



Octobre 2002

***Réponse de l'Autorité de régulation
des télécommunications***

**Consultation publique relative à
l'évolution du droit français des
communications électroniques**

Réponse de l'Autorité de régulation des télécommunications à la consultation publique relative à l'évolution du droit français des communications électroniques

1. - LE NOUVEAU CADRE JURIDIQUE EUROPÉEN POUR LES " COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES "	4
2. - LE RÉGIME JURIDIQUE DES RÉSEAUX ET DES SERVICES DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES	4
2.3. LES CATÉGORIES RÉGLEMENTAIRES	4
<i>Les catégories réglementaires propres au secteur des télécommunications</i>	4
<i>L'harmonisation du régime juridique de l'établissement et de l'exploitation des réseaux câblés audiovisuels et des réseaux filaires de télécommunications</i>	8
2.4. LES OBLIGATIONS DES OPÉRATEURS.....	11
<i>Obligations générales</i>	11
<i>La distribution des services de radio et de télévision par câble et les obligations de transmission et de reprise</i> ..	12
2.5. LES DROITS DES OPÉRATEURS.....	14
<i>Droit de passage sur le domaine public routier</i>	14
<i>Servitudes sur les propriétés privées</i>	18
<i>Servitudes radioélectriques</i>	19
2.6. L'ENREGISTREMENT DES OPÉRATEURS	20
3. - LA RÉGULATION CONCURRENTIELLE	21
3.1. LA DÉSIGNATION DES OPÉRATEURS " PUISSANTS SUR LE MARCHÉ "	21
3.2. LA MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS EN MATIÈRE D'INTERCONNEXION ET D'ACCÈS DANS LE DOMAINE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS.....	24
<i>L'interconnexion</i>	24
<i>L'accès</i>	24
3.3. LES FOURNISSEURS DE RÉSEAUX ET DE SERVICES DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DU SECTEUR DE L'AUDIOVISUEL.....	27
<i>La diffusion hertzienne terrestre</i>	27
<i>Les dispositions relatives aux accès conditionnels, aux services interactifs de télévision et aux guides électroniques de programmes</i>	28
3.4. LE CONTRÔLE TARIFAIRE DES OPÉRATEURS " PUISSANTS SUR LE MARCHÉ "	29
3.5. LE RÈGLEMENT DES LITIGES ENTRE OPÉRATEURS.....	31
3.6. LE RÈGLEMENT DES LITIGES ENTRE OPÉRATEURS OU DISTRIBUTEURS ET ÉDITEURS AUDIOVISUELS ET DE CONTENU	33
<i>Les obligations des opérateurs de réseaux et services de communications électroniques à l'égard des éditeurs</i> ..	33
4. - LE SERVICE PUBLIC DES TÉLÉCOMMUNICATIONS	34
4.1. LES OBLIGATIONS DE SERVICE UNIVERSEL	34
<i>Service téléphonique</i>	34
<i>Publiphonie</i>	35
<i>Annuaire et services de renseignements</i>	35
<i>Mesures particulières en faveur des utilisateurs handicapés</i>	35
4.2. LA FOURNITURE DU SERVICE UNIVERSEL.....	36
<i>Désignation d'opérateurs chargés du service universel</i>	36
<i>Le contrôle des tarifs du service universel</i>	38
4.3. LE FINANCEMENT DU SERVICE UNIVERSEL	38
4.4. LES SERVICES OBLIGATOIRES	39
<i>Les liaisons louées</i>	39
<i>L'accès au réseau numérique à intégration de services et la communication de données par paquet</i>	40

<i>Accès à Internet</i>	40
5. - LA NUMÉROTATION ET LES FRÉQUENCES RADIOÉLECTRIQUES	41
5.1. LA NUMÉROTATION	41
<i>Numéros " ayant une valeur économique particulière "</i>	42
<i>Redevances</i>	43
<i>Le transfert des ressources en numérotation</i>	43
<i>La portabilité</i>	43
<i>Le " numéro personnel "</i>	44
5.2. LES FRÉQUENCES RADIOÉLECTRIQUES	44
<i>L'attribution de fréquences aux différentes catégories de services</i>	44
<i>La définition du droit d'utilisation des fréquences</i>	46
<i>Conditions d'accès aux fréquences radioélectriques</i>	48
<i>Procédures d'assignation des fréquences radioélectriques pour des services autres que de radio et de télévision</i>	50
<i>Procédure d'assignation des fréquences terrestres utilisées pour la diffusion de la radio et de la télévision</i>	52
<i>Les fréquences radioélectriques par satellite attribuées à la radiodiffusion</i>	53
<i>Transférabilité des droits d'utilisation des fréquences radioélectriques</i>	53
6. - LES RELATIONS ENTRE LES OPÉRATEURS ET LES UTILISATEURS	55
6.1. PROTECTION DES DONNÉES	55
<i>La " protection " des communications</i>	55
<i>Les données relatives au trafic</i>	57
<i>Les données de localisation</i>	57
<i>La prospection directe par messagerie électronique</i>	59
<i>Les cookies</i>	59
6.2. ANNUAIRES ET RENSEIGNEMENTS	60
6.3. PROTECTION DES CONSOMMATEURS	61
<i>Contrats</i>	63
<i>Transparence et publication des informations</i>	64
7. - L'ORGANISATION DE LA RÉGULATION	65
QUESTIONS COMPLÉMENTAIRES	71

1. - Le nouveau cadre juridique européen pour les " communications électroniques "

Cette partie ne comporte aucune question.

2. - Le régime juridique des réseaux et des services de communications électroniques

2.3. Les catégories réglementaires

Les catégories réglementaires propres au secteur des télécommunications

@ 2.3.1. Quelles catégories réglementaires convient-il de définir ?

@ 2.3.2. Faut-il maintenir un régime particulier pour le service téléphonique au public, sachant que la fourniture de ce service reste soumise à certaines obligations spécifiques en application des nouvelles directives européennes ?

@ 2.3.3. Peut-on envisager de définir un régime unifié pour l'ensemble des activités de télécommunications à destination du public ? On notera qu'une telle approche pourrait notamment avoir pour effet de soumettre à déclaration des activités qui en sont aujourd'hui dispensées (cf. chapitre 2.6.).

Réponse commune aux questions 2.3.1. à 2.3.3.

Dans le nouveau cadre, l'ensemble des acteurs du marché concernés par les directives, c'est à dire les entreprises qui fournissent des réseaux et des services de communications électroniques, ont dans une large mesure les mêmes droits et obligations.

Par ailleurs, certains acteurs qui entrent dans le champ des directives ont un certain nombre de droits et obligations spécifiques. Par exemple, les opérateurs de réseaux ont la possibilité de demander des droits de passage. De même, et même si comme l'Autorité a eu l'occasion de le souligner à plusieurs reprises, le service téléphonique tend à devenir un service des télécommunications comme les autres, la directive " « service universel » impose aux fournisseurs de services téléphoniques accessibles au public certaines obligations liées à cette activité (annuaire, renseignements, portabilité).

De ce fait, il paraît souhaitable de maintenir un nombre minimum de catégories, dès lors qu'il s'agit simplement en créant de telles catégories de pouvoir expliciter, dans un cadre d'autorisation générale, les droits et obligations applicables à certains acteurs.

Les directives du paquet télécoms élaborent implicitement des catégories en définissant d'une part, les « réseaux de communications électroniques » et les « services de communications électroniques » (directive cadre), et parmi les services, le « service téléphonique accessible au public » (directive service universel).

A contrario, les directives ne définissent pas le concept des réseaux indépendants, tout en prévoyant la possibilité de distinguer les réseaux ouverts au public et ceux qui ne le sont pas. Il paraît toutefois souhaitable de maintenir une catégorie particulière concernant les réseaux indépendants, ce qui suppose de modifier et de préciser cette notion au regard des difficultés de frontière rencontrées entre les deux

catégories (voir réponse à la question 2.3.4). Le maintien de cette catégorie se justifie notamment par le fait que 99% des quelque 36 000 réseaux indépendants aujourd'hui autorisés sont des réseaux hertziens ou par satellite, qui utilisent des fréquences. Pour continuer à pouvoir leur attribuer des fréquences, il faut donc les inscrire dans le cadre juridique des communications électroniques. Or, le fait de se notifier dans la catégorie des réseaux ouverts au public, outre que cette catégorie ne correspond pas, dans la plupart des cas à leur activité réelle, pourrait se révéler dissuasive pour eux, car ils seraient alors soumis à des taxes qui ne leur sont pas aujourd'hui imposées. La solution la plus efficace semble donc de maintenir une catégorie pour les réseaux indépendants avec notification obligatoire, ce qui simplifierait le processus d'attribution de fréquences. En tout état de cause, si dans un souci de simplification, la solution de ne pas maintenir la catégorie des réseaux indépendants était envisagée, il faudrait en mesurer toutes les conséquences sur l'activité des acteurs concernés.

Il paraît également souhaitable, au sein du grand nombre d'acteurs qui relèvent des directives, d'identifier, dans un souci de clarification, les installations et réseaux internes, ouverts ou non au public. Le code actuel prévoit déjà l'existence de tels réseaux, mais uniquement en tant que sous-catégorie propre aux réseaux indépendants. Il ne prévoit donc pas le cas des réseaux internes ouverts au public. Il apparaît à l'Autorité que cette limitation du concept de réseau interne est préjudiciable, dans la mesure où il existe de nombreuses installations établies entièrement sur des propriétés privées et qui sont utilisées pour la fourniture au public de services de télécommunications (elles correspondent donc à la définition d'un réseau ouvert au public) et pour lesquelles il n'a jamais semblé pertinent d'exiger une autorisation relevant de l'article L.33-1 (par exemple un hôtel disposant de son propre commutateur pour facturer à ses clients les communications téléphoniques, un cybercafé, qui dispose d'un hub permettant d'interconnecter les différents micro-ordinateurs reliés entre eux et de partager des accès Internet à haut débit etc.).

L'Autorité propose donc de maintenir et d'étendre cette notion, afin en particulier d'alléger les contraintes réglementaires pour cette catégorie d'acteurs.

Ceci conduit aux catégories identifiées dans le tableau suivant :

Acteurs soumis à notification				Acteurs non soumis à notification
Réseaux hors réseaux internes		Services		
Réseaux publics	Réseaux indépendants (définition modifiée)	Service téléphonique accessible au public	Autres services	Installations et réseaux internes

Ces différentes catégories permettent de ne pas soumettre l'ensemble des sociétés entrant dans le champ de la directive autorisation à une procédure de notification. Une procédure de notification paraît par exemple disproportionnée dans le cas de cafés offrant des accès à Internet, d'hôtels ou de l'installation d'une cabine téléphone hors de la voie publique.

Il ne paraît pas souhaitable, ni nécessaire au regard des directives, de multiplier les catégories, et *a fortiori* les sous-catégories. Une exception pourrait toutefois être justifiée : les sociétés qui mettent en œuvre des projets permettant de procéder à une expérimentation pourraient souhaiter être identifiées, au stade de la notification, afin de bénéficier de niveaux de taxe inférieurs. Pour des expérimentations comme pour des projets de petite ampleur, il est nécessaire que le niveau des taxes arrêté dans la loi de finances ne soit pas dissuasif.

Il importe que les définitions retenues dans la loi soient neutres d'un point de vue technologique et, dans un souci d'harmonisation, aussi fidèles que possibles à celles figurant dans les directives. Il est en outre nécessaire de prévoir un dispositif complémentaire de mise en œuvre de la loi qui vienne préciser les activités qui relèvent des catégories décrites par la loi. Ce dispositif pourrait reposer sur une décision de

l'Autorité, proche de celles prises en application de l'article L36-6 du code des postes et des télécommunications actuel et précisant pour les futurs nouveaux services ou réseaux, à quelle catégorie leurs fournisseurs appartiennent. Il faut à cet égard souligner que les services de correspondance privés (hors service téléphonique), les services d'accès à Internet et les services de transmission de signaux audiovisuels (hors contenus) auront vocation à figurer dans la catégorie "autres services".

Par ailleurs, la définition de la fourniture de réseaux de communications électroniques que donne la directive « cadre » inclut la « mise à disposition d'un tel réseau » (art.2; m). Cette définition pourrait s'appliquer aux opérateurs d'opérateurs. Il serait également souhaitable qu'elle s'applique aux gestionnaires d'infrastructures passives, qui entreraient ainsi dans le champ de l'autorisation générale. Pour tenir compte de ce dernier cas, une catégorie spécifique pourrait être créée afin de prendre en compte les dispositions spécifiques qui doivent régir l'activité de ces gestionnaires d'infrastructures.

Une telle disposition pourrait notamment constituer un moyen d'inclure les collectivités territoriales dans le cadre de l'autorisation générale. En effet, en vertu de l'article L. 1511-6, celles-ci sont autorisées à poser de la fibre noire. Toutefois, et en application d'une disposition du même article, elles ne sont pas autorisées à exercer l'activité d'opérateur. Or, comme l'a rappelé l'Autorité dans son récent rapport sur l'adaptation de la régulation, compte tenu des difficultés d'application de l'article L. 1511-6, il pourrait être envisagé de permettre aux collectivités d'accéder au statut d'opérateur, sous certaines conditions. Cette question est abordée à la fin du présent document.

