « Maximes », in GOLDSCHMIDT V., *La doctrine d'Épicure et le droit*, éd. Vrin, 1977.
223. FALLON M., « Variations sur le principe d'origine entre le droit communautaire et droit international privé », *Nouveaux itinéraires du droit, Mélanges en l'honneur de François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.189, cité par CACHARD O., *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, Paris, 2002.
224. FERRIER, « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004.
225. DOCQUIR P.-F. et HANOT M., *Nouveaux écrans, nouvelles régulations*, Larcier, Coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013.
226. FILIGA-MICHEL SAWADOGO, POUGOUÉ P.-G. et ISSA-SAYEGH J. (Sous la coord.), *OHADA Traités et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, Futuroscope Cedex (France), 2008.
227. FRISON ROCHE M.-A., « L'hypothèse de l'interrégulation », in *Les risques de la régulation*, Paris, Dalloz/Presse de Science po, Coll. « Droit et Économie de la régulation », 2005, t. III.
228. FRISON-ROCHE M.-A., *Internet, espace d'interrégulation*, coll. « the journal of regulation », Dalloz, 2016.
229. FRISON ROCHE M.-A., « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *Internet, Espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016.
230. FRISON-ROCHE M.-A. (sous la dir.), *Les régulations économiques, légitimité et efficacité*, Vol. n°1, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, Paris.
231. GABAS J.-J., *La société numérique et le développement en Afrique, usages et politiques publiques*, éd. Karthala, Paris, 2004.
232. GARNIER Y. et VINCIGUERRA M. (sous la dir.), *Le petit Larousse illustré*, éd. Larousse, Paris, 2004.
233. GILLE L. (sous la dir.), *Les dilemmes de l'économie numérique, la transformation des économies sous l'influence de l'innovation*, éd. fyp, coll. « Innovation », Paris, 2009.
234. GILLES W. et BOUHADANA I., « Cyberspace, cybercriminalité et libertés », in GILLES W. et BOUHADANA I. (sous la dir.), *Cybercriminalité, cybermenaces et cyberfraudes*, éd. IMODEV, Paris, 2012.
235. GILLES W., « Démocratie et données publiques : à l'ère des gouvernements ouverts pour un nouveau contrat de société ? », in BOUHADANA I. et GILLES W. (sous la dir.), *Droit et gouvernance des données publiques et privées à l'ère numérique*, éd. IMODEV, Paris 2015.
236. GOMEZ J.-J., « Avant-propos », in ROZENFELD S. (sous dir.), *Les 50 décisions clés du droit de l'Internet*, éd. Celog, coll. Legalis, Paris, 2005.
237. GRYNBAUM L., « Les services financiers à distance par voie électronique », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.

238. GRZEGORCZYK C., « Trois modèles de l'homme juridique », *L'image de l'homme en droit*, Mélanges publiés à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, éd. Univ. De Fribourg, Suisse.
239. GUILLAUME M., *Où vont les autoroutes de l'information ?*, cité par CAPITANT H. (Travaux de l'Association), *Droit privé. Le contrat électronique*, éd. Panthéon Assas, Journées nationales, T.V, Toulouse, 2000.
240. GUILLIEN R. et VINCENT J. (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2010.
241. HANOT M., « Nouveaux écrans, nouvelle régulation ? Prendre le tempo et le temps de la mutation », in DOCQUIR P.-F. et HANOT M., *Nouveaux écrans, nouvelles régulations*, Larcier, Coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013.
242. HANOT M., « Prendre le temps et le temps de la mutation », Introduction et Chapitre 1, in DOCQUIR P.-F. et HANOT M., *Nouveaux écrans, nouvelles régulations*, Larcier, Coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013.
243. HANOT M., PAÏMAN S. et STRAETMANS V., « La compétence matérielle à l'épreuve juridique de la réalité des modèles audiovisuels et des pratiques réglementaires », in *Auteurs et Médias*, n°6 : Les nouvelles frontières de la radiodiffusion, 2007, cité par HANOT M., « Nouveaux écrans, nouvelle régulation ? Prendre le tempo et le temps de la mutation », in DOCQUIR P.-F. et HANOT M., *Nouveaux écrans, nouvelles régulations*, Larcier, Coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013.
244. HANOT M., « Introduction, Nouveaux écrans, nouvelles régulation ? Prendre le tempo et le temps de la mutation », in P.-F. DOCQUIR et M. HANOT, *Nouveaux écrans, nouvelles régulations*, Larcier, Coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013.
245. HUYGHE F.-B., KEMPF O. et MAZZUCCHI N., *Gagner les cyberconflits au-delà du technique*, Economica, Paris, 2015. X. RAUFER (sous la coord.), *La première cyber-guerre mondiales ?*, éd. MA, Paris, 2015.
246. JAFFRE B., « Bilan des privatisations des télécoms africains », in GABAS J.-J. (sous la dir.), *Société numérique et développement de l'Afrique, usage et politiques publiques*, éd. Karthala, Paris, 2004.
247. JEUGE-MAYNART I. (sous la dir.), *Le Petit Larousse illustré 2017*, Larousse, Paris, 2016.
248. JEUNEHOMME M., « L'industrie innovante dans le secteur de l'e-santé face aux défis des régulations », in M.-A. FRISON ROCHE (sous la dir.), *Internet, Espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016.
249. B. JOBERT (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe*, L'Harmattan, 1994.
250. JOST F., « Où va la TV, De l'influence de la TV numérique sur les programmes et la programmation », in DELAUAUD G. (sous la dir.), *Permanence de la TV*, Paris, édition Apogée, 2011, cité par DOCQUIR P.-F. et HANOT M., *Nouveaux écrans, nouvelles régulations*, Larcier, Coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013.
251. JULIA G. (sous la dir.), *Jeu, Argent et Droit*, Coll. Actes, IRDA, Dalloz, Paris, 2013.
252. KITUMU B.-B., « Grandes dates de l'Internet », in EKAMBO J.-C. D. et LINO PUNGI J., *L'Internet et la R.D.C. Technologies – Appropriations – Société*, Cedesurk, UCC/Fac.des Com. Sociales, Kin, 2009.
253. LAMBERTINE (de) (sous la dir.), *La vente par voie télématique. Rapport intérimaire*, CNRS, Ivry, 1988.
254. LAROCHE P., « Telecommunications », in GERADIN D. (dir.), *The liberalization of state monopolies in the European Union and beyond*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.
255. Les Codes Larcier (RDC), *Droit administratif*, t.VI, B, éd. De Boeck et Larcier (Afrique édition), Bruxelles (Kinshasa), 2010.
256. *Les codes Larcier de la République Démocratique du Congo*, A- Droit commercial, 2010, t. III, De Boeck & Larcier (Afrique éditions), Bruxelles, 2010.
257. LE GALL P., « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », in N. THIRION (sous la dir.), C. CHAMPAUD, et AL., *Libéralisations, privatisations, régulations, aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, Larcier, Bruxelles, 2007.

258. LIMNÉLL J., « Le cyber change-t-il l'art de la guerre », in RAUFER X. (sous la coord.), *La première cyber-guerre mondiale ?*, MA éditions, Paris, 2015.
259. MANARA C. (sous la dir.), *Réseaux sociaux : 100 questions juridiques à l'initiative de l'ADIJ*, 2^e éd, diateino, coll. « questions », Paris, 2013.
260. MARINO L. et PERRY R., « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD J. (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ, Lextenso éd., 2010.
261. MARINO L., « La protection des données personnelles et le contrat électronique », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.
262. *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004.
263. MATHIEU-IZORCHE, « Un Code de consommation écrit à quatre mains, rencontre onirique entre deux amis », *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004.
264. MOULIN J.-M., « Rapport introductif », in CHATRY S. (sous la dir.), *La régulation d'internet, regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, Actes de colloque, éd. mare & martin, coll. droit privé et criminel, Paris, 2015.
265. MÜLLER S., « Chapitre 7 Convergence of Regulation : Audiovisual Media Services, Internet and Regulation », in P-F. DOCQUIR et M. HANOT (sous dir.), *Nouveaux écrans, nouvelle régulation ?*, Larcier, coll. droit des technologies, Bruxelles, 2013.
266. PAPIN D. (sous la coord.), « Géopolitique du cyberspace », *50 fiches pour comprendre la géopolitique*, Boréale, Paris.
267. PARACHEVOVA I. et TELLER M., « L'ubérisation du droit », in DALLOZ M. (sous dir.), *Variations juridiques et sociologiques regards experts sur des grandes mutations du droit*, L'Harmattan, Paris, 2016.
268. PELLET A., « le bon droit et l'ivraie – plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, A. Pedone, 1984.
269. PENARD T. et THIRION N., « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », in THIRION N. (sous la dir.), C. CHAMPAUD, et AL., *Libéralisations, privatisations, régulations, aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, Larcier, Bruxelles, 2007.
270. PENNEAU A., « La forme et la preuve du contrat électronique », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.
271. PÉTEL P. (dir.), BENILSI S., CABRILLAC S. et AL, *Code de commerce annoté*, 28^e éd., LexisNexis, Paris, 2016.
272. PHILIPPE D.-M., « Le contrat de prestations de services : tentatives de définition, perspectives de réglementation », in LAFFINEUR J. (éd.), *Les prestations de services et le consommateur*, Bruxelles, E. Story Scientia, 1990, cité par KABRÉ W. D., *La conclusion des contrats électroniques*, Th. Doct. en Droit, Univ. de Namur, Belgique, 2012.
273. PICCIO C. et MOURON PH. (sous la dir.), *L'ordre public numérique, libertés, propriété, identités*, PUAM, coll. « inter-normes », Aix-en-Provence, 2015.
274. PIRONON V., « Les nouveaux défis du droit international privé : site actif, site passif, activité dirigée », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ, Lextenso éd., 2010.
275. POILLOT E., « L'exécution du contrat électronique », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.
276. POILLOT PERUZZETTO S., « La loi applicable au contrat électronique », in CAPITANT H. (Travaux de l'Association), *Droit privé. Le contrat électronique*, éd. Panthéon Assas, Journées nationales, T.V, Toulouse, 2000.

277. QUÉMÉNER M., « Le magistrat, régulateur ponctuel, régulateur final », in FRISON ROCHE M.-A. (sous la dir.), *Internet, Espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016.
278. RAYNARD J. (sous la dir.), *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Actes du colloque de Nice des 23,24 et 25 octobre 2000 organisé par le Département Sciences Juridiques de l'EDHEC et école du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier sous la responsabilité scientifique de CAPRIOLI E. A.*, Litec, Paris, 2002.
279. RAYNOUARD A., « La formation du contrat électronique », in CAPITANT H. (travaux de l'Association), *Droit privé. Le contrat électronique*, éd. Panthéon Assas, Journées nationales, T.V, Toulouse, 2000.
280. ROCHFELD J., « les nouveaux défis du droit des contrats : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales de l'Internet », in ROCHFELD J., *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.
281. ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.
282. ROCHFELD J., « La définition du contrat électronique », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.
283. ROCHFELD J., « Les géants d'internet et l'exploitation des données personnelles : l'activation du droit « à l'oubli » numérique à l'égard des moteurs de recherche », in BÉHAR-TOUCHAIS M., *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, vol.1, IRJS éd., Paris, 2015.
284. RURGIS S., « Les valeurs de l'Europe appliquées à Internet », in BLANDIN-OBERNESSER A. (sous la dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, 1^{re} éd., Bruylant, Bruxelles, 2016.
285. SAINT PULGENT (de) M., « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs », in FRISON ROCHE M.-A. (sous la dir.), *Internet, Espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016.
286. SALGUES B., « Premier bilan et impasses procédurales du SMSI, vers de nouvelles pistes d'usage des TIC », chap.2, in MATHIEN M. (sous la dir.), *Le Sommet mondial sur la société de l'information et « après » ? Perspectives sur la cité globale*, Bruylant, Coll. Médias, Sociétés et Relations Internationales, Bruxelles, 2007.
287. SONNAC N., « Marchés convergents, intérêts économiques divergents ? Le secteur audiovisuel », in P-F DOCQUIR et M. HANOT, *Nouveaux écrans, nouvelles régulations ?* Larcier, Coll. « droit des technologies », Bruxelles, 2013.
288. SOUZA (de) L. et LATREILLE A., « Les nouveaux défis du droit de la propriété intellectuelle : l'usage des signes distinctifs et les communications électroniques », in ROCHFELD J., (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ, Lextenso éd., 2010.
289. STORSUL T. et STUEDAHL D. (sous la dir.), *Ambivalence towards convergence. Digitalization and Media Change*, Göteborg, Nordicom, 2007.
290. SURUN I. (sous la dir.), *Les sociétés coloniales à l'âge des empires (1850-1960)*, Neuilly-sur-Seine, Atlande, 2012.
291. THIRION N. (sous la dir.), CHAMPAUD C., DANET D., LE FLOCH P., LE GALL P., MARTIN F., MONTELS B., PENARD T. et STEPHANTA P., *Libéralisations, privatisations, régulations, aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, Larcier, Bruxelles, 2007.
292. THONON M., « Libération des contenus. La carte postale, le téléphone, la télévision », in DELAUAUD G. (sous la dir.), *Nouveaux médias, nouveaux contenus*, Paris, éditions Apogée, 2009.
293. TRUDEL P., « La *lex electronica* », in MORAND A. CH. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
294. TURGIS S.. « Les valeurs de l'Europe appliquées à Internet », in BLANDIN-OBERNESSER A. (sous la dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, 1^{re} éd., Bruylant, Bruxelles, 2016.

295. USUNIER L., « La loi applicable au contrat électronique », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.
296. VILLIERS (de) M. et BERRANGER (de) T. (sous la dir.), *Droit public général, institutions politiques, administratives et européennes, droit administratif, finances publiques et droit fiscal*, LexisNexis, Coll. Manuel, Paris, 2015.
297. VILOTTE J.-F., « Les régulations sectorielles de l'Internet ne doivent se distinguer de la régulation des réseaux physiques de distribution que si et seulement si la continuité de l'application du Droit le justifie » in M.-A. FRISON-ROCHE, *Internet, espace d'interrégulation*, coll. « the journal of regulation », Dalloz, 2016.
298. VIVANT M. (sous la dir.), « À propos du droit des télécommunications », *RLDIR*, 2004, p. 849, cité par POPOVIC D., *Le droit communautaire de la concurrence et des communications électroniques*, LGDJ, Paris, 2009,.
299. WATIN-AUGOUARD M., une « cyber-guerre mondiale ? : la vision stratégique », in RAUFER X., *La première cyber-guerre mondiale*, MA éditions, Paris 2015,
300. WEISS M., « Les biens virtuels dans les mondes numériques », in MOURON P. et RICCIO C. (sous la dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, coll. Inter-normes, PUAM, Aix-en-Provence, 2015.
301. WAELBROECK P., « Le commerce électronique de produits culturels : enjeux informationnels » [in GREFFE X. et SONAC N.]

4) Thèses et mémoires

302. BERTHOU R., *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse, Rennes I, 2004.
303. BUSHABU WOTO L., *De la mise en œuvre de la régulation des télécommunications en droit congolais (RDC)*, Mémoire pour obtention de BADGE, Promo 2005, Télécom Paris Ecole nationale supérieure des télécoms (ENST)/Arcep Burkina-Faso/Institut de la Banque mondiale/ESMT Dakar, Ouagadougou, 2005.
304. CARPENTIER M., *Télécommunications en Europe*, Bruxelles, CEE, 1998, cité par GILARDIN R., *La « libéralisation » des télécommunications en France (1981-1996)*, Mémoire 4^e année, Séminaire : Histoire de la France XX^e siècle sous la dir. Gilles Richard, Science Pô, Rennes, 2009-2010.
305. GASCOIN G., *Les casinos sur l'Internet*, Mémoire/DEA, sous dir. Prof. Jérôme Huet, Univ. Paris II, 2002-2003.
306. GILARDIN R., *La « libéralisation » des télécommunications en France (1981-1996)*, Mémoire 4^e année, Séminaire : Histoire de la France XX^e siècle sous la dir. Gilles Richard, Science Pô, Rennes, 2009-2010.
307. HONDE J. T., *Service public et efficacité ; la réforme des télécommunications en France*, Thèse de doctorat en droit public sous la dir. du prof Roland Drago, Université Panthéon Assas, Paris, soutenue en mai 1993.
308. KABRÉ W. D., *La conclusion des contrats électroniques*, Th. Doct. en Droit, Univ. de Namur, Belgique, 2012.
309. MAÏGA S. A., *Le contrat conclu par Internet et la protection des consommateurs*, Thèse de doctorat en Droit présentée et soutenue publiquement devant le jury le 19 décembre 2008, Université Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. Prof. Denis Mazeaud, Paris, 2008.
310. MANIKUNDA MUSATA O., *La dynamique de la régulation des télécommunications en République Démocratique du Congo : de la synergie intra-sectorielle à l'interrégulation*, Badge régulation des télécoms promo 2005, ENST Paris/ARTEL/ARCEP/FRATEL/ESMT/Word Bank Institute, mars 2006.
311. MATOT C.-E., *Jeux, Service public et Puissance publique*, Mémoire de DEA, Droit public de l'économie, Univ. Paris II Panthéon-Assas, 1999-2000, cité par GASCOIN G., *Les casinos sur l'Internet*, Mémoire/DEA, sous dir. Prof. Jérôme Huet, Univ. Paris II, 2002-2003.

312. MUSSA T., *Transactions et commerce électroniques, Preuve (par écrit) et signature électroniques*, Première partie, Cours, Master en Droit du cyberspace africain, 2006-2007.
313. ROCH GNAHOUI D., *Transactions et commerce électronique*, Cours de Master, Deuxième partie, Université Gaston Berger, 2006.
314. SAKHO A., *Régulation des télécoms*, M4a1 : notes polycopiées de cours de droit du cyberspace africain, Université Gaston Berger, Saint-Louis (Sénégal), 13 juillet 2006.
315. SGARD Q., *Les nouveaux enjeux de la neutralité : du flux à la donnée*, Mémoire présenté dans le cadre du Master 2 Droit du numérique, Administration-Entreprises, sous la direction de M. Antonin Agier et M. William Gilles, Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, Juin 2016.
316. SHUTOVA N., *Monopole naturel, marchés bifaces, différenciation tarifaire : trois essais sur la régulation de télécommunications*, th. Doct., sous la dir. Laurent Benzoni, Université Panthéon-Assas, Paris, 24 septembre 2013.

II. ARTICLES

1) Articles généraux

317. ALEMAGNA L., « Axelle Lemaire : "Pourquoi je quitte le gouvernement" », *Libération*, 27 février 2017.
318. BAYONNA BA-MEYA, « La terminologie juridique à l'épreuve de la pratique légale, judiciaire et sociale au Zaïre », in Université Protestante au Congo, *le droit aux prises aux réalités socioculturelles, Actes des journées scientifiques organisées par la faculté de Droit du 25 au 26 février 1997*, éd. UPC/CEDI, Kinshasa (RDC).
319. BÉHAR-TOUCHAIS M., « Abus de puissance économique et droit international privé », *RIDE*, Paris, 2010.
320. BIOLAY J., « La nouvelle directive européenne relative aux pratiques déloyales : défense prioritaire du consommateur et pragmatisme », *Gazette du Palais*, 9 novembre 2005
321. BOY L., « Réflexion sur le « droit de la régulation », in *R.I.D.E.*, n°37, 2001.
322. CAFAGGI F., « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.*, n°109, janvier 2004.
323. CASSADA D. et SADIN E., « Big brother n'existe pas, il est partout », *Multitudes*, 2010/1/.
324. CHABOT, *Revue Lamy Droit des affaires*, Paris, mars 2009.
325. CHAMPAUD, « régulation et droit économique », *R.I.D.E.*, 2002.
326. CHEROT J.-J., « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », *Rencontres Petites affiches*, Paris, 6 fév.2002.
327. CHEVALLIER J., « Le pouvoir du monopole et le droit administratif français », *RDP*, 1974.
328. CHEVALLIER J., « La politique française de modernisation administrative », *L'État de droit, Mél. G. Braibant*, 1996.
329. CHEVALLIER J., « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1996, n°3254.
330. CHOURAQUI GH, « Les privatisations en Grande-Bretagne : les leçons d'une expérience », *Revue française d'économie*, vol. 4, n°2, Paris, 1989.
331. DELMAS-MARTY M., « À l'heure de la mondialisation, nous avons besoin d'un droit flou », *Libération*, Interview par Robert Maggiori et Anastasia Vécrin, 23 septembre 2016.
332. DÉNORD F., « "Néo-libéralisme" et "économie sociale de marché" : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950) », in *Histoire, économie et société*, n°1, 2008.
333. DÉNORD F., KNAEBEL R., RIMBERT P., « L'ordolibéralisme allemand, cage de fer pour le vieux continent », *Le Monde diplomatique*, août 2015.
334. ERHEL C., « Souveraineté et innovation : trouver l'équilibre »
335. FOYER J., « Le droit communautaire, droit de professeur français ? », in *Rev. Hist. Fac. Drt.*, 1992, n°13.

