

Transposition du « paquet télécom » : enfin !

Avec près d'un an de retard, la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a été définitivement adoptée et transposée, tardivement mais fidèlement, les directives communautaires

par Pierre-Alain Jeanneney, avocat associé, Veil, Jourde, La Garanderie

TRANSPPOSITION

Le cadre juridique français des télécommunications connaît, depuis quelques mois, un profond bouleversement. La loi du 31 décembre 2003 a non seulement modifié le statut de France Télécom, en autorisant sa privatisation tout en conservant à ses fonctionnaires leur statut, mais a aussi prévu que l'opérateur chargé de fournir le service universel serait choisi à l'issue d'un appel à candidatures. La loi pour la confiance dans l'économie numérique, qui a été adoptée définitivement le 13 mai dernier puis partiellement censurée par le Conseil constitutionnel le 10 juin suivant, donne une définition des communications électroniques, détermine la procédure d'assignation des fréquences pour les systèmes satellitaires, élargit encore les facultés d'intervention des collectivités locales et tend à améliorer la couverture du territoire par les réseaux de téléphonie mobile. Enfin, le projet de loi relatif à la régulation des activités postales prévoit d'étendre au secteur postal la mission de l'Autorité de régulation des télécommunications.

Enfin et surtout, la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a été définitivement adoptée par le Sénat le 3 juin dernier, après qu'ait été déclarée l'urgence. Elle a, elle aussi, été déférée au Conseil constitutionnel qui l'a validée le 1^{er} juillet.

Les quatre directives européennes du 7 juillet 2002 (cadre, autorisation, accès et service universel), la directive du 12 juillet 2002 (données personnelles) et la directive du 16 septembre 2002 (concurrence), dont cette loi a pour objet d'introduire les dispositions en droit interne, auraient dû être transposées au plus tard le 24 juillet 2003. Pour tenter de remédier au retard constaté et de réduire l'incertitude juridique résultant du dépassement de ce délai, la ministre déléguée à l'Industrie et l'Autorité ont publié conjointement au mois de juillet 2003 des lignes directrices afin de préciser, au cours de cette période intermédiaire, les règles applicables en matière d'autorisation, de taxes, de fréquences, de

numérotation, d'obligations pesant sur les opérateurs puissants, de service universel et de règlement de différends.

La promulgation puis la publication de la loi au *Journal Officiel* du 10 juillet 2004 offre, enfin, un cadre juridique précis et solide aux entreprises pour développer leur activité et au régulateur pour exercer son rôle. Seule la publication des décrets indispensables à l'application de la loi, dont il faut espérer qu'ils ont déjà été préparés, pourrait encore, si elle tardait trop, être une source persistante d'instabilité.

La longueur de cette loi, qui comporte 140 articles et modifie profondément le code des postes et télécommunications et la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, interdit d'en faire ici une présentation détaillée. On se bornera donc à relever les nouveautés majeures qui ont donné lieu aux débats les plus âpres ou qui transforment la tâche du régulateur.

Les réseaux : convergence et simplification

Le phénomène de la convergence, qui efface la dichotomie ancienne entre télécommunication et audiovisuel, impose de veiller à la neutralité technologique de la réglementation, dès lors que certains réseaux sont désormais capables d'acheminer des correspondances privées, d'offrir un accès à Internet et de diffuser des émissions de télévision. Cette évolution majeure, résultat du progrès technique, conduit à substituer à la notion de réseau de télécommunications celle de réseau de communications électroniques. Elle exige ainsi la suppression du régime particulier qui était applicable aux réseaux câblés de télévision, dont l'établissement n'est plus subordonné à l'accord des communes et l'exploitation à celui du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Elle a sans

doute contribué, avec la disparition corrélative de la règle interdisant à une même entreprise d'exploiter des réseaux câblés desservant plus de six millions d'habitants, au mouvement de concentration des acteurs engagé depuis quelques mois.

Le remplacement, pour l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public, de l'autorisation préalable délivrée par le ministre par une simple déclaration faite auprès du régulateur et assortie d'obligations générales sera source de simplification, sous réserve que le décret fixant les modalités de cette déclaration ne vienne pas imposer aux opérateurs des contraintes excessives. Pour les réseaux indépendants, le choix qui a été retenu est plus radical, puisque l'autorisation est supprimée, les opérateurs devant seulement respecter les conditions générales qui seront fixées par décret.