S'agissant de l'acte de notification, l'Autorité a déjà exprimé la nécessité de le rendre obligatoire pour certaines catégories réglementaires. Les acteurs devront se notifier directement dans une catégorie, et ne pas laisser le soin à l'Autorité, qui se propose d'être le destinataire des notifications, de les classer. Cela introduira plus de souplesse dans la procédure administrative.

Enfin, l'acte de notification devra donner lieu à l'émission d'un document officiel, par l'Autorité, attestant de la notification de l'opérateur, et lui permettant de se prévaloir de ses droits (cf question @2.6.2.).

Le nouveau cadre réglementaire ne semble pas limiter la durée de validité d'une autorisation générale, puisqu'il n'évoque pas la possibilité de solliciter des notifications régulières des opérateurs. Les autorisations générales pourraient donc être, conformément à l'esprit de la directive, de durée illimitée, à condition toutefois que l'opérateur titulaire se soumette à ses obligations. Il reviendra à l'Autorité de le vérifier, et, le cas échéant, de procéder à des sanctions « proportionnées », pouvant, si cela se justifie, et notamment en cas de récidives, entraîner une interdiction d'exercice.

@ 2.3.4. Doit-on envisager une modification de la " frontière " entre réseaux indépendants et réseaux ouverts au public ?

La directive « autorisation » maintient la distinction entre réseaux publics et réseaux indépendants, en prévoyant des droits à l'interconnexion différenciés (article 4). Cette distinction repose aujourd'hui sur le concept de « groupe fermé d'utilisateurs » (GFU), entendu au sens d'une communauté d'intérêts préexistante au réseau et stable dans le temps.

Or dans un certain nombre de cas, ce critère ne correspond plus à la réalité des projets. Ainsi, les services proposés par certaines collectivités ou organismes, dans le cadre d'autorisations de réseaux indépendants, s'adressent à des publics qui dépassent le cadre d'un GFU (exemple : accès Internet dans une mairie).

Dès lors, la distinction entre réseau ouvert au public et réseau indépendant doit être clarifiée afin de rester pertinente, et à cette fin, la notion de GFU doit être redéfinie. Elle devrait être subordonnée à l'établissement d'un critère de différenciation plus opérationnel, qui pourrait reposer, à titre d'exemple, sur la distinction entre les agents d'un organisme et les usagers de celui-ci.

Les réseaux indépendants regroupent actuellement les réseaux à usage privé et ceux à usage partagé. Cette dernière catégorie concerne les réseaux « réservés à l'usage de plusieurs personnes physiques ou morales constituées en un ou **plusieurs** groupes fermés d'utilisateurs, en vue d'échanger des communications internes au sein du même groupe ».

Cette notion de multi-GFU paraît inadaptée, notamment parce que les différents GFU concernés sont nécessairement reliés par des réseaux ouverts au public.

L'Autorité estime donc que cette notion devrait être abandonnée. Par conséquent, l'« usage partagé » ne devrait concerner que « l'usage de plusieurs personnes physiques ou morales constituées en **un** groupe fermé d'utilisateurs ».

@ 2.3.5. Les conditions particulières qui figurent aujourd'hui dans les cahiers des charges annexés aux autorisations individuelles - couverture géographique, réseaux par satellite etc. - doivent-elles constituer des critères de définition des catégories réglementaires ?

Pour l'Autorité, il n'est pas opportun de retenir comme critères de définition des catégories réglementaires (cf réponse à la question 2.3.1), les technologies utilisées ou la couverture géographique des réseaux et services.

Le principe de neutralité technologique est au contraire au cœur des nouvelles directives. Ainsi celles-ci harmonisent-elles le régime réglementaire applicable à l'ensemble des réseaux, qu'ils servent à fournir des services de télécommunications ou des services audiovisuels.

Par ailleurs, le critère de la couverture géographique n'est plus pertinent dès lors que le barème de taxes n'est plus lié à l'étendue géographique (cf réponse à la question @2.4.3).

Pour certains opérateurs, tels que les opérateurs BLR, les limitations géographiques actuelles, basées sur l'attribution des fréquences, auront désormais leur place dans les décisions d'attribution de fréquences.

@ 2.3.6. Quel lien établir avec l'attribution des ressources en fréquences et en numérotation, notamment lorsque l'exercice effectif d'une activité est indissociablement lié à l'attribution d'une telle ressource ?

L'Autorité estime que la possibilité d'obtenir des ressources en fréquences et en numérotation ne doit pas être offerte à tous les acteurs du marché, afin de tenir compte de la rareté de ces ressources.

En particulier, il ne paraît pas nécessaire que les fournisseurs de services aient accès aux fréquences.

Par ailleurs, il convient de maintenir la possibilité pour des organismes non concernés par le régime d'autorisation générale (notamment les utilisateurs finals) d'utiliser des fréquences non spécifiquement attribuées à leurs utilisateurs, dans l'esprit de l'actuel article L. 33-3 du code des postes et de télécommunications.

En ce qui concerne les numéros, une réponse détaillée est donnée en @5.1.1.

L'harmonisation du régime juridique de l'établissement et de l'exploitation des réseaux câblés audiovisuels et des réseaux filaires de télécommunications

@ # 2.3.7. Selon quelles modalités l'unification de la réglementation applicable à l'établissement des réseaux câblés et des réseaux de télécommunications ouverts au public doit-elle s'effectuer ?

Prenant en compte la convergence technologique des réseaux, les nouvelles directives « Cadre » et « Autorisation » prévoient un régime commun pour l'ensemble de ces réseaux et pour la fourniture de services sur ces réseaux, quelles que soient les technologies utilisées (fixe ou mobile, filaire, hertzienne ou par satellite, réseaux câblés etc.). Ces dispositions, qui ne s'appliquent pas aux contenus, régis par une régulation spécifique, appellent une adaptation des réglementations nationales, qui en l'état comportent des dispositions distinctes et hétérogènes dans les domaines des télécommunications et de l'audiovisuel.

En effet, dès lors que les différents supports et technologies se font concurrence pour véhiculer de mêmes contenus, il est essentiel, pour éviter des distorsions, d'assurer une cohérence des schémas d'autorisation et des droits et obligations associés au cadre d'activité des différents acteurs et de la régulation économique.

Il est donc nécessaire de revoir les dispositions législatives limitant le développement des réseaux câblés. En particulier, la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 impose des contraintes aux câblo-opérateurs qui sont incompatibles avec le cadre réglementaire qui doit leur être appliqué au titre d'opérateur de réseau et/ou services télécoms.

En effet :

- l'article 34 de cette loi impose des conditions d'établissement des réseaux câblés très restrictives (autorisations du CSA, avis des communes concernées etc...), ce qu'interdit la directive « autorisation »
- l'article 41 de la même loi interdit aux câblo-opérateurs de dépasser les huit millions d'abonnés potentiels. De tels critères sont pourtant exclus des conditions *sine qua non* à remplir par une société pour être autorisée à fournir des réseaux ou des services de télécommunications qui figurent dans les directives, ce qui n'interdit pas de maintenir des seuils maximaux d'intervention aux fournisseurs de contenus, qui ne sont pas concernés par les directives (cf #2.4.4).
- L'article 34-1 met en place un régime de servitudes qui diffère du régime actuellement réservé aux autres opérateurs télécoms.

Par ailleurs, la loi de transposition devra traiter du problème du régime de concessions qui s'applique au câble et qui impose bien souvent aux opérateurs de rendre les infrastructures aux collectivités au terme de la concession (cf aussi question suivante). La directive « cadre », dans son article 8, impose pourtant aux Etats membres de promouvoir la concurrence « en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques. » et de contribuer au développement du marché intérieur en « supprimant les derniers obstacles à la fourniture de réseaux de communications électroniques » et en « veillant à ce qu'il n'y ait pas, dans des circonstances analogues, de discrimination dans le traitement des entreprises qui fournissent des réseaux et des services de communications électroniques. »

Ces mesures conduisent à des distorsions de concurrence qu'il est nécessaire de supprimer afin de respecter les exigences de neutralité technologique qu'imposent les directives.

Il paraît ainsi nécessaire, ainsi que l'Autorité l'a déjà souligné dans son récent rapport sur l'adaptation de la régulation, d'aligner le régime juridique applicable aux réseaux câblés sur celui des réseaux de télécommunications, comme le prévoit le nouveau cadre européen des communications électroniques. Ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer à la distribution de services audiovisuels.

@ # 2.3.8. Faudrait-il prévoir un régime transitoire pour les réseaux câblés existants, voire un régime spécifique pour ceux qui ont été directement établis par les collectivités locales ? L'activité de distribution de services audiovisuels ne relève pas du nouveau cadre juridique communautaire.

Un grand nombre de réseaux câblés sont exploités en France dans le cadre de conventions de concession, lesquelles imposent certaines obligations aux opérateurs, telle que la desserte de la totalité du territoire de la commune concernée. Il n'est pas certain, à cet égard, que certaines obligations imposées par les communes aux câblo-opérateurs n'excèdent pas les obligations qui peuvent être mises à la charge des opérateurs en application de la directive « autorisation » (voir annexe A de cette directive), et ne méconnaissent pas, en cela, le principe de proportionnalité.

L'article 17 paragraphe 1 de la directive « autorisation » prévoit que « les Etats membres adaptent aux dispositions de la présente directive les autorisations existant déjà à la date d'entrée en vigueur de celle-ci ». Et le paragraphe 2 d'ajouter que « lorsque l'application du paragraphe 1 conduit à restreindre les droits ou à étendre les obligations au titre des autorisations existantes, les Etats membres peuvent proroger la validité de ces droits et obligations de neuf mois au maximum [...] sous réserve qu'une telle mesure n'affecte pas les droits d'autres entreprises au titre du droit communautaire. Les Etats membres notifient cette prorogation à la Commission et en indiquent les raisons ».

Si elle n'est pas opposée au principe d'une période transitoire, destinée à éviter une transition brutale à partir d'une situation complexe, l'Autorité estime que cette transition ne doit pas conduire à faire peser des obligations trop lourdes sur les câblo-opérateurs, dont la situation économique justifie un allègement rapide des contraintes auxquelles ils sont aujourd'hui soumis.

2.3.9. Les fournisseurs de réseaux ou de services par câble qui assurent également d'autres activités, comme les fonctions de distributeur de services audiovisuels au sens de la loi du 30 septembre 1986 doivent-ils identifier comptablement ou juridiquement ces activités, comme la Commission européenne le recommande ?

Actuellement, l'article L. 33-1 II prévoit une obligation de séparation juridique s'appliquant aux opérateurs puissants sur le marché de la téléphonie fixe au titre d'une zone géographique donnée et qui bénéficient, dans la même zone, de droits particuliers pour l'exploitation de réseaux câblés. Cette disposition résulte de la directive 99/64 du 23 juin 1999, directive qui subsistera après l'application des nouvelles directives.

Si la séparation juridique, c'est-à-dire la filialisation, paraît effectivement nécessaire lorsqu'il s'agit d'un opérateur en position dominante sur un marché donné du secteur de télécommunications – cette obligation étant d'ailleurs déjà mise en œuvre en France – il y a lieu de s'interroger sur la situation des autres câblo-opérateurs et des éventuelles obligations en terme de séparation qui pourraient apparaître justifiées.

La séparation juridique a pour vocation notamment de garantir la transparence des tarifs appliqués aux tiers ; elle semble ainsi particulièrement adaptée lorsqu'il s'agit de s'assurer qu'une entreprise en position dominante – sur un marché de télécommunications par exemple – ne tire pas abusivement avantage de cette position sur un autre marché connexe tel que celui de l'audiovisuel. Par contre, cette obligation ne semble pas nécessaire en l'absence d'une situation de position dominante.

En revanche, la mise en place d'une séparation comptable des activités de télécommunications et d'audiovisuel pour les câblo-opérateurs, indépendamment de leur position sur le marché, pourrait présenter un certain intérêt : en effet, l'identification précise des coûts et revenus liés aux activités de télécommunications peut être utile du point de vue de la régulation, en particulier en matière d'appréciation

du niveau des tarifs de terminaison d'appel appliqués par l'opérateur en question. Seule une imputation correcte des coûts liés aux activités de télécommunications permettrait d'identifier les coûts pertinents à prendre en compte pour apprécier ce niveau lorsqu'il y a lieu. Même s'il ne s'agit pas à proprement parler de contrôler l'orientation des tarifs vers les coûts, obligation qui ne s'applique pas aujourd'hui aux câblo-opérateurs, l'identification de ces coûts permettrait à ces derniers et au régulateur de disposer d'une référence objective dans l'appréciation du niveau des tarifs d'interconnexion qu'ils appliquent ou entendent appliquer, notamment en cas de litige.

2.3.10. *Pensez-vous que le régime d'autorisation d'exploitation délivré par le CSA puisse continuer de s'appliquer au niveau local ? Dans l'affirmative, selon quelles modalités ? Dans la négative, ce régime peut-il évoluer vers une autorisation délivrée à chaque distributeur de services audiovisuels par câble pour l'ensemble de son activité ? Quelles conséquences en tirer sur les obligations actuelles des distributeurs de services et notamment celles liées au contrôle sur les plans de services ?*

L'exemple des réseaux câblés illustre les contraintes qui pèsent aujourd'hui sur la fourniture de services audiovisuels sur un réseau de communications électroniques.