336. FREGOSI R., « Transition démocratique », version française de l'article en espagnol pour le *Diccionario de Ciencia Política*, éd. Universidad de Concepción, Chili, 2012.
337. GARDE A. et HARAVON M., « Pratiques commerciales déloyales », *LPA*, n°153, 2 août 2006.
338. GHESTIN J. et MARKOVITS Y., « L'adaptation à la responsabilité des prestataires de services de la directive de la Communauté économique européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux », *R.E.D.C.*, 1989, cité par KABRÉ W. D., *La conclusion des contrats électroniques*, Th. Doct. en Droit, Univ. de Namur, Belgique, 2012.
339. GIRAUD A., « Les prémisses de la déréglementation », *Les cahiers de l'AHTI*, n°9, janvier 2008.
340. GLAIS M., « Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence », *économie rurale*, 2003, n°27, cité par PENARD T. et THIRION N., « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », in THIRION N. (sous la dir.), C. CHAMPAUD, et AL., *Libéralisations, privatisations, régulations, aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, Larcier, Bruxelles, 2007.
341. GOLDMAN B., « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. Philo. Dr.*, 1964, vol. IX.
342. GORE A., « Remarks as delivered to the superhighway Summit, Royce Hall », UCLA Los Angeles, California, 11 janvier 1994.
343. HUET P., « Allocation et gestion des ressources rares », *L'actualité juridique, Droit administratif*, n°3, 20 mars 1997.
344. IZRAELEWICZ E., « La grande entreprise face à l'État-nation », *Le monde*, 9 avril 1996.
345. KAREL VON MIERT, « un entretien avec le Commissaire européen à la concurrence », *Le Monde*, 20 décembre 1994, cité par GILARDIN R., *La « libéralisation » des télécommunications en France (1981-1996)*, Mémoire 4^e année, Séminaire : Histoire de la France XX^e siècle sous la dir. Gilles Richard, Science Pô, Rennes, 2009-2010.
346. LAGARDE P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Recueil des cours de l'académie de droit international*, Tome 196 (1986-I).
347. MANIN A., « Organisations internationales », *Répertoire international*, Dalloz, 1998.
348. MARCOU G., « La notion juridique de la régulation », *AJDA*, 2006.
349. MEKKI M. et GRIMALDI C., « Les clauses portant sur une obligation essentielle », *RDC*, 2008, n° 21, cités par KABRÉ W. D., *La conclusion des contrats électroniques*, Th. Doct. en Droit, Univ. de Namur, Belgique, 2012.
350. MONFRORT C., « Loyauté des pratiques commerciales : concurrents, agissez en cessation ! », *RLDA*, janv. 2008, n°23, *Répères*, n°1418.
351. MONTANE DE LA ROQUE P., « Propositions pour un nouveau régime », *Écrits politiques et constitutionnels*, Toulouse, Presses de l'IEP de Toulouse, 1982.
352. MUIR WATT H. et BUREAU D., « L'impérativité désactivée ? », *Revue critique* 2009.
353. OCDE, « Défis actuels et futurs de la gouvernance publique », in *Le Panorama des administrations publiques 2009*, éd. OCDE.
354. ONU, « Application des connaissances au Développement », *Projet millénaire ONU, Innovation*, Commission sur les sciences, la technologie et l'innovation, 2005.
355. QUADRI R., « Le droit international cosmique », *R.C.A.D.I.*, 1959/III, vol. 98, cité par NORODOM A.-T., « Propos introductifs – Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, Actes du 47^e colloque du 30 mai au 1^{er} juin 2013, éd. A. Pedone, Paris, 2014.
356. PAISANT, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », *JCP*, 1993. I. 3655.
357. PLUCHART J.-J., « Vers un capitalisme post-moderne », in Magazine Panthéon Sorbonne, *L'Art et le temps*, n°20, Université Paris 1, janv.-mars 2017.
358. POMPEY J., « Discussion avec Jane Ginsburg » [Interview], in PANTHÉON-SORBONNE, *Les défis scientifiques du tourisme*, Magazine de l'Université Paris 1, n°21, avril-juin 2017.

359. PONTTHOREAU M.-C., « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 2006.
360. REMY-CORLAY P., « La directive 2005/29/CE sur les pratiques déloyales, directive d'harmonisation maximale », *RTD civ.* 2005.
361. REY F., « Livre vert, livre blanc, ça sert à quoi ? », *www.metiseurope.eu*, 1^{er} mai 2007.
362. SAMUELSON P.A., « The pure theory of public expenditures », *Review of Economics and Statistics*, vol.36, 1954.
363. SANJUAN T., « En changeant la Chine nous change aussi », *Quand la Chine change le monde*, Panthéon Sorbonne magazine, n°17, Paris, mars-mai 2016.
364. TIMSIT G., « La régulation, la notion et le phénomène. », *RF adm. publ.*, n°109, janvier 2004,
365. WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, n°1.

2) Articles spécifiques

366. AFP-JA, « Infographies : les derniers chiffres de Facebook pour l'Afrique subsaharienne », *Jeune Afrique*, 10-11 septembre 2015. Source : *Facebook Afrique*, Statistiques, 2015.
367. AFTEL, *Internet, les enjeux pour la France*, cité par HUET J., in « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », *Les petites affiches*, 26 septembre 1997, n°116.
368. AHOUTY C., « Le cadre juridique de prévention et de lutte contre la cybercriminalité en Afrique », *Conférence internationale sur le renforcement de la cybersécurité et de la cyberdéfense*, OIF, Grand Bassam (Côte d'Ivoire), 8-10 février 2016.
369. ALINDAOU (Consulting international), *La révolution numérique en Afrique : le saut qualitatif pour fournir les biens et services*, Étude présentée au Forum Forbes Afrique, Brazzaville, juillet 2015.
370. ALLEAUME C., « Chapitre IV : Les biens numériques (une notion au service du Droit) », in LE METAYER D. (éd), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Cahiers du Centre de Recherches, Informatique et Droit, n°32, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010.
371. ALLEN T. et WIDDISON R., « Can computers make contracts ? », *Harvard Journal of Law and Technology*, 9-1, 1996.
372. ANTOINE M., A. CRUCQUENAIRE, P. DE LOCHT, M. DEMOULIN, D. GOBERT, C. LAZARO, O. LEROUX et E. MONTERO, *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n°19, Bruylant, Bruxelles, 2001.
373. BACON L., « France Télécom devient Orange, "une rupture avec l'histoire" », *Libération*, Reportage, 28 mai 2013.
374. BENHAMOU F., « L'irrésistible ascension de l'Internet », in Cahier français, *La société numérique*, n°372, La documentation française, Paris, janvier-février 2013.
375. BENZONI L. et DUTRU P., « De l'accès aux infrastructures à l'accès aux moyens numériques : Nouvelles frontières pour la régulation des communications électroniques », in FRISON ROCHE M.-A. (sous la dir.), *Internet, Espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016.
376. BIHL L., « vers un droit de la consommation », *Gaz. Pal.* 13-14 septembre 1974.
377. BISMUTH R., « L'intervention régulatrice de l'État sur les flux transfrontaliers via Internet : un système de contrainte », in FRISON ROCHE M.-A. (sous la dir.), *Internet, Espace d'interrégulation*, Dalloz, Paris, 2016.
378. BLOUD-REY C., « La régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard sous le prisme des régulateurs belge et français » in JULIA G. (sous la dir.), *Jeu, Argent et Droit*, Coll. Actes, IRDA, Dalloz, Paris, 2013.
379. BOISNEAULT F. et KELLER J., « le "paquet télécoms" adopté par le parlement européen » [archives], *Juriscom*, 21 décembre 2009.

380. BOUNIE D. et BOURREAU M., « Les marchés à deux versants dans les médias », in GREFFE X. et SONAC N., *Culture Web*, Dalloz, Paris.
381. BOUVIER Y., « Construire l'Europe industrielle par les entreprises. La politique de concurrence et les fusions industrielles dans les télécommunications européennes dans les années 1980 », in *Histoire, Économie et Société*, n°1, 2008.
382. BOYLAUD O. et NICOLETTI G., « Le secteur des télécommunications : réglementation, structure du marché et pertinence », *Revue économique*, OCDE, 2001.
383. BRENER S. W., « Cybercrime Metrics : Old Wine, New Bottles ? », *Virginia Journal of Law and Technology*, 2004, vol.9, n°1.
384. CAPRIOLI É. A. et SORIEUL R., « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *JDI*, n°2, 1997.
385. CAPRIOLI É., « Aperçu sur le droit du commerce électronique (international) », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} Siècle*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000.
386. Cahiers français, *La société numérique*, n°372, Paris, 2013.
387. CARLOS GAMBOA A., RON LAPORTE et SAUER F., « Réduire la fracture numérique », in PNUD, *Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement, numéro un*, PNUD, New York, 2001.
388. CARON F., « Internet, c'est la troisième révolution industrielle », *L'Express*, 27 avril 2000.
389. CAUSSE H., « Le contrat électronique, technique du commerce électronique », in HALLOUIN J.-C. et CAUSSE H., *Le Contrat électronique au cœur du commerce électronique – Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, Coll. Faculté de Droit et de sciences sociales, Poitiers, France, 2005.
390. CHARBON P., « Genèse du vote de la loi de 1837, origine du monopole des télécommunications », in BERTHO-LAVENIR C. (sous la dir.), *L'État et les Télécommunications en France et à l'étranger 1837-1987, actes du colloque organisé à Paris les 3 et 4 nov. 1987 par l'École Pratique des Hautes Études et l'Université Paris V*, Librairie Droz, Genève, 1991.
391. COUTINET N., « Les technologies numériques et leur impact sur l'économie », in Cahier Français, *La société numérique*, n°372, La documentation française, Paris, janvier-février 2013.
392. DARRIGRAND A., « La modernisation du service public : l'exemple des PTT 1990 – leçons d'une réforme », *Politiques et management public*, vol. 20, n°4, décembre 2002.
393. « Dossier : Les objets connectés, nouvelle passion française », *Le monde* 25 nov. 2014.
394. « Droit de la preuve et signature électroniques », *JCP*, 2000, éd. G, n°11 (15 mars 2000), *Actualité*, p. 451 ; *J.C.P*, 2000, éd. E,
395. *Droit de l'informatique et des télécoms, Computer & Telecoms law review*, Revue trimestrielle, avec la collab. de « EDIT », 16^e année, Paris, 1999/1.
396. FALQUE-PIERROTIN I., Présidente de la CNIL, « L'éducation au numérique, un défi majeur que nous devons relever tous ensemble », *CCE*, n°3, Entretien, 2014.
397. FISCHER J., « Computers as agents : A proposal approach to revised U.C.C. article 2 », *Indiana Law Journal*, n°72, 1997.
398. FUENTES-CAMACHO T., « Introduction : l'UNESCO et le droit du cyberspace », *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Economica / éd. UNESCO, Coll. droit du cyberspace.
399. FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la Régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, n°7.
400. GHERNAOUTI S., « Les enjeux de la cybersécurité et de la cyberdéfense », *Conférence internationale sur le renforcement de la cybersécurité et de la cyberdéfense*, OIF, Grand Bassam (Côte d'Ivoire), 8-10 février 2016.
401. GOBERT D. et MONTÉRO E., « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *DA/OR*, avril 2000, n°53.
402. GOBERT, D. « La publicité sur Internet en pleine (r)évolution », *Ubiquité*, n°7, décembre 2000, cité par BLANCHARD M., « La phase précontractuelle – La communication commerciale

- électronique », in ROCHFELD J. (sous la dir.), *L'acquis communautaire, le contrat électronique*, Economica, coll. Études juridiques, n°34, Paris, 2010.
403. GORE A., « Informations superhighways speech », Sommet de l'Union internationale des télécommunications, Buenos Aires, 21 mars 1994.
404. GRYNBAUM L., « LCEN : Une immunité relative des prestataires de services Internet », *CCE*, septembre 2004.
405. GUERRIER C., « Droit et accords OMC dans le domaine des télécommunications : la problématique », *Droit de l'informatique et des télécoms*, revue trimestrielle, 16^e année, 1991.
406. GUILLAUME E., « Le service universel des communications électroniques », *Lamy, Droit des médias et de la communication*, Etudes 435, juin 2009, cité par CATTAN J., *Le droit de l'accès aux communications électroniques*, Coll. Droit de l'information et de la communication, Univ. d'Aix-Marseille, PUAM, Aix-en-Provence, 2015.
407. HARIVEL J., « Le Minitel, une exception française », *Revue de l'Institut du Monde et du Développement*, n°4, Les éditions IMODEV, Hiver, 2013, Paris.
408. HEROLDE A., « Les aides publiques européennes au cinéma dans le cadre de l'OMC », IRIS Plus, *Observations de l'observatoire européen de l'audiovisuel*, éd. 2003-6.
409. HOLSENDOLPH E., « U.S. settles phone suit, drop I.B.M. case; A.T. &T. to split up », *New York Times*, 8-9 janvier 1982.
410. HUET J., « Aspects juridiques du commerce électronique », *Les petites affiches*, n°16, Paris, 1997.
411. HUET J., « La problématique juridique du commerce électronique », *RJC* 2001, n°1.
412. INTVEN H., JEREMY O. et SEPULVEDA E., « Octroi des licences pour les services de télécommunications », in *Manuel de la réglementation des télécommunications*, Module 2, Infodev, Banque Mondiale, cité par MBAUNWEA NKIERI A., *Droit congolais des télécommunications, État des lieux, Analyse critique et comparative*, Juricongo, Kinshasa, 2012.
413. JAYAKARA K. P. et SAWHNEY H., « Universal service : beyond established practice to possibility space », *Telecommunication policy*, Vol. 28, 2004, cité par CATTAN J., *Le droit de l'accès aux communications électroniques*, Coll. Droit de l'information et de la communication, Univ. d'Aix-Marseille, PUAM, Aix-en-Provence, 2015.
414. KABEYA TSHIKUKU A., « Résilience économique : qu'attendre des TIC ?, *Revue économique de politique économique : Vulnérabilité économique et résilience*, vol. 1, n° 1, Kinshasa, Mars 2015.
415. KONGO J., « Vol et diffusion des données numériques sur les réseaux sociaux, Me Kodjo : "la cybersécurité est la réponse à la cybercriminalité », *Le Pouvoir*, 8^e année, n°295, 27-31 mars 2017, Kinshasa.
416. LAFFAIRE M.-L., *Protection des données à caractère personnel, tout sur la nouvelle loi « informatique et libertés »*, éditions d'organisation, coll. « guide pratique », Paris, 2005.
417. LARRIEU J., « L'internationalité de l'internet », *Revue Lamy Droit des affaires*, supplément, février 2002, n°46.
418. LATTY F., « La diversité des sources du droit de l'internet », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, Actes du 47^e colloque du 30 mai au 1^{er} juin 2013, éd. A. Pedone, Paris, 2014.
419. LE CŒUR P., « Le gouvernement veut changer le statut de France Télécom dès cette année », *Le Monde*, 21 nov. 1996.
420. LEMAIRE A. [Secrétaire d'État chargée du Numérique et de l'Innovation], « ce que la loi va changer », Dossier de presse, Loi pour une République numérique, Paris, 10 octobre 2016.
421. LEROUX V., « Les foncements économiques de la monopolisation du réseau téléphonique », in *L'État et les télécommunications en France et à l'étranger 1837-1987*, Droz, 1991.

422. LONGWORTH E., « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace – y compris dans une perspective néo-zélandaise », *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Economica / éd. UNESCO, coll. droit du cyberspace, Paris, 2000.
423. MALLET-POUJOL N., « Le droit de l'Internet à l'épreuve de la mondialisation », Cahier français, *La société numérique*, n°372, La documentation française, Paris, 2013.
424. MAS F., « L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique », *RLDI*, Janvier 2006.
425. MONTÉRO E., « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet », n°55.
426. N'KULI G., « Discours DGA : contribution de Vodacom Congo à la construction de la RDC », *Vodanews*, n°15, dépôt légal n°MPI/021/2004, juillet-septembre 2006.
427. N'KULI G., Exposé du DGA à l'occasion du lancement officiel du GPRS sur le réseau Vodacom, Kinshasa, 19 janvier 2006, *Vodanews*, n°13.
428. NDUKUMA ADJAYI K., « La problématique de l'application de la nouvelle loi 04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations ainsi que leurs modalités de perception », *Vodanews*, n°8, Kinshasa, sept.-oct. 2004.
429. NDUKUMA ADJAYI K., « Le phénomène de la prospection et de la contractualisation sur Internet : entre déphasage du droit congolais des télécoms et défis de confiance du e-commerce », *Vodanews*, n°16, Dépôt légal n°MPI/021/2004, Kinshasa, oct. nov.déc. 2006.
430. NORODOM A.-T., « Propos introductifs – Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, Actes du 47^e colloque du 30 mai au 1^{er} juin 2013, éd. A. Pedone, Paris, 2014.
431. NUNU NTSHINGILA, Communiqué de *Facebook*, Directrice division Afrique, Johannesburg.AFP-JA, « Infographies : les derniers chiffres de *Facebook* pour l'Afrique subsaharienne », *Jeune Afrique*, 10-11 septembre 2015.
432. OBERDORFF H., « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux » in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, R.D.P., 2016, n°1, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, janvier 2016.
433. OUÉDRAOGO P., « L'organisation de l'écosystème numérique Internet, un enjeu majeur pour la cybersécurité dans les pays en développement », *Conférence internationale sur le renforcement de la cybersécurité et de la cyberdéfense*, OIF, Grand Bassam (Côte d'Ivoire), 8-10 février 2016.
434. PENARD T., « L'accès au marché dans les industries du réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *RIDE*, n°2/2, Paris, 2002.
435. PERRIAULT J., « Le numérique : une question politique », *Hermès*, n°38, 2004.
436. QUÉMÉNER M., « La criminalité économique et financière à l'ère numérique », *Conférence internationale sur le renforcement de la cybersécurité et de la cyberdéfense*, OIF, Grand Bassam (Côte d'Ivoire), 8-10 février 2016.
437. QUÉMÉNER M., *Cybercriminalité & Gouv. ouverts*, 1^{res} journées académiques/Academic days 2016, IMODEV/ Université Panthéon-Sorbonne, texte d'exposé, 5 décembre 2016.
438. RALLET A., « Une économie de la communication ? », *Hermès*, n°44, 2006.
439. RIVAUD PH., « Leadership et gouvernance communautaire : la Commission européenne et l'idée de service universel des télécommunications (1987-1998) », *European issue*, n°11, juillet 2001, Fondation Robert Schuman.
440. RUTILY A. et SPITZ B., « Les nouveaux enjeux de la révolution numérique », *Hermès*, n°44, 2006.
441. SAUVÉ J.-M., « Séance d'ouverture », in Conseil d'État, *La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?*, un colloque organisé par le Conseil d'État le 6 février 2015, La documentation française, Coll. Droit et débat, DILA/Conseil d'état, Paris, 2016.
442. SAVATIER R., « La vente à distance », *Dalloz*, Chronique 45, Paris, 1971.

