

LES ORBITES ET LES FREQUENCES
DANS UNE UIT MUTANTE

Laurence Ravillon

Maître de conférences à la Faculté de Droit de Dijon
Membre du Centre de recherche sur le droit des marchés et des
investissements internationaux (CREDIMI)

L'Union internationale des télécommunications (UIT) est une organisation internationale située à Genève¹, qui a mis en place un cadre technique pour les télécommunications par satellite, dont les Etats sont les destinataires. Son rôle, expliqué de manière très générale dans la Constitution de l'UIT qui définit les objectifs essentiels et les principes fondamentaux de l'Organisation, consiste à maintenir et étendre la coopération internationale entre tous les membres de l'Union pour l'amélioration et l'emploi rationnel des télécommunications de toutes sortes, favoriser l'assistance technique aux pays en développement, promouvoir l'utilisation des télécommunications à des fins pacifiques,... Cela suppose d'être précisé, ce qui est fait dans la Constitution relativement à l'exercice des attributions de l'UIT. Une Convention complète la Constitution ; elle concerne le fonctionnement même de l'Union. A côté de ces instruments, on trouve des règlements administratifs, en particulier le règlement des radiocommunications, relatif à l'attribution des fréquences aux différents types de services au niveau mondial, ainsi que des résolutions et des recommandations. La structure organisationnelle de l'UIT est la suivante : une conférence des plénipotentiaires composée de délégations représentant les Etats membres, qui élabore la politique à long terme de l'Organisation, un conseil, qui constitue l'exécutif de l'Organisation entre les conférences des plénipotentiaires, des conférences administratives mondiales et régionales sur les télécommunications internationales, un secrétariat général et trois secteurs dits secteur des radiocommunications (qui gère les fréquences assignées par les Etats membres de l'UIT), secteur de la standardisation des télécommunications, et secteur du développement. La structure est donc complexe.

En pratique, l'UIT joue un rôle essentiel dans le secteur des télécommunications par satellite, puisqu'elle fixe des normes techniques et

¹ Agence spécialisée des Nations Unies.

attribue les composantes de la ressource jumelle spectre des fréquences/positions orbitales aux Etats. Or, ces ressources sont rares donc précieuses. Le spectre des fréquences est caractérisé par sa rareté, parce que les bandes de fréquences utilisables sont limitées (elles ne sont pas toutes adaptées à la transmission de tous les services), et que les risques d'interférences sont importants. Lorsque les télécommunications par satellite se sont développées, la compétence initiale de l'UIT vis-à-vis des fréquences a été étendue aux positions orbitales, en particulier à l'orbite géostationnaire, orbite privilégiée, puis aux orbites basses. Sur l'orbite géostationnaire, située à environ 36000 km de la Terre, le nombre de places n'est pas illimité, si l'on veut éviter les collisions et les interférences, et ce malgré des progrès techniques permettant de rapprocher progressivement les satellites et d'intensifier l'exploitation de l'orbite ; les positions sur cette orbite ne sont pas toutes équivalentes et certaines sont plus recherchées parce qu'elles permettent d'accéder à une population plus nombreuse et à des marchés plus rentables (v. les positions permettant de couvrir le territoire américain). Leur rareté est accrue. Ces deux ressources (fréquences/orbites) sont complémentaires, liées car l'orbite géostationnaire est une ressource utile grâce aux bandes de fréquences hertziennes, par lesquelles transitent les informations allant de la station-sol au satellite (liaison ascendante) et du satellite à une station sol (liaison descendante).

Position orbitale et fréquences sont « assurément un élément essentiel du système spatial pour les besoins de l'exploitation du satellite, que ce soit à des fins commerciales ou militaires »².

Le rôle de l'UIT a pris de l'importance avec la libéralisation des services de télécommunications, car le nombre de fournisseurs privés sur les marchés nationaux et internationaux a entraîné un accroissement de la demande pour les ressources naturelles de l'espace. La recomposition de la toile de fond des activités spatiales sur laquelle nous reviendrons est aussi perceptible sur les plans institutionnel et réglementaire³. La logique économique retentit avec intensité sur les structures de droit public de l'espace et sur les règles de droit international public de l'espace, que les opérateurs privés sont rétifs à mettre en œuvre et/ou prompts à contourner.

² Z. Sekfali, *Droit des financements structurés*, Paris, Revue Banque Edition, 2004, p. 391, n° 574.

³ M. Bartholomew, « L'équilibre des pouvoirs. L'industrie veut avoir davantage voix au chapitre dans les décisions à caractère technique et financier », *Nouvelles de l'UIT*, 2002/7, pp. 43-45, et M. Singer, « Aller de l'avant. Les enjeux de la Conférence de plénipotentiaires : le point de vue du secteur privé », *Nouvelles de l'UIT*, 2002/7, pp. 46-49.

L'allusion à l'UIT est faite dans les contrats spatiaux : dans un contrat de nantissement d'équipement portant sur un satellite, on trouve la définition du satellite, laquelle « désigne le satellite de télécommunication (indiquer nom du satellite), enregistré auprès de l'Union Internationale des Télécommunications, ou International Telecommunications Union, un organisme dépendant de l'Organisation des Nations Unies, sous les noms (indiquer le nom du satellite retenu pour les besoins de l'enregistrement) (...). Le satellite porte (X) transpondeurs dont (Y) de type FSS, d'une largeur de bande de 36 MHz et dont la fréquence de bande de réception est comprise entre 13.75 et 14.0 GHz et (A) de type BSS, d'une largeur de bande de 33 MHz et dont la fréquence de bande de réception est comprise entre 17.3 et 17.75 GHz et la fréquence de bande de transmission est comprise entre 11.7 et 12.15 GHz. Les dates de dépôt et/ou de publication auprès de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) relatives au Satellite sont les suivantes (...) (rappel des éléments suivants : Fréquences, Catégorie UIT, Nom UIT du Satellite, Type de dépôt et/ou de publication UIT, Date de réception par l'UIT, Date de publication par l'UIT) »⁴.

L'UIT met en place des normes techniques, mais leur mise en œuvre ou leur non-respect pose des problèmes de nature juridique⁵. Nous verrons que la tendance aujourd'hui est de considérer les orbites situées dans l'espace extra-atmosphérique comme de nouveaux biens, de nouvelles choses sur lesquelles l'homme a placé son emprise, malgré l'attachement des rédacteurs des traités relatifs à l'espace à un espace extra-atmosphérique échappant à toute souveraineté étatique, et à toute forme de revendication quelle qu'elle soit. Les fréquences ont subi le même sort.

Les missions de l'UIT et leurs évolutions seront présentées (I), avant des exemples de distorsions entre la qualification juridique des ressources naturelles de l'espace et certaines pratiques (II), qui s'expliquent par la valeur économique de ces ressources (III) :

I. – L'UIT : missions et évolutions

L'UIT attribue les positions orbitales et les fréquences (A), joue parfois un rôle « tampon » (B), et dans tous les cas, a vu ses missions évoluer en même temps que le contexte dans lequel elle s'insère (C) :

⁴ Z. Sekfali, *Droit des financements structurés*, op. cit., p. 438, n° 662.

⁵ Sur ce point, v. M. Lanord Farinelli, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA*, 2005, pp. 738-751.

A) Les mécanismes d'attribution des positions orbitales et des fréquences

Les modalités d'utilisation de l'orbite géostationnaire⁶ ont donc été établies par l'Union Internationale des Télécommunications, mais elles ne peuvent pas être comprises sans les règles de droit international public posées par les traités spatiaux. En effet, dans ces traités, les Etats ont pris soin de soustraire les ressources naturelles de l'espace à toute tentative d'appropriation.

Dans le « *Reference Paper* » de l'OMC, un passage est consacré à l'utilisation des ressources limitées de l'espace. Il y est prévu que les procédures d'attribution doivent être objectives, rapides, transparentes et non-discriminatoires. Cela renforce les procédures mises en place dans le cadre de l'UIT.

Dans le cadre du droit international des télécommunications par satellite, deux systèmes régissent la ressource spectre/orbite pour les télécommunications par satellite : le système du premier occupant⁷ (*first come, first served*) et celui de la planification *a priori*.

Le premier mécanisme, qui prévoit la coordination du système avec l'utilisateur initial des ressources naturelles de l'espace, permet à l'UIT d'assurer des ordres de priorité. Les fréquences sont d'abord réparties entre les services (attribution des bandes de fréquences en vue de leur utilisation par un ou plusieurs services : radiodiffusion, radionavigation...). Après l'*allotissement* de bandes de fréquences aux trois Régions⁸, l'Etat dont l'opérateur souhaite développer un système de communications par satellite, informe le Bureau des radiocommunications de son intention d'*assigner* des fréquences et une position orbitale à cet opérateur. Il envoie une description du système projeté à l'UIT, pour une publication dans un document (*Weekly Circular*), afin que les autres Etats en prennent connaissance et prennent contact avec l'Etat initial en cas de risque d'interférences. Le processus de coordination, qui est un processus de négociation, de pourparlers intéresse donc au premier chef les Etats eux-mêmes. Si les Etats ne parviennent pas à s'accorder, les pouvoirs du Bureau sont assez limités, car les règles mises en

place « privilégient l'autodiscipline des membres et non la coercition »⁹. C'est alors le principe du « premier arrivé, premier servi » qui règle le problème puisque l'Etat qui a enregistré son système en premier voit ses droits considérés comme prioritaires grâce à l'antériorité de l'inscription.

Cette règle du « premier arrivé, premier servi », qui gouverne l'attribution de bandes de fréquences aux services fixes par satellite ou satellites de point à point ainsi qu'aux satellites hybrides, rappelle l'acquisition des terres par la découverte¹⁰, mais elle ne donne pas lieu pour autant à l'acquisition des ressources naturelles de l'espace, à leur appropriation. En effet, l'article II du Traité sur l'espace de 1967 affirme que l'espace « ne peut faire l'objet d'appropriation nationale par proclamation de souveraineté, ni par voie d'utilisation ou d'occupation, ni par aucun autre moyen ». Les dispositions du Traité de 1967 nous rappellent que « la nature, immuable par essence, est exclusive de l'intervention de l'homme : il lui est impossible de se l'approprier »¹¹. La liberté dont jouissent les Etats pour aller dans l'espace trouve donc une limite dans la mesure où elle ne peut en aucun cas entraîner une appropriation de l'espace par le biais d'une quelconque revendication de souveraineté émanant d'un Etat. L'inadéquation du terme « national » est manifeste puisqu'une interprétation littérale de cette disposition laisserait penser qu'elle est destinée aux seuls Etats, alors que l'esprit du Traité nous convainc du contraire et qu'il ne fait aucun doute que les entités privées et les organisations internationales ne peuvent disposer de pouvoirs excédant ceux des Etats. Les termes du Traité de 1967 visent l'aspect droit public de l'appropriation – l'exercice de la souveraineté – et son pendant en droit privé – la mise en oeuvre du droit de propriété –.