Ainsi, l'exploitation de ces réseaux, c'est-à-dire la fourniture de services audiovisuels sur ces réseaux, est autorisée par le CSA sur proposition des communes et donne lieu à une convention avec le CSA. Ce régime comporte des obligations spécifiques imposées au distributeur pour les services diffusés sur ses réseaux (quotas, nombre minimum de services en propre, etc.).

Un tel régime paraît relativement contraignant, en particulier dans la perspective où il serait étendu à l'ensemble des réseaux de communications électroniques. Il risquerait alors de limiter les perspectives de développement pour les opérateurs haut débit, et partant, la fourniture de nouveaux services (de type accès à des bases vidéo, vidéo à la demande sur DSL). En particulier, on peut supposer que des applications du type audiovisuel seront un jour un facteur important du développement du haut débit. Il ne faudrait pas que les initiatives en la matière, et donc le développement du haut débit, soient freinées par une réglementation trop stricte et mal adaptée. Il semblerait donc préférable d'appliquer ces contraintes aux seuls éditeurs de contenus, le distributeur étant alors tenu de prévoir dans ses contrats avec les éditeurs des clauses les obligeant à respecter la législation en vigueur.

Par ailleurs, l'établissement de réseaux câblés, c'est-à-dire leur construction, suppose une autorisation de chaque commune ou groupement de communes concerné. La délivrance de l'autorisation par la commune ou le groupement de communes se fait souvent dans le cadre d'une concession qui prévoit un bien de retour à la commune à son échéance. Cette situation peut dissuader le câblo-opérateur d'investir dans la mise à niveau de son réseau en vue de fournir des accès Internet à haut débit, compte tenu du niveau élevé des investissements à engager.

Ce mode d'attribution commune par commune a conduit à des réseaux très dispersés pour le même opérateur, ce qui paraît nuire à l'efficacité et à la production d'économies d'échelle en rapport avec les investissements à réaliser, en particulier pour l'exploitation et la commercialisation de nouveaux services (Internet à haut débit, téléphonie).

Cette situation complexe ne permet pas d'assurer un traitement juridique équitable et technologiquement neutre entre réseaux. Elle est surtout particulièrement préjudiciable à certains réseaux câblés, qui devraient être un support privilégié pour le développement des services de communications en ligne, notamment à haut débit. Ces difficultés rendent nécessaire l'alignement du régime d'autorisation des réseaux câblés sur celui des réseaux de télécommunications, comme le prévoient les directives.

2.4. Les obligations des opérateurs

Obligations générales

@ 2.4.1. Une liste exhaustive de toutes les obligations associées à tous les types d'activités peut-elle être établie, chaque entreprise étant assujettie aux obligations pertinentes en fonction de son activité réelle ? Est-il envisageable, a contrario, de mettre en place un tronc commun d'obligations applicable à l'ensemble des activités autorisées, assorti d'obligations spécifiques par catégorie ? Des obligations spécifiques doivent-elles être fixées pour chaque catégorie d'activité ?

Il apparaît à l'Autorité que, pour des raisons de clarté, il est préférable d'éviter de dresser une liste exhaustive de toutes les obligations en laissant le soin aux entreprises autorisées de ne prendre en compte que celles qui les concernent.

L'Autorité estime plutôt que la création de catégories réglementaires, motivée par la prise en compte des obligations et droits distincts qui peuvent s'attacher aux diverses activités, doit permettre aux opérateurs d'avoir une meilleure visibilité de leurs prérogatives.

Cependant, il n'est pas exclu de faire ressortir, dans les nouveaux textes de loi, les droits et obligations communs à toutes les activités, en les complétant, dans les articles relatifs à chaque catégorie, par ceux qui leur sont spécifiques.

De même, en ce qui concerne les cahiers des charges des opérateurs, ils pourraient, à l'image des cahiers des charges actuels, se décliner en chapitres thématiques (« protection des données », « utilisation de ressources en fréquences ou en numérotation », « accès et interconnexion », etc.), chacun d'eux faisant apparaître :

- un paragraphe dressant la liste des droits et obligations relatifs au thème concerné, et communs à tous les acteurs autorisés
- un paragraphe par catégorie réglementaire : par exemple, si les catégories proposées par l'Autorité sont retenues, le paragraphe « opérateurs de réseaux publics » reprendra tous les droits et obligations spécifiques à cette catégorie d'opérateurs.

@ 2.4.2. Le recours aux autorisations générales implique-t-il une révision du dispositif de contrôle du respect par les opérateurs de leurs obligations ?

Si le régime d'autorisation générale allège de façon positive l'entrée des acteurs sur le marché, elle ne supprime pas la nécessité d'une relation établie entre les opérateurs et le régulateur, en particulier pour lui permettre d'identifier les acteurs (détermination de leurs droits et obligations : taxes administratives, droit à l'interconnexion, sanctions éventuelles, etc.) et de recueillir les informations nécessaires à la régulation (établissement de statistiques, conduite d'analyses concurrentielles, informations sur la qualité de service ou les tarifs).

Ainsi, le passage à ce régime, en allégeant considérablement le contrôle ex ante de l'Autorité, rend le contrôle ex post encore plus indispensable. Ce contrôle doit s'accompagner des moyens correspondants pour l'exercer et suppose notamment l'établissement d'un cadre juridique adapté au recueil d'informations par l'Autorité.

En particulier, l'Autorité doit être en mesure de contrôler qu'une entreprise exerce bien l'activité pour laquelle elle s'est notifiée, et qu'elle respecte le cahier des charges associé.

Le pouvoir de contrôle est par ailleurs implicitement lié aux pouvoirs d'enquêtes et de sanction de l'Autorité, ainsi qu'à sa compétence de règlement de différends (cf la réponse #7.1.2).

@ 2.4.3. *Le recours aux autorisations générales implique-t-il une révision des taxes aujourd'hui associées aux autorisations attribuées en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications, et notamment de leur assiette géographique ?*

Le choix d'un régime de taxes établi à des niveaux élevés, et de surcroît en fonction de paliers géographiques et non en fonction de la population couverte, ou du chiffre d'affaires, pénalise fortement les petits acteurs.

Le niveau des taxes actuel a ainsi donné lieu à plusieurs contentieux opposant certains opérateurs, non disposés à payer de telles sommes, aux instances nationales et européennes. De la sorte, le régime de taxes actuellement en vigueur constitue une barrière à l'entrée pour des projets locaux ou pour des projets de niche, qui sont par nature d'ampleur limitée. Par ailleurs, l'attribution des taxes sur la base d'une assiette géographique a montré ses limites en plusieurs occasions (réseaux radio-maritimes...) et il est indispensable de renoncer à ce procédé.

Le cadre communautaire fournit l'occasion d'établir un nouveau régime de taxes, qui pourrait, comme le suggère la directive « autorisation », prévoir une proportionnalité (très faible) au chiffre d'affaires avec un système de seuil permettant d'exonérer de taxes de licences les projets modestes. L'Autorité souligne cependant qu'un système de taxes fondé sur le chiffre d'affaires pourrait inciter les opérateurs à l'évasion fiscale, voire à se déclarer en association à but non lucratif.

En tout état de cause, le principe de couverture des coûts administratifs, conjugué au passage à un régime d'autorisation générale, devrait conduire à une baisse du niveau général.

Enfin, les réseaux indépendants sont depuis deux ans exonérés des taxes administratives. Il serait souhaitable de maintenir ces dispositions dans le futur cadre, afin de ne pas mettre en cause la viabilité d'un grand nombre d'entre eux.

La distribution des services de radio et de télévision par câble et les obligations de transmission et de reprise

2.4.4. *Si le principe d'un tel plafond (un câblo-opérateur ne peut couvrir plus de 8 millions d'habitants) est contraire au nouveau cadre en ce qui concerne les activités de fournitures de réseaux et de services de communications électroniques, l'existence d'un plafond sur les activités de distribution de services audiovisuels en ce qu'il vise à sauvegarder le pluralisme doit-il être préservé ? Ce plafond doit-il être adapté dans son niveau ?*

L'article 41 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication définit des seuils maximaux d'intervention d'un même opérateur dans le câble, justifiés par la préservation du pluralisme des médias : un opérateur de réseaux ne peut détenir des autorisations d'exploitation pour des réseaux couvrant une zone desservie de plus de 8 millions d'habitants recensés.

L'Autorité estime nécessaire de rappeler que ces seuils ont été définis à une époque où les réseaux câblés étaient limités à l'exploitation de services audiovisuels, et en l'absence d'offres alternatives telles que

les services Internet et les services voix. Dans ces conditions, l'existence de ce seuil apparaît inadapté pour permettre aux câblo-opérateurs d'effectuer les investissements nécessaires à la mise à niveau des réseaux câblés en vue de développer des offres multiservices.

En outre, ce principe est extrêmement restrictif, notamment au regard du mouvement de consolidation qui s'opère dans ce domaine d'activité. Une telle limitation n'existe pas en matière d'exploitation de services de communication audiovisuelle par satellite (celle-ci est disponible sur tout le territoire, et ces opérateurs de bouquets satellites ne sont soumis à aucune limitation en matière de desserte de leur offres) ou en matière de télécommunications (les opérateurs de réseaux de télécommunications ne sont soumis à aucune règle en terme de seuils de concentration : ils peuvent offrir leurs services à la population de l'ensemble du territoire national), alors que ces différents types de réseau permettent de fournir le même type de services.

Il faut à cette égard bien distinguer les obligations qui ont vocation à s'appliquer aux services audiovisuels et les dispositions applicables aux réseaux. Ainsi, dans le cadre de l'harmonisation des régimes des réseaux câblés et des réseaux de télécommunications, mais aussi afin de préserver la possibilité d'une consolidation des différentes infrastructures du câble en France, essentielle à l'économie des opérateurs, il conviendrait de prévoir une révision complète, voire une disparition de cette clause.

- # 2.4.5. *Comment déterminer les services audiovisuels, y compris les services associés à des programmes tels que le sous titrage pour les téléspectateurs sourds et malentendants, qui doivent bénéficier de ces obligations de transmission (" les chaînes et services de radio et de télévision spécifiés " au sens de la directive) ? A quels distributeurs de service de communication audiovisuelle doivent être imposées ces obligations ?***
- # 2.4.6. *Les obligations de transmission de certains programmes audiovisuels devraient-elles porter sur toutes les installations collectives de réception ? Comment ?***
- # 2.4.7. *Comment le réexamen périodique de ces obligations devrait-il être assuré ? Selon quelle périodicité ?***
- # 2.4.8. *Ces obligations doivent-elles faire l'objet d'une compensation ?***
- # 2.4.9. *Dans quelle mesure la rémunération par les foyers concernés par les prestations de réception peut-elle être considérée comme une compensation ?***

Réponse commune aux questions 2.4.5 à 2.4.9

L'Autorité note que l'article 31 de la directive service universel donne la possibilité aux Etats membres d'imposer des obligations raisonnables de diffuser ou *must carry*, et de prévoir éventuellement une rémunération appropriée. Plusieurs conditions cumulatives sont imposées telles que notamment la nécessité que ces obligations soient nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis, ou qu'elles ne puissent être imposées qu'aux entreprises qui exploitent des réseaux de communications électroniques utilisés pour la diffusion publique d'émissions radio ou de télévision.

L'Autorité considère que la mise en place ou le maintien d'obligation de *must carry* doit donc répondre à des conditions strictes notamment liées à la nécessaire justification de la mise en place d'un tel système au regard d'un intérêt général clairement défini.

Du point de vue de l'Autorité, ces questions relatives au *must carry* conduisent à s'interroger sur les conséquences de ces obligations sur l'économie générale des réseaux câblés.

Si l'Autorité comprend et soutient les objectifs et les enjeux de l'instauration et/ou du maintien d'obligations de *must carry*, notamment en terme d'offre élargie de services télévisuels pour beaucoup des citoyens français, elle tient cependant à souligner l'impact de telles mesures sur la poursuite d'autres objectifs de politique publique tels que le développement de la société de l'information.

En effet, l'essor de la société de l'information passe par une émulation dynamique et réelle entre les technologies alternatives telles que le DSL, la boucle locale radio, le câble ou le satellite, ce qui permettra la réalisation d'autres objectifs de politique publique que sont le développement de l'accès à Internet et la démocratisation du haut débit.

Pour atteindre ces objectifs, il semble crucial à l'Autorité que la viabilité économique de l'ensemble de ces technologies soit préservée. Par conséquent, l'Autorité considère qu'il convient de trouver un juste équilibre entre la mise en œuvre ou le maintien d'obligations de *must carry* et la nécessaire préservation des investissements effectués par les entreprises lors du développement de ces technologies.

Or, en ce qui concerne la situation des cablo-opérateurs, l'Autorité tient à rappeler qu'ils sont d'ores et déjà soumis à des obligations de *must carry* en vertu de l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986, tout comme le sont aussi les distributeurs par satellite de communication audiovisuelle au titre de l'article 34-3 de cette même loi. Les exploitants du câble sont en outre soumis à des obligations complémentaires pour le transport des chaînes numériques terrestres suite à l'adoption du décret du 1^{er} février 2002.

Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur la distinction, validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2000-433 du 27 juillet 2000, effectuée entre les exploitants du câble et les distributeurs par satellite, l'Autorité tient cependant à souligner que la mise en œuvre ou le maintien des obligations de *must carry* risque d'avoir pour conséquence de fragiliser l'économie générale du câble à un moment où les opérateurs ont effectué des investissements substantiels pour moderniser leur réseau et le mettre en état d'acheminer des données. Et ce risque doit être écarté.

2.5. Les droits des opérateurs

Droit de passage sur le domaine public routier

@ 2.5.1. *Faut-il faire une distinction entre les activités libres et les activités soumises à autorisation pour l'obtention des droits de passage sur le domaine public routier ? De façon plus générale, pourrait-on envisager d'établir une procédure d'autorisation particulière pour l'obtention de ces droits ?*

Les textes actuels prévoient un cadre favorable au déploiement de réseaux de télécommunications en faisant en particulier bénéficier les opérateurs autorisés à établir et exploiter un réseau ouvert au public d'un droit de passage systématique sur le domaine public routier. Cette faculté a facilité le déploiement des réseaux et la mise en place d'opérateurs alternatifs disposant de leur propres infrastructures.

Le contenu du cadre réglementaire européen est moins explicite quant à la formulation des droits relatifs à l'occupation de propriétés publiques ou privées accordés aux opérateurs de réseaux. La directive "cadre" précise en effet que les demandes émanant d'une part d'entreprises autorisées à fournir des réseaux de communications publics en vue de bénéficier d'un droit de passage sur une propriété publique ou privée et, d'autre part, d'entreprises autorisées à fournir des réseaux de communications non publics en vue de bénéficier d'un droit de passage sur une propriété publique, doivent être examinées par une autorité compétente sur la base de procédures transparentes et accessibles au public, appliquées sans discrimination et sans retard, et dans le respect des principes de transparence et de non-discrimination lorsque le droit de passage est assorti de conditions.

La directive laisse donc le législateur national libre de déterminer la nature des possibilités de réponses laissées aux autorités compétentes une fois leur examen achevé, dans les conditions susmentionnées, des demandes formulées par les entreprises.

Par ailleurs, et sans préjudice des évolutions possibles du rôle des collectivités territoriales, le fait qu'elles pourraient être demain juges et parties milite pour l'affirmation sans équivoque des droits des opérateurs.

Au regard de ce qui précède, l'Autorité est favorable à l'existence d'un droit de passage systématique sur le domaine public routier pour les opérateurs autorisés à fournir des réseaux de communications publics (cf @2.5.4) et d'un droit de demander à accéder au domaine public non routier pour les opérateurs autorisés à fournir des réseaux de communications (publics ou non). Ce droit de négociation devrait par ailleurs être limité aux opérateurs de réseaux publics pour l'accès aux propriétés privées, conformément aux directives européennes.

Il apparaît nécessaire de limiter la possibilité d'obtenir de tels droits aux fournisseurs précités ayant répondu aux exigences de notification et, en tout état de cause, bénéficiant d'un document émanant de l'ARN confirmant qu'ils sont habilités à demander de tels droits. Il convient toutefois d'éviter que les procédures d'attribution des droits de passage donnent lieu au niveau local à des procédures lourdes et complexes.

@ 2.5.2. *Faut-il conserver le mécanisme de règlement par l'ART des litiges relatifs au partage d'installations, qui ne semble pas avoir été utilisé ? Faut-il étendre la possibilité de saisine de l'ART, notamment au gestionnaire du domaine ?*

• Sur la conservation du mécanisme de règlement de litiges relatifs au partage d'installations

L'incitation au partage d'installations existantes est aujourd'hui à l'initiative des seuls propriétaires ou gestionnaires de la voirie qui peuvent inviter les opérateurs, qui sollicitent une permission de voirie sur le domaine public routier, à se rapprocher pour convenir des conditions techniques et financières d'une utilisation partagée des installations existantes (article L. 47 du code des postes et des télécommunications). A cette fin, l'autorité compétente pour délivrer la permission de voirie notifie son intention dans le délai d'un mois à compter du dépôt de la demande de permission de voirie. Les parties ont trois mois pour trouver un accord. En cas de désaccord constaté dans ce délai, l'Autorité peut également être saisie, par les opérateurs, dans le cadre de la procédure de règlement de différend sur le fondement de l'article L. 36-8 du code des postes et des télécommunications. L'opérateur peut confirmer sa demande de permission de voirie, en précisant les raisons pour lesquelles il n'a pas été possible d'utiliser les installations existantes.

Si la possibilité de saisir l'Autorité d'une demande de règlement de différend n'a jamais été utilisée à ce jour, c'est parce que l'Autorité, chaque fois qu'elle a été saisie de manière informelle de difficultés rencontrées par des opérateurs ou des gestionnaires du domaine, a pu aider, grâce au travail de concertation qu'elle a mené, à une résolution amiable des difficultés. Cependant la possibilité pour l'ART d'imposer en dernier recours le partage d'infrastructures doit être conservée à un moment où la maturité du marché et le développement des réseaux imposent une utilisation optimale des ressources

Il paraît donc souhaitable, non seulement de maintenir le mécanisme de règlement de litiges, mais encore de l'étendre à l'ensemble du domaine public.

• Sur l'extension de la possibilité de saisine de l'Autorité aux gestionnaires du domaine public

Le régime actuel, issu des articles L. 47 et R. 20-50 du Code des postes et télécommunications, permet à des opérateurs de saisir l'Autorité d'une demande de règlement de différend en cas d'échec des négociations

commerciales sur les conditions techniques et financières d'un partage d'installations existantes. En revanche, il ne permet pas à l'autorité gestionnaire du domaine de saisir l'Autorité.

Une telle situation pour les gestionnaires de domaine est pour le moins embarrassante dans la mesure où ils n'ont pas le pouvoir d'imposer le partage d'installations existantes en l'état actuel de la législation – les gestionnaires de domaine n'ont que le pouvoir « d'inviter » : « [...] l'autorité mentionnée au premier alinéa peut inviter les deux parties à se rapprocher pour convenir des conditions techniques et financières d'une utilisation partagée des installations en cause »- alors que l'article 12 de la directive « cadre » prévoit que les autorités réglementaires nationales encouragent le partage des ressources et des biens fonciers.

Par ailleurs, le régime actuel ne permet pas non plus aux opérateurs de saisir l'Autorité en cas de litige avec la collectivité. En effet, l'article L.47 ne prévoit la possibilité de saisine de l'Autorité qu'« en cas de litige entre opérateurs ». La compétence de l'ART pourrait donc être élargie. Il convient toutefois de noter la difficulté pour l'Autorité, s'agissant d'un règlement de litige auquel un gestionnaire de domaine serait partie, de se prononcer autrement que sur un différend relatif à des agissements discriminatoires du gestionnaire de domaine entre plusieurs opérateurs.

Ainsi donc, il pourrait être prévu d'étendre la possibilité de saisine de l'Autorité aux gestionnaires de domaine, pour régler les différends concernant des partages d'installations, et d'étendre celle des opérateurs lorsqu'un différend les oppose à un gestionnaire **ayant déjà autorisé le passage d'un opérateur au même endroit**. Ceci sans préjudice de l'exercice de la compétence des tribunaux administratifs sur ces questions.

Cette solution est d'autant plus souhaitable que l'ensemble des parties intéressées seraient ainsi parties au règlement de litige, en cas de saisine par le gestionnaire de domaine, ce qui permettrait d'éviter la procédure de consultation publique, dont l'organisation conformément à l'article 12.2 de la directive « cadre » paraît difficilement conciliable avec la nécessité pour l'Autorité de se prononcer dans un délai de quatre mois.

@ 2.5.3. *Faut-il revoir les principes de fixation des redevances d'occupation du domaine public routier prévus par le code des postes et télécommunications ?*

Aux termes de l'article L. 47 du code des postes et des télécommunications, les titulaires d'une autorisation d'occupation du domaine public routier sont soumis au paiement d'une redevance, versée au gestionnaire ou au concessionnaire du domaine (article R. 20-52 du code des postes et des télécommunications) « due à la collectivité publique concernée, pour l'occupation de son domaine public, dans le respect du principe d'égalité entre tous les opérateurs ». Un décret en Conseil d'Etat est venu déterminer notamment le montant maximum de cette redevance. L'article R. 20-53 précise qu'en l'absence de déterminations des montants inférieurs par le ministre chargé des télécommunications, les titulaires d'une permission de voirie sont tenus d'acquitter une redevance dont le montant maximum est fixé par l'article R. 20-52 du code. Ces montants sont actuellement peu élevés.

L'Autorité souligne que l'élément de base retenu dans l'article R. 20-52 pour le calcul de la redevance est la « canalisation ». Sur les routes nationales, départementales, et les voies communales, l'unité de valeur retenue est l'« artère ». Or, en matière de télécommunications, est pratiqué le sous-fourreautage qui consiste à mettre dans un tube ou un massif, plusieurs tubes plus petits pour guider les câbles qui y seront glissés ultérieurement. Le texte dans sa rédaction actuelle contient donc une ambiguïté sur le fait de savoir si la redevance était due par tube ou pour l'ensemble des tubes. L'Autorité propose ainsi que cette redevance soit calculée par canalisation, qu'elle comprenne un ou plusieurs tubes, comme c'est le cas pour une enceinte maçonnée, multipliée par le nombre de canalisations, et par câble enterré, multipliée par le nombre de câble indépendants. Il devra également être précisé que les modalités de calcul des chambres de tirage ou de raccordement seront alignées sur celle des câbles, c'est-à-dire au mètre linéaire et non à la surface occupée.

A la différence du régime institué sur le domaine public routier, le montant des redevances sur le domaine public non routier n'est pas plafonné par le code des postes et des télécommunications.

Sur le domaine public non routier, l'article L. 45-1 du code des postes et des télécommunications précise que « l'occupation du domaine peut donner lieu à versement de redevances dues à l'autorité concessionnaire ou gestionnaire du domaine public concerné dans le respect du principe d'égalité entre les opérateurs ». « Ces redevances sont raisonnables et proportionnées à l'usage du domaine ».

La pratique a montré que cette liberté tarifaire, loin de faciliter le développement des réseaux, a pu jouer au contraire un rôle de frein au développement des opérateurs, les gestionnaires du domaine imposant parfois, à travers leurs conventions, des prix manifestement disproportionnés à l'usage du domaine, constitutifs d'une véritable barrière à l'entrée, et sans aucune transparence.

L'Autorité est donc favorable à l'extension du régime des redevances prévu sur le domaine public routier à l'ensemble du domaine public, sous réserve que le montant de ces redevances soit fixé à un niveau raisonnable et proportionné à l'usage du domaine. La fixation préalable de tarifs plafonnés, répond en effet au souci de prévisibilité et de transparence dont ont besoin les acteurs, tout en respectant l'autonomie des propriétaires ou gestionnaires du domaine.

@ 2.5.4. Faut-il étendre les droits de passage à d'autres composantes du domaine public que le domaine public routier ? Si oui, à quelles conditions ?

Aujourd'hui seuls bénéficient d'un droit de passage les opérateurs de télécommunications titulaires d'une autorisation régulièrement délivrée au titre de l'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications.

Ces opérateurs bénéficient, en application de l'article L. 47 du code des postes et des télécommunications, d'un droit de passage automatique sur le domaine public routier et d'une possibilité d'accès sur le domaine public non routier. Alors que le droit de passage sur le domaine public routier ne peut être refusé qu'en vue d'assurer le respect des exigences essentielles (article L. 32 12° du code des postes et des télécommunications), pour incompatibilité avec la destination du domaine public routier, pour atteinte à l'intégrité des ouvrages ou la sécurité des utilisateurs, les autorités gestionnaires ou concessionnaires disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité de conclure la convention autorisant ou organisant cet accès sur le domaine public non routier. Mais dès lors qu'elles l'acceptent, elles doivent respecter les conditions de transparence et de non-discrimination posées à l'article L. 45-1 du même code.

L'Autorité est favorable à l'extension du régime actuellement prévu par l'article L. 47 à l'ensemble des opérateurs de réseaux de communications électroniques publics, l'article 11 de la directive cadre faisant explicitement référence aux entreprises autorisées à fournir des réseaux de communications publics tout en autorisant des procédures d'octroi de droits différentes selon que le demandeur est ou non un fournisseur de réseaux de communications électronique public. Cette extension pourrait ainsi bénéficier aux câblo-opérateurs qui ne disposent pas de ce droit.

En revanche, elle n'estime pas nécessaire d'étendre ce droit automatique ni aux autres composantes du domaine public, ni sur le domaine privé sur lequel s'applique le régime légal des servitudes.

En effet, dans le cadre de l'ouverture à la concurrence, le droit de passage a pu constituer un instrument efficace pour assurer une concurrence accrue dans le domaine des infrastructures de télécommunications (voix, données, images) fixes ou mobiles, sur la longue distance ou sur la boucle locale. Mais à un moment où la maturité du marché et le développement des réseaux imposent moins un développement des capacités qu'une utilisation optimale des ressources, étendre la possibilité du droit de passage des opérateurs irait à l'encontre des objectifs affichés par le nouveau cadre communautaire qui

demande au contraire à ce que les autorités réglementaires nationales encouragent le partage des ressources et des biens fonciers (article 12 de la directive cadre).