443. SAWADOGO FILIGA M., « Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina-Faso et de l'Afrique de l'Ouest », Conférence régionale africaine de haut niveau, Tunis, 19-21 juin 2003.
444. STREEL (de) A., QUECK R., « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe », *JTDE*, n°101, septembre 2003.
445. STROWEL A., « Introduction », *Google et les nouveaux services en ligne. Impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, Larcier, 2008.
446. TANGKITVANICH S., « Vues du sud, les politiques du commerce électronique planétaire », in PNUD, *Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement, numéro un*, PNUD, New York, 2001.
447. TRONQUOY P., « La société numérique, La révolution numérique », *Cahiers français*, n°372, La documentation française, Paris, janvier-février 2013.
448. TROYE-WALKER A., « Le cadre juridique du commerce électronique en Europe », première session : « le cadre juridique international du commerce électronique », in RAYNARD J. (sous la dir.), *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Actes du colloque de Nice des 23,24 et 25 octobre 2000*, Litec, n°20, Coll. actualité de droit de l'entreprise, Cahors (France), 2002.
449. TRUDEL P., « le cyberspace, réseaux constitutants et réseau des réseaux », *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis*, Actes du colloque du Centre Jacques Cartier organisé du 5 au 8 décembre 1995, Université de Montréal, Centre de Recherche en droit Public, 1996.
450. VALLÉE A., « Les États pourront-ils faire l'Europe de Télécommunications ? », in *Réseaux*, vol.8, n°40, 1990.
451. VALLÉE O., « La dette publique est-elle privée ? », *Politique africaine*, n°73, mars, 1999.
452. VAN DER ESCH V.-B., « Dérégulation, autorégulation et le régime de concurrence non faussée dans la CEE », *Cahier de droit européen*, n°5-6, 1990, cité par POPOVIC D., *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, LGDJ, Paris, 2009.
453. VOLLE M., « Géopolitique du cyberspace », in Cahier français, *La société numérique*, La documentation française, n°372, Paris, 2013.
454. WATIN-AUGOUARD M., « Préface », in LORVO F., *Numérique : de la révolution au naufrage ?*, éd. Fauves, Paris, 2016.

III. LÉGISLATION INTERNATIONALE

455. Accord de création de l'OMC du 24 avril 1996.
456. Convention de Vienne.
457. Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, adoptée le 12 juin 1996.
458. Recommandation UIT-R SM 1132-2, *Principes généraux et méthodes de partage des fréquences entre services de radiocommunication ou entre stations radio électriques*, 1995-2000-2001.
459. Résolution 51/162 de l'Assemblée générale du 16 décembre 1996 portant sur la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, Guide pour l'incorporation de la loi type de la CNUDCI, Nations Unies, New York, 1997.
460. 4^e Protocole de l'AGCS/OMC du 17 février 1997.

IV. LÉGISLATION EUROPÉENNE

1) Traités, conventions et accords

461. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, signée entre les États membres de la Communauté économique européenne, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, modifiée et complétée (JO CE du 11 avril 1983, n° C97, Nouvelle version : JO CE 1989, l. 258, RC 1991. 437, RC 1997. 874).

- 462. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version (FR) consolidée, JO UE, C 83/47, 30 mars 2001.
- 463. CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention sur la cybercriminalité*, Budapest, 23 novembre 2001, STE n°185.

2) Règlements

- 464. Règlement (CE) n°2887/2000 du Parlement et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JO CE, L 336, 30 décembre 2000.
- 465. Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.
- 466. Règlement n°593/2008 du P.E.et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I
- 467. Règlement 544/2009/CE du 18 juin 2009 modifiant le règlement 717/2007/CE concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la communauté et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO CE, L 167, 29 juin 2009.
- 468. Règlement (CE) n°1211/2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office (BEREC), JO CE, L 337, 18 décembre 2009.
- 469. Règlement (UE) 531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (refonte), JO UE L 172/10, 30 juin 2012.
- 470. Règlement 910/2014 du PE et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, JO UE, L 257, 28 août 2014.
- 471. Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n°531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, JO UE, L 310, 26 novembre 2015.
- 472. Règlement (UE) n° 2016/679 du 27 avril 2016,.
- 473. Règlement Rome II relatif à la loi applicable à la responsabilité délictuelle, même dans les litiges internationaux.

3) Directives

- 474. Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, dite directive « terminaux de télécommunications », JO CE, L113, 27 mai 1988.
- 475. Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice de l'activité de radiodiffusion, JO CE, L 298, 17 octobre 1989.
- 476. Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, JO CE, n° L 192 du 24.07.1990.
- 477. Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, dite directive « services de télécommunications », JO CE, L192, 24 juin 1990.
- 478. Directive 92/44/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, JO CE L 165, 19 juin 1992,

479. Directive 94/46/CE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particuliers les communications par satellite, JO CE L 268, 19 octobre 1994.
480. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO UE, 23 novembre 1995.
481. Directive 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 modifiant les directives 98/388/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévisions pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, JO CE, L 256, 26 octobre 1995.
482. Directive 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles, JO CE, L 20, 26 janvier 1996.
483. Directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des services de télécommunications, JO CE, L 74, 22 mars 1996.
484. Directive 97/13/CEE du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans les secteurs des télécommunications, JO CE L 117.
485. Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997, relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JO CE, L199/32, 26 juillet 1997.
486. Directive 97/36/CEE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE, JO CE, L 202, 30 juillet 1997.
487. Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, JO CE, L295, 29 octobre 1997.
488. Directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil, JO CE L 290 du 23 octobre 1997.
489. Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteurs des télécommunications, JO CE, n°L 024, 30 janvier 1998,.
490. Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance, JO CE, L 144, 4 juin 1997.
491. Directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, JO CE, L 101, 1^{er} avril 1998.
492. Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JO CE n° L 204, 21.7.1998.
493. Directive 98/48/CE du Parlement européen et du conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO CE, L 204, 21 juillet 1998, p. 37), JO CE, L 217, 5 août 1998.
494. Directive 1999/64/CE de la Commission du 23 juin 1999 modifiant la directive 90/388/CEE en vue de garantir que les réseaux de télécommunications et les réseaux câblés de télévision appartenant à un seul et même opérateur constituent des entités juridiques distinctes, JO CE L 175, 10 juillet 1999.
495. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JO CE L 13, 19 janvier 2000.

496. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO CE n°178, 17 juillet 2000.
497. Directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 (directive « accès »), JO CE, L 108, 24 avril 2002.
498. Directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 (directive « autorisation »), JO CE, L 108, 24 avril 2002.
499. Directive 2002/21/CE du P.E et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (directive « cadre »), JO CE, L108/33, 24 avril 2002,.
500. Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 (directive « service universel »), JO CE, L 108, 24 avril 2002.
501. Directive 2002/58/CE du Conseil de l'Europe, n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JO CE, n° L202, 31 juillet 2002
502. Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JO CE, L 271, 09 octobre 2002.
503. Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans le marché de réseaux et des services de communications électroniques, JO CE L 249, 17 septembre 2002.
504. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO UE, L 149, 11 juin 2005.
505. Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant 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 et de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le Règlement (CE) n°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, JO CE, L 337 du 18 décembre 2009.
506. Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JO CE, L 111, 5 mai 2009.
507. Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, JO UE, L 337/37, 18 décembre 2009.
508. Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JO UE, L 304, 22 novembre 2005.
509. Directive 2014/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit, JO UE, L 155, 23 mai 2014.

4) Résolutions et décisions du Parlement européen

- 510. Décision 676/2002/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière du spectre radio électrique dans la Communauté européenne, J.O. L 108 du 24 avril 2002.
- 511. Résolution du Parlement européen du 5 février 2009 sur les échanges commerciaux internationaux et l'internet (2008/2204(INI)), JO UE n° C67, 18 mars 2010.
- 512. Décision n°676/2002/CE du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique, en matière de spectre radioélectrique dans la communauté européenne, JO CE, L108, 24 avril 2002.

5) Projets, communications, lignes directrices

- 513. Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, JO CE n° C233, 6 septembre 1991.
- 514. Commission de la Communauté européenne, *Programme d'action : vers un marché communautaire compétitif en matière des télécommunications en 1992 – Mise en application du livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications* (état des discussions et propositions faites à la Commission, tel qu'approuvé), Communication de la Commission, 9 février 1998, COM/88/48/FINAL.
- 515. Commission de l'Union européenne, *Vers un cadre européen global pour les jeux de hasard en ligne*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, 23 octobre 2012, Doc. 596 final.
- 516. Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JO CE, 11 juillet 2002, C 165.

6) Textes officiels

- 517. Commission de la Communauté européenne, *Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications*, Bruxelles, COM (87) 290, 30 juin 1987.
- 518. Commission de la Communauté européenne, *Vers une économie européenne dynamique, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications*, COM (87) 290 final, 30 juin 1987.
- 519. Commission des CE, *Livre vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble*, octobre 1994.
- 520. Commission européenne, *Livre vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble – Partie II – Une approche commune de la fourniture d'infrastructures de télécommunications au sein de l'Union européenne*, COM (94), octobre 1994 et janvier 1995.
- 521. Commission européenne, *Livre vert sur les communications commerciales dans le marché intérieur*, 8 mai 1996, COM (1996)192 final.
- 522. Commission européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation*, COM(97) 623 final, 3 décembre 1997.
- 523. Commission européenne, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM (2003) 270, 21 mai 2003.
- 524. Commission européenne, *Accord de partenariat ACP-CE*, signé à Cotonou le 23 juin 2000, révisé à Luxembourg le 25 juin 2005, Coll. développement, Office des publications officielles des CE, Luxembourg, 2006.

525. Commission européenne, *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, COM (2006) 744 final, Bruxelles, 8 février 2007.
526. Commission de l'UE, *Livre vert sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur*, 24 mars 2011, COM (2011) 128 final, SEC (2011) 321 final.
527. Comité des ministres, *Gouvernance de l'Internet – Stratégie du Conseil de l'Europe 2012-2015*, 15 mars 2012, CM(2011)175 final 2.
528. Commission européenne, *Livre vert « se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent : croissance, création et valeurs »*, COM (2013) 231, 24 avril 2013.
529. Commission européenne, *Livre vert sur les relations entre l'Union européenne et les pays d'Afrique, des caraïbes et du Pacifique (ACP) à l'aube du 21^e siècle – Défis et options pour un nouveau partenariat*, 21 novembre 2016, COM(96)0570 – C4-0639/96, [Courrier (Bruxelles), 1997-03/04, n°162].
530. *Eurobaromètre*, n° 186, enquête menée en octobre 2006 ; Commission européenne, *Livre vert*, COM (2006) 744.
531. *Eurobaromètre*, octobre 2008
532. JO CE, L74/13, 22 mars 1996.
533. JO CE, L199/32, 26 juillet 1997.
534. JO CE, L 204, 21 juillet 1998.
535. JO CE, L 217, 05 août 1998.
536. JO CE L 178, 23 janvier 1999.
537. JO CE, L 249, 17 septembre 2002.
538. JO CE, L 337, 18 décembre 2009.
539. JO UE, L 119, 4 mai 2016.
540. Recommandation 84/550/CEE du 12 novembre 1984 concernant la première phase d'ouverture des marchés des télécommunications, Doc. 3198H0550, JO CE, 16 nov. 1984.
541. Recommandation de la Commission concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé : - partie 1 : « Tarification de l'interconnexion », le 8 janvier 1998, JO CE L73, 12 mars 1998; - partie 2 : « Séparation comptable et comptabilisation des coûts », le 8 avril 1998, JO CE L141, 13 mai 1998.
542. Recommandation 2003/311/CE de la Commission du 11 février 2003 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, JO. CE du 8 mai 2003, L 114.

V. LÉGISLATION FRANÇAISE

1) Textes législatifs

543. Constitution française, 4 août 1958, version du 7 août 1958.
544. Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO RF, 7 janv.1978.
- 545.
546. Loi n°81-994 du 9 novembre 1981 portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion, JO RF, 10 novembre 1981.
547. Loi n° 82-652 du 29 juillet 1981 sur la communication audiovisuelle, JO RF, 30 juillet 1982.
548. Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JO RF, 1^{er} octobre 1986.
549. Loi n°90-58 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public des postes et des télécommunications, JO RF, n°174, 08 juillet 1990.

550. Loi n°90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications, JO RF, n°303, 30 décembre 1990.
551. Loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, JO RF, n°174, 27 juillet 1996.
552. Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, JO RF, n°174, 27 juillet 1996.
553. Loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, JO RF, n°1, 1^{er} janvier 2004.
554. Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique [dite « LCEN »], JO RF, n°143, 22 juin 2004.
555. Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JO RF, 10 juillet 2004.
556. Loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO RF, n°182, 7 août 2004.
557. Loi de 1905 sur les fraudes et les falsifications, assurant sa protection de ses règles de protection à toute personne.
558. Loi de 1972 sur le démarchage. Loi de 1978 sur les clauses abusives.
559. Loi n°2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, JO RF, n°117, du 21 mai 2005.
560. Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JO RF, n°3, 4 janvier 2008.
561. Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie [dite « LME »], JO RF, n°181, 5 août 2008.
562. Loi n°2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique, JO RF, n°0293, 18 décembre 2009.
563. Loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, JO RF n°0110, 13 mai 2010.
564. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation [« loi Hamon »], JO RF, n°0065, 18 mars 2014.
565. Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JO RF 25 août 2001.
566. Ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, transposant la directive 2002/65/CE.
567. Ordonnance 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, JO RF, n°140, 17 juin 2005.
568. Décret n°2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.
569. Ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, JO RF, 26 août 2011.
570. Ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, JO RF, n°0194, 23 août 2014.
571. Code civil, tel que modifié par l'article 2 de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO RF, n°0035, 11 février 2016, texte n°26.
572. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique [« loi Axelle Lemaire »], JO RF, 8 octobre 2016.
573. Code du commerce.
574. Code des procédures civiles d'exécution.
575. Code Pénal Français.
576. Code de la Poste et des communications électroniques.

- 577. Code de la Santé publique.
- 578. Code de la consommation.
- 579. Code de la sécurité intérieure, créé par la loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

2) Textes réglementaires

- 580. Arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, JO. 4 août 1988.
- 581. Décret n°87-775 du 24 septembre 1987 relatif aux liaisons spécialisées et aux réseaux téléphoniques ouverts à des tiers.
- 582. Décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom et au code des postes et télécommunications, articles 15 à 22, J.O. RF, 30.12.1990.
- 583. Décret n°92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat.
- 584. Décret n°2001-1331 du 28 décembre 2001, modifiant le décret n°92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application du 1° de l'article 27 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage.
- 585. Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO RF, 0035, 11 février 2016.
- 586. Arrêté du 25 février 2016 portant désignation de l'organisme chargé de gérer la liste d'opposition au démarchage téléphonique, JO RF, n°0050, texte n°36, 28 février 2016.
- 587. Circulaire du 16 mars 1988 prise en application du décret n°87-775 du 24 septembre 1987 relatif au régime général des liaisons spécialisées et au régime des réseaux télématiques ouverts à la des tiers utilisant des liaisons spécialisées.

3) Textes officiels et rapports institutionnels

- 588. JO RF, 1^{er} janvier 2004.
- 589. JO RF, 22 juin 2004.
- 590. JO RF, 10 juillet 2004.
- 591. JO RF, n°0110, 13 mai 2010.
- 592. JO RF, n°0065, 18 mars 2014, texte n°1.
- 593. JO RF, n°0064, 16 mars 2016, texte n°29.

VI. LÉGISLATION CONGOLAISE

1) Textes législatifs

- 594. Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution du 18 février 2006 (Textes coordonnés), JO RDC, numéro spécial, 5 février 2011.
- 595. Code pénal congolais : Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété à ce jour, mise à jour au 5 octobre 2006, JO RDC, 47^e année, n° spécial, Kinshasa, 05 octobre 2006.
- 596. Arrêté du Gouverneur général du 19 janvier 1901, Jeux de hasard, R.M., 1901.
- 597. Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en RDC [LCT], JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janvier 2003.
- 598. Loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'Autorité de régulation des postes et des télécommunications, JO RDC, 44^{ème} année, numéro spécial, Kinshasa, 25 janvier 2003.

599. Loi n°004-2003 du 14 mars 2003 portant réforme des procédures fiscales, *JO RDC*, n° spécial, Kinshasa, 31 mars 2003.
600. Loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des Recettes Administratives, Judiciaires, Domaniales et des Participations ainsi que leurs modalités de perception, *JO RDC*, 45^e année, n° spécial, Kinshasa, 22 juillet 2004, (Autre publication : *JO RDC*, 47^e année, n° spécial, 18 août 2006.).
601. Loi n°06/003 du 27 février 2006 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°004/2003 du 13 mars 2003 portant réforme des procédures fiscales, *JO RDC*, 47^e année, n° spécial, 15 mars 2006.
602. Loi n°08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques *JO RDC*, 49^e année, n° spécial, 12 juillet 2008.
603. Loi n°08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, *JO RDC*, 49^e année, n° spécial, 12 juillet 2008.
604. Loi 08-010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État, *JO RDC*, 49^e année, n° spécial, 12 juillet 2008.
605. Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, *JO RDC*, n° spécial, Kinshasa, 18 octobre 2016.

2) Textes réglementaires

606. Ordonnance n°17/025 du 10 juillet 2017 fixant les attributions des ministères, *JO RDC*, n° spécial, 58^e année, Kinshasa, 19 juillet 2017.
607. Ordonnance législative n°254/Télec. du 23 août 1940, *Moniteur congolais*, *JO RDC*, n° spécial, 25 janvier 2005, Kinshasa.
608. Ordonnance-loi n°68-475 du 13 décembre 1968 portant création de l'OCPT, *Moniteur congolais*, n°3, 1^{er} février 1969.
609. Ordonnance-loi n°71-015 du 15 mars 1971 sur les installations radioélectriques privées, *Moniteur congolais*, n°8, 15 avril 1971.
610. Ordonnance n°78-222 du 5 mai 1978 portant statut de l'ONPTZ, *JOZ.*, n°12, du 15 juin 1978.
611. Ordonnance n°83-178 du 28 septembre 1983 portant création de la commission de la police du commerce, *JOZ.*, n°19, 1^{er} octobre 1983.
612. Ordonnance n°87-243 du 22 juillet 1987 portant réglementation de l'activité informatique en République du Zaïre, *JOZ.*, n°15, 1^{er} août 1987.
613. Ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950 sur la concurrence déloyale et sa répression, *Bulletin Administratif [Congo-Belge]*, 1950.
614. Ordonnance-loi n°11-41 du 16 mai 1951, Interdiction des concours et pronostics sportifs ou autres, *B.O.*, 1951.
615. Ordonnance n°12/008 du 11 juin 2012 fixant les attributions des Ministères, *JO RDC*, 53^e année, n° spécial, 14 juin 2012.
616. Ordonnance [du Président de la RDC] n°14/073 du 5 décembre 2014 portant approbation de l'Accord de don H81-ZR conclu entre la RDC et la Banque mondiale, au titre de la 5^e phase du programme régional de réseaux de télécommunication haut débit en Afrique centrale (CAB5), *JO RDC*, 56^e année, n° spécial, 10 janv. 2015, col.2.
617. Ordonnance n°15/015 du 21 mars 2015 fixant les attributions des ministères, *JO RDC*, 53^e année, n° spécial, 14 juin 2012, *JO RDC*, n° spécial, 56^e année, 27 mars 2015, col. 23 et s.
618. Ordonnance n°15/017 du 25 mars 2015 portant nomination des mandataires publics au sein de la Société commerciale des postes et télécommunications, en sigle SCPT, *JO RDC*, 56^e année, 1^{er} avril 2015, col. 9-10.
619. Décret [du Roi de belges] du 2 août 1913, des commerçants et de la preuve des engagements commerciaux, *B.O.*, 1913.
620. Décret sur les loteries du 17 août 1927, *Bulletin officiel*, Congo-Belge, 1927.