Si ce principe du « premier arrivé, premier servi » est correctement appliqué, il permet une bonne gestion de la ressource spectre/orbite, mais il a été critiqué, car en pratique, il ne permet pas la promotion de l'équité dans l'accès aux ressources de l'espace. Le principe primitif du « premier arrivé, premier servi » a en effet entraîné la répartition des ondes et positions orbitales presque exclusivement au bénéfice des pays industrialisés. Comme l'affirme Mme Courteix, « [c]e système s'accommodait en fait d'une situation de "relative abondance". Mais dès lors qu'on s'est trouvé en situation de

⁶ R.S. Jakhu, V.R. Serrano, « International Regulation of Radio Frequencies for Space Services », in *Project 2001, Legal Framework for Commercial Satellite Telecommunications*, 8/9 June 2000, Berlin, pp. 41-115.

⁷ L. Ravillon, « Le recours à la technique du "premier arrivé, premier servi" dans le droit des nouvelles technologies... ou comment gérer la rareté des ressources naturelles et informatiques », *JCP* 2000, 1, 273.

⁸ Région 1 : Europe, Afrique, Moyen Orient, CEI ; Région 2 : Amériques ; Région 3 : Asie (sauf Moyen-Orient et CEI), Océanie.

⁹ L. Benzoni, « Club, monopole, marché : enjeux de l'organisation économique de l'espace », in *L'exploitation commerciale de l'espace – Droit positif, droit prospectif*, sous la direction de Philippe Kahn, Paris, Litec, 1992, p. 27.

¹⁰ P.-M. Martin, *Droit des activités spatiales*, Paris, Masson, 1992, pp. 133-134.

¹¹ M.-A. Hermitte, « Histoires juridiques extravagantes - la reproduction végétale », in *La gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, sous la direction de Ph. Kahn et J.-Cl. Fritz, Travaux du Credimi, vol. 9, Paris, Librairies techniques, 1983, p. 260.

pénurie (...), la méthode s'est faite plus autoritaire (...) »¹². C'est pourquoi la planification *a priori* est apparue : des plans de fréquences et de positions orbitales ont été établis afin de réserver la ressource jumelle aux fins d'utilisation future par tous les pays, surtout ceux qui n'ont pas la capacité actuelle d'utiliser les ressources de l'espace.

Ce système concerne les satellites de radiodiffusion ou satellites de télévision directe. Un accord de planification gelant la situation juridique des satellites de radiodiffusion est intervenu en 1977 pour les Régions 1, et en 1983 pour la Région 2. Le plan a été complété en 1988, et revu en 1997. Chaque pays a reçu une position orbitale et cinq canaux de fréquence. Cette procédure d'attribution fonctionne sans la contrainte du «premier arrivé, premier servi», car *tous les pays* se voient attribuer un nombre limité de canaux selon la méthode de la planification. Il n'y a donc pas de demande au coup par coup de la part des seuls pays occidentaux comme pour les services fixes par satellite ou pour les satellites hybrides. En 1997, la WRC-1997 a également décidé que des études de faisabilité devaient être menées concernant le doublement du nombre de canaux par pays et de nouvelles allocations pour les services de communications mobiles personnelles par satellite. Cette planification *a priori* a également gagné quelques services fixes (ceux opérant dans les bandes de 6/4 GHz à 14/11 GHz).

La méthode de la planification assure mieux que la règle du «premier arrivé, premier servi» le caractère temporaire du droit d'usage de la position orbitale et de la fréquence, puisque le plan établi par la Conférence Administrative Mondiale des Radiocommunications de l'UIT doit faire l'objet de révisions régulières – encore faut-il, bien sûr, que ces révisions soient effectuées –, même si certains ont pu voir dans cette planification une manifestation du non-respect du principe de libre accès à l'orbite géostationnaire dans la mesure où la planification restreint l'accès d'autres Etats aux positions orbitales.

B) Une UIT « tampon »

La réglementation établie par l'UIT est destinée à éviter les brouillages entre les satellites et stations de télécommunications, brouillages qui désignent « l'effet, sur la réception dans un système de radiocommunications, d'une énergie non désirée due à une émission, à un rayonnement ou à une induction se manifestant par une dégradation de la qualité de transmission, une déformation ou une perte de l'information que

l'on aurait pu extraire en l'absence de cette énergie non désirée »¹³. Ces brouillages peuvent être involontaires. Tel est le cas en présence d'un dérèglement du satellite. Ils peuvent être volontaires, auquel cas l'administration dont relève le satellite va adresser une plainte en brouillage à la partie à l'origine du brouillage si elle la connaît. Des discussions s'engagent alors entre les administrations dans le cadre d'une procédure de consultation. En cas d'impasse, l'UIT peut intervenir. Elle ne peut rien imposer, mais le simple fait que l'UIT se déplace peut aider à régler la difficulté, en raison de sa neutralité. Il en va de même en cas de problème de coordination de fréquences.

C) Evolutions de l'UIT et du contexte

Ces évolutions ont d'abord été sensibles au niveau institutionnel (a). Elles ont aussi pris la forme de nouvelles méthodes de gestion, à la suite des difficultés rencontrées par l'UIT dans la mise en œuvre de son rôle d'enregistrement des fréquences et des positions orbitales (b). Ces nouveautés s'inscrivent dans un contexte plus général, celui des activités spatiales, qui a connu des bouleversements ces dernières années (c).

a) L'UIT et les entreprises privées

L'UIT se trouve face au défi de la déréglementation, une partie des responsabilités incombant pendant longtemps aux monopoles nationaux pesant désormais sur les épaules des exploitants privés. Les acteurs du privé font peu à peu leur entrée à l'UIT puisqu'il leur est permis de participer aux travaux des groupes consultatifs de l'organisation internationale. En effet, la Conférence des plénipotentiaires de Minneapolis de l'Union internationale des télécommunications, en novembre 1998, a adopté des mesures destinées à refléter l'importance du secteur privé dans l'exécution de la mission de l'UIT, et a proposé des ajustements à la Constitution et à la Convention de l'UIT pour tenir compte des entreprises privées¹⁴. La participation des entités non-étatiques, par exemple des constructeurs ou des opérateurs, aux activités de l'UIT a ainsi été prévue¹⁵, pour qu'ils présentent leur point de vue¹⁶,

¹³ B. Tchikaya, *Le droit international des télécommunications*, Paris, Puf, Que sais-je ?, 1998, p. 117. Le Règlement des radiocommunications de l'UIT définit le brouillage (n° S.1. 169) comme celui qui « dégrade sérieusement, interrompt de façon répétée ou empêche le fonctionnement d'un service de radiocommunication ».

¹⁴ A.E. Noll, « ITU Constitutional and Conventional Amendments », in *Project 2001 - Legal Framework for Commercial Satellite Telecommunications*, 8/9 June 2000, Berlin, pp. 119-125.

¹⁵ A.E. Noll, « The Fruitful Symbiosis between the Public and the Private Sectors within the International Telecommunications Union (I.T.U.) », in *Proceedings Ninth ECSL Summer Course on Space Law and Policy*, Institute of Air and Space Law - University of Cologne, Germany, July 24-August 5 2000, pp. 137-139.

¹² « La Conférence Administrative Mondiale des Radiocommunications de 1979 et le nouvel ordre international de l'éther », *Annuaire fr. dr. int.*, 1980, p. 631.

illustrant le « renforcement du rôle des organismes privés dans la coopération internationale »¹⁷. L'UIT est vue comme « un cadre unique favorisant les rencontres entre tous les principaux partenaires du secteur – administrations, équipementiers, opérateurs, clients et organismes scientifiques – »¹⁸.

Comme l'affirme Mme Malavialle, « [l]a Conférence a créé une catégorie unique de membre, avec des droits et des obligations identiques, qui sera ouverte à l'éventail le plus large d'entités représentants des intérêts en liaison avec les buts de l'UIT. De plus, la procédure pour devenir membre a été rationalisée, en laissant aux Etats Membres la possibilité d'autoriser les sociétés et entités nationales à s'adresser directement à l'UIT. Par ailleurs, différentes mesures ont été prises pour améliorer la participation des acteurs privés, comme l'inscription dans la constitution du rôle des groupes consultatifs des conférences et assemblées, où les Membres et les membres de l'industrie participent sur un pied d'égalité, dans les secteurs du développement et de la standardisation »¹⁹. Les entreprises privées ont ainsi pu participer, aux côtés des Etats, à l'élaboration de normes relatives à l'homologation, à l'octroi de licences d'exploitation, au marquage des terminaux, ..., cessant ainsi d'être de « simples objets ou domaines d'application du droit. Le droit international des télécommunications se développe par initiative étatique, mais avec la collaboration des transnationales de télécommunications et des grands opérateurs privés »²⁰.

Certains proposent d'aller au-delà et envisagent par exemple des négociations plus efficaces au sein de l'UIT, introduites non plus par l'administration nationale, mais par l'entité qui propose un système par satellite²¹, ce qui renforcerait le rôle des entreprises privées dans la structure de l'UIT.

¹⁶ Y. Zhao, « The ITU and National Regulatory Authorities in the Era of Liberalization », *Space Policy*, 2002, pp. 293-300.

¹⁷ F. Dehousse, T. Zgajewski, « De l'UIT à l'OMC : les mutations du droit international des télécommunications », *Revue belge de droit international*, 1999/1, p. 272.

¹⁸ M. Bartholomew, « L'équilibre des pouvoirs. L'industrie veut avoir davantage voix au chapitre dans les décisions à caractère technique et financier », *Nouvelles de l'UIT*, 2002/7, p. 44.

¹⁹ A.-M. Malavialle, « Les télécommunications spatiales - Vers un marché mondialisé et libéralisé sous contrôle des Etats », in *Espace et puissance*, sous la direction d'A.-M. Malavialle, X. Pasco, I. Sourbès-Verger, Coll. Perspectives stratégiques, Paris, Ellipses, 1999, p. 176.

²⁰ B. Tchikaya, *Le droit international des télécommunications*, Paris, Puf, Que sais-je ?, 1998, p. 44.

²¹ R.M. Moore, « Business-Driven Negotiations for Satellite System Coordination : Reforming the International Telecommunications Union to Increase Commercially Oriented

Une chose est certaine : derrière les administrations, on trouve le milieu industriel, des constructeurs de satellites, des sociétés de lancement, des opérateurs, avec lesquels l'UIT a des contacts étroits.