Servitudes sur les propriétés privées

2.5.5. *Le régime de servitudes sur les propriétés privées est-il effectivement utilisé ? Faut-il envisager de le supprimer ou d'en aménager les modalités ? Faut-il, dans la perspective de l'unification du régime juridique des réseaux câblés et filaires, maintenir la servitude de câblage des immeubles collectifs instituée par l'article 34-1 de la loi du 30 septembre 1986 ? Est-il envisageable de réfléchir à l'institution de servitudes sur les propriétés privées au profit des fournisseurs de réseaux hertziens terrestres ?*

En application de l'article L. 45 alinéa 1 du code des postes et des télécommunications, les opérateurs titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 33-1 bénéficient d'un droit de passage sur le domaine public routier et de servitudes sur les propriétés privées mentionnées à l'article L. 48. Cette servitude mentionnée à l'article L. 45 alinéa 1 est instituée en vue de permettre l'installation et l'exploitation des équipements du réseau, d'une part dans les parties des immeubles collectifs et des lotissements affectés à un usage commun, d'autre part sur le sol et dans le sous-sol des propriétés non bâties (article L. 48 du code des postes et des télécommunications).

Cette servitude légale d'utilité privée ne bénéficie qu'aux opérateurs de télécommunications. Sa mise en œuvre est relativement longue et lourde en raison de la nécessité de préserver les droits légitimes des propriétaires, constitutionnellement garantis. C'est pourquoi la mise en œuvre de la procédure est subordonnée à une autorisation délivrée par le Maire, au nom de l'Etat (article R. 20-48 du code des postes et des télécommunications), après que les propriétaires ou en cas de copropriété, le syndicat représenté par le syndic, ont été informés des motifs qui justifient l'installation d'une servitude et le choix de son emplacement, et mis à même, dans un délai qui ne peut être inférieur à trois mois, de présenter leurs observations sur le projet. Les travaux ne peuvent commencer avant l'expiration de ce délai.

L'autorité compétente pour instituer la servitude a la possibilité néanmoins d'inviter l'opérateur qui demande l'institution d'une telle servitude, à utiliser les installations existantes d'un autre bénéficiaire de servitude sur la propriété concernée.

Certains opérateurs, sont tentés, plutôt qu'à recourir à cette procédure, de recourir de manière privilégiée, à des accords amiables avec les propriétaires. Or le fait de conclure une servitude à l'amiable ne saurait faire échapper la servitude concernée au régime légal et réglementaire qui l'a constituée et qui présente un caractère d'ordre public. Au-delà des difficultés juridiques susceptibles de naître de cette situation, il convient de souligner qu'il est alors porté atteinte à la nécessaire transparence et publicité de l'institution de ces servitudes sur les propriétés privées.

La procédure prévue à l'article L. 45-1 du code des postes et des télécommunications doit donc être conservée, puisqu'elle a été instituée avant tout dans le souci de protéger les intérêts de la propriété privée, même si elle doit être certainement aménagée, pour que les opérateurs ne soient pas tentés de la contourner (à cet égard, la consultation publique doit être l'occasion privilégiée d'évaluer le dispositif en recueillant les attentes des opérateurs en ce domaine), en contrepartie du rappel explicite de l'obligation de publier cette servitude au fichier immobilier, pour répondre au souci de transparence et de publicité des particuliers.

En effet, en vertu de l'article 36.2° décret n° 52-22 du 24 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, « sont également publiés pour l'information des usagers au bureau des hypothèques de la situation des immeubles, par les soins de l'administration compétente, dans les conditions et limites, et sous

réserve des exceptions fixées par décret en Conseil d'Etat. ...2° Les limitations administratives au droit de propriété, et les dérogations à ces limitations ».

L'article 73 du décret du 14 octobre 1955 fixe une énumération des décisions administratives qui doivent être publiées au fichier immobilier, pour l'information des usagers : *« Sont publiées au fichier immobilier, pour l'information des usagers, par l'application de l'article 36-2° du décret du 4 janvier 1955, les décisions administratives concernant des immeubles déterminés et tendant à limiter l'exercice du droit de propriété ou portant dérogation à des servitudes d'utilité publique. Il en est ainsi notamment : ... »*

Il faut noter cependant que la servitude instituée par l'article L. 48 du code des postes et des télécommunications est absente de cette énumération. Mais dans la mesure où cette liste n'est pas limitative, et où cette servitude constitue bien une limitation administrative au droit de propriété au sens de l'article 36-2° du décret n° 52-22 du 25 janvier 1955, elle doit faire l'objet d'une publication au fichier immobilier. L'article 73 du décret du 14 octobre 1955 précise que *« La publicité est assurée par le dépôt, au bureau des hypothèques de la situation des immeubles intéressés, de deux ampliations ou copies certifiées conformes des décrets, arrêtés ou décisions, dont l'une est obligatoirement établie sur formule réglementaire pour être conservée et doit comporter la mention de certification de l'identité des parties ».*

Ces servitudes devraient pouvoir bénéficier aux câblo-opérateurs qui sont aujourd'hui soumis à un régime juridique différent institué par l'article 34-1 de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 instituant des servitudes au bénéfice des câblo-opérateurs et qui leur permet *« d'installer et d'entretenir à leurs frais, dans les parties des immeubles collectifs et des lotissements affectées à un usage commun, les câbles et les équipements annexes nécessaires à la desserte de locaux à usage privatif ».*

En ce qui concerne l'institution de servitudes sur les propriétés privées au profit des fournisseurs de réseaux hertziens terrestres, l'Autorité rappelle qu'un droit à l'antenne *limité* existe. Il est en effet institué par l'article 1er de la loi n° 66-457 du 2 juillet 1966 modifiée, relative à l'installation d'antennes réceptrices de radiodiffusion, une disposition qui vise à permettre l'installation d'antennes réceptrices et émettrice sur les immeubles pour les services de télécommunications fixes, et notamment la boucle locale radio (loi du 17 juillet 2001). La généralisation de cette loi à l'ensemble des opérateurs hertziens terrestres pourrait être une éventualité à prendre en considération, dans un souci de cohérence globale.

Servitudes radioélectriques

@ 2.5.6. Faut-il conserver le régime de servitudes radioélectriques au bénéfice des opérateurs prévu par le code des postes et télécommunications ?

La loi n°96-659 du 26 juillet 1996 a introduit dans le code des postes et télécommunications les articles L. 56-1 et L. 62-1 afin de permettre aux opérateurs de réseaux ouverts au public (L. 33-1 du même code) de protéger leurs centres par des servitudes radioélectriques contre les obstacles et contre les perturbations électromagnétiques pour leurs besoins propres. Ne sont pas concernées par les articles L. 56-1 et L.62-1 les servitudes radioélectriques accordées aux centres hébergeant des équipements exploités pour les besoins de la défense nationale et la sécurité publique.

L'article L. 56-1 du code est relatif à la protection des centres radioélectriques des opérateurs contre les obstacles et l'article L. 62-1 concerne la protection de ceux-ci contre les perturbations électromagnétiques.

Le Conseil d'État, consulté en 1997 sur le projet de décret précisant les modalités d'application, rappelle que les limitations aux droits de propriété ou aux libertés individuelles sont des prérogatives régaliennes, dont seul l'État bénéficie.

Le projet imposait d'informer individuellement tous les propriétaires concernés par lettre recommandée avec accusé de réception dans le cadre de la procédure d'enquête. Les opérateurs ont alors

jugé les difficultés de mise en œuvre disproportionnées à l'objectif d'établissement de servitudes radioélectriques.

Devant l'échec des différents projets de décret d'application, si on peut effectivement remettre en question la nécessité de parution du décret prévu à l'article L. 56-1, c'est alors l'article L. 56-1 dans son intégralité qui peut être légitimement remis en cause.

L'article L. 62-1 quant à lui, concerne la protection des centres de télécommunications contre les perturbations électromagnétiques.

Il est à noter que cette protection est déjà assurée à priori par l'article L-60 du code et par la consultation de la Commission Site et Servitude de l'Agence nationale des fréquences, et à posteriori par l'article L. 61 (et L. 39-1 relatif aux dispositions pénales) .

L'article L. 61 indique à cet effet que tout propriétaire d'une installation électrique propageant des perturbations radioélectriques en quelque point du territoire même en dehors des zones de servitudes est tenu de faire cesser le trouble.

On peut considérer que l'octroi de servitudes contre les perturbations électromagnétiques par l'application de l'article L. 62-1 n'apporte pas de réelle protection supplémentaire significative. Le décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 62-1 n'est donc pas nécessaire.

En conclusion, les articles L. 56-1 et L. 62-1 pourraient être abrogés.

2.6. L'enregistrement des opérateurs

@ 2.6.1. Une simple information effectuée par l'entreprise serait-elle suffisante pour assurer la cohérence entre les droits et les obligations qui lui sont applicables, en particulier, la vérification, par les autorités dispensatrices des droits, de l'éligibilité de l'entreprise au bénéfice de ces droits ?

Réponse commune aux questions 2.6.1 et 2.6.3

Le nouveau cadre, dans la mesure où il élimine le contrôle *a priori* des opérateurs par l'Autorité, pose de nouvelles questions. En effet, s'il suffit de se notifier, et de présenter le justificatif de notification délivré par l'Autorité, pour pouvoir se prévaloir de droits, comme par exemple de droits de passage, il serait illégitime que ces droits soient mis en œuvre dans un objectif autre que celui pour lequel ils ont été accordés. En fait, le principe même des nouvelles directives est bien de faciliter l'accès des opérateurs à leurs prérogatives, à condition qu'ils s'acquittent de leurs obligations.

Cette réflexion souligne l'importance du renforcement du pouvoir de contrôle des obligations de l'Autorité que nous avons déjà détaillé dans la question @2.4.2.

En revanche, si l'on poursuit l'exemple des droits de passage, il ne s'agit pas de donner un pouvoir d'investigation poussée aux collectivités pour vérifier la légitimité de la demande au regard de la réalité du projet de l'opérateur. Tout au plus, il s'agira de s'assurer que dans la demande de permission de voirie, ou, le cas échéant, dans la demande de convention, l'opérateur précisera bien la nature des travaux qu'il compte faire, ainsi que le détail des équipements télécoms qu'il installera.

Rappelons que, comme nous l'avons précisé dans la question 2.4.2, il est indispensable de conférer à l'Autorité des pouvoirs de contrôle plus efficaces et plus étoffés que ceux dont elle dispose aujourd'hui, et de ne pas limiter sa connaissance des opérateurs et autres acteurs à une « simple information » donnée par l'entreprise.

@ 2.6.2. Faut-il prévoir, pour certaines activités, une déclaration ayant pour effet de répertorier l'entreprise dans une catégorie réglementaire ? Cette déclaration devrait-elle donner lieu à l'émission d'un document d'enregistrement que l'entreprise pourrait produire à l'appui de ses demandes ou à une publication ?

S'agissant des *notifications*, la position de l'Autorité sur le sujet est exprimée plus haut (question 2.3.3).

La notification des opérateurs doit donner lieu à un document d'enregistrement de l'Autorité, sous la forme d'un document officiel, confirmant la société dans sa catégorie, et lui permettant de se prévaloir de ses droits auprès d'autres entreprises ou d'autres institutions (droits à l'interconnexion, droits de passage...).

Ce document devra :

- Déclarer que l'entreprise fait partie de la catégorie X définie à l'article Y du code des Postes et des Télécommunications
- Contenir, en annexe, le cahier des charges détaillant les droits et obligations des acteurs de la catégorie.

@ 2.6.3. Quelle serait l'étendue de l'information à fournir, en fonction de la définition des catégories réglementaires et des obligations et droits associés ?

(Voir 2.6.1)

3. - La régulation concurrentielle

S'agissant de la régulation concurrentielle, si le nouveau cadre réglementaire des communications électroniques tend à rapprocher les principes du droit sectoriel de ceux du droit général de la concurrence, il prévoit également le maintien, et à certains égards le renforcement de ce droit sectoriel.

Dans ce cadre, l'Autorité tient à rappeler que la coopération établie dans le cadre actuel entre le régulateur des télécommunications et l'autorité en charge de la concurrence a parfaitement fonctionné. Ce dispositif, cohérent avec les dispositions des nouvelles directives, doit être préservé car il constitue un outil efficace dans la poursuite de la marche vers la pleine concurrence du secteur des communications électroniques.

3.1. La désignation des opérateurs " puissants sur le marché "

@ # 3.1.1. Est-il opportun de fonder expressément la définition des marchés pertinents sur le droit de la concurrence ? Si non, faut-il prévoir un mécanisme permettant d'assurer une cohérence entre les droits sectoriels des télécommunications et de l'audiovisuel et le droit de la concurrence sur cette question ?