621. Décret du 7 mars 1960 portant Code de procédure civile, *Moniteur congolais*, 1960.
622. Décret du 20 mars 1961 sur la réglementation des prix, *Moniteur congolais*, 1961.
623. Décret-loi sur le prix du 20 mars 1961, tel que modifié par l'Ordonnance-loi n°83-026 le 12 septembre 1983, in *Les codes Larcier de la République démocratique du Congo*, t.III, vol. 2, éd. De Boeck & Larcier (Afrique éditions), Bruxelles (Kinshasa), 2003.
624. Décret n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des ministères du gouvernement de transition, JO RDC, n° spécial, 44^e année, 23 septembre 2003.
625. Décret 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics, JO RDC, 50^e année, n° spécial, 30 avril 2009,
626. Décret n°012/15 du 20 février 2012 fixant les modalités de calcul et les taux des revenus des prestations de l'Autorité de Régulations de la Poste et des Télécommunications, « ARPTC » en sigle, JO RDC, n°6, 15 mars 2012, col.9-10.
627. Arrêté interdépartemental DENI/CAB06/005/87 portant mesures d'exécution de l'ordonnance n°83-178 portant création de la commission de la police du commerce, *Législation et réglementation économiques et commerciales*, 2^e éd., 1998.
628. Arrêté ministériel n°CAB/MIN/PTT/0027/31/93 du 18 novembre 1993 fixant les conditions d'exercice des activités du secteur de télécoms, JO RDC, n° spécial, 44^e année, Kinshasa, 25 janvier 2003.
629. Arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN&BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 du 25 janvier 2003 portant fixation de la taxe terminale sur les communications internationales entrantes, JO RDC, n° spécial, 44^e année, 25 janvier 2003.
630. Arrêté interministériel n°005/CAB/MIN/PTT/2005 et n°110/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 29 juillet 2005 portant fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministère des PTT, JO RDC, n° spécial, 46^e année, Kinshasa, 1^{er} novembre 2005, col. 57-60.
631. Arrêté n°003 /CAB/MIN/PTT/2009 du 26 février 2009 portant création du Plan National de Numérotation et Arrêté n° 004/CAB/MIN/PTT/2009 du 26 février 2009 portant fixation des modalités de gestion du Plan National de Numérotation, JO RDC, 50^e année, n°5, 1^{er} mars 2005, col. 1-10.
632. Arrêté interministériel n°068/CAB/MIN/INTERSEC/2009, n°212/CAB/MIN/J/2009, n° CAB/MIN/PTT/011/2009 du 21 décembre 2009 modifiant et complétant l'Arrêté interministériel n°25/CAB/MIN/ÉTAT/INTERDESEC/010/2008 et n°003 CAB/MIN/PTT/2008 du 8 mars 2008 du Ministre d'État en charge de l'intérieur et du Ministre des PTT fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en République Démocratique du Congo.
633. Arrêté interministériel n°002/TNT/CAB/M-CM/LMO/2015 et n° CAB/VPM/PTNTIC/TLL/0002/2015 du 25 avril 2015 du Vice-premier Ministre, Ministre des PTT et du Ministre de l'information et média portant définition des acteurs du nouveau paysage audiovisuel congolais, récupération par l'État congolais des fréquences analogiques octroyées aux chaînes de télévision et interdiction d'importation en République Démocratique du Congo des récepteurs analogiques, *JO.RDC*, n°11, 1^{er} juin 2016, col. 24.
634. Arrêté ministériel n° CAB/M-CM/LMO/006/2015 du 25 avril 2015 du Ministre de la Communication et Médias portant procédure d'obtention d'autorisation d'exploitation de la TNT, in JO RDC, col. 27.
635. Arrêté interministériel n°25/CAB/VPM/MIN/INTERSEC/024/2015, n°03/CAB/VPM/PTNTIC/2015, n°MNDAC-RCAB/009/2015, n°004/CAB/MIN/J&DH/2015, n°CAB/MIN.FINANCES/2015/0144, n°008/CAB/MIN/CM/LMO/2015 du 19 mai 2015 modifiant et complétant l'Arrêté interministériel n°068/CAB/MIN/INTERSEC/2009, n°212/CAB/MIN/J/2009, n°CAB/MIN/PTT/011/2009 du 21 décembre 2009 fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en République Démocratique du Congo, JO RDC, n°11, 56^{ème} année, Kinshasa, 1^{er} juin 2015, col.7.

636. Arrêté interministériel n°001/CAB/VPM/MIN/PTT/2011 et n°045/CAB/MIN/FINANCES/2011 modifiant et complétant l'Arrêté interministériel n°005/CAB/MIN/PTT/2009 et n°071/CAB/MIN/FINANCES/2009 du 26 février 2009 portant fixation de taux de la taxe de numérotation à percevoir à l'initiative de l'ARPTC pour l'utilisation des ressources en numérotation, JO RDC, 52^e année, n°4, 15 fév.2011, col. 6 [www.legalnet.cd/Legislation/JO/2011/JO%2015%2002%202011.Sommaire.pdf] (consulté le 15 juin 2016).
637. Arrêté ministériel n°008/MINPF/LMM/2016 du 01 novembre 2016 portant suspension d'un mandataire public au sein de la société congolaise des postes et télécommunications, en sigle "SCPT SA" [inédit]. « Le directeur général de la SCPT, Didier Musete suspendu, 3 novembre 2016, MCNTEAM, *Mediacongo* [http://www.mediacongo.net/article-21757.htmlactualité] (consulté le 4 novembre 2016.)

3) Textes officiels et rapports institutionnels

638. AGENCE NATIONALE POUR LA PROMOTION DES INVESTISSEMENTS, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication », *Cahier sectoriel*, ANAPI, Kinshasa, mai 2017.
639. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Règlement intérieur*, JO RDC, 48^e année, Kinshasa, numéro spécial, 20 février 2007.
640. COPIREP, *Rapport annuel 2013*, Établissement public, Kinshasa.
641. Gouvernement de la RDC, *Programme économique du gouvernement*, (PEG) 2010, Kinshasa.
642. Gouvernement de la RDC, *Programme économique du Gouvernement (PEG)*, Kinshasa/RDC, 15 septembre 2011.
643. Gouvernement de la RDC, *Programme économique et social, vision, défis, stratégies et politiques et sectorielles*, septembre 2011, Kinshasa.
644. Institut National de la Statistique, *Annuaire statistique 2014*, Ministère du plan et révolution de la modernité / PNUD, Kinshasa, juillet 2015.
645. JO RDC, n° spécial, 44^e année, Kinshasa, 25 janvier 2003.
646. JO RDC, n° spécial, 46^e année, Kinshasa, 25 janvier 2005.
647. JO RDC, 46^e année, Kinshasa, 1^{er} septembre 2005.
648. JO RDC, n°15, 47^e année, Kinshasa, 1^{er} août 2006, col. 21 et s.
649. JO RDC, n° spécial, 47^e année, Kinshasa, 18 août 2006.
650. JO RDC, n° spécial, 49^e année, Kinshasa, 12 juillet 2008.
651. JO RDC, *Recueil de textes sur l'amélioration du climat des affaires*, n° spécial, 51^{ème} année, Kinshasa, 3 mars 2010.
652. JO RDC, n°23, 53^e année, Kinshasa, 1^{er} décembre 2012.
653. JO RDC, 1^{er} déc.2011, n°23.
654. JO RDC, n°8, 15 avril 2009, 1^{re} partie, « Avis et annonces », col. 74.
655. Ministère des PTT, *Document de Politique sectorielle, stratégie de développement du secteur des télécommunications et des technologies de l'information et de la communication de la RDC*, juillet 2009, Kinshasa.

4) Décisions du collège de l'Autorité des postes et télécommunications (ARPTC)

656. Décision n°001/ARPTC/2005 du 25 avril 2005 relative au désaccord entre l'Office congolais des postes et télécommunications (OCPT) et les sociétés de télécommunications (inédiée). [Source : archivage de la notification de la décision faite à la société Vodacom Congo, l'une des parties litigantes].
657. Décision n°002bis/ARPTC/CCG/2006 du Collège de l'ARPTC du 27 janvier 2006 autorisant la société Celtel Congo à fournir les services Internet.
658. Décision n°003/CLG/ARPTC/2006 fixant les règles de procédure applicables en cas de manquements par les opérateurs de postes ou de télécommunications à leurs obligations légales.

659. Décision n°004/CLG/ARPTC/2006 fixant la procédure de règlement des différends en matière de poste ou de télécommunications.
660. Décision n°016/ARPTC/CLG/2006 du 23 juin 2006 portant définition des principes d'interconnexion, JO RDC, n°15, 47^e année, Kinshasa, 1^{er} août 2006, col. 13 et s.
661. Décision n°005/ARPTC/CLG/2007 du 29 juin 2007 du Collège de l'ARPTC portant identification des abonnés du service de la téléphonie mobile JO RDC, 48^e année, n° 10, Kinshasa, 15 octobre 2007, col. 1 et 2.
662. Décision n°001/ARPTC/CLG/2009 du 14 janvier 2009 et n°005/ARPTC/CLG du 24 février 2009.
663. Décision n°008/ARPTC/CLG/2011 du 28 février 2011 du Collège de l'ARPTC modifiant la Décision n°044/CLG/ARPTC/2008 du 25 août 2008 portant conditions et modalités de promotion des services de télécommunications en République Démocratique du Congo, JO RDC, n°8, 52^e année, 15 avril 2011, col. 27.
664. Décision n°036/ARPTC/CLG/2011 du 14 juin 2011 du collège de l'ARPTC portant attribution d'un canal de fréquences de service de radiodiffusion télévisuelle à la chaîne de télévision Broad Casting Network « BNTV/Barala » à Kinshasa, JO RDC, 1^{er} déc.2011, n°23, col. 23.
665. Décision n°037/ARPTC/CLG/2011 du collège de l'ARPTC du 27 avril 2011 attribuant les fréquences à l'Ambassades des États-Unis à Kinshasa, JO RDC, n°23, 52^e année, 1^{er} déc. 2011, col.24.
666. Décision n°038/ARPTC/CLG/2011 du collège de l'ARPTC du 27 avril 2011 autorisant la Banque First International Bank (FIBANK) à installer et exploiter un réseau indépendant constitué de quatre stations VSAT, JO RDC, n°23, 52^e année, 1^{er} déc. 2011, col. 25.
667. Décision n°062/ARPTC/CLG/2011 du collège de l'ARPTC du 02 septembre 2011 attribuant les fréquences à l'Ambassades d'Afrique du Sud à Kinshasa, JO RDC, n°52, 52^e année, 1^{er} déc. 2011, col. 52.
668. Décision n°26/ARPTC/CLG/2011 du Collège de l'ARPTC attribuant les fréquences faisceaux hertziens dans les bandes de 8 GHz et de 11 GHz à la société CIELUX, JO RDC, 52^e année, n°23, 1^{er} déc.2011, col. 11.
669. Décision n°29/ARPTC/CLG/2011 du Collège de l'ARPTC portant sélection de la société CYBERNET comme attributaire d'une licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau de Télécommunications par satellite de type VSAT, JO RDC, 52^e année, n°23, 1^{er} déc.2011, col. 15.
670. Décision n°003/ARPTC/CLG/2012 du Collège de l'ARPTC autorisant la société Oasis Sprl à fournir le service Internet au public, JO RDC, 53^e année, n°23, 1^{er} décembre 2012, col. 11.
671. Décision n°009 ARPTC/2012 du Collège de l'ARPTC modifiant la décision n°028/ARPTC/CL/2011 portant définition des principes de tarification du service de détail voix applicables par les exploitants des réseaux et services de télécommunications ouverts au public en RDC, JO RDC, 53^e année, n°23, 1^{er} décembre 2012, col. 20.
672. Décision n°021/ARPTC/CLG/2012 du 03 mars 2012 du Collège de l'ARPTC portant suspension des promotions des services de télécommunications en RDC [inédit]
673. Décision n°028/ARPTC/CLG/2012 du Collège de l'ARPTC attribuant les fréquences additionnelles dans la bande GSM 900 à la société Oasis Sprl, JO RDC, 53^e année, 1^{er} décembre 2012, col. 53.
674. Décision n°33/ARPTC/CLG/2012 du Collège de l'ARPTC attribuant les fréquences additionnelles dans la bande GSM 900 à la société CCT Sarl, JO RDC, 53^e année, 1^{er} décembre 2012, col. 54.
675. Décision n°001/ARPTC/CLG/2015 du 02 février 2015 portant encadrement des tarifs voix applicables par les exploitants des réseaux et services des télécommunications ouverts au public en RDC. [inédit]

VII. JURISPRUDENCES

1) Jurisprudence américaine

676. Cour d'appel fédérale du 9^e circuit, 23 août 2004 et 12 janvier 2006 et 12 janvier 2006, *LICRA and UEJF v. Yahoo !*, n° 01-17424.

2) Jurisprudence européenne

677. CJCE, affaire *Factort*, arrêt du 25 juillet 1991, C-221/89, *Rec.*, 1991.
678. CJCE, 17 novembre 1992, *Royaume d'Espagne, Royaume de Belgique et République indienne c/ Commission*, aff. Jointes C-271/90, C-281/90 et C-281/90, *Recueil* 1992.
679. CJCE, affaire C-69/91, 27 octobre 1993, *Procédure pénale contre Francine Decoster, épouse Gillon*, *Rec.* 1993.
680. CJCE, *Compagnie Maritime belge c/ Commission*, C-395/96 C-396/6 P, TPI, *Gencor Ltd/ Commission*, aff. T-102/96.
681. CJCE : affaires Francesco Benicasas / Dentalkit Srl, 3 juillet 1997, activités CJCE, 1997, n°20.
682. TPI, *Gencor Ltd/ Commission*, arrêt 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Recueil*, 199, II,
683. Arrêt du 16 octobre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, C-298/07, *Rec.* p. I-7841,
684. CJCE, 23 avril 2009, *VTB-VAB c/ Total Belgium NV*, Aff. C-261/07, *D.* 2009, AJ.
685. CJCE, Arrêt du 23 mars 2010, *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08.
686. CJCE, Arrêt du 25 mars 2010, *BergSpechte*, C-278/08.
687. CJUE, *Affaire Peter Pammer et Hôtel Alpenhof GesmbH*, C-585/08 (jointe à C-144/09), 7 décembre 2010, RJ, 2010, I-12527.
688. CJUE, Arrêt du 12.07.2011, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Limited contre eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Limited*, *Affaire C-324/09*, *Recueil de la jurisprudence* 2011 I-06011.
689. CJUE, *France c/ Commission*, C-559/12P, 3 avril 2014.
690. CJUE, Gde ch, aff. C-293/12, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd.*
691. CJUE, *Affaire Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de protección de Datos et Mario Costeja González*, C-131/12, Arrêt (grande chambre), 13 mai 2014.
692. CJCE, *Compagnie Maritime belge (transport SA) et Dafra-Lines A/S c/ Commission*, aff. Jtes C-395/96 C-396/6 P, 16 mars 2000, *Recueil de la jurisprudence*, 200, I, pp. 1365
693. CJCE, *République française c/ Commission*, C-202/88, 19 mars 1991, concurrence dans les marchés des terminaux de télécoms.
694. CJUE, *France vs. Commission*, affaire C-559/12P, avril 2014, Communiqué de presse n°48/14, Luxembourg, 3 avril 2014

3) Jurisprudence française

695. Cass. Com., 9 novembre 1970, Bull. IV, n° 298, in CAMPANA M.-J., *Code de commerce*, 20^e éd., Litec, Paris, 2008.
696. Cass. Com., 18 février 1975 : Bull. civ. IV, n°48.
697. Cass. crim., 12 novembre 1986, Bull. Crim., n°861.
698. Cass. Civ. 28 avril 1987 RTD civ. 1987-537.
699. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *D.* 1993.
700. Cass. Civ., 1^{ère}, 24 nov. 1993, JCP, éd. G. 1994, n°22334.
701. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, *D.* 1999. IR 170.
702. Cass. Crim., 14 oct. 1998, *D.* 1999.
703. Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2001, *D.* 2002, Somm. 932.
704. Cass. Civ., 1^{ère} Ch., 15 mars 2005, n°02-13285.

- 705. Cour Cass., crim., 9 septembre 2008, Giuliano, n°07-87281.
- 706. Cass. Civ. 1^{re}, 2 juillet 2014, *D.* 2014, 1492.
- 707. Conseil d'État, Arrêt du Bac d'Eloka, Société commerciale de l'Ouest africain, 22 janvier 1921.
- 708. Conseil d'État, Arrêt, Caisse primaire Aide et Protection, 13 mai 1938 ; Arrêt Monpeurt, 31 juillet 1942 (GAJA).
- 709. Conseil d'État; Arrêt Bouguen, 2 avril 1943 (GAJA)
- 710. Conseil d'État, Arrêt *Etablissement Vezia*, 20 décembre 1935 (GAJA).
- 711. Conseil d'État, Arrêt, *Caisse primaire Aide et Protection*, 13 mai 1938 (GAJA),
- 712. Cons. d'État, Arrêt Monpeurt, 31 juillet 1942 (GAJA)
- 713. Conseil d'État, Arrêt Bouguen, 2 avril 1943 (GAJA).
- 714. Cour d'appel de Paris, Facebook Inc. c/ Monsieur X, 12 février 2016, n°15/08624.
- 715. TGI, Paris, Ordonnance, Juge des référés, 22 mai 2000.
- 716. TGI Paris, 8 juillet 2005, Real de Madrid Football club c/ Zinedine Zidane, David Beckham, Raul G. et al. c/ Hilton Group PLC, *sporting Exchange TD*, William H., *sportingbet PLC* et al.
- 717. TGI, Troyes, Aff. Hernès International c/ SA eBay France et eBay International AG, 4 juin 2008, *RLDI*, n° 39, 2008, n°1296 ;
- 718. TGI, Paris, *Max Mosley c. Google Inc. et Google France*, RG 11/07970.

VIII. RAPPORTS PUBLICS

1) Organisations internationales

- 719. BANQUE MONDIALE, *Les dividendes du numérique, Rapport sur le développement dans le monde 2016*, Washington, avril 2016.
- 720. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, 18 novembre 2005, WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rév.1).
- 721. UIT, *Tendances des réformes dans les télécommunications, 2002, Une régulation efficace*, Rapport, Genève, 2002.

2) Entités européennes

- 722. LAMOULINE C. et POULLET Y., *Des autoroutes de l'information à la « démocratie électronique » : de l'impact des technologies de l'information et de la communication sur nos libertés*, Rapport présenté au Conseil de l'Europe, Bruylant, Bruxelles, 1997.
- 723. LEVY P., *Cyberculture, Rapport au Conseil de l'Europe dans le cadre du projet « Nouvelles technologies : coopération culturelle et communication »*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- 724. Rapport de Criminologie virtuelle de McAfee, Etude paneuropéenne au sujet du cybercrime organisé, Février 2005.
- 725. Rapport intermédiaire de la Commission européenne concernant la vente de billets d'avion sur Internet. MEMO 09/379, *EU-Investigation into websites selling consumer electronic goods*.
- 726. Stratégie du Conseil de l'Europe sur la gouvernance de l'Internet 2012-2015, Rapport à mi-parcours du Secrétaire général du Conseil de l'Europe, SG/Inf (2014)7, 1^{er} février 2014.
- 727. CJCE, « *L'influence du droit national et de la juridiction des États membres sur l'interprétation du droit communautaire* », Acte du colloque organisé par le CJCE, le 26 mars 2007 pour le cinquantième anniversaire des Traités de Rome.