Cette place croissante prise par les entreprises privées et les pressions que ces dernières pourraient éventuellement faire peser sur les Etats inquiètent, dès lors que ces entreprises sont parfois plus puissantes que certains Etats²². On parle même de privatisation progressive de l'UIT²³. Pourquoi ces inquiétudes ? Parce qu'il n'est pas certain que la place laissée aux entreprises privées dans le cadre de cette organisation ne leur suffise à terme²⁴. L'intervention des acteurs privés dans les activités spatiales ne peut pas être sans affecter les principes régissant le statut juridique de l'orbite géostationnaire et du spectre des fréquences.

b) De nouvelles méthodes de gestion

Ces nouvelles méthodes de gestion ont été mises en place notamment pour lutter contre le phénomène des satellites papier. Les satellites papier sont des systèmes factices, qui ne sont jamais mis en orbite, mais pour lesquels une position orbitale et des fréquences ont été obtenues, ces dernières étant gelées alors même que le système ne verra peut-être jamais le jour. Ce sont des demandes de réservation irrationnelles sans vrais projets. En effet, « [t]ant que les administrations nationales ont eu à exercer les responsabilités d'exploitation des télécommunications, la pratique de longue date de coopération de l'UIT, basée sur le postulat qu'il est de l'intérêt de toutes les parties d'éviter les interférences nuisibles et sur le principe de bonne foi, a permis un fonctionnement efficace du système. Dans l'environnement déréglementé des télécommunications, des opérateurs privés de plus en plus nombreux ont pris la charge des activités commerciales d'exploitation. Avec un accroissement constant des demandes de fréquences et d'emplacements orbitaux pour répondre aux besoins du marché, la reconnaissance de la valeur économique de ces ressources limitées a multiplié les réservations de positions orbitales de la part d'un

Negotiations Over Scarce Frequency Spectrum », *Journal of Air Law and Commerce*, Winter 1999, n° 1, vol. 65, pp. 51-75.

²² R.S. Jakhu, V.R. Serrano, « International Regulation of Radio Frequencies for Space Services », in *Project 2001 - Legal Framework for Commercial Satellite Telecommunications*, 8/9 June 2000, Berlin, p. 101.

²³ *Ibid.*, p. 104.

²⁴ R.M. Moore, « Business-Driven Negotiations for Satellite System Coordination : Reforming the International Telecommunication Union to Increase Commercially Oriented Negotiations over Scarce Frequency Spectrum », *op. cit.*, pp. 51-75.

grand nombre de pays »²⁵. Cette pratique a pu se développer en raison du rôle joué par le Bureau des radiocommunications, qui est un rôle de chambre d'enregistrement.

Cette multiplication de demandes de réservations a entraîné des retards dans le travail de l'UIT. Ces retards faisaient craindre à l'Organisation le contournement de ces règles par les opérateurs, qui s'arrangeraient entre eux pour exploiter les ressources orbitales. Le Directeur du Bureau des radiocommunications, M. Robert W. Jones, faisait ainsi remarquer en 2001 que « [c]haque s'accorde à reconnaître que les Etats membres de l'UIT ont le droit souverain d'accéder aux ressources spectre-orbitales en appliquant les dispositions du Règlement des radiocommunications. Malheureusement, ils ont aussi le droit souverain de ne pas se conformer à ces dispositions »²⁶, par exemple au regard de la surréservation faite par certaines administrations, phénomène de grande ampleur. Cela en disait long sur l'inefficacité redoutée des mesures prises par l'UIT, sans réel effet contraignant.

En 1995, un Comité spécial avait été créé par l'Assemblée des radiocommunications. Il a rendu un rapport en 1997, dans lequel il faisait plusieurs recommandations pour résorber les retards pris par l'UIT dans l'examen des systèmes par satellites – retards d'autant plus problématiques que la fabrication des satellites est de plus en plus rapide –, et pour remédier au phénomène des satellites papiers. Par exemple, le Comité a recommandé que l'utilisation de la ressource soit faite dans un délai de cinq ans à compter de la demande de coordination (une extension de deux ans étant possible pour des raisons spécifiques telles que l'échec d'un lancement, un retard de lancement, un problème de conception du satellite, un cas de force majeure...). Cela encourage la réelle utilisation des positions orbitales et fréquences, sous peine de les voir révoquées (*regulatory deadline*). Par exemple, les satellites expérimentaux commandés par l'ESA dans le cadre du Programme Galileo doivent émettre rapidement en orbite pour préserver l'attribution des fréquences à l'UIT. Il a également recommandé qu'une procédure administrative de « diligence due » soit instaurée, obligeant les opérateurs à fournir régulièrement au Comité du Règlement des Radiocommunications des données concernant le nom du fabricant du satellite, l'opérateur du système, le nombre de satellites commandés, la date

d'exécution du contrat, le nom du fournisseur du service de lancement, la date de lancement...²⁷ Ces deux types de mesures ont été adoptés²⁸.

Des améliorations remarquables sont donc intervenues dans les méthodes de travail de l'UIT, et les retards sont en voie de résorption. Les améliorations ont donc été relatives à la gestion des fichiers par satellite, les *filings*, déposés par les administrations, et qui font l'objet désormais, contrairement à ce qui se passait il y a quelque temps, d'un véritable suivi par les administrations, outre qu'elles n'en déposent plus tous azimuts, en raison de la mise en place de la procédure de recouvrement des coûts. Chaque dépôt de demande est payant (excepté un envoi gratuit par an). L'Etat est débiteur et s'adresse ensuite à l'opérateur pour qui la soumission est faite afin d'être remboursé (dans certains pays, comme en France, la facture UIT est envoyée à l'opérateur. Si l'UIT n'est pas payée, l'Etat membre est débiteur. Et la mise en œuvre de cette procédure est stricte : si l'Etat ne paie pas la facture dans un certain délai, le dossier n'est plus pris en considération. Cette procédure rationalise le nombre de demandes et permet à l'UIT d'être rémunérée pour le travail technique et de gestion qu'elle fournit. Ce principe du recouvrement des coûts est acquis, mais ses modalités sont discutées, de sorte qu'il pourrait être refaçonné au cours de la prochaine conférence des plénipotentiaires en 2006. De même, en cas de problèmes réglementaires, et de demandes adressées par l'UIT à un Etat, ce dernier doit fournir sa réponse, ou renvoyer les documents nécessaires dans un certain délai, s'il ne veut pas s'exposer à perdre ses droits.

Les services offerts par l'UIT étant de meilleure qualité, d'une plus grande efficacité et rapidité, sa position s'est affermie par rapport aux administrations.

La situation est donc presque apurée, ce qui est aussi dû, il ne faut pas se voiler la face, aux difficultés rencontrées par le secteur spatial, qui se sont traduites par un certain tarissement des projets. Elle n'empêche cependant pas le développement de certaines pratiques, telle qu'une forme de compétition entre les administrations notificatrices, comme on a pu l'observer entre la France, l'Allemagne, et l'Italie pour le projet Galileo de navigation par satellite.

²⁵ A.-M. Malavialle, « Les télécommunications spatiales – Vers un marché mondialisé et libéralisé sous contrôle des Etats », in *Espace et puissance*, op. cit., p. 182.

²⁶ « L'UIT peut-elle se réformer ? Parlons-en ! », *Nouvelles de l'UIT*, Mai 2001, pp. 22-24.

²⁷ « Le Comité du Règlement des Radiocommunications. Ce qu'il est, ce qu'il fait. Entretien avec M. Pierre Aboudarham, Président du Comité du Règlement des Radiocommunications », *Nouvelles de l'UIT*, 2001/10, pp. 18-22.

²⁸ Résolution 49, WRC-1997 : « *Administrative Due Diligence Applicable to Some Satellite Communications Services* ».

c) La situation du secteur spatial

Alors qu'auparavant, les Etats étaient les principaux acteurs de la scène spatiale, les entreprises privées investissent aujourd'hui massivement le secteur, attirées par les opportunités commerciales de l'espace²⁹ (télécommunications, télévision par satellite, accès à Internet haut débit, localisation et aide à la navigation, télédétection), et conscientes de l'importance des activités spatiales dans la vie quotidienne (satellites de télécommunications et de télédiffusion ; navigation et positionnement par satellite, pour le transport ; télédétection, pour la surveillance de l'environnement et l'aménagement du territoire, le suivi des catastrophes naturelles...). La privatisation reçoit à la fois une définition macro-économique et traduit l'implication croissante des entreprises privées dans un secteur, et une définition micro-économique correspondant à la prise de pouvoir partielle ou totale d'une entité publique par des entités privées³⁰.

Le secteur privé est engagé dans une plus ou moins grande mesure dans presque chaque secteur des activités spatiales, ce qui crée des tensions dans un système qui n'a pas été conçu pour accueillir de tels investissements privés et pour en supporter les conséquences. Cette présence a été rendue possible par l'ouverture des marchés, consécutive à différentes décisions prises par l'Union européenne ou par l'OMC, et elle s'est surtout faite sentir dans le secteur spatial à l'égard des télécommunications par satellite.

Si on rapporte cette évolution du secteur spatial au travail de l'UIT, on s'aperçoit que les administrations responsables de la gestion des fréquences, en principe interlocutrices de l'UIT, voient leurs connaissances réglementaires s'appauvrir au profit des entreprises privées, dès lors que ces administrations ne sont parfois que des boîtes à lettres, et que les discussions sont menées par l'UIT avec les opérateurs, qui très en amont du projet, étudient et on peut même dire « décortiquent » les réglementations UIT. L'UIT est tiraillée entre les Etats et le secteur privé, qui accepte de financer, mais qui, en échange, veut avoir son mot à dire.

On remarque aussi que, alors qu'auparavant, les opérateurs déclarant leurs systèmes par satellites à l'UIT via une administration nationale étaient ressortissants de ce pays, et que le lien entre l'Etat demandeur et le bénéficiaire de la demande ne faisait pas de doute, la situation a changé avec la fin des monopoles publics et l'apparition d'opérateurs privés, contactant des administrations nationales dont ils n'ont pas la nationalité, ce qui fait

²⁹ V. Merindol, « La maîtrise des activités spatiales commerciales », *Revue de Défense nationale*, Décembre 1999, pp. 104-116.

³⁰ Sur ce dernier point, voir la définition de la privatisation donnée dans le *Dictionnaire de droit international public*, sous la direction de J. Salmon, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 886.

craindre une forme de perte de contrôle par les Etats des positions orbitales et des fréquences qui leur ont été attribuées.