La définition et l'analyse des marchés du secteur des communications électroniques sont d'ores et déjà encadrées par les dispositions des directives, en particulier les articles 15 et 16 de la directive cadre. Ainsi, aux termes de l'article 15, il revient à la Commission d'établir, dans une recommandation, la liste des marchés pertinents pouvant justifier une régulation ex-ante, cet exercice devant être réalisé "*en accord avec les principes du droit de la concurrence*"; en outre, conformément à cet article, la Commission a publié des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché. Ces deux textes devront être pris en compte dans la définition des marchés nationaux et leur analyse par le régulateur.

La question posée de la définition des marchés paraît ainsi déjà avoir été tranchée : il appartiendra au régulateur de définir et d'analyser les marchés en fonction du corpus de textes européens applicables (directive, recommandation et lignes directrices de la Commission).

S'agissant de la question de l'audiovisuel, il convient de rappeler que les contenus étant, aux termes de l'article premier de la directive cadre, expressément exclus du champ du nouveau cadre, ce sont les réseaux qui justifieront le cas échéant une régulation adaptée.

La mise en cohérence entre le droit sectoriel des "communications électroniques" et le droit de la concurrence devrait s'inspirer du dispositif actuel qui régit les relations entre l'Autorité et le Conseil de la concurrence par le biais de saisines réciproques :

- le Conseil de la concurrence interroge l'ART sur les affaires touchant au secteur des télécommunications dont il est saisi, qu'il s'agisse de saisines contentieuses ou de saisines consultatives ; ceci conduit l'Autorité à rendre une dizaine d'avis environ par an au Conseil ;
- l'Autorité interroge annuellement le Conseil pour avis préalablement à la désignation des opérateurs puissants ; ce dispositif devrait être reconduit s'agissant de l'analyse des marchés et de la désignation des opérateurs puissants, ainsi que le suggère d'ailleurs l'article 16 de la directive cadre ;
- le président de l'Autorité dispose de la faculté de saisir le Conseil de pratiques anticoncurrentielles dont il aurait connaissance sur le secteur, faculté qu'il a par deux fois mis en œuvre.

Dans la pratique, la coopération qui s'est instaurée paraît incontestablement avoir rempli ses objectifs. La convergence de vues constatée au fil des décisions et demandes d'avis conduit à un bilan extrêmement positif de ce dispositif qui devrait être confirmé dans le nouveau cadre.

@ # 3.1.2. *Comment assurer la cohérence des marchés pertinents définis dans les secteurs des télécommunications et de la communication audiovisuelle, notamment dans l'hypothèse où certains marchés intermédiaires " trans-sectoriels " apparaîtraient ? L'article 16.5 de la directive " cadre " prévoit que dans le cas des marchés transnationaux, recensés par une décision de la Commission européenne, les ARN concernées procèdent à une analyse conjointe.*

Le nouveau cadre réglementaire vise à assurer une régulation cohérente du secteur des "communications électroniques", mettant de côté les problématiques liées aux contenus et se concentrant sur les services et les réseaux.

S'agissant des réseaux, dès lors que la convergence conduit à ce qu'un même réseau puisse véhiculer différents services (ex : réseau câblé), la manière d'assurer la plus grande cohérence des marchés intermédiaires tels que l'accès au réseau paraît être de confier la responsabilité de la définition et de l'analyse des marchés correspondants ainsi que de l'imposition des obligations associées à un même régulateur. C'est d'ailleurs selon cette logique que se comprend le cadre communautaire, dans lequel la Commission traite dans la même recommandation de l'ensemble des marchés. Il n'y a donc pas lieu d'identifier de marchés "trans-sectoriels" dans ce cadre puisque tous les marchés appartiendront au secteur des communications électroniques.

En revanche, le régulateur des contenus pourrait être fondé à s'intéresser à l'économie de certains marchés dans le domaine de la distribution des contenus, et à développer pour ces marchés des analyses concurrentielles.

@ 3.1.3. Quels sont les marchés qui pourraient aujourd'hui être considérés comme ayant un caractère transnational ? Quelles seraient les modalités les plus efficaces de coopération entre ARN dans ce domaine ?

Aux termes de l'article 15.4 de la directive cadre, il appartient à la Commission d'adopter, après consultation des ARN, une décision recensant les marchés transnationaux. Par ailleurs, l'article 16.5 prévoit que les régulateurs effectuent conjointement l'analyse de ces marchés.

Plusieurs marchés paraissent actuellement présenter un caractère transnational au sens où ils font intervenir des acteurs et des régulateurs de plusieurs Etats membres ; c'est le cas par exemple de l'interconnexion internationale et transfrontière, du roaming international, de l'établissement et de la mise à disposition d'infrastructures internationales.

Il apparaît qu'au delà des dispositions de la directive, qui laissent le dispositif relativement ouvert s'agissant de l'analyse à effectuer par les ARN, la Commission elle-même devrait avoir un rôle à tenir, dans l'objectif recherché de création d'un marché unique.

@ 3.1.4. Faut-il préciser, dans les textes de transposition, les critères d'évaluation de la puissance sur le marché mentionnés en annexe II de la directive " cadre " ? Faut-il notamment reprendre explicitement certains des éléments figurant dans les lignes directrices de la Commission européenne ?

Dans une optique clairement affirmée de poursuite et de renforcement de l'harmonisation européenne, il apparaît que les textes de transposition devraient éviter au maximum la "périphrase" de textes européens, qui serait source de divergences et d'incertitude dans l'application future. Dans ces conditions, il semblerait plus efficace de ne pas chercher à inscrire forcément les dispositions contenues dans les lignes directrices ou l'annexe de la directive, mais plutôt de renvoyer, par une mention explicite dans les textes de transposition, à leurs dispositions. Un tel dispositif serait conforme aux dispositions de la directive cadre, qui prévoient que les ARN "*tiennent le plus grand compte*" des lignes directrices et de la recommandation de la Commission, sans pour autant conférer à ces textes une portée normative et extrêmement contraignante, afin de laisser aux régulateurs nationaux une certaine capacité d'adaptation à la réalité de leurs marchés.

Il convient à cet égard de souligner l'importance de l'article 7 de la directive cadre qui prévoit d'une part la faculté, sous certaines conditions, de définir un marché pertinent qui ne serait pas inclus dans la recommandation de la Commission, d'autre part la possibilité pour le régulateur de prendre, en cas d'urgence à agir, des mesures temporaires dans des conditions dérogatoires à la procédure générale. Il conviendra que les textes de transposition prévoient expressément ces compétences, dans des conditions adéquates permettant leur utilisation effective.

3.2. La mise en œuvre des obligations en matière d'interconnexion et d'accès dans le domaine des télécommunications

L'interconnexion

@ 3.2.1. Au regard de cette disposition (l'obligation reposant sur les opérateurs de réseaux publics de communication de négocier, à la demande d'autres entreprises titulaires d'une autorisation, « une interconnexion réciproque pour fournir des services de communication accessible au public »), paraît-il souhaitable de modifier les obligations générales en matière d'interconnexion prévues actuellement au I de l'article L. 34-8 du code des postes et télécommunications ?

La principale modification du nouveau cadre réglementaire introduite par la directive « accès » consiste à donner aux autorités de régulation nationales davantage de flexibilité dans la détermination et l'analyse des marchés pertinents à réguler et dans l'imposition des obligations adaptées aux opérateurs puissants sur ces marchés.

Les dispositions relatives aux obligations générales n'introduisent pas d'évolution majeure au cadre réglementaire relatif à l'interconnexion. Elles prévoient une obligation générale de négocier l'interconnexion, comme le prévoit l'article L.34-8-I du code des postes et télécommunications actuellement en vigueur. Ce dernier définit l'obligation générale des exploitants de réseaux ouverts au public de faire droit aux demandes d'interconnexion dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, et précise les modalités de leur refus éventuel.

La directive accès ajoute cependant, par son article 5.1, la possibilité pour les autorités de régulation nationales d'imposer aux opérateurs au cas par cas de réaliser l'interconnexion de leurs réseaux pour garantir la connectivité de bout en bout.

Par conséquent, il n'y a pas lieu de modifier les dispositions générales en matière d'interconnexion prévues aujourd'hui dans l'article L.34-8-I, mais d'ajouter une disposition supplémentaire prévoyant d'imposer l'interconnexion pour garantir la connectivité de bout en bout.

L'accès

@ 3.2.2. Quel contenu donner aux obligations prévues aux articles 9 à 13 de la directive " accès " ?

Les articles 9 à 13 de la directive « accès » concernent les obligations imposées aux opérateurs désignés comme puissants : obligations de transparence, de non-discrimination, de séparation comptable, obligations relatives à l'accès à des ressources de réseau spécifiques ainsi qu'à leur utilisation, et relatives au système de comptabilisation des coûts.

Les principes de ces obligations sont actuellement traduits dans les articles D.99-11 et suivants du code des postes et télécommunications. Le texte de la directive accès induit une définition des obligations renforcées des opérateurs déclarés puissants au niveau infra législatif, par l'autorité de régulation nationale. Le nouveau cadre réglementaire devra par conséquent donner cette possibilité à l'autorité de régulation nationale.

L'Autorité souligne l'utilité des dispositions existantes, qui devront être maintenues.

En particulier, les conditions techniques et financières d'interconnexion ou d'accès qui permettent d'apprécier, en cas de litiges, le respect, par les opérateurs concernés, des obligations générales en matière d'interconnexion sont déterminées dans les conventions d'interconnexion signées entre les deux parties.

De même, les obligations de séparation comptable applicables aux opérateurs puissants et prévues à l'article 13 de la directive cadre devront faire l'objet de dispositions adaptées. Ces instruments permettent en effet de s'assurer que l'opérateur n'applique pas des conditions tarifaires discriminatoires à ses concurrents par rapport à celles qu'il réserve à ses propres activités ou services ; ce principe d'identité des prix de cession internes et externes pour des prestations équivalentes est fondamental. A cet égard, les dispositions relatives à la séparation comptable prévues au cahier des charges de France Télécom approuvé par le décret du 27 décembre 1996 appellent assurément une révision pour être adaptées à la situation nouvelle liée à la problématique du dégroupage. En outre, donner un cadre juridique plus assuré à l'intervention de l'Autorité paraît nécessaire en matière de contrôle de ces obligations.

Il conviendrait que la possibilité existant actuellement pour l'Autorité, de se faire communiquer les conventions d'interconnexion ou d'accès afin de vérifier le respect de l'obligation de non-discrimination, soit maintenue dans le futur cadre

En outre, il semble souhaitable de retenir pour la transposition de l'article 9.2 de la directive "accès" – qui prévoit la possibilité pour l'ARN d'imposer la publication d'une offre de référence – un schéma où l'Autorité n'approuve pas l'offre de référence, mais peut en revanche exercer pleinement un pouvoir de modification.

En effet, le mécanisme d'approbation du catalogue d'interconnexion a montré ses limites : tout d'abord, l'opérateur peut être tenté de retarder au maximum l'approbation, par la transmission de projets successifs non approuvables en l'état. Une telle approche est pénalisante pour les acteurs qui ont besoin d'une certaine visibilité pour l'élaboration de leur plan d'affaires. En outre, par sa globalité, ce mécanisme ne permet pas au régulateur de concilier de façon optimale la nécessité d'une approbation aussi diligente que possible pour assurer la visibilité attendue et la résolution de certaines questions au sein du catalogue.

Par ailleurs, aucune disposition juridique n'est apparue réellement adaptée pour pallier ces inconvénients ; si, aujourd'hui, l'article D. 99-16 du code des postes et télécommunications doit en théorie permettre à l'Autorité de demander à France Télécom « d'ajouter ou de modifier des prestations » de son catalogue, les conditions strictes attachées à la mise en œuvre de cette disposition et les difficultés juridiques liées à son utilisation n'ont pas permis d'en faire usage.

De même, l'article L. 34-8 VI nouvellement introduit par l'ordonnance du 25 juillet 2001 permet à l'Autorité, d'intervenir, au cours de négociations relatives notamment à l'interconnexion, afin de définir les rubriques et conditions d'un accord d'interconnexion ; mais il ne paraît pas offrir toute la capacité d'action qu'implique la mise en œuvre des directives. En effet, cette faculté d'intervention ne porte pas précisément sur le contenu du catalogue d'interconnexion mais sur celui des conventions bilatérales.

En résumé, afin d'améliorer les effets recherchés par la publication du catalogue d'interconnexion, lui permettre de mieux atteindre ses objectifs en terme de régulation du marché, et pour répondre à l'obligation de transparence contenue dans la directive, il conviendrait :

- de supprimer l'approbation préalable de l'offre de référence d'interconnexion, sans en remettre en cause pour autant l'annualité de sa publication;
- de clarifier et renforcer les pouvoirs de modification de l'offre de référence par l'ART en cohérence avec la possibilité inscrite dans la directive (article 9.2);

- de permettre à l'ART, conformément à la directive (article 9.1), de préciser les informations que les opérateurs doivent rendre publiques à sa demande, le niveau de détail requis et le mode de leur publication.
- de donner un cadre juridique adapté au contrôle des obligations de séparation comptable.