Les fréquences : vers la valorisation

Les règles d'attribution des fréquences hertziennes connaissent deux changements importants qui constituent, l'un et l'autre, une reconnaissance de la valeur économique du spectre.

D'une part, en cas de rareté de la ressource disponible, la possibilité d'organiser des enchères est désormais prévue. A cette fin, le montant de la redevance que le candidat accepte de verser en contrepartie de l'occupation du domaine public pourra désormais figurer parmi les critères de sélection. En outre, généralisant la solution qui avait été retenue pour les licences UMTS, les modalités de versement de



la redevance peuvent déroger à l'article L. 31 du code du domaine de l'Etat, ce qui permettra d'exiger un paiement d'avance dès l'attribution de la fréquence.

D'autre part, il devient possible d'organiser un marché secondaire des fréquences, pour celles qui seront définies par un arrêté ministériel. L'intervention du législateur était en effet nécessaire pour déroger au principe selon lequel les autorisations administratives ne sont pas cessibles. Cette mesure constitue une novation majeure, qui devrait bénéficier aux opérateurs en place et les conduire à valoriser, y compris dans leurs comptes, les stocks de fréquences qui leur ont été assignés. Sur ce point, la comparaison avec les règles et les pratiques d'échange, de transfert ou de vente des créneaux horaires aéroportuaires, qui constitue également des ressources rares gérées et attribuées par des instances indépendantes, peut offrir d'utiles enseignements aux rédacteurs du décret qui devra préciser les modalités d'application de la loi sur ce point.

Les opérateurs puissants : des obligations modulées

Le régulateur dispose désormais de la faculté de moduler les obligations imposées aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché. Ces obligations doivent être proportionnées aux objectifs poursuivis et seront périodiquement révisées. La procédure, soigneusement formalisée, comporte trois phases. Le régulateur détermine d'abord les marchés pertinents; il peut, pour ce faire, s'inspirer utilement de la recommandation de la Commission du 11 février 2003. Il établit ensuite la liste des opérateurs puissants sur ces marchés en s'inspirant, là encore, des lignes directrices publiées par la Commission le 11 juillet 2002. Il détermine enfin les obligations imposées aux opérateurs qu'il a ainsi identifiés.

Ces obligations, qualifiées communément de remèdes, doivent porter, en priorité, sur les marchés de gros; à ce titre, le régulateur peut imposer à l'opérateur de publier une offre de référence portant sur les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion et de l'accès puis, le cas échéant, d'y apporter des modifications.

Il peut en outre lui interdire la pratique de tarifs excessifs ou d'éviction ou exiger une orientation de ses tarifs vers ses coûts. Si les obli-

gations ainsi imposées se révèlent insuffisantes, le régulateur peut intervenir sur les marchés de détail, notamment en s'opposant, par une décision motivée explicitant les analyses, notamment économiques qui sous-tendent son opposition. Le contrôle des tarifs de détail appliqués sur les marchés émergents, notamment ceux créés par l'innovation technologique, a donné lieu à de vifs débats au cours de la discussion du projet de loi. Il a finalement été décidé que l'Autorité pourrait les contrôler seulement s'il est porté atteinte aux objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, parmi lesquels figure l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale, et qu'elle devrait adopter une décision motivée, indiquant ceux des objectifs auxquels il est porté atteinte et justifiant l'adéquation des obligations imposées. Ainsi est supprimé le mécanisme existant d'homologation des tarifs de détail par le ministre, après avis public et préalable de l'Autorité, qui était source de confusion des responsabilités et, parfois, de conflit.

La régulation : nouveaux outils et nouvelles exigences

L'Autorité bénéficie en outre d'un élargissement de ses moyens d'intervention sur d'autres points.

Les agents habilités disposent de pouvoirs d'enquête qui sont plus étendus et mieux encadrés. Ils peuvent ainsi accéder aux locaux des entreprises, demander la communication et prendre copie de tous documents professionnels et recueillir, sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications nécessaires.

Au titre de son pouvoir de sanction, l'Autorité peut, si un exploitant de réseau ou un fournisseur de services porte une atteinte grave et immédiate à ses obligations, lui ordonner, sans mise en demeure, des mesures conservatoires. En outre, le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, saisi en référé par le président de l'Autorité, peut, au cas où un manquement est susceptible de causer un préjudice grave à un opérateur ou à l'ensemble du marché, ordonner, sous astreinte, toute mesure conservatoire nécessaire.

Simultanément, l'Autorité est soumise à de nouvelles contraintes procédurales qui, étaient d'ailleurs bien souvent déjà respectées en pratique.