II. – Les distorsions entre la qualification juridique des ressources naturelles de l'espace et la pratique

Les différentes qualifications juridiques possibles des ressources naturelles de l'espace (A) n'immunisent pas ces dernières contre certaines pratiques spéculatives³¹ (B) :

A) La qualification juridique de l'orbite géostationnaire et des fréquences

Plusieurs qualifications juridiques viennent à l'esprit lorsque l'on appréhende les ressources naturelles de l'espace. La première est celle de *res communis*, non appropriée ni appropriable mais pouvant être utilisée par tous (V. l'article 1128 du Code civil, qui dispose qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions ». L'article 1598 du Code civil prévoit que « tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation » tandis que l'article 2226 du Code civil pose que l'« on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce ». Quant à l'article 714 du Code civil, il prévoit qu'« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir »). Les *res communes* ou choses communes « sont des biens tellement communs à toute société des hommes qu'aucun ne peut s'en rendre le maître ni en priver les autres »³², à l'inverse des *res nullius* ou choses sans maître (poissons, gibier), lesquelles ne sont pas appropriées mais sont appropriables.

En pratique, la qualification de chose hors du commerce n'a pas vraiment suffi à éloigner l'espace extra-atmosphérique de la sphère des activités objets du commerce international³³.

³¹ Ph. Achilléas, « Le régime juridique des assignations de fréquences relatives aux systèmes satellitaires », *Communication Commerce électronique*, septembre 2004, p. 31.

³² J. Domat cité par Jérôme Fromageau, « L'histoire du droit — l'évolution des concepts juridiques qui servent de fondement au droit de l'environnement », in *L'écologie et la loi – Le statut juridique de l'environnement*, sous la direction d'Alexandre-Charles Kiss, Editions L'Harmattan, Paris, 1989, p. 34.

³³ B. Oppetit, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtejan, Bâle/Francfort sur le Main, 1993, p. 310. L'auteur remarque que la notion de commercialité s'étend de telle sorte que la distinction entre la notion de chose hors du commerce et celle de chose dans le commerce s'en trouve obscurcie.

D'où l'émergence de la notion de patrimoine commun de l'humanité³⁴, « par nature »³⁵, destinée à « soustraire d'importantes portions d'espace ou des biens de grande valeur aux appropriations privées et aux souverainetés nationales »³⁶, avec en arrière-plan une gestion concertée des ressources. Concept d'autant plus intéressant que le droit de l'environnement semble appelé, de plus en plus fréquemment, à se substituer au droit des biens³⁷, l'environnement étant « l'ensemble des choses qui, bien qu'utiles, résistent à l'appropriation en raison de leur nature physique »³⁸. En outre, ce concept, « à la fois pécuniaire par son contenu (...) et symbolique par son contenant »³⁹, est une sorte de prolongement de la notion de *res communis*, une projection dans l'avenir... et le droit de l'espace et des activités spatiales n'est-il pas une terre fertile pour le droit prospectif ? Cette notion⁴⁰ est en tout

cas évoquée dans le Traité de 1967⁴¹ puis dans l'Accord sur la Lune⁴², qui pose le principe selon lequel « L'exploration et l'utilisation de la Lune sont l'apanage de toute l'humanité et se font pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays, quel que soit leur degré de développement économique ou scientifique. Il est dûment tenu compte des intérêts de la génération actuelle et des générations futures (...) » (article 4). Si ce principe semble peu effectif dans l'ensemble du droit de l'espace, la seule exception peut justement peut-être être celle de la ressource spectre/orbite⁴³. L'on peut cependant estimer que la notion de patrimoine commun de l'humanité se manifesterait plus aisément pour le spectre des fréquences et l'orbite privilégiée, à une condition, et non des moindres, c'est que l'utilisation des positions orbitales telle qu'elle a eu lieu jusqu'à présent ne confère pas de droit de propriété aux entités en tirant avantage. Or, nous verrons que rien n'est moins sûr.

La transition avec la notion de bien public mondial⁴⁴, voire de bien d'humanité⁴⁵, est aisée : cette notion, issue de la théorie économique (mais critiquée si on s'en tient à la conception qu'en ont certaines organisations internationales, dont l'objet est d'ailleurs plus économique qu'écologique,

³⁴ Sur la distinction *res communis*, patrimoine commun de l'humanité, v. B. Cheng, « The Legal Regime of Airspace and Outer Space : the Boundary Problem, Functionalism Versus Spatialism : the Major Premises », *AASL*, 1980, p. 337 : « While *territorium extra commercium* and *territorium commune humanitatis* [or CHM] shared the same characteristic that they cannot be territorially appropriated by any State, they differ in that the former is essentially a negative concept, whereas the latter is a positive one. In the former, in time of peace, as long as a State respects the exclusive quasi-territorial jurisdiction of other States over their own ships, aircraft and spacecraft, general international law allows it to use the area or even to abuse it more or less as it wishes, including the appropriation of its natural resources, closing large parts of such space for weapon testing and military exercises, and even using such areas as a cesspool for its municipal and industrial sewage. The emergent concept of the common heritage of mankind, on the other hand, while it still lacks precise definition, wishes basically to convey the idea that the management, exploitation, and distribution of the natural resources of the area in question are matters to be decided by the international community (or simply the contracting parties, as in the Moon Treaty ?) and are not to be left to the initiative and discretion of individual States or their nationals ». Sur la notion d'humanité, v. J. Allard, « L'humanité, un concept juridique sans précédent ? », in *Le droit saisi par le collectif*, sous la direction de Th. Berns, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 189-206.

³⁵ Nous devons cette expression à Alexandre-Charles Kiss, lequel distingue le patrimoine commun de l'humanité « par nature », regroupant certaines composantes des espaces extra-atmosphérique et maritime ainsi que l'Antarctique, du patrimoine commun de l'humanité « par affectation », dont le patrimoine culturel est un exemple, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *Rec. cours La Haye*, 1982-II, vol. 175, p. 225.

³⁶ F. Ost, « Le juste milieu – Pour une approche dialectique du rapport homme-nature », in *Images et usages de la nature en droit*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1993, p. 60.

³⁷ M. Rémond-Gouilloud, « Ressources naturelles et choses sans maître », *D.* 1985, chron. p. 28.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Le Seuil, 2004, p. 88.

⁴⁰ A.A. Cocca, « Common Heritage of Mankind : a Basic Principle of the International Legal System », *IISL*, 1988, pp. 89-94. – G.M. Danilenko, « The Concept of the "Common Heritage of Mankind" in International Law », *AASL*, 1988, pp. 247-265. – R.-J. Dupuy, « Réflexions

sur le patrimoine commun de l'humanité », *Droits*, 1985, *Destins du droit de propriété*, pp. 63-71. – C.C. Joyner, « Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind », *ICLQ*, 1986, pp. 190-199. – K. Kouassi, « Le concept de patrimoine commun de l'humanité et l'évolution du droit international public », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération* 1985, pp. 949-968. – N. Mateesco Matte, « The Common Heritage of Mankind and Outer Space : Toward a New International Order for Survival », *AASL*, 1987, pp. 313-336. – D. S. Myers, « Is There a "Common Heritage of Mankind" ? », *IISL*, 1990, pp. 335-337. – D. Shrager, « The Common Heritage of Mankind : the Concept and its Application », *Annales d'études internationales* 1986, vol. 15, *L'étude des relations internationales : la nouvelle génération*, pp. 45-63. – C. Groulier, « Quelle effectivité pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005, pp. 1034-1042.

⁴¹ Art. I. 1 : « L'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique... doivent se faire pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays... ; elles sont l'apanage de l'humanité tout entière ».

⁴² Accord régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes du 18 décembre 1979, entré en vigueur le 11 septembre 1984 : Art. 11. 1 : « La Lune et ses ressources naturelles constituent le patrimoine commun de l'humanité... ». Au sujet de la notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée à la Lune, v. A.D. Roth, *La prohibition de l'appropriation et les régimes d'accès aux espaces extra-terrestres*, Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Études Internationales de Genève, Puf, Paris, 1992, pp. 149 et s.

⁴³ En ce sens, v. R.-J. Dupuy, *La clôture du système international – La cité terrestre*, Puf, Paris, 1989, p. 44.

⁴⁴ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit, Le relatif et l'universel*, op. cit., pp. 92 et s.

⁴⁵ M.-A. Frison-Roche, « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », in *Propriété intellectuelle et mondialisation – La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, sous la direction de Michel Vivant, Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2004, pp. 165-175.

comme la Banque mondiale par exemple), catégorie au sein de laquelle certains placent les satellites⁴⁶. L'appréhension de la fragilité de l'écosystème planétaire, des menaces croissantes pesant sur lui font « redécouvrir et pénétrer dans le langage international la vieille notion aristotélécienne et thomiste de "bien commun" »⁴⁷, qui « permet d'imaginer tous les êtres humains reliés entre eux, dans une condition similaire et une commune vulnérabilité »⁴⁸. Le bien public se réfère à deux notions : « celle d'intérêt général ou d'utilité publique, ainsi que celle de l'accès indifférencié du bien à tous les membres de la collectivité »⁴⁹.

Que l'orbite géostationnaire soit qualifiée de chose commune ou d'élément du patrimoine commun de l'humanité, il est certain qu'elle répugne par sa nature à toute appropriation : ce n'est pas un bien⁵⁰. On ne dispose sur l'orbite et le spectre que du droit d'utilisation minimal c'est-à-dire d'un simple droit d'usage excluant que l'on puisse disposer d'elle. Pourtant, la notion de propriété des ressources naturelles de l'espace extra-atmosphérique est apparue : propriété privée concernant les tentatives d'appropriation des entreprises privées et « substitution d'une vision industrielle et commerciale à une vision sacrée de la nature et du vivant »⁵¹, souveraineté concernant les tentatives d'extension de la souveraineté de la part des Etats, avec la Déclaration de Bogota.

Concernant la qualification des fréquences, nous verrons ci-dessous que, après que la qualification de *res communis* a été retenue, c'est l'appartenance au domaine public qui prévaut aujourd'hui⁵², avec d'ailleurs une évolution de son appréhension.

⁴⁶ Ph. Hugon, *L'économie éthique publique : biens publics mondiaux et patrimoines communs de l'humanité*, Unesco, 2003, p. 41 : on peut différencier les biens publics mondiaux « selon la caractéristique intrinsèque des biens : on opposera les biens naturels (eau, climat, air), les biens matériels (médicaments, satellites) et les biens immatériels (connaissance)(...) ».

⁴⁷ B. Badie, M.-C. Smouts, *Le retournement du monde – Sociologie de la scène internationale*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, 1999, p. 205.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 206.