En outre, pour ce qui concerne l'article 13, le nouveau cadre réglementaire ne prévoit pas une orientation systématique des tarifs vers les coûts des opérateurs puissants. Actuellement, le principe d'orientation vers les coûts et les règles de valorisation correspondantes sont fixés dans le décret interconnexion. Il est nécessaire que le nouveau cadre prévoit les conditions de définition et d'élaboration de ces règles qui guident la mise en œuvre par le régulateur de l'orientation vers les coûts.

Il conviendrait également que la transposition de l'article 13.2 de la directive permette à l'Autorité de se prononcer sur la pertinence des processus et des solutions techniques retenus par un opérateur devant orienter ses tarifs vers les coûts, en vue d'exclure le cas échéant de l'assiette des coûts pertinents ceux dus à des inefficacités.

L'Autorité souhaite le maintien de dispositions contraignantes actuellement en vigueur permettant de vérifier l'orientation vers les coûts.

Enfin, afin de ne pas déstabiliser le dispositif mis en place aujourd'hui pour l'accès dégroupé à la paire torsadée métallique, l'Autorité estime indispensable que les dispositions actuelles relatives au dégroupage soient maintenues et inscrites dans le cadre du régime de l'accès.

En particulier, les éléments minimums que doivent fournir les opérateurs concernés par le dégroupage dans une offre de référence devront être ceux du règlement européen du 18 décembre 2000 repris dans l'annexe II de la directive.

@ 3.2.3. *Peut-on anticiper qu'il y aura lieu d'imposer aux opérateurs " puissants sur le marché " des obligations en matière d'accès ou d'interconnexion autres que celles prévues aux articles 9 à 13 de la directive ? Si oui, dans quelles circonstances ?*

Tout d'abord, il conviendrait, dans le nouveau cadre réglementaire, de permettre à l'autorité de régulation nationale de déterminer le type d'obligations s'exerçant sur les opérateurs puissants, autres que celles prévues aux articles 9 à 13 de la directive, de manière encadrée par des lignes directrices et des recommandations de la Commission, comme le prévoit la directive.

L'Autorité souligne l'utilité des toutes les dispositions existantes en matière d'interconnexion et d'accès. Il convient par conséquent de maintenir *a priori* les dispositions actuelles non prévues par les articles 9 à 13 de la directive, eu égard aux propositions de modification évoquées dans la question précédente.

@ 3.2.4. *A l'inverse, des obligations en matière d'accès devraient-elles être imposées à l'ensemble des opérateurs ?*

Les conditions techniques et financières d'interconnexion ou d'accès qui permettent d'apprécier, en cas de litiges, le respect, par les opérateurs concernés, des obligations générales en matière d'interconnexion sont déterminées dans les conventions d'interconnexion signées entre les deux parties.

Il conviendrait que la possibilité existant actuellement pour l'Autorité, de se faire communiquer les conventions d'interconnexion ou d'accès afin de vérifier le respect de l'obligation de non-discrimination s'applique à l'ensemble des opérateurs.

Le nouveau cadre réglementaire n'apporte pas d'évolution majeure des obligations générales des opérateurs en matière d'interconnexion. L'Autorité souligne l'utilité des dispositions actuelles dont elle souhaite par conséquent le maintien dans le prochain cadre réglementaire. La possibilité introduite par la directive d'imposer l'interconnexion pour assurer la connectivité de bout en bout pourra être insérée dans les obligations générales.

Cependant, pour les opérateurs déclarés puissants, soumis à la publication d'une offre de référence, l'Autorité préconise de ne pas retenir le principe d'une approbation préalable, qui a montré ses limites, au profit de l'établissement d'un réel pouvoir de modification. Il conviendrait que ce pouvoir soit clairement défini et que comme le prévoit la directive, il permette à l'autorité de régulation nationale de demander aux opérateurs les informations nécessaires à son exercice.

Afin de vérifier le principe de non-discrimination, l'Autorité souhaite que la possibilité de se faire communiquer les conventions d'interconnexion et d'accès soit maintenue et s'applique à l'ensemble des opérateurs.

Enfin, les obligations de séparation comptable devront recevoir un cadre juridique clair pour leur contrôle.

3.3. Les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques du secteur de l'audiovisuel

La diffusion hertzienne terrestre

- # 3.3.1. **Comment garantir que les missions de service public en matière de défense nationale, de recherche et de normalisation sont assurées? Ces fonctions pourraient-elles être également assurées par d'autres organismes ? Lesquels et comment ?**
- # 3.3.2. **Y a-t-il des obstacles à une ouverture effective du marché de la diffusion technique ?**
- # 3.3.3. **Quelles dispositions pourraient être proposées pour permettre l'établissement d'une concurrence effective ? En particulier, comment conviendrait-il de mettre en œuvre les obligations prévues aux articles 9 à 13 de la directive " accès " ?**
- # 3.3.4. **Quels devraient être les pouvoirs des différentes autorités de régulation vis à vis de ces opérateurs ?**

Réponse commune aux questions 3.3.1 à 3.3.4 (cf. aussi question 3.5.3.)

Les infrastructures passives sont utilisées par les opérateurs pour la constitution de leurs réseaux. C'est notamment le cas des pylônes largement utilisées par les radiocommunications, tant dans le domaine des télécommunications (réseaux mobiles, réseaux de boucle locale radio...) que dans le domaine de l'audiovisuel (télévision hertzienne analogique et numérique, radio...).

En outre, le marché de la mise à disposition de sites présente, sur certains segments des situations de position dominante, voire des caractéristiques proches du monopole. C'est notamment le cas de TDF dans le domaine de l'exploitation de pylônes.

Or, les gestionnaires d'infrastructures passives, tels que les compagnies de sites qui mettent à disposition des pylônes aux opérateurs, ne font l'objet d'aucune régulation particulière, hors du droit de la concurrence.

L'Autorité constate que la transposition des directives va conduire à conférer à la société TDF le statut d'exploitant de réseaux de communication électroniques pour ses activités de transport audiovisuel. A ce titre la régulation relative à l'accès aux réseaux pourra lui être appliquée (cf. question 3.5.3).

Par ailleurs, l'Autorité estime souhaitable que les activités de gestionnaires d'infrastructures passives puissent entrer dans le champ de la réglementation des communications électroniques (cf. question 2.3.1). Ainsi la régulation relative aux opérateurs puissants et la compétence de règlement des différends de l'Autorité pourrait couvrir les relations entre opérateur et gestionnaire de sites sur le plan du principe de non discrimination et de la régulation de gestionnaire de site en position dominante. L'offre d'un gestionnaire de sites en position dominante à destination des opérateurs pourrait ainsi se voir imposer des obligations renforcées, et par exemple la publication d'une offre de référence.

Les dispositions relatives aux accès conditionnels, aux services interactifs de télévision et aux guides électroniques de programmes

3.3.5. *Le nouveau cadre communautaire inclut également les services et équipements de réception (systèmes d'accès conditionnel, moteurs d'interactivité...). Quels doivent être les objectifs assignés à la régulation et à la réglementation de ces activités et équipements ? Quels sont les objectifs d'intérêt général auxquels il convient de veiller tout particulièrement ?*

3.3.6. *Quels seraient les moyens de pouvoir améliorer l'interopérabilité pour les usagers des services de télévision numérique avancés ?*

3.3.7. *Est-il nécessaire d'élargir les compétences dont disposent actuellement les autorités de régulation, notamment en matière de règlement des litiges ?*

Réponse commune aux questions 3.3.5 à 3.3.7 (cf. aussi question 3.5.3.)

Les systèmes d'accès conditionnels constituent des éléments accessoires au réseau indispensables à la fourniture de certains services de communication électronique. La problématique des systèmes d'accès conditionnel et plus généralement des services et équipements de réception est très proche de celle de l'accès et de la publication des interfaces d'accès aux réseaux.

De plus, les systèmes d'accès sous condition constituent des goulets d'étranglement potentiels pour des bouquets de services interactifs, incluant des services de télécommunication au public. Les systèmes d'accès sous condition comme les moteurs d'interactivité sont en effet utilisés non seulement pour accéder à des offres de services de communication au public, mais aussi à des offres de services mixtes comportant des services de télécommunication.

L'article 6 de la directive « accès » impose aux opérateurs des obligations en matière de systèmes d'accès conditionnel. L'annexe I à laquelle il renvoie pour son application dispose notamment que tous les opérateurs de services d'accès conditionnels, quel que soit le moyen de transmission, qui fournissent aux services de télévision et de radio numériques des services d'accès dont les diffuseurs dépendent pour atteindre les auditeurs ont l'obligation de proposer cet accès à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, conformes au droit communautaire de la concurrence.

L'article 5 de cette même directive paragraphe 1. b) prévoit que les autorités réglementaires nationales doivent être en mesure d'imposer aux opérateurs l'obligation de fournir l'accès aux interfaces de

programme d'application (API) et/ou aux guides électroniques (EPG) dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.

L'Autorité considère donc qu'il est nécessaire de reprendre ces modalités et d'imposer le respect des critères d'équité et de traitement raisonnable et non discriminatoire aux entreprises titulaires des systèmes d'accès.

Ainsi, les problématiques éventuellement liées à ces systèmes d'accès conditionnels devraient désormais être considérées comme relevant de la notion d'accès au sens de la directive "accès". De nombreuses similitudes existeront donc entre la régulation des systèmes conditionnels d'accès et la régulation poursuivie par l'Autorité dans le cadre de l'accès et de l'interconnexion prévue par le code des postes et télécommunications. L'Autorité considère donc qu'il est légitime de poser la question d'un regroupement de ces deux questions.

3.4. Le contrôle tarifaire des opérateurs " puissants sur le marché "

@ 3.4.1. Sur quels critères pourrait se fonder la définition d'obligations en matière de contrôle tarifaire des services de détail ?

La réponse à cette question paraît déjà encadrée par l'article 17 de la directive service universel : celui-ci prévoit en effet qu'un contrôle tarifaire peut s'exercer sur les services de détail fournis par un opérateur puissant si deux conditions sont réunies : le marché n'est pas en situation de concurrence réelle et les obligations imposées au titre de l'accès n'apparaissent pas suffisantes pour atteindre les objectifs généraux. La vérification du critère de concurrence devra être effectuée dans le cadre des analyses de marché à effectuer par le régulateur au titre de ses missions, dans les conditions définies par les directives et en tenant compte des lignes directrices de la Commission.

@ 3.4.2. Quels seraient les marchés qui justifieraient aujourd'hui l'existence d'un contrôle tarifaire pour les services de détail ?

Il semble prématuré de répondre à cette question dans le cadre de la présente consultation, dès lors qu'elle ne relève en effet pas des textes de transposition, mais de la conduite proprement dite de la régulation : les directives précisent clairement qu'il appartiendra au régulateur sectoriel de définir et d'analyser les marchés pertinents en tenant compte de la recommandation et des lignes directrices de la Commission.

Il convient de rappeler à cet égard que l'article 16 de la directive prévoit le maintien de l'ensemble des obligations relatives à la tarification de détail pour l'accès au réseau et l'utilisation de celui-ci, ainsi que pour les liaisons louées jusqu'à ce qu'un réexamen ait été effectué dans les conditions prévues par la directive cadre. La révision éventuelle du dispositif actuel appelle donc une analyse préalable approfondie à réaliser en conformité avec ces nouvelles dispositions et dans le cadre qui sera défini par la loi.

@ 3.4.3. Quelle articulation trouver entre le contrôle tarifaire des services sans concurrence et le contrôle tarifaire du service universel, en particulier pour des services qui pourraient appartenir à ces deux catégories ?

L'Autorité a été conduite à plusieurs reprises à proposer les aménagements qui lui paraissent nécessaires au regard de l'expérience acquise et dans le respect des objectifs poursuivis :

- pour ce qui concerne le service universel, il s'agit d'assurer, au profit des catégories de consommateurs les moins exposés à la concurrence, le maintien du caractère abordable et la facilité d'accès au service ; le *price-cap* constitue à cet égard un instrument adapté, mais devrait, pour être réellement efficace, être circonscrit aux profils réels de consommation propres à cette clientèle. Il reste que certains tarifs emblématiques du service universel, l'abonnement en particulier, appellent assurément le maintien d'un examen individuel ;

- par ailleurs, un dispositif de prévention des pratiques tarifaires d'éviction demeure nécessaire durant la période transitoire préalable à l'instauration d'une concurrence effective. A cet égard, seul le maintien d'un contrôle individuel des tarifs est à même de présenter toutes les garanties d'efficacité, compte tenu notamment de la diversité des formules tarifaires et des situations de marchés auxquels elles s'adressent, qui ne peut être correctement appréhendée dans le cadre d'un *price-cap*. En outre, un tel contrôle *ex ante* apporte une sécurité juridique à l'ensemble des acteurs, y compris l'opérateur en situation dominante. En coexistence avec le contrôle *ex post* des autorités de concurrence, cette régulation *a priori* permet de prévenir la survenance de comportements anticoncurrentiels que des contentieux ne pourraient qu'imparfaitement résoudre dans des conditions de délais compatibles avec le rythme d'évolution du marché.