3) Entités françaises

- 728. BERGOUNOUX J., *Services publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Rapport du groupe présidé par Jean Bergougnoux, Commissariat général du Plan, *La documentation française*, 2000, cité par BUSHABU WOTO L., *De la mise en œuvre de la régulation des télécommunications en droit congolais (RDC)*, Mémoire pour obtention de BADGE, Promo 2005, Télécom Paris Ecole nationale supérieure des télécoms (ENST)/Arcep Burkina-Faso/Institut de la Banque mondiale/ESMT Dakar, Ouagadougou, 2005.
- 729. Conseil d'État, « L'intérêt général », *Rapport public 1999*, EDCE, n°50, La Documentation française.
- 730. BOULAUD D., *Le nouveau cadre européen des communications électroniques pour quels équilibres ?*, Assemblée nationale, Rapport d'information, n°3048, 11^e législature, 2001, Paris.
- 731. OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA DÉLINQUANCE (OND), *La Criminalité en France*, Rapport annuel 2008.
- 732. Section du Rapport et des études, étude générale adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État, 2 juillet 1998, Paris, *La documentation française*, 1998.
- 733. *Rapport à Monsieur le garde des Sceaux*, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, La documentation française, 2006.

4) Entités congolaises

- 734. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport de mission de la commission d'enquête parlementaire sur le backbone national en fibre optique*, Commission d'enquête sur la non-connexion à la fibre optique (sigle : A.N/C.E/FIB.OPT), Kinshasa, mai 2014.
- 735. AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA POSTE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, *Rapport public d'activités 2003*, Kinshasa, 2003.
- 736. AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA POSTE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, *Observatoire du marché de la téléphonie mobile, Rapport du 2^e trimestre 2015*, Direction économie et prospective, Kinshasa, 2015.
- 737. AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA POSTE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, *Observatoire du Marché de la téléphonie mobile, Rapport du 3^e trimestre 2016*, Direction économie et prospective, Kinshasa / RDC.
- 738. AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA POSTE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, *Observatoire du marché de la téléphonie mobile, Rapport du 2^e trimestre 2017*, Direction Économie et Prospective, Kinshasa, avril-juin 2017.
- 739. MUTINGA MUTUISHAYI M. et al, *Rapport de la Commission d'enquête sur le secteur des télécommunications en RDC*, Sénat, RDC, mai 2008.

IX. AUTRES RESSOURCES DOCUMENTAIRES

1) Autres documents officiels

- 740. ANSIP A. [vice-président de la Commission européenne, chargé du marché unique numérique] et OETTINGER G. [commissaire européen à l'économie et à la Société numériques], *Présentation de la stratégie européenne pour un marché unique*, (#DigitalSingleMarket), Bruxelles, 6 mai 2015.
- 741. ARCEP, Communiqué de Presse, « L'Arcep contribue à la consultation publique de la Commission européenne sur la révision du cadre réglementaire des télécoms », 28 janvier 2016.

742. ARPTC, « L'accès aux réseaux large bande mobile en République Démocratique du Congo », in UIT, 11th World Telecommunication/ICT, *Indicators symposium (WTIS-13)*, Mexico, 4-6 december 2013, Document INF/3-F21, nov.2013.
743. Baromètre e-commerce de l'ASCEL, bilan annuel, 2007.
744. CNUDCI, Doc. A/C.N.9/WG.IV/W.P.84 du 8 décembre 1999 ; Groupe de travail CNUDCI sur le commerce électronique, Doc. A/CN.9/465.
745. Conseil d'État, *La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?*, un colloque organisé par le Conseil d'État le 6 février 2015, La documentation française, n°16, Paris, 2016.
746. Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, Étude du Conseil, Paris, 2014.
747. CONSEIL D'ÉTAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, études, Paris, 2014, in La documentation française, n°16, 2015.
748. COPIREP, Présentation du Projet CAB5 au VPM, Ministre des PTNTIC, Hôtel Kempinski, Kinshasa, 9 janvier 2015.
749. ITU, *Measuring the information society 2013*, Geneva.
750. Journaux officiels, *Communications électroniques et services de communication audiovisuelle*, les éd. Journaux officiels, coll. « aux sources de la loi », Paris.
751. Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'UEMOA.
752. ROMIEU, Conclusions sous Conseil d'État, 22 mai 1903, Caisse des Écoles, Rec.,
753. UIT, Atelier pour la création de nouveau plan de numérotage national en Afrique, Cotonou (Bénin), 30 juin-04 juillet 2003.
754. UIT, *Le mobile dépasse le fixe : Conséquences en matière de politique et de régulation*, 2003.
755. CEEAC, *Vision stratégique de la CEEAC à l'horizon 2025*, secrétariat général, adopté par la 13^e conférence des Chefs d'États et de gouvernement, Brazza, 30 octobre 2007.

2) Textes inédits

756. Accord de don H81-ZR conclu entre la RDC et la Banque mondiale, au titre de la 5^e phase du programme régional de réseaux de télécommunication haut débit en Afrique centrale (CAB5) [Inédit].
757. AFRICELL S.A. (DG), AIRTEL S.A (DG A.I. & LEGAL & REGULATORY), ORANGE SA (DG & S.G), TIGO (D.G & REGULATORY), VODACOM CONGO S.A (D.G & LEGAL) et YOZMA S.A (D.G & P.R), Compte-rendu de la réunion tenue par les opérateurs télécoms sur la régulation des prix le 19 décembre 2014 au siège de Tigo [inédit].
758. Archives de la Vice-primature, Ministère des PTNTIC (RDC), décembre 2014 à février 2016.
759. Archives de la Vice-primature, Ministère des PTNTIC (RDC), Compte-rendu d'entretien, février 2015.
760. Arrêté interministériel n°004/CAB/MIN/PTT/2005 et n°015/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 28 juillet 2005 portant taux de la taxe de régulation à percevoir à l'initiative du Ministère des PTT et de l'ARPTC [inédit].
761. Arrêté interministériel n°25/CAB/MINÉTAT/INTERDESEC/010/2008 et n°003/CAB/MIN/PTT/2008 du 8 mars 2008 fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique [inédit].
762. Arrêté ministériel n°026/CAB/VPM/MIN/PNTC/LKNG/OPS/2012 du 30 mars 2012 portant mesures d'application du décret 012/15 du 20 février 2012 fixant les modalités de calcul et les taux des revenus des prestations de l'ARPTC [inédit].
763. Arrêté ministériel n°CAB/MIN/PT&NTIC/0011/09/2012 du 10 septembre 2012 portant attribution de la licence d'établissement et d'exploitation de réseau public de télécommunications de troisième génération « 3G » en R[DC] [inédit].

764. Arrêté interministériel n°CAB/MIN/PT&TIC/059/2014 et n°CAB/MIN/FINANCES/2014/109 du 5 juillet 2014 portant fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du ministère des Postes, télécommunications et nouvelles technologies de l'information et de la communication [inédit].
765. BAUDRIER A., *Administration et droit de la régulation*, Cours ENST-Paris, Ouagadougou, 13 juin 2005 [inédit].
766. Cissé A., *Objet du Droit du cyberspace*, Cours de Master 2 Pro, Université Gaston Berger, Saint-Louis/Sénégal, 2005-2006 [inédit], cité par K. NDUKUMA, *Cyberdroit, télécoms, Internet, contrats de e-commerce*, Presses Universitaires du Congo (PUC), Kinshasa, 2009.
767. Déclaration d'indépendance du cyberspace de John Perry BARLOW Davos, 1996, publié en Français par le webzine *Cybersphere*, aujourd'hui disparu.
768. Décret-loi n°101 du 3 juillet 2000 portant fixation de la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations et de leurs modalités de perception [inédit].
769. Groupe de haut niveau sur la société de l'information, *L'Europe et la société de l'Information planétaire*, 26 mai 1994.
770. Lettre n°CAB/VPM/MIN.PTNTIC/TLL/NAK/ktc/0114/2015 du 7 janvier 2015 du VPM, Ministre des PTNTIC en réponse à la lettre n° CAB/PM/CJFAD/SML/2014/00016801 du 26 décembre 2014 du Premier Ministre de la RDC.
771. Lettre n° 1029/04/2015 du 20 avril 2015 du directeur de cabinet du Chef de l'État.
772. Lettre n°753/BM/RDC/RR/EPM/JN/2015 du 20 octobre 2015 du Représentant résident de la Banque mondiale en RDC (Emmanuel Pinto Moreira), en réaction la lettre n° Vodacom-Cgo/LR&I/CL/AB/DB/0189/09/15 du 25 sept. 2015 relative au « projet de loi sur les télécommunications en RDC ».
773. Lettre n°CAB/PM/CNTIC/PCK/2015/8005 du 17 décembre 2015 du Premier Ministre de la RDC, Matata Ponyo Mapon, ayant pour Objet: Relance de programmation en commission des lois des textes sur les télécoms et TIC.
774. Lettre collective n°DPE/LYK/BL/F.0516/2014 du 12 mai 2016 de la Fédération des entreprises du Congo (FEC) adressée au VPM, Ministre des PTT, concernant : « Transmissions [...] commentaires des opérateurs [privés] de Téléphonie et des ISP réunis au sein de la FEC ».
775. Lettre n°CAB/PTNTIC/TLL/KNZ/hle/0889/2016 du 31 mai 2016 du Vice-Premier Ministre, Ministre des PTNTIC, Thomas Luhaka, adressée au Président de l'ARPTC, concernant la « Hausse des prix de services des télécommunications ».
776. Projet de loi sur le commerce électronique en RDC, Gouvernement/Assemblée nationale, Assemblée nationale [inédit].
777. Projet de loi sur les télécoms et les TIC, Assemblée nationale [inédit].
778. Projet de loi modifiant et complétant la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant organisation et fonctionnement de l'ARPTC en signe, Assemblée nationale [inédit].
779. TIDJANE DEME, Demande de licence d'opérateur d'infrastructure en RDC, Google Sénégal, Dakar, 19 mars 2015.
780. Vodacom, Tigo, Orange et Airtel, Requête en inconstitutionnalité de l'Arrêté interministériel (...) fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en République Démocratique du Congo, sous R.Const. n°177, 16 novembre 2015. [Source : Greffe de la Cour Constitutionnelle, le Greffier principal, Lucie Baluti Mondo, Directeur]

X. RESSOURCES EN LIGNE

781. ABDOUL KARIM SALL, BENARD Y., JAFFAR H., MOUNGALLA T. et ASU E., «Décollage digital du continent : le défi des infrastructures » (panel 1), *Forum Forbes Afrique*, 21 juil. 2015 : [<http://formuforbesafrique.com/blog/sessions/décollage-digital-du-continent-le-defi-des-infrastructures/>] (consulté le 13 juillet 2016).

782. ABDOULAYE BIO TCHANE, « révolution mobile et numérique en Afrique : le saut qualitatif pour fournir les biens et services », *Forum Forbes Afrique*, 21 juil. 2015 : [<http://formuforbesafrique.com/blog/sessions/presentations-de-letude-programme/>] (consulté le 12 juillet 2016).
783. Acte constitutif de l'UA, signé à Lomé (Togo) le 11 juillet 2000 [www.achpr.org/fr/instruments/au-constitutive-act] consulté le 12 juillet 2016).
784. AGCS, Accord général sur le commerce et les services (OMC), institué par l'acte final de Marrakech du 15 avril 1994. [www.wto.org] (consulté le 14 juin 2015).
785. AGENCE ECOFIN, « RD Congo : Liquid Telecom étend sa fibre optique jusqu'à Lubumbashi », Kinshasa, 14 nov. 2012, [<http://www.agenceecofin.com/equipement/1411-7569-rd-congo-liquid-telecom-etend-sa-fibre-optique-jusqu-a-lubumbashi>] (consulté le 12 juin 2017).
786. AKERLOF G., « *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism* », cité par WAELBROECK P., Le commerce électronique de produits culturels: enjeux informationnels », in [http://fr.wikipedia.org/wiki/The_Market_for_%22Lemons%22] (consulté le 19 décembre 2013).
787. ARCEP, « 12 chantiers pour 2016-2017 » [http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/revue-strategique-conclusions-priorites-janv2016.pdf] (consulté le 30 juin 2016).
788. ARTEL (Burkina-Faso), « Quelle gestion des ressources rares pour favoriser l'arrivée de nouveaux entrants : cas du Burkina Faso », *FRATEL, Table ronde n°2*, 6^e réunion annuelle, Tunis, 16 octobre 2008 [www.fratel.org] (consulté le 24 novembre 2016).
789. BARLOW J. P., « *A declaration of the independence of Cyberspace* », 8 février 1996, [<https://www.eff.org/fr/cyberspace-independance>] (consulté le 12 février 2017).
790. BAZI-DUMONT D., « Le processus de libéralisation des télécommunications en France », posté le 4 fév. 2004 [www.e-juristes.org/le-processus_de_liberalisation-des167] (consulté le 14 juin 2016).¹
791. BAZI-DUMONT D., « Le processus de libéralisation des télécommunications en France », *e-juristes.org*, posté le 4 avril 2004, [<http://www.e-juristes.org/le-processus-de-liberalisation-des167>] (consulté le 11 novembre 2016).
792. BAZI-DUMONT D., « Le processus de libéralisation des télécommunications en France », posté le 4 fév. 2004 [www.e-juristes.org/le-processus_de_liberalisation-des167] (consulté le 14 juin 2016). BAZIT-DUMONT D., « Le processus de libéralisation des télécoms en France », *e-juristes.org*, posté le 4 février 2004, in [<http://www.e-juristes.org/le-processus-de-liberalisation-des167/>] (consulté le 7 avril 2017).
793. BEATTIE A., « *Why is the 1982 AT&T breakup considered one of the most successful spinoffs in history ?* », [<http://www.investopedia.com/ask/answers/09/att-breakup-spinoff.as>] (consulté le 05 avril 2017).
794. BELOUIN O. et DEGEZ S., « Quelques petites particularités du contrat électronique... », 7 mars 2016, in [www.degez-kerjean.fr] (consulté le 17 mars 2017).
795. BENSOUSSAN A., « Les communs informationnels, valeur du numérique » 23 décembre 2015 [<https://www.alain-bensoissan.com/communs-informationnels-numerique/2015/12/23/>] (consulté le 26 décembre 2016).
796. BERNER X., « La loi Numérique : le décret sur la loyauté des plateformes prend forme », 26 janvier 2017, in [www.nextimpact.com] (consulté le 1^{er} juin 2017).
797. BOUHADANA I. et GILLES W., « Rapport introductif », *Academic days on Open Government issues*, 5 et 6 décembre 2016, IMODEV/ Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 2016 (Texte lu le 5/12/2016). Cf. [<http://academicdays.imodev.org>].
798. BROUSSARD M.-A., « Les Casinos virtuels, une zone de non droit ? » [http://www.droit-tic.com/pdf/casinos_virtuels.pdf] (consulté le 13 novembre 2013).
799. BRUNSHWIG H., *Le partage de l'Afrique noire*, Paris, Flammarion, 2009 (1971), cité par DE GEMAUX C., « La Conférence de Berlin, 1885 », *Herodote.net, Toute l'histoire en un clic*. [www.herodote.net/Text/berlin-1885.pdf] (consulté le 12 juillet 2016).

800. BVert 65, 1 – Volkszählung, 15 décembre 1983, cité par SAUVÉ J.-M., « Les autorités administratives indépendantes », intervention au Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les AAI, jeudi 11 février 2010, [<http://www.conseil-État.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-autorites-administratives-independantes>] (consulté le 16 mars 2017).
801. CARIOU C. et GAULON-BRIAN M., « Du Minitel à l'internet », *La revue des Industries créatives et des médias*, publié le 29 mars 2012 [<http://www.inaglobal.fr/telecoms/article/du-minitel-linternet>] (consulté le 3 décembre 2013).
802. Cass. Civ. 1^{re}, 30 janvier 1996, n°93-18684, Bulletin 1996, n°55, p. 35 [<http://legimobile.fr/fr/jp/j/c/civ/1ere/1996/1/30/93-18684/>] (consulté le 29 octobre 2014).
803. CERT-LEXSI, *Cybercriminalité des jeux en ligne*, livre blanc du Laboratoire d'expertise en sécurité informatique, juillet 2006, [http://www.lexsi.com/telecharger/gambling_cybercrime_2006.pdf] (consulté le 13 nov. 2013).
804. CISSÉ, A., *M1 a) Objet du droit du Droit du cyberspace*, Notes de Cours de Master 2 Pro, Univ. Gaston Berger, Saint-Louis/Sénégal, 2011. [http://foad.refer.org/IMG/pdf/cours_objet_droit_du_cyberspace.pdf] (consulté le 22 nov. 2012).
805. DECOCQ G., « L'influence des droits nationaux sur le droit communautaire de la concurrence », Ordre des avocats au conseil d'État et à la cour de Cassation Paris, 7 novembre 2008, [http://www.ordre-avocats-cassation.fr/upload/revues/georges-decocq_28.pdf] (consulté le 11 mai 2012).
806. CNC, « Les nouvelles formes de consommation des images: TNT, TVIP, VOD, sites de partage, piraterie... », *Analyse qualitative*, novembre 2007, [www.cnc.fr/doc.pdf] (consulté le 23 décembre 2013).
807. COCHET-CORDEY F., *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses Univ. de Grenoble, 2000, 13, [http://www.pug.fr/telech_ouvrage:vulnerabilite.pdf] (consulté le 28 décembre 2013).
808. COHEN D., GORDON D., ZHANG S., GALZI O. et BHATTACHARYA K., « Le numérique, vecteur de croissance inclusive pour l'Afrique », 21 juil. 2015, panel 2, in Forum Forbes Afrique 2015, préc., [<http://formuforbesafrique.com/blog/sessions/le-numerique-vecteur-de-croissance-inclusive-pour-lafrique/>] (consulté le 3 juillet 2016).
809. COLOMA T. « Quand le fleuve Congo illuminera l'Afrique, Le "Contrat du siècle", *Le Monde diplomatique*, février 2011, [<https://www.monde-diplomatique.fr/2011/02/COLOMA/20108>].
810. Conseil constitutionnel, décision relative à la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, 23 janvier 1987. [<http://maf.fr/fr/article/decision-du-23-janvier61987-Conseil-de-la-concurre/>] (consulté le 16 mars 2017).
811. Conseil d'État français, 10 juillet 1981, n°05310, recueil Lebon. En cause : Conseil d'État, commissaire aux comptes de société vs décision du médiateur, statuant au contentieux sur requête pour excès de pouvoir, à propos de la nature juridique du médiateur. [<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007664894>] (consulté le 16 mars 2017).
812. CONSEILS DES PRÉLÈVEMENTS OBLIGATOIRES, *Fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle*, 1^{er} Rapport 2007, La Documentation Française, Paris, mars 2017, [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000186.pdf>] (consulté le 8 octobre 2016).
813. Constitution de la Transition en RDC du 4 avril 2003 [<http://mjp.univ-perp.fr/constit/cd2003.htm>] (consulté le 23 novembre 2016).
814. Cour d'appel de Pau, 23 mars 2012, n° 11/03921 [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article3382] (consulté le 21 mai 2013).
815. DARMON L., « Livre vert, livre blanc », *europeplusnet.com*, 2005.