⁴⁹ J. Clam, « Qu'est-ce qu'un bien public ? Une enquête sur le sens et l'ampleur de la socialisation de l'utilité dans les sociétés complexes », *Archives de philosophie du droit, Le privé et le public*, t. 41, 1997, p. 218 ; « inadéquation structurelle entre biens publics et économie de marché », p. 220.

⁵⁰ M. Rémond-Gouilloud, « Ressources naturelles et choses sans maître », *D.* 1985, chron. p. 27.

⁵¹ B. Oppetit, « Les tendances régressives de l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 327.

⁵² C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de biens publics*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 247-248.

Quoi qu'il en soit, « comme pour les grands fonds marins, cet appareil idéaliste se heurte vite aux appétits d'exploitation »⁵³. En outre, « les lois économiques enseignent (...) que la rareté donne la valeur à un bien (au sens économique). La rareté est l'une des conditions de l'utilité économique. Théoriquement, il suffit que le bien devienne rare et utile pour prétendre au marché. A cet égard tous les biens sont susceptibles d'appropriation »⁵⁴, si l'on retient une vision économique en tout cas. La situation est ambiguë, dès lors que l'on met en avant d'un côté, la notion de patrimoine commun de l'humanité avec une évolution vers les biens publics mondiaux, ou vers un droit des biens spéciaux⁵⁵, mais que de l'autre émergent les notions de commercialisation et marchandisation.

B) Le développement de pratiques de contournement

Ce développement prend la forme d'un phénomène d'appropriation des ressources naturelles de l'espace (a), de cessions de positions orbitales (b), voire de sûretés prises sur les positions orbitales et les fréquences (c) :

a) le phénomène d'appropriation des ressources naturelles de l'espace

Le principe du « premier arrivé, premier servi » donne simplement le droit d'exploiter une fréquence sans interférence, fondé sur la priorité de l'enregistrement : c'est un droit d'usage, c'est-à-dire « la faculté minimale dont un bien puisse faire l'objet »⁵⁶. Les choses communes ne sont pas soustraites au service de l'homme, simplement, leur utilité se trouve restreinte à une seule forme de jouissance, l'usage de cette chose⁵⁷.

Néanmoins, le fait que le premier à être capable d'accéder à l'espace soit le premier à recevoir satisfaction implique que si des règles très strictes ne sont pas adoptées afin d'opérer une sorte de roulement entre les Etats, l'utilisation des positions orbitales peut se révéler perpétuelle. En témoignent

⁵³ M. Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire – Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, Puf, 1989, p. 114.

⁵⁴ A. Mezghani, « Droit et nouvelles technologies – Aux origines de la modernité », *RID éco.*, 1993/2, p. 139.

⁵⁵ M.-J. del Rey-Bouchentouf, « Les biens naturels, un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux », *D.* 2004, chron. p. 1615.

⁵⁶ M. Rémond-Gouilloud, « Ressources naturelles et choses sans maître », *D.* 1985, chron. p. 32.

⁵⁷ On peut faire un parallèle avec l'exercice des droits d'exploration et d'exploitation des ressources du plateau continental (article 78 de la Convention de 1982 sur le droit de la mer) puisque l'espace n'y « est pas approprié en tant que tel ; il ne constitue que le cadre d'exercice des droits fonctionnels », A.D. Roth *La prohibition de l'appropriation et les régimes d'accès aux espaces extra-terrestres*, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève, Puf, Paris, 1992, p. 31.

les possibilités de stockage, d'échanges des positions orbitales⁵⁸, et les pratiques de location et de vente de ces mêmes positions, qui peuvent permettre de douter de l'absence de droit de propriété conféré aux attributaires de positions orbitales si l'on se souvient que «Nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a». Il y a en pratique une nécessité pour les opérateurs de conserver ces fréquences et positions lors du renouvellement des satellites, car la condition pour que les services par satellite soient fournis est que la titularité sur les positions orbitales et les fréquences soit pérenne. Ce principe de continuité est en effet propre à assurer la stabilité de l'exploitation des satellites.

En ce qui concerne les satellites de télécommunications pour lesquels la méthode de la planification n'a pas été retenue, il convient de remarquer le caractère quasi-perpétuel du droit d'utilisation d'une position orbitale et de sa fréquence radioélectrique, car lorsque les satellites arrivent en fin de vie utile, aucun texte de l'UIT ne prive les utilisateurs des positions orbitales de la possibilité de lancer de nouveaux satellites afin d'occuper ces mêmes positions, à condition qu'ils aient les mêmes caractéristiques que ceux précédemment envoyés dans l'espace. Par conséquent, tant qu'on ne change pas les caractéristiques du satellite, on peut conserver l'usage des fréquences et de la position orbitale. Une administration sécurise ainsi sa position. A cela s'ajoute une technique sans cesse plus pointue qui permet d'allonger la durée de vie des satellites de télécommunications, augmentant d'autant la durée d'occupation de l'orbite géostationnaire.

Certes, l'exclusivisme conféré par le droit de propriété au propriétaire fait défaut en ce qui concerne les positions orbitales, car des satellites peuvent utiliser la même position, en utilisant des fréquences différentes ou en ne desservant pas les mêmes zones géographiques, mais le caractère potentiellement perpétuel de l'occupation et d'autres prérogatives mises à la disposition des usagers des ressources naturelles ou qu'ils se sont arrogées convergent vers une utilisation potentiellement permanente de la ressource orbite/éther.

Les pays développés, à l'instar de nombre d'auteurs, tentent de démontrer que leur occupation orbitale ne peut s'analyser en une appropriation, car les États, même s'ils exercent une maîtrise de fait sur l'orbite (*corpus*), ne sont pas animés par l'intention de s'octroyer des droits souverains exclusifs sur une part d'orbite (*animus appropriandi*⁵⁹). Les pays développés estiment

⁵⁸ L. Ravillon, *Les télécommunications par satellite - Aspects juridiques*, Paris, Litec, 1997, p. 75, n° 95.

⁵⁹ La Cour Permanente de Justice, dans l'affaire du statut juridique du Groenland oriental, a retenu deux éléments composant une revendication de souveraineté, à savoir l'intention d'agir

qu'ils détiennent, non pas un droit de propriété sur l'orbite géostationnaire, mais un simple droit d'exploitation sans interférence de fréquences et de positions orbitales, basé sur la priorité de l'enregistrement.

Pourtant, certaines de leurs pratiques prouvent que les pays développés, mais aussi désormais les pays en voie de développement – indépendamment de la Déclaration de Bogota –, souhaitent se comporter en titulaires de droits réels sur l'orbite et le spectre des fréquences et non plus en simples usagers de la nature. Les positions orbitales, ressources limitées, sont devenues des marchandises⁶⁰. A leur sujet, les petits pays sont approchés par des opérateurs ou approchent des opérateurs, pour se livrer à une sorte de « trafic » de positions orbitales.

Les pratiques décrites ci-dessus s'apparentent tantôt à l'exercice d'un droit de propriété-jouissance, tantôt à la mise en oeuvre d'un droit de propriété-spéculation, menaçant les principes fondateurs de droit international public posés par les traités spatiaux.

Il semblerait que le caractère inappropriable de cette chose commune cède devant la logique de la marchandisation et de la patrimonialisation : si on ne peut s'approprier l'orbite géostationnaire dans son entier, la mer dans sa totalité, en pratique, « tout se passe (...) comme si chaque partie détachée d'une *res communis* acquérait instantanément le statut de *res nullius* »⁶¹, et ce prélèvement partiel est suffisant à contenter l'individu car c'est lui « qui est utile et non la globalité »⁶². On peut établir un parallèle avec l'air ou l'eau, utilisés par certains « de telle manière que nul autre ne puisse le faire dans le même temps »⁶³, de sorte qu'ils « ne se contentent plus d'user des biens-environnement : ils en disposent »⁶⁴ et que « le bien-environnement considéré apparaît davantage commune une *res nullius* qui s'acquiert par la simple occupation, que comme une *res communes* »⁶⁵. Et M. Martin d'ajouter que « la qualification de *res communes*, loin de maintenir l'air et l'eau dans « la communauté négative du genre humain », laisse-t-elle se développer une

de façon souveraine et l'exercice continu de la souveraineté (occupation effective), arrêt de 1933, série A/B.

⁶⁰ Pour une proposition de droits de propriété portant, entre autres, sur l'orbite géostationnaire, E. J. Reinstein, « Owning Outer Space », *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1999, pp. 59-98.

⁶¹ F. Ost, *La nature hors la loi - L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, Editions La découverte, Série écologie et société, 1995, p. 61.

⁶² *Ibid.*

⁶³ G. Martin *Le droit à l'environnement - De la responsabilité civile pour faits de pollutions au droit de l'environnement*, Publications périodiques spécialisées, 1981, p. 125, n° 118.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 126, n° 118.

⁶⁵ *Ibid.*

répartition des biens-environnement qui se fait à l'avantage de ceux qui « occupent » ces biens », et que non seulement « cette qualification ne correspond plus à la réalité, mais encore qu'elle masque une appropriation de l'environnement par quelques-uns »⁶⁶. En somme, « l'immunisation contre la propriété de la chose commune n'est de rigueur que si l'appropriation est pratiquement et concrètement irréalisable ! C'est ce que l'on pourrait appeler l'érosion du concept juridique de chose commune »⁶⁷.

Or, alors que les opérateurs des activités spatiales ont dépassé le mythe de l'espace inaccessible et magique, et que la vision mercantile de l'espace prédomine, cette image rassurante d'un espace préservé, donnée par le droit international public de l'espace et le droit des télécommunications par satellite, est affaiblie. A certains égards, nous sommes entrés dans la « dynamique de l'accaparement »⁶⁸, à l'image de ce qui se passe sur Terre, sachant qu'on parle de politique d'**occupation** des positions orbitales. Le marché a créé de nouveaux biens inattendus, l'ensemble de la planète, et même au-delà, étant « entendu(e) comme un espace de marché »⁶⁹, le marché se nourrissant des champs ouverts par les innovations scientifiques⁷⁰. Les choses hors du commerce se sont patrimonialisées, la commercialité allant de pair avec la privatisation et le désengagement de l'Etat⁷¹.

Dans le secteur spatial, l'accès aux orbites et aux fréquences en constitue une illustration, mais elle n'est pas la seule, quand on songe aux revendications de certains corps célestes, à la vente de parcelles de corps célestes...⁷²

Concernant l'orbite et les fréquences, leur utilité pousse leurs utilisateurs à établir un rapport d'exclusivité et de permanence avec elles, alors même

⁶⁶ *Ibid.*, p. 127, n° 118.

⁶⁷ S. Gutwirth, « Autour du contrat naturel », in *Images et usages de la nature en droit*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1993, p. 96.