Les échanges avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil de la concurrence la Commission européenne et les autres régulateurs, déjà nourris en pratique, sont mieux

organisés. C'est ainsi que l'Autorité doit recueillir l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel si elle est saisie d'un litige susceptible d'affecter l'offre de services de communication audiovisuelle. Elle doit aussi consulter le Conseil de la concurrence avant de déterminer les marchés pertinents et de dresser la liste des opérateurs puissants. Elle doit enfin informer la Commission européenne, ainsi que les autorités compétentes des autres Etats membres, des projets de mesures qu'elle envisage d'adopter au titre des analyses de marché et qui peuvent influencer sur les échanges intra-communautaires; la Commission peut adresser des observations voire, dans le cas de mesures définissant de nouveaux marchés pertinents ou désignant les opérateurs ayant une puissance significative, demander au régulateur national de surseoir ou même s'opposer à la mise en œuvre des mesures envisagées.

Les procédures de consultation publiques, déjà largement pratiquées, sont officiellement introduites, puisque le régulateur, comme d'ailleurs le ministre, doivent désormais rendre publiques les mesures qu'ils envisagent d'adopter et qui auraient une incidence importante sur un marché. La motivation des décisions est désormais systématiquement exigée et doit même, pour le contrôle des tarifs de détail, être spécialement précise.

Enfin, les obligations déontologiques des membres du collège sont complétées. Ils sont tenus à une obligations de discrétion sur les procédures de règlement de différend ou de sanction; en outre, ils ne doivent pas prendre, à titre personnel, de prises de position publique sur des questions traitées par l'Autorité.

Ainsi, dans un paysage technologique et économique toujours aussi mouvant, le régulateur se trouve, enfin, pourvu des moyens de droit nécessaires pour accomplir, avec sérénité et dans la durée, la mission qui lui est impartie au bénéfice de tous les consommateurs. ■

Les trois lois édifient le nouveau cadre réglementaire des communications électroniques

- loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom (JO du 1^{er} janvier 2004)

- loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (JO du 22 juin 2004)

- loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (JO du 10 juillet 2004)

Les principaux changements introduits par le nouveau cadre juridique

Thèmes et référence des nouveaux articles du Code des postes et des communications électroniques	Avant la transposition	Après la transposition
Réseaux ouverts au public et fourniture au public de services (article L. 33-1)	Arrêté d'autorisation individuelle délivrée par le ministre, après instruction de l'ART	Déclaration auprès de l'ART
Fournisseurs d'accès Internet (article L. 33-1)	Activité libre	Déclaration auprès de l'ART
Réseaux indépendants (article L. 33-2)	Autorisation délivrée par l'ART	Activité libre
Fréquences et numérotation (articles L. 42 et suivants et L. 44)	- Autorisations délivrées par l'ART - l'ART établit et gère le plan de numérotation	- Autorisations délivrées par l'ART - l'ART établit et gère le plan de numérotation - Marché secondaire des fréquences possible
Service universel (articles L. 35 et suivants)	- 3 composantes (téléphonie fixe, publiphonie et annuaire et renseignement universels) - Contribution des opérateurs disposant d'une licence - France Télécom est en charge du service universel - Contribution au prorata du volume de trafic - Coût du service universel et contribution des opérateurs proposés par l'ART au ministre qui l'arrête	- 4 composantes (3 précédentes + composante « handicap ») - Contribution des opérateurs déclaré - Mise en concurrence des opérateurs pour la fourniture des différentes composantes - Contribution au prorata du chiffre d'affaires - Calcul du coût et des contributions par l'ART
Analyse des marchés (articles L. 37-1 et suivants)	- Désignation annuelle des opérateurs puissants - 4 marchés prédéfinis dans la loi - Avis du Conseil de la concurrence - Obligations imposées par le code selon les marchés concernés	- Analyse par l'ART de 18 marchés pertinents, au minimum, avis du Conseil de la concurrence - Désignation des opérateurs disposant d'une puissance significative sur chacun des marchés, avis du Conseil de la concurrence - Imposition ou retrait des obligations en fonction des problèmes de concurrence constatés sur chacun des marchés - Notification des projets de décision à la Commission et aux ARN, droit de veto de la Commission pour la définition des marchés et la désignation des opérateurs dominants
Contrôle tarifaire (articles L. 36-7, L. 35-2 et L. 38-1)	L'ART émet un avis sur les tarifs de France Télécom du service universel et ceux des prestations pour lesquelles il n'existe pas de concurrents. Le Ministre homologue.	L'ART est désormais seule compétente pour définir des price-cap, émettre un avis ou s'opposer à la mise en œuvre d'un tarif relatif au service universel ou contrôlé au titre d'une obligation imposée à l'issue d'une analyse de marché.
Règlement de différend (article L. 36-8)	- Compétences limitativement définies - Délai de 3 mois pouvant être porté à 6 mois	- Compétences élargies à tout différend relatif à la mise en œuvre des obligations prévues par le code - Délai de 4 mois, sauf circonstances exceptionnelles - Possibilité de recourir à des expertises et des consultations - Possibilité de retirer les pièces relevant du secret des affaires - Compétence de l'ART pour les litiges transfrontaliers - Saisine obligatoire du CSA dans certains cas
Sanction (article L. 36-11)		- Panel des sanctions élargi - Procédure d'urgence introduite - Saisine possible du juge des référés du Conseil d'Etat
Recueil d'information (article L. 32-4)	- Recueil d'informations pour vérifier le respect par les opérateurs de leurs obligations - Pouvoir d'enquête lié aux enquêtes pénales	- Recueil d'information identique - Pouvoir d'enquête clarifié : les agents assermentés peuvent désormais notamment accéder aux locaux professionnels (entre 8h et 20h ou pendant les heures d'ouverture au public), et demander la communication de tous documents professionnels nécessaires et en prendre copie