816. Déclaration du DG d'Africell à la presse : « Tarification des services des télécommunications : l'ARPTC se conforme à l'avis de la CSJ », février 2015, [www.forumdesas.org/spip.php?article3387] (consulté le 9 juillet 2016).
817. DECOCQ G., « L'influence des droits nationaux sur le droit communautaire de la concurrence », Ordre des avocats au conseil d'État et à la cour de Cassation Paris, 7 novembre 2008, [http://www.ordre-avocats-cassation.fr/upload/revues/georges-decocq_28.pdf] (consulté le 11 mai 2012).
818. DELMAS-MARTY M., « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », conférence présentée le 26 janvier 2006, Université Bordeaux IV, sur l'invitation de Ponthoreau M.-C., en référence à DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, [http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf] (consulté le 22 novembre 2012).
819. DEVILLE Y., « W@ Électricité : consommation, MDE, dérégulation,... », *Glossaire*. : [http://alpestat.com/lexique/html/_subventions_croisees.html] (consulté le 16 déc. 2013).
820. Dictionnaire Larousse, [http://www.larousse.fr] (consulté le 25 novembre 2013).
821. *Dictionnaire Larousse*, [www.larousse.fr] (consulté le 26 novembre 2013).
822. Discours-bilan du Premier Ministre (sortant) de la RDC du 22 novembre 2016 [http://sur7.cd/new/primature-augustin-matata-ponyo-sort-par-la-grande-porte-discours-bilan] (consulté le 24 novembre 2016).
823. PERRIAULT J., « Effet diligence, effet serendip et autres défis pour les sciences de l'information », Paris X Nanterre, CRIS/SERIES, octobre 2012, [http://archives.limsi.fr/WkG/PCD2000/textes/perriault.html].
824. DO-NASCIMENTO J., « Le développement du téléphone portable en Afrique », p.1 [www.iut-orsay.u-psud.fr] (consulté le 21 novembre 2016).
825. Dossier : [https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000031589829&type=general&legislature=14] (consulté le 26 décembre 2016).
826. Dossier: « Articles de presse de la catégorie "SMS" »: « RDC: l'envoi et la réception des SMS rétablis après 17 jours d'interruption », 07 février 2015 ; « RDC : les entreprises des télécommunications annoncent la reprise des SMS dimanche 8 février [2015] », 06 février 2015 ; « SMS et Internet coupés en RDC », 20.01.2015 » ; « Le phare : « Internet et textos : la censure continue », 03 février 2015 [www.radiookapi.net/mot-cle/sms] (consultés le 10 juillet 2016).
827. ESSOLOMWA L., « Téléphonie mobile : la RDC entre consolider les groupes et ouvrir le marché », 24 juin 2016, Adiac-Congo/MCN, *MediaCongoNet*, [www.mediacongo.net/article-actualité-18636.html] (consulté le 8 juillet 2016).
828. *Eurobaromètre* sur la protection des consommateurs dans le marché intérieur, enquête menée de février à mars 2006 et publiée en septembre 2006 [http://ec.europa.eu/consumers/topics/eurobarometer_09-2006_en.pdf] (consulté le 1^{er} janvier 2017).
829. FENEYROL M., « Déréglementation et télécommunications, des premiers mouvements aux lois de 1990 », *Les cahiers de l'AHTI*, n°9, janvier 2008, p.19 [http://www.ahti.fr/index.php/index.php/articles/11-cahier/23-cahier-9.html] (consulté le 10 novembre 2016).
830. FERNANDEZ P., « Notion de consommateur : une précision très intéressante », 14 octobre 2005. [http://aufildudroit.over-blog.com/article-1014418.html] (consulté le 31 juillet 2017).
831. FINGERHUT J., « Des particuliers très professionnels... Internet ou vide-greniers, les vendeurs flirtent parfois avec l'activité commerciale. Un négoce à risques. », *La Gazette Drouot – L'hebdo des ventes aux enchères*, [www.gazette-drouot.com] (consulté le 3 décembre 2013).
832. Forbes Afrique, « La révolution numérique : Accélérateur de la croissance africaine », 4^e éd., *Forum économique*, 21 juillet 2015, Brazzaville, Congo [http://forumforbesafrique.com] (consulté à nouveau le 1^{er} juillet 2016).

833. France v. Commission, affaire C-559/12P, avril 2014, CJUE Communiqué de presse n°48/14, Luxembourg, 3 avril 2014 [www.curia.europa.eu] (consulté le 14 juin 2016).
834. FRATEL, « Les effets de la régulation sur le développement de la concurrence », *Sixième réunion annuelle de FRATEL*, Tunis, 16 et 17 octobre 2008 [www.fratel.org] (consulté le 24 novembre 2016).
835. GAGNON C., « L'échange de consentement et le commerce électronique : de l'autorité de la volonté à "la volonté" de la machine », 1998 [http://www.droit.umontreal.ca/~gagnonc/travaux/consentement.html] (consulté le 11 septembre 2011).
836. GAZZANE H., « Suicides à France Télécom : le rappel des faits », *Le Figaro*, 7 juillet 2016 [www.lefigaro.fr] (consulté le 11 novembre 2016).
837. GERADIN D., « Regulatory issues raised by network convergence : the case of multi-utilities », *J Network Industries*, n°2, 2001, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=49007] (consulté le 4 avril 2017).
838. *Glossaire des services publics*, le site officiel de l'administration française, [www.service-public.fr] (consulté le 18 novembre 2013).
839. Groupe de travail sur les indicateurs pour la société de l'information, « La définition et la mesure du commerce électronique : Rapport sur l'état de la question », Document DSTI/ICCP/IIS(99)4/FINAL, OCDE, Forum sur le Commerce électronique, Paris, octobre 1999, [http://www.oecd.org/dataoecd/12/56/2092492.pdf] (consulté le 19 août 2016).
840. GSMA, *Régulation et fracture numérique*, rapport, 2005. [www.gsmworld.com] (consulté le 12 août 2011).
841. JEREMY HODARA, MBWANA ALLIY et NINO NJOPKOU, « Le e-commerce en Afrique : comment dépasser les contraintes ? », 21 juil. 2015, panel 3, in Forum Forbes Afrique 2015, [http://forumforbesafrique.com/blog/sessions/le-e-commerce-en-Afrique-comment-depasser-les-contraintes/] (consulté le 3 juillet 2016).
842. *Jeune Afrique*, 1^{er} avril 2016 [www.jeuneafrique.com/339107societe/technologie-whatsapp-a-conquis-lafrique/]
843. [www.journalofficiel.cd/jordc/resthesau.php?id_terme_initial=3204&lettre=P] (consulté le 1^{er} juillet 2016).
844. [www.droitcongolais.info/files/avis-Ministere-des-Postes,-perte-certificat—JO-n-8,-annee-50,-15-avril-2009-.pdf] (consulté le 9 juillet 2016).
845. [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-395/96&language=fr] (consulté le 11 juin 2017).
846. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61988CJ0202] (consulté le 4 juillet 2016).
847. [www.curia.europa.eu] (consulté le 14 juin 2016)
848. JOCE, n° C 292 du 21/09/1998, [www.eur-lex.europa.eu] (consulté le 19 décembre 2013).
849. « Histoire de SFR » [www.sfr.com/nous-connaître/sfr-en-bref/01272016-1700-lhistoire-du-groupe-sfr] (consultée le 1^{er} juillet 2016).
850. KABANGE NKONGOLO J., « quelques considérations juridiques sur le deal sino-congolais », Kinshasa, 2009, [www.leganet.cd/Doctrine.textes/decon/Dcontrats%20sino_congolais.pdf]. (consulté le 18 juillet 2016).
851. « La #LoiNumérique en 15 points clés » [http://www.economie.gouv.fr/republique-numerique/15-points-cles] (consulté le 1^{er} mars 2017).
852. *Le dico du commerce international*, [http://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/ohada.html] (consulté le 13 septembre 2016).
853. « Le partage des connaissances en toute liberté » [www.weblibre.org] (consulté en 2007), cité par NDUKUMA ADJAYI K., *Cyberdroit Télécom, Internet, contrats de e-commerce, une contribution au Droit congolais*, Presses Universitaires du Congo (PUC), Kinshasa, 2009.
854. « Les contrats chinois en République Démocratique du Congo : un nouvel ordre économique pour l'Afrique ? », 28 mai 2008, [http://www.ananzie.net/Les-contrats-chinois-en-RDC-un] (consulté le 18 juillet 2016).

855. « Loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et son Guide d'incorporation », Résolution adoptée par l'Assemblée générale [sur le rapport de la Sixième Commission (A/56/588)], Doc. A/RES/56/80, in [http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf] (consulté le 21 août 2011).
856. Loi n°05/008 du 31 mars 2005 modifiant et complétant la Loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des Recettes Administratives, Judiciaires, Domaniales et des Participation ainsi que leurs modalités de perception, JO RDC [http://leganet.cd/Legislation/Dfiscal/L05.008.31.03.2005.nomenclature.htm] (consulté le 18 juillet 2016).
857. Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, version initiale, JO RF du 30 septembre 1982, version consolidée [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000880222] (consultée le 1^{er} juillet 2016).
858. Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication (audiovisuelle), « Loi Léotard », JO RF du 1^{er} oct. 1986, p. 117 [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000512205&dateTexte=20160701] (consultée le 1^{er} juillet 2016).
859. Loi n°05/008 du 31 mars 2005 modifiant et complétant la Loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des Recettes Administratives, Judiciaires, Domaniales et des Participation ainsi que leurs modalités de perception, JO RDC [http://leganet.cd/Legislation/Dfiscal/L05.008.31.03.2005.nomenclature.htm] (consulté le 18 juillet 2016).
860. Loi organique n°11/001 du 10 janvier 2011 portant composition, attributions et fonctionnement du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel et de la Communication, in [http://www.leganet.cd/Legislation/JO/2011/JOS.16.01.2011.Loi.11.001.pdf] (consulté le 17 juin 2017).
861. MAITLAND D., « Connecter ceux qui ne le sont pas », in GSMA, Régulation et fracture numérique, comment les meilleures pratiques de régulation en matière de téléphonie mobile peuvent accroître les investissements et la pénétration des marchés émergents ?, 2005, [www.gsmworld.com] (consulté le 12 août 2011).
862. MANIKUNDA MUSATA O., « Communiqué de Presse », Président de l'ARPTC, Kinshasa, 19 juin 2016, in C. MOANDA, « Internet : L'ARPTC ordonne aux télécoms de revenir aux anciennes tarifications », 20 juin 2016, *Politico.cd* [http://www.politico.cd/actualite/la-une/2016/06/19/internet-larptc-ordonne-aux-telecoms-de-revenir-aux-anciennes-tarifications.html] (consulté le 25 juin 2016).
863. MASINI O., « PTNTIC : La RDC passe de la licence 2G à la licence 3G », juin 2012, *Congo Opportunités Media*, [www.congoopportunities.net:?p=5018] (consulté le 11 juillet 2016).
864. MASSE D. G., « La preuve des inscriptions informatisées », *Congrès Annuel du Barreau du Québec*, n°232, mai 1997. [http://www.masse.org] (consulté le 26 novembre 2013).
865. MONTESQUIEU, *Esprit des lois par Montesquieu : avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Cervier, Voltaire, Mably, la harpe, Servan*, éd. 1862. [http://dicocitations.lemonde.fr/citations-auteur-montesquieu-4.php] (consulté le 14 mars 2017).
866. N'DOUBA A., « Loi Hamon : le nouveau régime des contrats conclus à distance et hors établissements », in *Village de la justice, La communauté des métiers du Droit*, étude d'avocat, 10 juin 2014 [http://www.village-justice.com/articles/loi-hamon-nouveau-regime-des,17093.html] (consulté le 11 janvier 2017).
867. NAWAF SHATHIL S., « L'insertion de l'infraction de vengeance pornographique dans le code pénal », *e-juristes.org*, posté le 10 juillet 2016, [http://www.e-juristes.org/linsertion-de-linfraction-de-vengeance-pornographique-dans-le-code-penal/] (consulté le 10 mars 2017).
868. NDUKUMA ADJAYI K. « Les enjeux législatifs de la transition post-conflit dans la société numérique congolaise », *Academic days on Open Government issues*, IMODEV/ Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 5 et 6 décembre 2016. [http://cms.imodev.org/nos-activites/europe/france/academic-days-on-open-government-issues-december-5-6th-2016-

- paris-France/conference-planning-internal-5th-december-2016-fracture-numerique-participation-citoyenne-open-gov/] (consulté le 16 décembre 2016).
869. OCDE, « Le commerce électronique opportunités et défis pour les gouvernements », cité par THOUMYRE L., *RDTI*, 1997-2001, [http://www.juriscom.net/uni/mem/03/introduction.html#footnote23] (consulté le 11 janvier 2011).
 870. OCDE, *Rapport de réunion ministérielle sur le futur de l'économie de l'internet, Orientations de l'OCDE pour les politiques pour la prise en compte des questions de protection et d'autonomisation des consommateurs dans le commerce mobile*, Séoul, 17-18 juin 2008, [http://www.oecd.org/dataoecd/51/60/40883688.pdf] (consulté le 25 novembre 2013).
 871. OCPT/CRDI, « Etude de faisabilité pour une dorsale ouverte Internet en République Démocratique du Congo », in *Alternative*, juin 2003, [http://web.idrc.ca/uploads/user-S/12095032471FINAL-RDC-TIC.pdf] (consulté le 12 juin 2013).
 872. *Office of Communications Act 2003*, in [www.legislation.gov.uk.] et [www.ofcom.org.uk/about/sdrp/] (consultés le 3 avril 2017).
 873. Parlement européen, Résolution sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur, 10 septembre 2013, Document (2012/2322 (INI)), éd. provisoire, 29 octobre 2013. [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0348+0+DOC+XML+V0//FR] (consulté le 21 novembre 2013) :
 874. PATTINSON B., « e-commerce – vers une définition internationale et des indicateurs statistiques comparables au niveau international, Division de la politique de l'information, de l'informatique et de la communication », [http://www.insee.fr/fr/ppp/sommaire/imet97o.pdf] (consulté le 18 août 2016).
 875. PENARD T. et THIRION N. « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du Droit », [https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:49RX7tVNRdMJ:scholar.google.com/&hl=fr&as_sdt=0,5] (consulté le 14 juin 2016).
 876. PENARD T. et N. THIRION, « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du Droit », [https://perso.uni-rennes1.fr] (consulté le 14 juin 2016).
 877. PERRIAULT J., « Effet diligence, effet serendip et autres défis pour les sciences de l'information », Paris X Nanterre, CRIS/SERIES, octobre 2012, in [http://www.pearltrees.com/u/1696102-diligence-serendip-information] (consulté le 5 juin 2017).
 878. PILLOU J.-F. (sous la dir.), « L'analogique et le numérique », sept. 2015 [www.commentcamarche.net:#ID=471&module=contents] (consulté le 3 juillet 2016).
 879. PLICHON O., « suicides à France Télécom : le procès se profile », *Le Parisien*, 8 juillet 2016 [www.leparisien.fr] (consulté le 17 juillet 2016).
 880. PNUD, *Etude Sur la faisabilité socio-économique des TIC*, mars 2005, [http://www.undporg/business/gsb/tanzania.html] (consulté le 13 août 2016).
 881. POIDEVIN B., « La vente entre consommateurs "C to C" : le cadre juridique », *Jurisexpert*, Cabinet d'avocats, Lille, 26 juillet 2011 [https://www.jurisexpert.net/la-vente-entre-consommateurs-c-to-c-le-cadre-juridique/] (consulté le 3 décembre 2013).
 882. POIDEVIN B., « Le C to C ou ventes entre particuliers, quel cadre juridique ? », *Jurisexpert*, Cabinet d'avocats, Lille, 22 juin 2009 [https://www.jurisexpert.net/le-c-to-c-ou-ventes-entre-particuliers-quel-cadre-juridique/] (consulté le 3 déc.2013).
 883. POLLE B., « Téléphonie mobile : le nombre d'abonnés africains en hausse de 70% depuis 2010 », *Jeune Afrique*, rubrique Économie, entreprises et marchés, 1^{er} août 2016 [www.jeuneafrique.com/345544/economie/État-de-leconomie-mobile-afrique-rapport-gsma-2016] (consulté le 21 novembre 2016).
 884. Président de l'ARPTC, Communiqué de presse, 19 juin 2016, *Politico.cd*, « Internet : L'ARPTC ordonne aux télécoms de revenir aux anciennes tarifications » [www.politico.cd/actualite/la-une/2016/06/19/Internet-larptc-ordonne-aux-telecoms-de-revenir-aux-anciennes-tarifications.html] (consulté le 20 juin 2016).

885. « Pourquoi la hausse des tarifs de l'internet mobile ? », *RFI*, 11 juin 2016. [<http://www.rfi.fr/afrique/20160611-rdc-pourquoi-hausse-tarifs-internet-mobile>] (consulté le 19 juin 2016).
886. PROULX S., « Penser les usages des TIC aujourd'hui : enjeux, modèles, tendances », in VIEIRA L. et PINÈDE N., (sous la dir.), *Enjeux et usages des TIC : aspects sociaux et culturels*, t. 1, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2005. [<http://sergeproulx.uqam.ca/wp-content/uploads/2010/12,2005-proulx-penser-les-usa-43.pdf>] (consulté le 26 décembre 2016).
887. RACHIDI MABANDU, « Hausse de prix des cartes prépayées, internet [...] », *Forum des As / La prospérité*, Journal (quotidien), Kinshasa, 08 juin 2016 [<http://mediacongo.net/article-actualite-18262.html>] (consulté le 25 octobre 2016).
888. Radio Okapi, « la RDC officiellement connectée au câble à fibre optique », Monusco, Fondation Hironnelle, le 08 juillet 2013, [www.radiookapi.net/actualite/2013/07/08/la-rdc-officiellement-connectee-au-cable-fibre-optique] (consulté le 18 août 2016).
889. Radio Okapi, « RDC : Africell dénonce la coupure de son interconnexion avec Vodacom, Tigo et Airtel », 12 novembre 2012, [www.radiookapi.net/economie/2012/11/12/rdc-africell-denonce-la-coupure-de-son-interconnexion-avec-vodacom-tigo-airtel] (consulté le 12 juillet 2012).
890. Radio Okapi, « RDC : Africell dénonce la coupure de son interconnexion avec Vodacom, Tigo et Airtel », 12 nov. 2012, [www.radiookapi.net/economie/2012/11/12/rdc-africell-denonce-la-coupure-de-son-interconnexion-avec-vodacom-tigo-airtel] (consulté le 12 juillet 2012).
891. Radio Top Congo FM, « Interview du Vice-Premier Ministre, Ministre des PTNTIC, Thomas Luhaka », 1^{er} avril 2016 [www.topcongo.fm] (consulté le 17 avril 2016).
892. RADIOOKAPI, « Me Kodjo Ndukuma s'exprime l'assainissement du secteur des télécommunications », Kinshasa, 1^{er} juin 2015, in [<http://www.radiookapi.net/emissions-2/linvite-du-jour/2015/06/01/kodjo-ndukuma-sexprime-lassainissement-du-secteur-des-telecommunications#sthash.94iJ7kQw.dpuf>] (consulté le 1^{er} juin 2016).
893. Recommandation 84/549/CEE du 12 novembre 1984 concernant la mise en œuvre d'une approche commune dans le domaine des télécommunications, Doc.384X0549, JOCE, L298, 16 nov. 1984, p.0049-0050. [http://admin.net/eur/loi/leg-euro/fr_384X0549.html], consulté le 13 juillet 2016.
894. Reporters sans frontières, « Levée de la suspension du service SMS », 28 décembre 2011 [<https://rsf.org/fr/actualites/levee-de-la-suspension-du-service-de-sms>] (consulté le 1^{er} juillet 2006).
895. REVERT A., « RDC : envolée des prix de l'Internet », *TV5 Monde*, 14 juin 2016 [<http://information.tv5monde.com/afrique/rdc-envolee-des-prix-de-l-Internet-112843>] (consulté le 8 juillet 2016).
896. RICHARD J., « Le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ? », *Dalloz-actualité, Le quotidien du droit, interview* [<http://www.dalloz-actualite.fr/interview/droit-souple-quelle-efficacite-quelle-legitimite-quelle-normativite#.VFe0KnbpLzU>] (consulté le 3 novembre 2014).
897. « RDC Congo : Didier Musete, l'ADG de la SCPT, suspendu de ses fonctions pour 3 mois », *Agence écofin, TIC & Telecom*, 4 novembre 2016 [www.agenceecofin.com] (consulté le 22.11.2016).
898. RUIZ P., « Afrinic pourrait ne plus allouer d'adresses IP aux pays africains qui suspendent l'accès à Internet à leur population », *Chroniqueur d'actualité, Développez.com, club des développeurs et IT pro*, 14 avril 2017. [<https://www.developpez.com/actu/130017/Afrinic-pourrait-ne-plus-allouer-d-adresses-IP-aux-pays-africains-qui-suspendent-l-acces-a-Internet-a-leur-population/>] (consulté le 8 août 2017).
899. SORIANO S., « New Challenges in Europe », Intervention du Président de l'ARCEP, 4^e Stakeholder Forum du BERECA, Bruxelles, 17 octobre 2016. [<http://www.arcep.fr>] (consulté le 7 avril 2017).
900. Source diplomatique : [<http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/republique-democratique-du-congo/presentation-de-la-republique-democratique-du-congo/article/geographie-et-histoire-80709>] (consulté le 9 août 2017).