⁶⁸ P.-M. Dupuy, « Technologie et ressources naturelles, "nouvelles" et "partagées" », in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle, influence des données économiques et technologiques, Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 216.

⁶⁹ L. Boy, « Les "utilités" du contrat », *Les Petites Affiches*, 10 septembre 1997, p. 6.

⁷⁰ A. Mezghani, « L'illicite dans le commerce international. L'anomie dans la société internationale », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, p. 199.

⁷¹ A. Mezghani, « Le 11 septembre 2001 et le droit économique », *RID éco.*, 2002/1, p. 19.

⁷² Pour une critique de telles revendications, P.M. Sterns, L.I. Tennen, « Privateering and Profiteering on the Moon and Other Celestial Bodies : Debunking the Myth of Property Rights in Space », *IISL*, 2002, pp. 56 et s. – H.R. Hertzfeld, F.G. Von der Dunk, « Bringing Space Law into the Commercial World : Property Rights without Sovereignty », *Chicago Journal of International Law*, Summer 2005, vol. 6, issue 1, pp. 81 et s.

que certains textes UIT précisent que l'enregistrement et l'assignation « ne sauraient conférer une priorité permanente à tel ou tel pays ou groupes de pays et faire obstacle à la création de systèmes spatiaux par d'autres pays » (Résolution n° 2 (AY) relative à l'utilisation équitable par tous les pays, avec égalité de droits, de l'orbite des satellites géostationnaires et des bandes de fréquences attribuées aux services de radiocommunication spatiale, CAMR 1979), et que « les administrations doivent faire en sorte que les assignations de fréquence pour des applications spatiales soient utilisées de façon aussi efficace que possible en tenant compte du développement de la technique et soient abandonnées lorsqu'elles ne sont plus en service » (Recommandation n° 2 (ZI) relative à l'examen, par les conférences administratives mondiales des radiocommunications, de l'état d'occupation du spectre des fréquences dans le domaine des radiocommunications spatiales, CAMR 1979). Mais c'est sans compter le caractère non impératif du langage utilisé dans ces textes, et la possibilité pour les Etats d'accepter que les droits d'une entité sur des positions enregistrées perdurent.

b) Cessions de positions orbitales et *al.*⁷³

L'affaire Tongasat fera l'objet de notre étude. Elle correspond à l'émergence de comportements spéculatifs relatifs à l'orbite géostationnaire⁷⁴. Les économistes désignent le comportement de Tongasat sous le terme de passager clandestin, c'est-à-dire que l'entreprise revend l'accès à la ressource, obtenu gratuitement⁷⁵. Les juristes évoquent le terme de marchandisation.

Le royaume de Tonga, petite île de l'Océan Pacifique a, entre 1988 et 1990, soumis au Bureau d'enregistrement des fréquences de l'UIT un projet d'inscription de seize positions orbitales au-dessus du Pacifique permettant de relier l'Asie, les Etats-Unis et le Pacifique. L'obtention des positions orbitales était destinée non pas à l'utilisation pour les besoins du royaume de Tonga, mais à la location⁷⁶ au plus offrant ou à la vente par cet Etat à des

⁷³ J.I. Ezor, « Costs Overhead : Tonga's Claiming of Sixteen Geostationary Orbital Sites and the Implications for U.S. Space Policy », *Law and Policy in International Business* 1993, vol. 24, n° 3, pp. 915-941. – D. Riddick, « Why Does Tonga Own Outer Space ? », *Air and Space Law*, vol. XIX, n° 1, pp. 15-29. – R. Oosterlinck, « Tangible and Intangible Property in Outer Space », *IISL*, 1996, p. 279.

⁷⁴ K. Nyman Metcalf, *Activities in Space – Appropriation or Use ?*, Uppsala, Instus Forlag, 1999, p. 230.

⁷⁵ L. Benzoni, « Club, monopole, marché : enjeux de l'organisation économique de l'espace », in *L'exploitation commerciale de l'espace – Droit positif, droit prospectif*, sous la direction de Philippe Kahn, Paris, Litec, 1992, p. 27.

⁷⁶ Ces positions orbitales devaient être louées pour un prix de deux millions de \$ par an, par position orbitale.

pays ayant la capacité financière pour en devenir les usagers. Intelsat a alors pris position et estimé que Tonga faisait « tout pour transformer le processus d'enregistrement au sein de l'UIT en opportunité de spéculation financière sur l'orbite géostationnaire »⁷⁷, mais le Bureau d'enregistrement des fréquences a fait droit à la demande de Tonga, car en tant qu'organe technique, l'UIT n'examine pas l'opportunité de ces attributions. L'organisation est marquée par la neutralité de son rôle administratif.

Et Tonga n'a fait qu'ouvrir la brèche (v. Gibraltar, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Bermudes). Une entreprise située dans l'île de Man proposait ainsi aux opérateurs privés la possibilité de contourner leurs administrations nationales afin d'inscrire des positions orbitales à l'UIT, parlant d'un accès commercial à l'UIT⁷⁸.

Sur le site de l'entreprise Tongasat⁷⁹, on peut lire que, en raison d'un accord exclusif avec le gouvernement de Tonga, Tongasat peut offrir à des clients un réseau de service par satellites intéressant en raison d'un régime réglementaire peu contraignant, et attirant pour des opérateurs autrement confrontés à des exigences réglementaires internes longues et bureaucratiques dans leur propre pays !! Un bel exemple de forum shopping et d'une pratique proche des pavillons de complaisance !

Sans compter les *filings* qui ont fait l'objet de transferts acrobatiques, pourrait-on dire, dans le cadre de la privatisation des organisations internationales de télécommunications par satellite, les *filings* de l'ancienne organisation internationale de télécommunications par satellite, Intelsat, passant des mains d'Intelsat Itso à des entreprises américaines et anglaises, sous l'œil critique du Département d'Etat américain, qui y a vu un « trafic » de filings. Ces transferts avaient un précédent dans l'exemple de Hong Kong, qui détenait des filings, qui ont été transférés à la Chine après un accord à cet effet entre la Chine et le Royaume-Uni.

⁷⁷ Lettre du Directeur Général d'Intelsat, Dean BURCH, au Secrétaire général de l'UIT en date du 8 juin 1990.

⁷⁸ *Interspace*, November 2, 2000, pp. 8-9.

⁷⁹ www.tongasat.com.

c) **Les ambiguïtés tenant à l'éventuelle inscription d'une sûreté sur la position orbitale et les fréquences : la Convention Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de grande valeur**⁸⁰

Actuellement, le droit des sûretés n'est pas abordé dans les instruments de droit spatial. Les préoccupations des créanciers sont donc aujourd'hui prises en considération et gouvernées par les législations nationales, lesquelles sont en partie inefficaces à l'égard des transactions portant sur les objets spatiaux. Un terrain plus balisé et sécurisant permettrait aux financiers d'être mieux protégés, ce qui faciliterait les transactions financières relatives à la propriété spatiale et réduirait les risques financiers et les coûts liés aux prêts dans le secteur spatial. Il autoriserait aussi le règlement du sort des différentes sûretés inscrites par des créanciers de nature différente.

La réflexion d'Unidroit, organisation intergouvernementale située à Rome, qui a pour mission d'adopter des règles uniformes de droit privé afin de faciliter le commerce international, a porté sur la création d'une garantie internationale relative à des matériels d'équipement mobiles de grande valeur, afin de faciliter le financement de leur acquisition qui sont destinés par leur nature à franchir les frontières et pour lesquels l'application de la *lex rei sitae* paraissait inadaptée concernant les différends touchant la validité, le caractère exécutoire et le rang des créances. Peu d'objets sont couverts par la Convention : ce sont les aéronefs, le matériel ferroviaire et les satellites. La Convention se limite donc aux objets qui ont « pour caractéristique commune le fait qu'ils franchissent les frontières dans le cadre normal des activités auxquelles ils sont destinés.

Ce projet de réforme du droit des sûretés a été initié par le secteur privé, faisant jouer à ce dernier un rôle inhabituel dans le développement de normes juridiques internationales⁸¹.

⁸⁰ P. Honnebier, « The Convention of Cape Town on International Interests in Mobile Equipment : the Solution of Specific European Property Law Problems », *European Review of Private Law*, 2002, pp. 377-395. – P.B. Larsen, « Financing of Space Assets ; Unidroit Convention's International Registry of Financial Interests in Space Property », *IISL*, 2000, pp. 258-271. – C.W. Mooney Jr, « Assignments of International Interests in Mobile Equipment and Related Receivables under the Unidroit Convention : When Should the Tail Wag the Dog ? », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1999, vol. 30, n° 3, pp. 443-453. – M. Stanford, « The Preparation by UNIDROIT of a New International Regimen Governing the Taking of Security in High-Value Mobile Equipment, in Particular Space Property », *COPUOS*, 39th session, Vienna, 27 mars-7 avril 2000. – Unidroit 2001, Etude LXXIII - Doc. 5, Seal Beach, Californie, 23-24 avril 2001, Rapport préparé par le Secrétariat d'Unidroit.

⁸¹ C. Chinkin, C. Kessedjian, « The Legal Relationship between the Proposed UNIDROIT Convention and its Equipment-specific Protocols », *Revue de droit uniforme*, 1999/2, pp. 323-334.

La Convention Unidroit, Convention de base, est destinée à régir la constitution et les effets d'une garantie internationale portant sur certaines catégories de matériels d'équipement mobiles. Elle pose des règles communes c'est-à-dire un cadre général, et est complétée par des Protocoles propres à chaque catégorie de matériels d'équipements mobiles, pour tenir compte des spécificités en matière de financement de chaque type de matériel. Trois Protocoles sont prévus : le Protocole aéronautique (adopté en même temps que la Convention le 16 novembre 2001 au Cap), le Protocole ferroviaire, et le Protocole spatial⁸².

Concernant cette convention, l'UIT s'est émue de l'assiette de la garantie. Le souhait de la communauté spatiale est en effet de retenir une définition large de l'objet spatial pour que le texte du Protocole s'adapte sans problème aux évolutions de la technologie et aux avancées permises par elle. Au cours de la réunion du *Space Working Group* avec un groupe d'experts en octobre 2000, la question du champ d'application de la Convention a été évoquée, afin de savoir, entre autres, si le Protocole devait comprendre, en plus de la propriété spatiale au sens strict, les droits associés (*associated rights*) ou droits connexes, qui sont déterminants pour la valeur commerciale du système et essentiels pour la mise en œuvre des sûretés inscrites par les financiers. Ces droits visent par exemple les licences, qui semblent être considérées comme des éléments négociables alors que ce sont des prérogatives accordées par une entité gouvernementale. Cette notion de droits associés est donc à clarifier⁸³. Ainsi, on a discuté de la possibilité d'obtenir un nantissement sur une position orbitale ou sur une fréquence⁸⁴, alors que cette option ne semble pas compatible avec le droit de l'espace, ni avec nombre de droits nationaux, qui refusent que des sûretés soient prises sur des éléments tels que les fréquences attribuées par une autorité publique⁸⁵. On a pu faire remarquer que « L'Etat de contrôle pourrait par exemple voir d'un mauvais œil qu'une personne (le créancier garanti) autre que celle à qui il a accordé une autorisation de se livrer sous sa juridiction à

⁸² P.B. Larsen, « Future Unidroit Protocol on Security Interests in Space Assets », *IISL*, 2002. – D.A. Panahy, « Prospective Unidroit Convention on Interests in Mobile Equipment as Applied to Space Assets », *International Business Lawyer*, December 2001, pp. 505-511.