Les décrets d'application

Une douzaine de décrets d'application sont prévus. Ils concernent notamment :

Au titre de la loi relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom : un décret en Conseil d'Etat précisant les conditions d'attribution des composantes du service universel, les méthodes d'évaluation, de compensation et du partage des coûts du service universel, de gestion du fonds de service universel et déterminant les catégories d'activités exclues du calcul de ce coût ainsi qu'un seuil d'exonération pour les opérateurs soumis à contribution ;

Au titre de la loi communications électroniques :

- des décrets en Conseil d'Etat relatifs au contrôle tarifaire du service universel, au marché secondaire des fréquences, au droit de passage, au règlement de litiges ;
- des décrets simples relatifs à la procédure de déclaration et aux droits et obligations attachés à la qualité d'opérateur, aux dispositions applicables aux opérateurs exerçant une influence significative, aux procédures d'autorisation et de renouvellement des décisions d'utilisation de fréquences, à l'exposition du public aux champs électromagnétiques.

Paul Champsaur : « une régulation affinée et parfois plus incisive des marchés de gros, une régulation allégée des marchés de détail »

La transposition en droit français des directives européennes est maintenant achevée, êtes-vous satisfait ?

Paul Champsaur : Oui, le secteur des communications électroniques dispose maintenant d'une loi fidèle aux directives européennes. Pour l'ART, c'est donc une bonne loi. Elle donne au régulateur des outils adaptés à l'exercice de sa mission. La flexibilité nouvelle permettra une approche plus graduée et mieux ciblée des problèmes concurrentiels auxquels nous sommes confrontés. Le nouveau cadre introduit plusieurs principes qui modifient en profondeur la pratique de la régulation : convergence et neutralité technologique, adoption des principes et des méthodes du droit commun de la concurrence pour l'identification des opérateurs puissants, primauté de la régulation des marchés de gros sur les marchés de détail.

L'ART parle beaucoup de transparence et de concertation. Qu'y a-t-il de nouveau ?

PC : L'ART a toujours veillé à respecter avec soin les exigences de transparence et de concertation. Ces exigences sont maintenant inscrites au sommet de l'édifice juridique avec l'article 6 de la directive « cadre ». Elles sont précisées et détaillées. Ainsi, en matière d'analyse des marchés, nous publierons pour la première fois les réponses reçues lors des consultations publiques, hors information couverte par le secret des affaires. Le Collège n'arrêtera le projet de notification à la Commission concernant la délimitation des marchés pertinents et la désignation du ou des opérateurs puissants qu'en fin de processus après avoir pris publiquement l'avis des parties intéressées et du Conseil de la concurrence. Enfin, le Collège prendra ses décisions finales incluant les obligations non seulement après les consultations ci-dessus, mais aussi après réaction de la Commission et des

vingt-quatre autres régulateurs européens.

Qu'avez-vous pensé des réponses à la consultation publique sur la terminaison d'appel mobile ?