901. Statistiques du 11 septembre 2015 [<http://m.huffpost.com/mg/entry/8122780>] (consulté le 10 juillet 2016).
902. SUTTON E., « La Commission européenne dévoile sa stratégie numérique en 3 axes », 7 mai 2015, in [www.idboox.com.] (consulté le 14 décembre 2017).
903. SWISHER K., « White House. Red Chair. Obama Meets Swisher », *Recode.net*, 15 février 2015. [www.recode.net/2015/02/15/white-house-red-chair-obama-meets-swisher/] (consulté le 3 août 2017).
904. TAILLET A., VOORWINDEN A. et YAMAKAWA H., « Le numérique a besoin de valeurs » - Entretien avec Maître Bensoussan, spécialiste du droit de l'informatique et des télécommunications », *Toute l'Europe.EU*, 12 novembre 2015 [<http://www.touteleurope.eu/actualite/le-numerique-a-besoin-de-valeurs-entretien-avec-maitre-bensoussan-specialiste-du-droit-de-l-inf.html>] (consulté le 26 décembre 2016).
905. TÉ-LESSIA J., « Orange finalise le rachat de Tigo RDC », *Jeune Afrique*, 21 avril 2016 [www.jeuneafrique.com/319909/economie/orange-finalise-rachat-de-tigo-rdc] (consulté le 8 juillet 2016.)
906. TÉ-LESSIA J., « WhatsApp, Skype et Viber, le casse-tête des opérateurs », in *Jeune Afrique*, 11 février 2016 [<http://www.jeuneafrique.com/mag/298324/economie/whatsapp-skype-viber-casse-tete-operateurs/>] (consulté à nouveau le 8 octobre 2016).
907. TGI, Mulhouse, Jugement correctionnel n°122/2006, 12 janv. 2006. [www.davidtate.fr] (consulté le « décembre 2013).
908. THIBAUT P. et MABI C., « Le politique face au numérique : une fascination à hauts risques », *La nouvelle revue de science sociale*, Dossier : 2015 : Le tournant numérique...et après ? [<https://socio.revues.org/1344?lang=fr>] (consulté le 12 juin 2017).
909. THOUMYRE L., « L'échange des consentements dans le commerce électronique », 1999 [<http://www.juriscom.net>] (consulté le 11 septembre 2011).
910. Tic Mag, 12 février 2016 in [<https://www.ticmag.net/viber-whatsapp-skype-comment-reguler-les-ott-qui-penalisent-les-operateurs-mobiles/>] (consulté le 8 octobre 2016).
911. TORDJMAN H., SINAÏ A., MAMÈRE N., KEMPF H., JARRIGE F., HÉROUARD J.-F., GRAS A., DECARSIN J. et BOURG D., « "La Troisième Révolution" de Rifkin n'aura pas lieu », *Libération*, Tribune, 21 octobre 2014, [www.liberation.fr] (consulté le 25 décembre 2016).
912. TORDJMAN H., SINAÏ A., MAMÈRE N., KEMPF H., JARRIGE F., HÉROUARD J.-F., GRAS A., DECARSIN J. et BOURG D., « "La Troisième Révolution" de Rifkin n'aura pas lieu », *Libération*, Tribune, 21 octobre 2014. [<http://www.liberation.fr/terre/2014/10/21/la-troisieme-revolution-de-rifkin-n-aura-pas-lieu-1126521>]. (consulté le 25 décembre 2016).
913. Tri. com. Paris, 1^{re} ch. B, 30 juin 2008, Parfums Christian Dior et a. c/ *eBay Inc.*, *eBay International AG*. – 1^{re} ch. B, 30 juin 2008, Christian Dior Couture c/ *eBay Inc.*, *eBay International AG*, décisions (source : [www.Legalis.net.net] (consulté le 23 décembre 2013).
914. TSHISHIKU M., « Assemblée Nationale : Les députés refusent au ministre Ambatobe le droit de défendre trois projets de loi », in *La tempête des Tropiques*, 20 avril 2017. [<http://7sur7.cd/new/2017/04/assemblee-nationale-les-deputes-refusent-au-ministre-ambatobe-le-droit-de-defendre-trois-projets-de-loi/>] (consulté le 21 avril 2017)
915. VPM, Ministre de l'Intérieur et Sécurité et VPM, Ministre des PTNTIC, « Communiqué du Gouvernement relatif à l'opération de contrôle d'identification des abonnés des services de télécommunications en République Démocratique du Congo », Kinshasa, 26 décembre 2015, [<http://www.7sur7.cd/new/sur-decision-du-gouvernement-telecommunications-desormais-tout-abonne-doit-etre-identifie-par-son-operateur/>] (consulté le 15 septembre 2016).
916. WÉRY É., « Le Rapport du Conseil d'État français sur l'internet et les réseaux numériques : la bible ! », *Actualité*, 1^{er} octobre 1998 [www.droit-technologie.org] (consulté le 23 novembre 2014).
917. « White House. Red Chair. Obama Meets Swisher », Kara Swisher, *Recode.net*, 15 février 2015, [www.recode.net/2015/02/15/white-house-red-chair-obama-meets-swhisher/] (consulté le 23 décembre 2016).
918. [www.cnil.fr](consulté le 8 octobre 2016).

919. [<http://citations.webscience.com/citations/anonyme/est-gratuit-est-que-vous-etes-produit-2633>] (consulté le 19 mai 2014).
920. [http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm] (consulté le 23 décembre 2013).
921. [<http://ecowas.int/>] (consulté le 13 juillet 2016.)
922. [<http://edaboard.com/thread555115.html>] (consulté le 24 novembre 2016).
923. [http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/orange-l-operateur-telecom-historique_1753139.html] (consulté le 17 juillet 2017).
924. [<http://museedutelephone.narbonne.pagesperso-orange.fr/telegraphe.htm>] (consulté le 16 juin 2016).
925. [<http://news.netcraft.com/>],[<http://www.pcinpact.com/news/66793-ordinateurs-foyers-francais-equipement-netbooks-tablettes.html>] (tous consultés le 30 juin 2016).
926. [<http://www.amazone.fr>] (consulté le 17 décembre 2013).
927. [<http://www.arcep.fr/index.php?id=9578#c51891>] (consulté le 10 avril 2017).
928. [<http://www.au.int/fr>] (consulté le 13 juillet 2016).
929. [<http://www.berenboom.be/pdf/NoteReal.pdf>] (consulté le 21 octobre 2014.)
930. [<http://www.cellular-news.com/coverage>] ;
931. [<http://www.ibctelecoms.com.gsmafrica>] ;
932. [<http://www.cellular.co.za>]
933. [<http://www.cemac.int/>] (consulté le 13 juillet 2016.)
934. [<http://www.conformementvotre.fr/un-millefeuille-legislatif-reglementaire/>] (consulté le 13 octobre 2013).
935. [<http://www.conso.net/content/la-portabilite-de-votre-numero-de-telephone-fixe-en-10-points>]
936. [<http://www.csa.fr/Services-interctifs/Services-de-medias-audiovisuels-a-la-demande-SMAD>] (consulté le 8 juillet 2017).
937. [<http://www.davidtate.fr/>] (consulté le 22 février 2016).
938. [<http://www.eac.int>] (consulté le 13 juillet 2016).
939. [<http://www.ceeac-eccas.org>] (consulté le 13 juillet 2016).
940. [<http://www.economie.gouv.fr/cedef/loi-de-modernisation-economie-lme>] (consulté le 7 avril 2017).
941. [<http://www.eventsrdc.com/rdc-une-loi-sur-les-tic-en-elaboration/>] (consulté le 28 août 2016).
942. [<http://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/2003/Benin/index-fr.html>] (consulté le 8 octobre 2017).
943. [<http://www.le-dictionnaire.com/definition.php?mot=R%E9guler>] (Consulté le 21 novembre 2016).
944. [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2815] (consulté le 3 novembre 2014).
945. [<http://www.legalnet.cd/legislation/Droit%20à%20économique%20telecommunication/AIM.19.05.2015.html>] (Consulté le 21 septembre 2015).
946. [<http://www.maghrebarabe.org/fr/>] (consulté le 13 juillet 2016) [<http://www.nepad.org>] (consulté le 13 juillet 2016).
947. [<http://www.radiookapi.net/2016/06/20/actualite/economie/hausse-du-prix-dinternet-larptc-ordonne-aux-operateurs-de-revenir>] (consulté le 20 juin 2016).
948. [<http://www.rascom.org>] (consulté le 13 juillet 2016).
949. [<http://www.sadc.int/themes/infrastructure/ict-telecommunications/>] (consulté le 13 juillet 2016).
950. [<http://www.sadc.int>] (consulté le 13 juillet 2016.)
951. [<http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-discussion/projet-loi-pour-republique-numerique.html>] (consulté le 8 octobre 2016).
952. [<http://www.zdnet.fr/actualites/l-art-devient-officiellement-l-arcep-39227791.htm>] (consulté le 8 octobre 2016).

953. [[https://en.wikipedia.org/wiki/WACS_\(cable_system\)](https://en.wikipedia.org/wiki/WACS_(cable_system))] (Consulté le 18 juillet 2016).
954. [https://fr.m.wikipedia.org/wiki/3rd_Generation_Partnership_Project] (Consulté le 17 juillet 2016).
955. [[https://fr.m.wikipedia.org/wiki/LTE_\(reseaux_mobiles\)](https://fr.m.wikipedia.org/wiki/LTE_(reseaux_mobiles))] (consulté le 17 juillet 2016).
956. [<https://m.blablacar.fr/a-propos>] (consulté le 1^{er} janvier 2017).
957. [<https://m.blablacar.fr/faq/question/blablacar-c-est-quoi>] (consulté le 1^{er} janvier 2017).
958. [<https://www.cnil.fr/fr/les-missions>] (consulté le 8 octobre 2016).
959. [<https://www.cnsa.fr/surendettement/la-loi-et-le-surendettement-neiertz-borloo-lagarde-hamon#neiertz>] (consulté le 2 juillet 2017).
960. [www.afrinic.net] (consulté le 9 août 2017).
961. [www.assemblée-nationale-cd/v2/?p=5018] (consulté le 19 juillet 2016).
962. [www.cnc.fr] (consulté le 23 décembre 2013).
963. [www.cnil.fr] (consulté le 13 août 2014).
964. [www.comesa.int] (consulté le 13 juillet 2016).
965. [www.conseil-État.fr/Decisions-Avis-publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-État] (consulté le 4 avril 2017).
966. [www.europa.eu] (consulté le 17 mars 2017).
967. [www.europarl.europa.eu] (consulté le 19 décembre 2013).
968. [www.europedia.org] (consulté le 17 décembre 2013).
969. [www.francophonie.org/carto/html] (Consulté le 6 mars 2017).
970. [www.fratel.org] (consulté le 24 novembre 2016).
971. [www.glossaire-international.com] (tous consultés le 11 novembre 2016).
972. [www.idboox.com/economie-du-livre/la-commission-europeenne-devoile-sa-strategie-numerique-en-3-axes] (lu le 4 déc. 2017).
973. [www.imf.org] (consulté le 2 juillet 2016).
974. [www.itu.int/fr/ITU-R/conferences/wrc/Pages/default.aspx] (consulté le 8 juillet 2016).
975. [www.itu.int] (consulté le 2 juillet 2016.)
976. [www.legalnet.cd/Legislation/Droit%20Public/EPub/d.09.12.24.04.09.htm] (consulté le 9 juillet 2016).
977. [www.legifrance.gouv.fr/affichText.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164] (consulté le 26 mai 2016).
978. [www.lesoftonline.net/articles/appels-téléphoniques-désastreux-le-ministre-kin-kye-réplique-aux-questions-des-députés] (consulté le 18 juillet 2016).
979. [www.ofcom.org.uk] (consulté le 17 mai 2016).
980. [www.rura.rw] (consulté le 18 juillet 2016).
981. [www.traite-de-lisbonne.fr].
982. [www.uemoa.int] (consulté le 13 juillet 2016).
983. [www.vodacom.cd] (consulté le 12 janvier 2013).
984. [www.wto.org] (consulté le 14 juillet 2016).
985. [www.wto.org] (consulté le 15 juillet 2016).
986. [www.wto.org] (consulté le 2 juillet 2016).

TABLE DES MATIÈRES		Pages
Dédicace		3
Remerciements		5
Épigraphe		7
Abréviations usuelles		9
Introduction		15
Section I : Les aspects sociétaux des transformations du droit face à l'économie Numérique		16
§1. Les enjeux juridiques de l'économie numérique mondiale		16
§2. Les nécessités et les schèmes des transformations du droit international et des droits comparés de l'économie numérique		22
Section II : L'avènement d'un droit congolais de l'économie numérique en référence aux droits européens et français		30
§1. Le cadre juridique européen et français de l'économie numérique		30
§2. La refondation du droit congolais de l'économie numérique sur le socle de la déréglementation mondiale des télécoms		37
 PREMIÈRE PARTIE :		
LES RÉFÉRENCES DU CADRE JURIDIQUE EUROPÉEN ET FRANÇAIS FACE AUX ENJEUX ÉCONOMIQUES DE LA RÉVOLUTION NUMÉRIQUE EN AFRIQUE ET EN RDC		47
 TITRE I :		
LES TRANSITIONS DES DROITS EUROPÉEN ET FRANÇAIS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE		51
 CHAPITRE I : LES CRITÈRES ESSENTIELS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS LE « MILLEFEUILLE LÉGISLATIF » EUROPÉEN FACE AU DROIT FRANÇAIS		57
Section I : Les critères généraux qualitatifs du commerce électronique dans l'acquis européen		59
§1. Le renvoi aux « services de la société de l'information » dans la directive européenne 2000/31/CE sur le commerce électronique		59
A/ LE CHAMP ESSENTIEL DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE EUROPÉEN SOUS LE PRISME DES SERVICES DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION		60
B/ LA TERMINOLOGIE « SERVICE » DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION À L'ÉPREUVE DU VOCABULAIRE JURIDIQUE		63
1. La problématique des biens du commerce électronique dans le champ des services de la société de l'information		63
2. Les activités typiques du commerce électronique et les activités dérivées		67
§2. La détermination des critères technologiques fondamentaux du commerce électronique européen		68
A/ LES MÉCANISMES-MAÎTRES DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE		68
1. Le critère technologique de définition dit « à distance » et ses distorsions dans l'acquis européen du commerce électronique		69
2. Le critère technologique de définition dit « par voie électronique » dans l'acquis européen du commerce électronique		73
B/ LES SPÉCIFICATIONS DES CRITÈRES TECHNOLOGIQUES POUR UNE SYNTHÈSE DE L'OBJET DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE EUROPÉEN		76
1. La nature juridique des équipements de communications à distance et électroniques admis dans le commerce électronique européen		76
2. La spécificité juridique des « moyens de communications individuelles » dans le commerce électronique européen		80
3. La spécificité juridique des moyens de communication grand public dans la définition du commerce électronique européen		83
4. Le cas particulier de la vidéo à la demande (VoD) dans le commerce électronique européen		85
5. L'objet recomposé du « commerce électronique » dans le sens restitué du droit de l'UE		87

Section II : Les impacts nouveaux du droit français sur l'objet et la temporalisation du commerce électronique européen

<i>§1. Les sources de définition française du commerce électronique dans l'évolution des transpositions de l'acquis européen</i>	89
A/ LES FONDEMENTS DE LA TRANSPOSITION FRANÇAISE DES DIRECTIVES EUROPÉENNES APPLICABLES AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	90
1. La temporalité des sources françaises du commerce électronique	91
2. L'insertion de la LCEN dans plusieurs branches du droit commun français	93
3. Le champ ratione loci de la loi de transposition française dans les enjeux de territorialité à l'ère numérique	94
4. Les ajustements localisateurs de la dématérialisation du commerce électronique	96
B/ LES LIGNES DE RAPPROCHEMENT DE L'OBJET DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE FRANÇAIS ET EUROPÉEN	98
1. La clarification française de l'ambiguïté européenne des « services de la société de l'information »	98
2. L'efficacité des critères légaux du commerce électronique français	100
<i>§2. Les esquisses d'originalité de l'objet du commerce en ligne électronique français face aux typologies du droit classique</i>	102
A./ LES ESQUISSES D'ORIGINALITÉ DES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES EN LIGNE FACE À LA TYPOLOGIE DES ACTES DE COMMERCE TRADITION	102
1. Les activités du commerce électronique au regard du Code de commerce	103
2. La typologie contractuelle et non-contractuelle du commerce électronique	105
3. Le contrat électronique dans les évolutions de la transposition française de l'acquis européen	106
B/ LES TYPOLOGIES SPÉCIALES DES ACTIVITÉS NUMÉRIQUES D'« INTERMÉDIATION TECHNIQUE » ET DE « COMMUNICATIONS COMMERCIALES » DANS LA TRANSPOSITION FRANÇAISE DE L'ACQUIS EUROPÉEN	110
1. La typologie particulière des prestataires techniques du commerce électronique entre fourniture de moyens techniques et fourniture de contenus dans ses enjeux, statuts et régimes en droits européen et français	111
2. La typologie européenne de « communication commerciale » dans les enjeux français de la « publicité par voie électronique » ou « e-publicité »	116
CHAPITRE 2 : LES TRANSITIONS DU DROIT DES TÉLÉCOMS ET DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES EN EUROPE ET EN FRANCE	127
Section I : La construction juridique de l'Europe des Télécoms » dans les enjeux des communications électroniques	129
<i>§1. Les enjeux de construction du marché européen des télécoms et des communications électronique</i>	130
A./ LA FINALITÉ DES TRANSFORMATIONS JURIDIQUES DU SECTEUR DES TÉLÉCOMS	130
1. Les monopoles publics face à la libéralisation des télécoms en Europe	131
2. Les enjeux politiques de base dans la dérégulation des télécoms	135
B./ LES MESURES POLITIQUES ET JURIDIQUES DE DÉMONOPOLISATION DE L'EUROPE DES TÉLÉCOMS	137
1. Les préalables politiques de la libéralisation du marché européen	137
2. La portée politique des directives fondatrices de la libéralisation du marché des télécoms	139
<i>§2. Les transitions du cadre réglementaire européen des télécoms dans les enjeux de convergence numérique</i>	142
A. / LES ACQUIS COMMUNAUTAIRES DE LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS	142
1. Les mesures de la libéralisation du marché des télécoms de base	143
2. Les mesures d'harmonisation en appui de la libéralisation du marché des télécoms	144
B./ LES TRANSITIONS DU DROIT SECTORIEL DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES	148
1. Les règles du « paquet télécom 2002 » dans le marché numérique	150
2. Les règles du « paquet télécom 2009 » dans la transition numérique	153
3. Les amendements des règles du « paquet télécom 2009 »	154
Section II : Les transformations du droit français dans les enjeux de l'« Europe des télécoms » et du marché numérique	157
<i>§1. Les transformations du secteur français des télécoms de 1982 à 2003 au regard de l'acquis communautaire européen</i>	159
A./ LES LOIS FRANÇAISES DE DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS DANS LA CONSTRUCTION DU MARCHÉ EUROPÉEN	160
1. Les lois pionnières de restructuration du monopole des télécoms	160
2. Les lois françaises de libéralisation des télécoms dans l'harmonisation européenne	163
3. La logique semi-libérale de lois réformatrices des télécoms de 1990	164
4. La logique libérale des lois sectorielles des télécoms de 1996	166