⁸³ S. Ospina, « The Concepts of Assets and Property : Similarities and Differences and their Applicability to Undertakings in Outer Space », *IISL*, 2002.

⁸⁴ J.T. Stewart Jr., « Should there be a Mortgage Convention for Space Activity Investors ? », *IISL*, 1982, pp. 251-529 : l'auteur, en 1982, s'interrogeait déjà sur le fait de savoir si, avec l'arrivée des entreprises privées, les positions orbitales pourraient faire l'objet de vente, de revente et être utilisées à titre de garantie.

⁸⁵ P.B. Larsen, J.A. Heilbock, « Unidroit Project on Security Interests : How the Project Affects Space Objects », *Journal of Air Law and Commerce*, 1999, vol. 64, p. 736.

une activité dans l'espace (le débiteur) prenne possession du bien spatial. De même le caractère non transférable de certains droits (par exemple les fréquences) pourrait anéantir les bénéfices économiques recherchés par la vente par le créancier garanti du bien spatial en règlement de tout ou partie des obligations garanties »⁸⁶. On conçoit très bien l'intérêt de permettre un transfert de ces droits connexes au créancier garanti qui souhaite mettre en œuvre sa sûreté, mais les obstacles juridiques à un tel transfert sont importants, dès l'instant que ces autorisations sont délivrées *intuitu personae* et que « la procédure de délivrance de ces licences et autorisations repose généralement sur des considérations d'intérêt général. Au titre du droit de l'espace, les Etats répondent de certaines obligations internationales, par exemple le contrôle des capacités techniques de l'opérateur soumis à sa juridiction, l'allocation des fréquences et des positions orbitales. Au titre de leurs droits publics internes, les Etats peuvent prétendre exercer un certain contrôle sur les fréquences radioélectriques tant pour des raisons de sécurité publique que pour préserver la compétition entre opérateurs sur un marché. En ce sens, ces licences et autorisations sont les instruments juridiques de certains choix politiques étatiques »⁸⁷.

Au cours du colloque relatif aux activités spatiales, qui a eu lieu à Dijon en 2004, Mme Leimbach, qui présentait le point de vue du banquier, a fait remarquer que les sûretés inscrites par le banquier prenaient entre autres la forme d'un nantissement sur les actions de l'emprunteur, ajoutant que cela pouvait « poser le problème de l'actionnaire de référence et de la continuité du bénéfice de la position orbitale, des fréquences et de la licence d'exploitation en cas de réalisation de la sûreté. L'Etat qui les a accordées peut en effet refuser leur transfert à une société qui lui paraîtrait ne plus présenter les garanties notamment techniques requises »⁸⁸, même si, de manière générale, « les banques ont vécu et survécu (...) sans garantie sur l'utilisation des positions orbitales, des fréquences, des codes d'accès, des logiciels de contrôle, se limitant à une sûreté sur le satellite et sur la station de contrôle au sol »⁸⁹.

⁸⁶ A. de Fontmichel, « Commentaire sur l'avant-projet de Protocole sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement spatial au projet de Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles », *ZLW*, 2001/4, p. 544.

⁸⁷ A. de Fontmichel, « Le projet de Protocole d'Unidroit portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux », in *Le droit des activités spatiales à l'aube du XXI^e siècle*, sous la direction de L. Ravillon, Paris, Litec, 2005, p. 333.

⁸⁸ « Le financement des activités spatiales », in *Le droit des activités spatiales à l'aube du XXI^e siècle*, sous la direction de L. Ravillon, Paris, Litec, 2005, p. 308.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 311.

Les sûretés seraient inscrites sur un registre international⁹⁰, tenu par une autorité de surveillance. Un tel registre n'existe pas jusqu'à présent, ce qui place les créanciers dans l'incertitude quant à l'existence de créances et de créanciers concurrents. Le registre international d'inscription jouerait un rôle essentiel, d'abord pour l'inscription des garanties et donc pour la détermination de leur rang, mais aussi pour le suivi des garanties en cas de cessions de ces dernières et pour le regard sur la vie du satellite (qui le contrôle ? qui contrôle tel élément de l'objet spatial ? quel est le sort du bien immatriculé ? sur ce dernier point, l'Etat d'immatriculation doit être tenu informé, car il doit pouvoir se désengager s'il n'a plus le contrôle de l'objet spatial utilisé à des fins privées). Il faudrait pouvoir distinguer la phase de lancement, avec un ou plusieurs Etats de lancement responsable(s), et la phase d'exploitation du satellite⁹¹, et envisager que l'Etat de lancement ne soit pas forcément l'Etat de lancement initial⁹² lorsque les satellites ont fait l'objet de cessions en orbite.

Le registre devrait donc comporter des informations techniques (localisation orbitale, vie utile du satellite, désorbitation prévue à la fin de sa vie utile, date de lancement, véhicule de lancement...), des informations quant aux services fournis par l'objet spatial (télécommunications, télédétection...), des informations financières (propriétaires et opérateurs principaux, noms et établissements des principales entités ayant financé le projet, lieu d'enregistrement des sûretés sur les objets spatiaux, couverture par l'assurance...), et des informations de « contact » (administration notifiant à l'UIT, date de la notification, Etat d'enregistrement, date d'inscription sur le registre national, Etat de lancement, compagnie d'assurance...)⁹³. Sur ce point, il faudra se préoccuper de la compatibilité du contenu du registre international avec certaines législations nationales protégeant le caractère confidentiel des informations financières.

On ne sait encore qui serait dépositaire du registre : les Nations Unies ? Une nouvelle structure administrant le registre ? Unidroit ? Le COPUOS ? Ou bien l'UIT ? Ces différentes propositions sont à l'étude.

⁹⁰ R.C.C. Cuming, « Considerations in the Design of an International Registry for Interests in Mobile Equipment », *Revue de droit uniforme*, 1999/2, pp. 275-288.

⁹¹ R.J. Lee, « Effects of Satellite Ownership Transfers on the Liability of the Launching States », *IISL*, 2000, pp. 148-153.

⁹² K.-U. Schrogl, Ch. Davies, « A New Look at the Concept of the "Launching State". The Results of the UNCOPUOS Legal Subcommittee Working Group 2000-2002 », *ZLW*, 2002/3, p. 370.

⁹³ S. Ospina, « Revisiting the Registration Convention : a Proposal to Meet the Need to Know "What is up there" », *Proceedings IISL*, 2000, pp. 199-209.

III. – La valeur économique des ressources

Les positions orbitales, surtout certaines d'entre elles en raison du nombre de personnes couvertes par l'empreinte du satellite, sont très prisées⁹⁴. Elles font l'objet de véritables investissements et sont considérées de ce fait comme des marchandises, ce qui n'est pas anodin lorsque l'on garde présent à l'esprit le contenu des traités spatiaux. Par exemple, au cours du Colloque *Satellite 2002*, aux Etats-Unis, une session était intitulée « For Sale : Orbital Assets ? », dont l'objectif était de présenter le développement de la vente au plus offrant de positions orbitales et de fréquences sur le spectre.

Dans le même ordre d'idées, Mme Malavialle faisait justement remarquer, à propos du rapprochement Alcatel/Loral Space & Communications et Hillen pour créer EuropeStar, que la société Hillen « apporte, pour sa part, les trois positions orbitales qui ont été assignées à sa compagnie par le gouvernement allemand, au-dessus de l'Océan indien. Les positions orbitales sont au cœur de la transaction »⁹⁵.

Lorsque les tribunaux américains interviennent, dans le cadre des procédures de redressement judiciaire, afin de réorganiser les entreprises en question et qu'ils évaluent la valeur de l'entreprise, ils tiennent compte, aux côtés des installations de construction de satellite, des revenus produits par l'exploitation des satellites, des positions orbitales elles-mêmes⁹⁶.

Le spectre des fréquences, ressource naturelle limitée pendant longtemps gratuite et abondante, est devenu lui aussi « un enjeu pour les économistes et les financiers »⁹⁷.

Sa valeur économique est sensible à travers les pratiques nationales de mise aux enchères de la ressource⁹⁸. Les mécanismes du marché, tels que les ventes aux enchères, ont été introduits dans certains pays concernant l'attribution des fréquences, à tel point qu'on a pu parler à leur sujet de

⁹⁴ On parle de « hot slot », T. Foley, « The World's Hottest Real Estate : Orbital Slots are Prime Property », *Via Satellite*, September 2001, pp. 26-34.

⁹⁵ A.-M. Malavialle, « Les télécommunications spatiales – vers un marché mondialisé et libéralisé sous contrôle des Etats », in *Espace et puissance*, op. cit., p. 145.

⁹⁶ P.B. de Selding, « Court Approves Loral's Exit from Bankruptcy », *Space News*, August 1, 2005, p. 6.

⁹⁷ C. Estryn, C. Guerrier, « Le spectre des fréquences radioélectriques, bien public ou bien commercial ? », *Les Petites Affiches*, 12 juillet 2001, p. 11. V. aussi I. Choukri, « Réflexions sur la marchandisation des fréquences spatiales », *RFD aérien et spatial*, 2004, pp. 140-161.

⁹⁸ *The Journal of Law and Economics*, October 1998, vol. XLI (2), *The Law and Economics of Property Rights to Radio Spectrum*. – I. Coe, « Legal Issues Surrounding Spectrum Auctions », *IISL*, 1998, pp. 194-204.