PC : Nous sommes très satisfaits du succès de cette première consultation. Avec 18 réponses, dont 15 incluant une partie publique substantielle, les acteurs ont démontré en grande majorité leur volonté de jouer le jeu de la transparence avec l'ART. Je souhaite que ce soit désormais la règle. De plus, beaucoup de ces réponses sont critiques dans l'acceptation constructive de ce terme. Certaines n'hésitent pas à signaler des erreurs factuelles ou faiblesses dans notre raisonnement. Une telle démarche est saine. Elle permet aux services de l'ART d'affiner leur analyse et au Collège de prendre une décision mieux informée.

Les décisions finales de l'ART en seront-elles modifiées ?

PC : Elles le seront obligatoirement. En fournissant des informations complémentaires et en apportant la contradiction aux raisonnements développés par les services de l'ART, ceux-ci modifieront leur analyse. Ainsi, pour la terminaison d'appel mobile, de manière prévisible et compréhensible, l'ensemble des opérateurs mobiles réputés puissants a contesté systématiquement la proportionnalité des remèdes. Il s'agit là d'une logique normale de débat contradictoire qui légitimera les décisions de l'Autorité. Lorsque les motivations exprimées nous paraîtront fondées et pertinentes nous en tiendrons compte.

Allez-vous cesser toute régulation sur les marchés de détail ?

PC : La logique des directives, inspirée d'ailleurs du raisonnement économique, est claire : l'intervention sur les marchés de gros doit être privilégiée alors que



Paul Champsaur, président de l'ART

l'intervention sur les marchés de détail ne doit être envisagée qu'en seconde instance s'il est avéré que la première ne suffit pas. Le passage au nouveau cadre s'accompagnera donc d'un glissement : une régulation affinée et parfois plus incisive des marchés de gros, une régulation allégée des marchés de détail. Par ailleurs, le progrès de la concurrence entraînera un repli de l'intervention du régulateur, repli qui touchera d'abord la régulation des marchés de détail. Rappelons que l'ART n'intervient pas sur le marché de détail de la téléphonie mobile ; elle envisage de ne plus intervenir du tout sur le marché de détail de l'accès haut débit. Pour la téléphonie fixe, l'intervention sur le marché de détail a vocation à se réduire à terme au champ du service universel (abonnement, tarifs de base des communications téléphoniques) dans la mesure où les instruments dont dispose l'ART sont suffisamment complets (revente en gros du raccordement au réseau téléphonique) et fonctionnent (essor de cette nouvelle offre de gros et du dégroupage total). Le développement commercial de nouvelles technologies (voix sur IP) devrait hâter ce processus et, comme nous l'espérons, permettre à la concurrence de s'affirmer.

Q : Vous parlez d'une réduction de la régulation des marchés de détails « à terme ». Quel est ce terme selon vous ?

PC : La réponse dépendra de ce que feront les acteurs, à commencer par le plus important d'entre eux, France Télécom. Si le dégroupage total et la vente en gros du service de raccordement se développent rapidement, ce terme pourrait être rapproché. On pourrait alors envisager que la prochaine analyse de marché prévue dans trois ans constate les progrès réalisés et consacre le retrait de la régulation des marchés de détail au seul champ du service universel. ■

Calendrier des analyses de marché

La première consultation publique de l'ART sur les marchés pertinents, lancée le 16 avril dernier, a porté sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles. Les réponses ont été publiées le 28 juin. La consultation concernant les marchés de gros haut débit a été lancée le 23 juin. En ce qui concerne les marchés de gros d'accès large bande, deux marchés ont été identifiés par la Commission : celui du dégroupage et celui des offres d'accès large bande livrées au niveau régional. L'analyse conduite sur les marchés de gros a amené l'ART à délimiter un nouveau marché, celui des offres d'accès large bande livrées en un point national (cf. p. 9).

Les consultations sur les marchés fixes de gros et de détail ont été lancées simultanément début juillet (cf. p. 6 et 7), car la régulation des marchés de détail dépend de celle faite sur les marchés de gros. Cette consultation comprend le marché de la terminaison d'appel sur le réseau fixe de France Télécom. Les autres consultations s'échelonneront après l'été avec le marché de la terminaison d'appel vers les réseaux des opérateurs alternatifs, les marchés de gros et de détail des liaisons louées, le marché de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles, les derniers (roaming international et radiodiffusion) devant intervenir avant fin 2004 ou début 2005. Enfin, l'ART a proposé de définir un nouveau marché de gros, celui de la terminaison de SMS sur les réseaux mobiles (cf. p. 8).