B./ LA LOI DE PRIVATISATION DE « FRANCE TÉLÉCOM » ANCIEN OPÉRATEUR DE MONOPOLE (2003)	169
§ 2. <i>Les transpositions des règles européennes du « paquet télécom » dans la transition numérique du marché français</i>	172
A./ LA TRANSPOSITION FRANÇAISE DES ACQUIS DU « PAQUET TÉLÉCOMS 2002 » ET DE LA DIRECTIVE 2000/31/CE	173
1. Le passage de la notion « télécoms » aux « communications électroniques »	173
2. Le renouveau des objectifs des lois des télécoms de 2004 à l'ère numérique	175
B./ LA TRANSPOSITION FRANÇAISE DU « PAQUET TÉLÉCOMS 2009 » DANS LES PERSPECTIVES DE LA TRANSITION NUMÉRIQUE POST-DÉRÉGLEMENTATION	178
1. Les finalités de la transposition française du « paquet télécom 2009 »	179
2. Les communications électroniques dans les enjeux de « transition numérique » pour une « République numérique »	182
TITRE II :	
LA TRANSITION DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ACCÈS AUX TÉLÉCOMS À LA BASE DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE AU DÉPART DE L'EUROPE POUR L'AFRIQUE ET LA RDC	187
CHAPITRE 1 : LES DROITS EUROPÉENS, FRANÇAIS, AFRICAINS ET CONGOLAIS DANS LA DÉRÉGULATION DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE À TRAVERS L'OMC	193
Section I : L'inclusion de l'Afrique dans le renouveau du droit international des services des télécoms	196
§1. <i>Le rapprochement des règles africaines et européennes des télécoms à travers l'OMC</i>	197
A./ LES ACCORDS DE L'OMC POUR L'INCLUSION DES ÉTATS AFRICAINS DANS LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS	197
B./ LA COMPARAISON DES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DE LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS EN EUROPE ET EN AFRIQUE	202
§2. <i>Les disparités du système juridique africain en contraste de son économie numérique</i>	206
A./ L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE DE L'AFRIQUE FACE AUX ENJEUX MONDIAUX DES TÉLÉCOMS	206
B./ LES ASPECTS CLÉS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE DANS LES MARCHÉS AFRICAINS ET CONGOLAIS	212
1. Le profilage statistique de l'économie numérique africaine	212
2. La situation du marché de la téléphonie et de l'économie numérique en RDC	214
Section II : La comparaison des droits en l'Afrique et l'Europe dans le cadre des télécoms de base et de l'Internet	216
§1. <i>La dérégulation du « socle analogique » des télécoms dans les expériences africaines (RDC) et européennes</i>	217
A./ L'UNIFORMITÉ DES ENJEUX DE DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS EN EUROPE ET EN AFRIQUE	218
B./ LES ÉCARTS D'EXPÉRIMENTATION DE LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS ENTRE L'EUROPE ET L'AFRIQUE	223
1. L'absence de préalable cognitif africain de la dérégulation	223
2. La prééminence de l'autorégulation sur les lois étatiques conséquentes	224
3. La puissance du marché électronique mondial face aux États-régulateurs en Afrique	226
§2. <i>Les enjeux juridiques du cyberspace africain (congolais) face à l'économie numérique européenne et française</i>	228
A./ LES ASPECTS JURIDIQUES DE L'ARCHITECTURE PLANÉTAIRE D'INTERNET	229
B./ LA « PROBLÉMATIQUE DE L'ÉTAT » DANS LA GLOBALISATION DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE EN AFRIQUE ET EN EUROPE	232
1. La problématique générale d'un droit pour l'Internet	232
2. L'étude des problématiques juridiques spécifiques de l'Internet	234
CHAPITRE 2 : LE PROCESSUS DE DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS EN RDC DANS SES LOIS DE 2002 FACE AUX MARCHÉS EUROPÉENS ET FRANÇAIS	239
Section I : La transformation des services publics des télécoms dans les lois de 2002 en RDC pour l'ouverture de la RDC au marché mondial	240
§1. <i>Le secteur des télécoms en RDC avant 2002 entre démonopolisation « de facto » et libéralisation partielle « de jure »</i>	240
A./ LA TRANSITION COMPARÉE DES MONOPOLES CONGOLAIS ET FRANÇAIS DES TÉLÉCOMS VERS L'ÉCONOMIE DE MARCHÉ INTERNATIONAL	241
B./ L'ADOPTION DES PRINCIPES D'ÉCONOMIE DE MARCHÉ EN DROIT PUBLIC CONGOLAIS	246

§2. Les transformations générales des institutions juridiques du secteur des télécoms de base en RDC	248
A./ L'APPARITION DU DROIT DE LA RÉGULATION SECTORIELLE DES TÉLÉCOMS EN RDC	249
B./ LA THÉORISATION DES RESTRUCTURATIONS DE L'EXPLOITANT PUBLIC DANS LES EXPÉRIENCES COMPARÉES EN EUROPE (FRANCE) ET EN AFRIQUE (RDC)	252
Section II : L'application du modèle de l'OMC dans la restructuration des télécoms en RDC	256
§1. La dissociation dans les lois des télécoms de 2002 des fonctions de réglementation « ex post » et de régulation « ex ante »	257
A. / LES AXES DE LA DÉRÉGLEMENTATION DU SECTEUR DES TÉLÉCOMS EN RDC	258
B./ LES DOMAINES DE RÉGULATION DES TÉLÉCOMS ET DE L'INTERNET DANS LES ÉVOLUTIONS DES DROITS COMPARÉS	261
§2. Les contraintes générales de la régulation du marché libéralisé des télécoms face à la diversité des prestataires en RDC	266
A./ LA NÉCESSITÉ DE LA RÉGULATION DU MARCHÉ LIBÉRALISÉ DES TÉLÉCOMS EN RDC	266
B./ L'AUTORITÉ DE LA RÉGULATION ÉTATIQUE FACE AU MARCHÉ OUVERT DES TÉLÉCOMS	271
1. Les aspects économiques de la régulation des télécoms	271
2. Les aspects juridiques d'organisation de la régulation ex ante	273
DEUXIÈME PARTIE :	
L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE DE LA RDC EN RÉFÉRENCE À L'EUROPE ET À LA FRANCE	279
TITRE I	
LA REFONDATION DU DROIT CONGOLAIS DANS LA RÉGULATION MONDIALE DES TÉLÉCOMS DE BASE	285
CHAPITRE 1 : LES ENJEUX PARTICULIERS DU DROIT DE LA RÉGULATION DANS LE MARCHÉ CONGOLAIS DES TÉLÉCOMS	287
Section I : Les contraintes de la dérégulation du marché en RDC face à l'exploitant public des télécoms	288
§1. Le contraste entre les droits exclusifs résiduels de l'exploitant public et son inactivité sur le marché congolais des télécoms	288
A./ LA DIMENSION DU CONTRASTE ENTRE LA LIBÉRALISATION ET LES DROITS EXCLUSIFS	289
1. La tutelle administrative comme aspect rétrograde de la dérégulation en RDC	289
2. Le contraste entre le fait et le droit dans le statut de l'exploitant public	290
B./ L'AVIS DU RÉGULATEUR SUR LE CONTRASTE DES DROITS DE L'EXPLOITANT PUBLIC ET DU MARCHÉ	294
§2. Les aspects controversés de l'assise d'autonomie du régulateur (ARPTC) face à l'exploitant public des télécoms	297
A./ L'AUTONOMIE DU NOUVEAU RÉGULATEUR (ARPTC) AUX PRISES AUX DROITS EXCLUSIFS DE L'EXPLOITANT PUBLIC	298
B./ LE PRAGMATISME DE LA LA TAXE DE RÉGULATION ENTRE CONTROVERSES STATUTAIRES ET MALADRESSES RÉGLEMENTAIRES	302
Section II : Les « erreurs exemplaires » de réglementation sous la loi-cadre n°013/2002 sur les télécoms en RDC	308
§1. Les sources légales des conflits des compétences entre l'ARPTC et le Ministère des PTT	308
A. / LES CONFLITS DE COMPÉTENCES ENTRE L'ARPTC ET LE MINISTRE DES PTT	308
B./ LES ERREURS SPÉCIFIQUES D'ATTRIBUTION DES COMPÉTENCES ENTRE L'ARPTC ET LE MINISTRE DES PTT	310
1. L'empiètement des pouvoirs du ministère des PTT sur la procédure de règlement et des sanctions des différends du marché	310
2. Le conflit des compétences dans l'homologation des équipements	311
3. Le conflit des compétences dans la gestion du plan national de numérotation	312
4. Le conflit des compétences dans la gestion des fréquences radioélectriques	314
§2. Les contradictions des logiques du cadre réglementaire de 2002 sur les aspects fonctionnels du marché	315
A./ L'INADÉQUATION DU NIVEAU DES RÉFORMES LÉGISLATIVES AU REGARD DES MUTATIONS DU MARCHÉ ÉLECTRONIQUE	315
B./ L'INADÉQUATION DES RÉGIMES DU DROIT CONGOLAIS DES TÉLÉCOMS AU VU DU DROIT COMPARÉ	317
1. Le régime suranné et désuet du réseau de l'exploitant public	318
2. Le régime légal indifférencié des « réseaux concessionnaires »	319
3. L'imprécision du régime légal des « réseaux indépendants »	321

CHAPITRE 2 : LES DÉFIS LÉGISLATIFS DE LA DÉRÉGULATION DES TÉLÉCOMS POUR L'ACCÈS DE LA RDC À L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE	327
Section I : Les défis de parachèvement et de correctif de la dérégulation des télécoms de 2002 en RDC à l'ère numérique	328
§1. <i>Le défi de séparation des fonctions d'exploitation, de régulation et de réglementation du « marché dual » des télécoms en RDC</i>	329
A/ L'AFFIRMATION ÉQUIVOQUE DE LA LIBRE CONCURRENCE DES TÉLÉCOMS EN RDC	330
B/ LE DÉFI DES DROITS EXCLUSIFS DANS LA RELANCE D'ACTIVITÉS DE L'EXPLOITANT	336
§2. <i>La reconfiguration de la puissance publique face aux forces économiques du marché congolais des télécoms</i>	342
A/ LA RÉGULATION ÉTATIQUE FACE AUX DÉFIS DE CORÉGULATION ET D'AUTORÉGULATION	342
1. La corégulation avec les opérateurs privés du marché congolais des télécoms	343
2. La dominance de l'autorégulation dans la conduite du marché de détail	344
B/ LA RÉGULATION ÉTATIQUE FACE AU DÉFI LÉGISLATIF DE L'INTERCONNEXION ET DE L'INTERNET EN RDC	347
1. La dominance de l'autorégulation du marché de l'interconnexion	347
2. La dominance de l'autorégulation dans les services de l'Internet	351
Section II : Le défi de régulation conjointe du domaine des télécoms entre ARPTC et ministre des PTT	353
§1. <i>L'enjeu de dissociation effective des compétences entre le ministre des PTT et l'ARPTC</i>	354
A/ LES DÉFI DE L'« INTRA-RÉGULATION » DANS LA GESTION DES RESSOURCES ESSENTIELLES DES TÉLÉCOMS	354
B/ LE LÉGISLATIF D'ORGANISATION DES RAPPORTS DE DROIT PUBLIC DANS LE SECTEUR DES TIC EN RDC	358
§2. <i>La régulation technique des télécoms dans les enjeux de dualité des compétences entre les autorités sectorielles</i>	361
A/ LES ENJEUX DE DISSOCIATION DES ATTRIBUTIONS ENTRE LE MINISTRE DES PTT ET L'ARPTC DANS LE SECTEUR DÉRÉGULÉ DES TÉLÉCOMS	362
1. Les enjeux de la régulation technique des « ressources radio » entre les autorités de réglementation et de régulation	363
2. Le défi de coordination transfrontalière des fréquences radioélectriques au regard de l'« intra-régulation » en RDC	366
B/ LE RÉCONFIGURATION TECHNIQUE DES RESSOURCES EN NUMÉROTATION ENTRE LES AUTORITÉS CONGOLAISES DE RÉGLEMENTATION ET DE RÉGULATION	368
 TITRE II :	
LA REFONDATION DU DROIT CONGOLAIS À L'ÈRE DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE	373
 CHAPITRE 1 : LE RENOUVEAU DU DROIT CONGOLAIS FACE AUX DÉFIS DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE	377
Section 1 : Les nouveaux défis juridiques de l'accès du marché congolais : des télécoms à l'économie numérique	379
§1. <i>L'émergence de l'économie numérique congolaise comme objet de réglementation et facteur de législation</i>	380
A./ LA TRANSFORMATION DU DROIT DE L'ACCÈS AUX TÉLÉCOMS À TRAVERS LES ÉTAPES DE LA CONVERGENCE NUMÉRIQUE ET DE L'INTERNET EN RDC	381
1. La place du « phénomène Internet » dans la loi en RDC, en France et en Europe	381
2. L'émergence de l'économie numérique congolaise dans la pratique du marché et le pragmatisme juridique de la régulation <i>ex ante</i>	383
B./ LA STRUCTURATION JURIDIQUE DES DÉFIS ACTUELS DE LA CONVERGENCE DU NET ET DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE EN RDC	388
1. La structuration des enjeux juridiques de la convergence numérique en RDC	389
2. Le pragmatisme juridique face aux innovations du marché	390
§2. <i>Les défis d'ajustement des institutions juridiques de 2002 face à l'économie numérique en RDC</i>	392
A./ L'IDENTIFICATION DES DÉFIS DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE EN RÉFÉRENCE AUX OUTILS NUMÉRIQUES GRAND PUBLIC	393
1. Les dispositifs classiques et l'atypisme des opérateurs alternatifs de l'Internet	393
2. La sécurité publique et les opérateurs alternatifs dans l'économie numérique	395
B./ LES LIMITES SECTORIELLES DE L'ARPTC EN FAVEUR DE L'INTERRÉGULATION PAR LE MINISTÈRE DES PTT	397
1. L'ébauche des domaines de l'interrégulation dans l'économie numérique	398
2. Le processus juridique d'interrégulation dans le défi d'identification	401

Section II : Le défi de comblement des vides législatifs du droit l'économie numérique en RDC	405
§1. <i>L'aperçu général des carences de législation de l'économie numérique</i>	405
A./ LES DÉFAILLANCES DE LA LÉGISLATION CONGOLAISE FACE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	405
1. L'absence de définition législative du commerce électronique	406
2. Le défaut de régime spécifique à la preuve numérique en RDC	407
3. Le défaut de régime spécifique sur la signature électronique en RDC	408
B./ LES DÉFAILLANCES DE LA LÉGISLATION CONGOLAISE SUR LES DONNÉES PERSONNELLES ET LA CYBERCRIMINALITÉ	409
1. L'absence de législation sur la vie privée et les données personnelles	409
2. La faiblesse du dispositif pénal contre la cybercriminalité	411
§2. <i>L'approche comparée des défis congolais de protection des données personnelles et de cybersécurité</i>	413
A/ LA PROSPECTIVE DU RENOUVEAU DES LOIS SUR LES DONNÉES PERSONNELLES DANS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE CONGOLAISE	414
1. La notion des données personnelles dans l'évolution de ses régimes de protection	414
2. La synthèse de l'évolution des enjeux de protection des données personnelles	415
3. La typologie essentielle du système de protection des données personnelles	416
B/ LA PROSPECTIVE DE LA CYBERSECURITÉ FACE À LA CYBERCRIMINALITÉ DANS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE CONGOLAISE	421
1. La synthèse des enjeux de cybercriminalité et de cybersécurité dans l'économie numérique	421
2. La typologie de la cybercriminalité économique sous l'angle du droit et de la sécurité	423
 CHAPITRE 2 : LA PROSPECTIVE DE RENOUVEAU DES DROITS CONGOLAIS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET DE LA RÉGULATION DES TIC À L'AUNE DU DROIT INTERNATIONAL ET COMPARÉ	427
 Section I : La prospective d'un « droit spécial des échanges et du commerce électroniques » en RDC face au droit comparé	428
§1. <i>Les enjeux de repositionnement du cadre juridique du commerce électronique congolais</i>	429
A./ L'OBJET DE LA NOUVELLE LECE EN RDC FACE AUX VIDES LÉGISLATIFS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET AUX RÉFÉRENCES JURIDIQUES INTERNATIONALES ET COMPARÉES	430
1. L'existence du commerce électronique dans les faits non légiférés en RDC	430
2. Les définitions internationales pour le commerce en ligne congolais	432
3. L'économie de la future LECE en RDC face au marché et au droit comparé	435
B./ LES DÉFIS DE SOUVERAINETÉ NUMÉRIQUE FACE À L'EFFECTIVITÉ DES GÉANTS DU NET ET AUX VALEURS FONDAMENTALES DES ÉTATS DANS LE COMMERCE EN LIGNE	439
§2. <i>Les innovations de confiance en l'économie numérique pour le futur cadre juridique congolais</i>	444
A./ LES APPORTS DE LA FUTURE LECE FACE AUX DÉFIS LÉGISLATIFS DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION	444
B./ LES FORCES ET FAIBLESSES DE LA FUTURE LECE DANS L'OBJECTIF DE CONFIANCE EN L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE	448
1. La construction des objectifs de confiance dans le commerce électronique grâce aux textes législatifs de la France et de l'Europe	449
2. Les transformations du cadre juridique congolais face aux enjeux de confiance dans le commerce électronique local et international	453
 Section II : La restructuration de l'ARPTC en « ARPTNITIC » à l'ère du numérique et de l'Internet	455
§1. <i>Le regard critique sur le statut administratif de l'ARPTC pour une transformation de son « rattachement tutélaire » à la Présidence de la République</i>	455
A./ LES INNOVATIONS DE LA TRANSITION DES TEXTES JURIDIQUES SUR L'ARPTC	455
1. La portée des modifications législatives en cours des attributs de l'ARPTC	457
2. L'ARPTC en porte-à-faux de l'évolution des lois sur le portefeuille de l'État	460
B./ L'AMBIGÜITÉ LÉGISLATIVE ET ADMINISTRATIVE DU RATTACHEMENT HIÉRARCHIQUE ET FONCTIONNEL DE L'ARPTC	462
1. La fragilité des arguments de rattachement tutélaire de l'ARPTC à la Présidence de la République	462
2. Les limites du droit des services publics congolais dans la réforme du statut de l'ARPTC au regard de l'ARCEP ou du ministère de l'économie numérique en France	464
§2. <i>La reconfiguration de l'ARPTC en « ARPTNITIC » entre les enjeux classiques de « service universel » et les tendances nouvelles du numérique</i>	468
A. / LA DISPONIBILITÉ DE L'ACCÈS UNIVERSEL ET L'INCLUSION NUMÉRIQUE AU CENTRE DES OBJECTIFS DE LA RÉGULATION	469
1. L'accès universel comme aspect fondamental du droit de la régulation	469
2. L'accès aux communications électroniques comme préalable pour le commerce électronique dans la lutte contre la fracture numérique	472
3. Les technologies mobiles dans la lutte contre la fracture numérique et le développement en Afrique	474
4. La régulation au centre des enjeux de lutte contre la fracture numérique	475

B./ LES ENJEUX LÉGISLATIFS DANS LES TENDANCES ACTUELLES DE CONVERGENCE, D'INTERRÉGULATION ET DE GOUVERNANCE DU NET POUR LA RESTRUCTURATION DE L'ARPTC	477
1. Pour une éventuelle législation en RDC sur les enjeux de la régulation convergente comme en Europe	478
2. Pour une intégration en RDC des enjeux de la gouvernance dans la régulation congolaise des télécoms à la lumière de l'expérience européenne	479
3. Pour une éventuelle législation en RDC sur les enjeux de la régulation convergente en droit comparé	481
4. Pour une réforme de la régulation et de la gouvernance de l'Internet en RDC au regard des problématiques de souveraineté dans la société numérique mondiale	485
CONCLUSION	491
BIBLIOGRAPHIE	509
I. Ouvrages	509
II. Articles	522
III. Législation internationale	528
IV. Législation européenne	528
V. Législation française	533
VI. Législation congolaise	535
VII. Jurisprudences	540
VIII. Rapports publics	541
IX. Autres ressources documentaires	542
X. Ressources en ligne	544
TABLE DES MATIÈRES	555