« patrimoine électronique privé »⁹⁹. Par exemple, au Royaume-Uni, certaines fréquences sont attribuées selon un système d'enchères (*Wireless Telegraph Act* de 1998). Aux Etats-Unis¹⁰⁰, depuis la modification du *Communications Act* en 1993, les fréquences pour les services de communications personnelles sont mises aux enchères (ou plutôt les droits d'usage du spectre), à des prix très élevés, et on n'échappe pas dans ce domaine à une certaine dérive spéculative. Et le souhait d'étendre cette pratique aux positions orbitales est bien réel, ce malgré l'*Orbit Act*, dont la Section 647 (*Satellite Auctions*) a prévu que « *Notwithstanding any other provision of law, the Commission shall not have the authority to assign by competitive bidding orbital locations or spectrum used for the provision of international or global satellite communications services. The President shall oppose in the International Telecommunication Union and in other bilateral and multilateral fora any assignment by competitive bidding of orbital locations or spectrum used for the provision of such services* ». Certains auteurs proposent même d'abandonner l'attribution gouvernementale des autorisations relatives à l'utilisation du spectre (ce qui remettrait en cause les pouvoirs de la *Federal Communications Commission* – FCC –), au profit de droits de propriété, les propriétaires pouvant alors vendre, louer, diviser... leur droit de propriété !¹⁰¹

Aux Etats-Unis toujours, la FCC a modifié, en 2002, la manière dont les opérateurs de satellites obtiennent des autorisations pour leurs systèmes, en retenant le système du « premier arrivé, premier servi », à l'instar de l'UIT, et en permettant au demandeur ne pouvant pas exploiter le système de vendre la licence.

En France, l'article 22 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de la communication définit l'utilisation du spectre des fréquences radioélectriques comme « un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat ». La ressource est donc soumise à la souveraineté de l'Etat et considérée comme un élément du domaine public c'est-à-dire inaliénable, incessible, insaisissable et imprescriptible, et est soumise à des règles très contraignantes d'utilisation (précarité des autorisations). L'attribution en est faite par l'autorité affectataire (ARCEP – ex-ART –, CSA), le problème étant de savoir combien de temps dure l'autorisation, ce qui est essentiel pour les

opérateurs qui souhaitent développer certaines activités en obtenant la garantie de conserver leur autorisation pendant un temps suffisamment long. Ces règles très strictes s'accordent en réalité très mal avec l'usage marchand du domaine public.

Sur ce point, la situation a évolué, car le Conseil constitutionnel, tout en rappelant que l'utilisation des fréquences constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat, a précisé, dans une décision du 28 décembre 2000¹⁰², que pendant la durée de l'autorisation, les titulaires des fréquences en usent sans disposer sur elles de droits réels, mais en bénéficiant de « droits dont la valeur économique peut constituer un actif du titulaire. C'est un élément économique nouveau qui est introduit dans la gestion du domaine public »¹⁰³. On admet donc que « la délivrance de l'autorisation ouvre, pour une période de quinze ans, le droit d'occupation des fréquences »¹⁰⁴, conférant « ainsi à son bénéficiaire, dès son intervention, un avantage valorisable »¹⁰⁵, ce qui heurte le régime traditionnel des occupations privatives du domaine public. L'imprescriptibilité, l'inaliénabilité du domaine public et les règles contraignantes d'utilisation le régissant jusqu'à présent, si elles étaient concevables « dans l'hypothèse d'une affectation du domaine à des usages non marchands »¹⁰⁶ ne le sont plus « lorsqu[e le domaine public] devient le siège d'activités économiques, comme le montrent, au-delà de l'affaire tranchée par la juridiction communautaire, les multiples formes d'occupations domaniales, terrestres, maritimes, hertziennes, etc. »¹⁰⁷.

La valeur économique du spectre étant admise par le Conseil constitutionnel, on peut en déduire que la cession du droit au spectre du titulaire est envisageable, pendant la durée de l'autorisation, créant ainsi un marché secondaire du spectre, ce que prévoyait la Directive-cadre sur le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques du 12 juillet 2000¹⁰⁸, et ce qui au demeurant est contraire au « principe de la non-patrimonialisation des autorisations d'occupation

⁹⁹ J. Rifkin, *L'âge de l'accès*, Paris, Pocket, 2002, pp. 367-370.

¹⁰⁰ H. Hallikainen, « Spectrum for Sale or Rent - Comments on US Spectrum Auctions », *International Journal of Communications Law and Policy*, Issue 5, Summer 2000, pp. 1-7.

¹⁰¹ L.J. White, « "Propertyizing" the Electromagnetic Spectrum : Why it's Important and How to Begin », Prepared for the Congress & Freedom Foundation Telecommunications Reform Project, October 20, 2000.

¹⁰² Conseil Constitutionnel, déc. n°2000-442 D.C. du 28 décembre 2000.

¹⁰³ C. Estryn, C. Guerrier, « Le spectre des fréquences radioélectriques, bien public ou bien commercial ? », *Les Petites Affiches*, 12 juillet 2001, p. 14.

¹⁰⁴ L. Rapp, « Le droit public, l'économie et la régulation : l'exemple des télécommunications », *Les Petites Affiches*, 3 juin 2002, p. 56, n° 24.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ M. Bazex, « La domanialité publique : chassez le marché, il revient au galop », *Les Echos*, 5 décembre 2002, p. 47.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ C. Estryn, C. Guerrier, « Le spectre des fréquences radioélectriques, bien public ou bien commercial ? », *op. cit.*, p. 14.

privative du domaine public, par nature précaires et révocables »¹⁰⁹. En réalité, cet assouplissement du régime juridique du spectre radioélectrique vers une valorisation et une commercialisation autorisée implicitement est destiné à assurer la compatibilité de ses conditions d'occupation avec les exigences de son exploitation commerciale. M. Rapp remarque que « [e]n deux décisions, s'est ainsi mis en place un statut original, pour une large part dérogatoire, de l'occupation de l'espace hertzien. Il est le seul compatible avec les nécessités de l'exploitation bénéficiaire de réseaux coûteux en capital et aléatoires en retours sur investissement : l'autorisation est garantie pour une durée de quinze ans et les prélèvements de l'Etat propriétaire, plafonnés dans leur montant »¹¹⁰. Ce statut original a été entériné par la loi relative aux communications électroniques et services de communication audiovisuelle du 9 juillet 2004 et introduit à l'article L. 42-3 du Code des postes et des communications électroniques.

L'attribution des licences UMTS pourrait elle-même préfigurer certaines évolutions¹¹¹. En effet, auparavant, les autorisations étaient gratuites, ce qui avait pour corollaire leur caractère incessible, surtout quand les autorisations constituaient un mode privatif d'occupation du domaine public. Certains remarquent que « [s]i l'Etat souhaitait, dans l'avenir, faire prévaloir le critère financier, il lui faudrait se résoudre à une modification profonde de l'état du droit, afin qu'au prix payé pour les autorisations – que celles-ci soient ou non liées à une occupation domaniale – réponde une véritable liberté de cession, faute de quoi le caractère spoliateur du mécanisme apparaîtrait à l'évidence »¹¹².

Quant au Parlement européen et au Conseil, ils ont souligné le caractère essentiel des radiofréquences dans la décision n°676/2002/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision « spectre radioélectrique »), et ont fait allusion à la possibilité de transférer les fréquences afin d'améliorer l'utilisation du spectre¹¹³. Telle est donc la

¹⁰⁹ L. Rapp, « Le droit public, l'économie et la régulation : l'exemple des télécommunications », *Les Petites Affiches*, 3 juin 2002, p. 56, n° 24.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 56, n° 25.

¹¹¹ C. Nzaloussou, « A propos des redevances d'utilisation des fréquences UMTS en France (la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2000 relative à la loi de finances pour 2001) », *RIDÉCO.*, 2001/2, pp. 225-239. – J.-F. Calmette, « Brèves remarques juridiques sur la mise aux enchères des licences UMTS », *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, février 2003, pp. 67-74.

¹¹² F. Sureau, « La valeur économique des licences et le droit », *Les Echos*, 11 juin 2002, p. 56.

¹¹³ *JOCE L.* 108/1, 24 avril 2002 – Voir aussi la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les

tendance dans les droits nationaux et en droit européen, tendance concrétisée par la loi française transposant le paquet de directive télécoms, qui a introduit la possibilité pour les opérateurs de revendre les fréquences attribuées par les pouvoirs publics. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a ainsi publié des propositions pour savoir par exemple quelles fréquences pourraient être ouvertes à la revente¹¹⁴.

Les pratiques nationales de mise aux enchères de la ressource¹¹⁵ témoignent du rôle de ressources économiques joué par les ressources de l'espace. Ces mouvements spéculatifs relatifs à l'orbite géostationnaire et aux fréquences radioélectriques prennent place dans un contexte plus vaste évoluant vers une recherche de plus-value à court terme, en particulier recherchée par les fonds d'investissements, alors qu'auparavant, les investissements étaient effectués par les acteurs du secteur afin de développer un service. La situation des organisations internationales de télécommunications par satellite est à cet égard révélatrice.

Conclusion

Les connotations mythologiques de l'espace semblent bien loin, elles qui ont cédé la place à la marchandisation, certains Etats contournant les règles posées par l'UIT et par le droit de l'espace et disposant contre monnaie sonnante et trébuchante des ressources naturelles de l'espace. On le constate, le droit des activités spatiales, droit international public par essence, n'échappe pas, ou plus, aux pratiques d'entreprises privées, accompagnées d'un cortège de notions à consonance privatiste, qui fragilisent les notions de droit international public que l'on croyait bien ancrées. Marchandises, ressources économiques, cession de ces ressources, location, brevets pris sur elles : tous ces mots sont assez révélateurs de l'évolution de l'appréhension du secteur spatial et du droit des activités spatiales, sous la pression de la commercialisation et de la privatisation des activités spatiales.

Le travail au sein même de l'UIT subit l'influence du contexte dans lequel les télécommunications par satellite s'inscrivent. La réglementation à

réseaux et services de communications électroniques (Directive « cadre »), *JOCE L.* 108/33, 24 avril 2002.

¹¹⁴ Rapport au Ministre chargé des communications électroniques sur le choix des bandes de fréquences pour un marché secondaire des autorisations d'utilisation de fréquences, Juillet 2005.

¹¹⁵ *The Journal of Law and Economics*, October 1998, vol. XLI (2), *The Law and Economics of Property Rights to Radio Spectrum*. – H. Hallikainen, « Spectrum for Sale or Rent - Comments on US Spectrum Auctions », *International Journal of Communications Law and Policy Issues*, Summer 2000, pp. 1-7, <http://www.ijclp.org>

mettre en œuvre est toujours de nature technique, mais elle fait de plus en plus souvent l'objet de questions posées par les avocats, ou encore par les banques ou les prêteurs au sens large, qui souhaitent savoir comment le projet qui leur est soumis se situe au plan international. On observe dans ces conditions une certaine forme de juridicisation de l'UIT. Le fondement de tout accord au sein de l'UIT, a une coloration technique mais la décision prise par l'Organisation a des implications sur les plans politique, stratégique, industriel, et juridique.