Il est vrai que ces objectifs consistent, pour le premier, en une incitation à la baisse des prix alors que, pour le second, il aboutit parfois à en limiter l'ampleur. Toutefois, il n'y a pas de contradiction entre les deux dispositifs : s'agissant du service universel, il s'agit de fixer, par *price cap*, les conditions d'une baisse moyenne pour une catégorie de consommateurs particulières et pour un panier de services déterminé ; en ce qui concerne le contrôle *ex ante* de pratiques tarifaires anticoncurrentielles, il s'agit d'un examen qui porte sur des baisses excessives et ciblées ou sur des comportements tarifaires particuliers (pratiques de couplage, etc.).

Ces deux dispositifs, *price-cap* et contrôle individuel, devraient ainsi coexister. Dans le cas où un service appartiendrait aux deux catégories (ce qui est le cas par exemple du service téléphonique), une analyse concurrentielle sur les segments pertinents devra naturellement être entreprise afin d'exempter le cas échéant certaines catégories de clientèles ou certains types de service du contrôle individuel *ex-ante*.

3.4.4. Le régime de contrôle tarifaire, relevant actuellement de l'homologation des ministres chargés de l'économie et des télécommunications, après avis public de l'ART, doit-il être revu ? Selon quelles modalités ?

La procédure actuelle issue de la loi de 1996 apparaît lourde et source d'incertitudes pour les acteurs, alors même que l'une des vocations du contrôle tarifaire *ex ante* devrait être d'apporter aux acteurs, y compris l'opérateur historique, visibilité et sécurité juridique en prévenant les comportements anticoncurrentiels.

Or, dans le dispositif actuel, la décision d'homologation ministérielle n'est pas publiquement motivée, ce qui induit des incertitudes sur la prise en compte effective des réserves formulées par l'ART dans ses avis, même si la rubrique mise en place sur le site du Ministère chargé de l'industrie constitue de ce point de vue une avancée.

De plus, la plupart des avis défavorables émis par l'Autorité ne sont suivis que d'une décision de suspension de l'homologation, et non de refus, de sorte que subsiste un doute sur l'analyse *in fine* retenue par les ministres ;

Enfin, la mise en œuvre de cette compétence partagée a pu par ailleurs donner lieu à des discordances sur les analyses portées sur telle ou telle proposition tarifaire sur des offres porteuses d'enjeux importantes telles que l'ADSL.

Afin de simplifier le dispositif, il apparaît justifié que le contrôle des tarifs soit confié à l'Autorité, dans le cadre d'une distinction plus nette entre la définition de la politique publique, qui relève du Gouvernement et du Parlement, et sa mise en œuvre, qui constitue la mission du régulateur.

3.5. Le règlement des litiges entre opérateurs

@ 3.5.1. Cette disposition (article 20 de la directive cadre sur le règlement des litiges) implique-t-elle de modifier la portée du mécanisme de règlement des différends prévu à l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications ?

La combinaison de la possibilité de régler des litiges entre opérateurs par la médiation prévue à l'article 20 paragraphe 2 de la directive « cadre », et de la procédure de règlement de différend, fait l'objet de la question n° 3.5.2. Il sera donc ici essentiellement question de la portée de l'article 20 paragraphes 1, 3, 4 et 5 de la directive « cadre » sur le mécanisme de règlement de différend au regard.

Les dispositions de l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications prévoient que l'Autorité peut être saisie de litiges relatifs :

- à l'accès,
- à l'interconnexion,
- au dégroupage de la boucle locale,
- à la mise à niveaux des réseaux câblés en vue de fournir des services de télécommunications,
- au partage d'infrastructures situées sur le domaine public et sur les propriétés privées,
- et à la fourniture de liste d'abonnés en vue de permettre l'édition d'un annuaire ou la fourniture d'un service universel de renseignements.

L'article 20 paragraphe 1 ne mentionne pas précisément les domaines d'intervention des autorités réglementaires nationales (ARN), en matière de résolution des litiges entre entreprises. Il est simplement mentionné, de façon assez générale, que les ARN peuvent être saisies de demandes de règlement de différend « *lorsqu'un litige survient, en ce qui concerne des obligations découlant de la présente directive ou des directives particulières, entre des entreprises assurant la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques [...]* ».

Le champ couvert par le nouveau paquet de directives communautaires étant très large, il apparaît donc que les ARN bénéficient de compétences élargies en matière de règlement de différend. Il semble à cet égard préférable que les textes de transposition ne fassent pas référence de manière exhaustive et limitative à l'ensemble des domaines d'application de cette compétence, afin d'éviter l'exclusion *a priori* d'une question qui apparaîtrait au fil de la régulation et qui relèverait du champ ouvert par les dispositions précitées de la directive. La loi pourrait ainsi prévoir que le règlement s'applique à l'ensemble des obligations prévues par le code, et notamment à celles déjà identifiées dans le cadre actuel, en les citant. La loi devra également rappeler les principes qui doivent guider l'Autorité dans l'exercice de son pouvoir de règlement de litige, en se référant aux principes énoncés à l'article 8 de la directive « cadre ».

Enfin, l'Autorité souhaite rappeler que la mise en œuvre de la proposition qu'elle fait dans le cadre de la réponse à la question 7.1.2. de la consultation publique, à savoir qu'il lui soit dévolu des moyens plus contraignants sur le modèle des injonctions ou des astreintes qui peuvent être ordonnées par les juridictions de droit commun, permettrait sans aucun doute de se conformer à la prescription de l'article 20 paragraphe 1 de la directive « cadre », selon laquelle les ARN prennent des décisions contraignantes.

@ 3.5.2. Faut-il mettre en place une procédure de règlement amiable des litiges, qui constituerait une alternative - nécessairement partielle - au dispositif de l'article L. 36-8 ? La procédure prévue à l'article L. 36-9 du code des postes et télécommunications est-elle appropriée à cette fin ?

L'article 20 paragraphe 2 de la directive cadre introduit la possibilité pour les Etats membres de permettre aux autorités réglementaires nationales de refuser de résoudre ce litige au travers d'une décision contraignante dans le cas où d'autres mécanismes, incluant la médiation, existent et paraissent plus appropriés. L'ARN en informe les parties dans les meilleurs délais. Toutefois, si le litige n'est pas résolu à l'issue d'un délai de quatre mois et s'il n'a pas été porté devant les tribunaux, l'ARN, à la demande d'une des parties, est tenue de se prononcer pour résoudre le litige dans un délai de 4 mois.

L'Autorité n'est pas favorable à l'introduction d'une procédure de médiation dans le dispositif de l'article L. 36-8. En effet, le rapport au temps est au cœur du métier de l'Autorité. Se situant dans un processus économique qui a son rythme propre, le régulateur ne peut en faire abstraction sans faillir à sa mission. Ainsi, trancher un litige en temps utile peut représenter une question de survie pour un opérateur.

C'est pour cette raison que les dispositions du code des postes et des télécommunications impartissent à l'Autorité un délai de trois mois renouvelable une fois en fonction des difficultés de l'instruction du litige, pour régler un différend. Depuis sa création, l'Autorité a rendu une cinquantaine de décisions en matière de règlement de différends, et elle a toujours fait diligence dans la conduite de l'instruction du litige, notamment en adaptant le calendrier de production des mémoires des parties en fonction des circonstances.

En outre, par la procédure actuelle de règlement de différend, l'Autorité a notamment pour rôle de faciliter le dialogue entre les parties et aider chacune d'elles à comprendre le point de vue, la position et les intérêts de l'autre par rapport au différend, ce qui peut aboutir au désistement de l'une des parties au litige.

Dans ces conditions, la mise en place d'une médiation dans le champ de la procédure de règlement de différends risquerait de nuire à l'impératif de célérité qui incombe à l'Autorité dans l'instruction d'un litige.

L'Autorité estime donc que si une procédure de médiation devait être mise en place, elle devrait être distincte de la procédure de règlement des différends et constituer ainsi une voie d'action complémentaire en vue de répondre dans les meilleurs délais aux acteurs du marché. La procédure actuelle prévue à l'article L. 36-9 du CPT ne s'est pas révélée adaptée à l'exercice de la régulation, notamment en raison d'un champ d'application trop restrictif.

Dans ces conditions, l'Autorité considère que le maintien de la procédure de l'article L. 36-9, dont le champ d'application pourrait être élargi, serait de nature à permettre aux acteurs de disposer de deux procédures distinctes et complémentaires pour régler les différends.

3.5.3. *Pour la diffusion des services de radio et de télévision, comment conviendra-t-il de traiter les litiges entre opérateurs de réseaux ou de services de communications électroniques ?*

La procédure de règlement des litiges entre opérateurs de réseaux ou de services de communications électroniques est organisée par l'article 20 de la directive cadre.

L'Autorité note que, eu égard au phénomène de la convergence, le nouveau paquet communications électroniques instaure une distinction nette entre la régulation du contenu et celle du contenant. Ainsi, le considérant 5 de la directive cadre précise *"qu'il est nécessaire de séparer la réglementation de la transmission de celle des contenus. Ce cadre ne s'applique donc pas aux contenus des services fournis sur les réseaux de communications électroniques à l'aide de services de communications électroniques"*. Par conséquent, afin de respecter le principe de cette séparation, l'Autorité considère que les litiges entre les acteurs de communications électroniques qui concernent le contenant devraient être soumis au même régime juridique. Ainsi, l'ensemble des litiges relatifs à l'accès, dont une définition très large est donnée par l'article 2 de la directive accès, pourrait être inclus dans le champ d'application de l'article L. 36-8 du code des postes

et télécommunications. En revanche, les litiges de diffusion davantage liés au contenu de la diffusion devraient incomber au régulateur du contenu.

L'Autorité souhaite dans le cadre de cette question revenir sur deux aspects particuliers : d'une part la question concernant l'accès aux prestations techniques de transmission de la société TDF et d'autre part celle relative aux systèmes d'accès conditionnel.

L'Autorité constate que la transposition des directives conduira à conférer à la société TDF le statut d'exploitant de réseaux de communication électroniques en tant qu'opérateur de transport audiovisuel.

Ainsi, les litiges liés à l'accès au réseau de la société TDF pour la transmission des programmes relèveront de la problématique générale de l'accès dont une définition très large a été donnée par l'article 2 de la directive accès. Dès lors que les questions soulevées par de tels litiges se rapprocheront de celles traitées par l'Autorité dans le cadre de ses missions en matière d'accès et d'interconnexion, l'Autorité estime opportun de se poser la question d'un regroupement de ces différents litiges.

L'extension de cette compétence aux activités de gestionnaire de site de TDF serait également souhaitable. Cela supposerait de faire entrer de telles activités dans le champ de l'autorisation générale prévu par la directive cadre (cf. question 21.3.1. et 3.3.1 à 3.3.4).

S'agissant des systèmes d'accès conditionnels, ils devraient, en application du nouveau cadre, entrer dans le champ de l'accès, ce qui conduirait à une application des dispositions de régulation correspondantes, notamment en matière de règlement des litiges.

3.6. Le règlement des litiges entre opérateurs ou distributeurs et éditeurs audiovisuels et de contenu

Les obligations des opérateurs de réseaux et services de communications électroniques à l'égard des éditeurs

3.6.1. *Est-il nécessaire de prendre des mesures juridiques particulières pour garantir aux éditeurs de contenus la neutralité des réseaux de communication électronique, ou tout au moins, un traitement non discriminatoire ? Le droit commun de la concurrence ou le droit sectoriel des télécommunications est-il toujours suffisant ? Faut-il sur certains réseaux (et lesquels ?) garantir un traitement identique des éditeurs par les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques ?*

3.6.2. *Quels pourraient être les compétences des autorités de régulation en la matière ?*

Réponse commune aux questions 3.6.1 et 3.6.2

Les nouvelles directives imposent une réglementation neutre en matière de réseaux. L'article 20 de la directive cadre organise une procédure de règlement des différends intervenant entre les entreprises assurant la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques.

Ce nouveau cadre exclut de son champ d'application les réglementations relatives au contenu. De même, un litige survenant entre un opérateur de réseaux ou de services de communications électroniques et un éditeur de contenu qui n'est ni un opérateur de réseaux de communications électroniques ni un fournisseur de services de communications électroniques n'appartient pas au champ d'application de l'article 20 précité.

Néanmoins, il convient de veiller à ce que les entreprises disposant de la possibilité de proposer une offre intégrée de services grâce notamment aux portails ne profitent de leur position pour évincer du marché d'autres éditeurs de contenu. Ainsi, il faudra prendre en compte les positions dominantes et les goulets d'étranglement susceptibles d'être créés par de telles entreprises.

La question de l'accès des éditeurs de contenu aux réseaux de communications électroniques concerne davantage la régulation des contenus, dès lors qu'il incombe aux diffuseurs de respecter les principes de pluralisme ou de protection de la jeunesse notamment. En outre, la loi audiovisuelle prévoit d'ores et déjà que les relations entre éditeurs et distributeurs doivent respecter le principe de non discrimination.

Néanmoins, l'Autorité renvoie à sa réponse à la question 3.5.3 dès lors qu'un litige entre un éditeur et un opérateur relèverait de la question générale de l'accès tel que défini par l'article 2 de la directive accès.

4. - Le service public des télécommunications

4.1. Les obligations de service universel

L'Autorité tient à préciser en préambule que la définition d'obligations de service universel ne saurait être dissociée d'une réflexion sur les modalités de financement de ce service. En effet, il est essentiel de mettre en regard le bénéfice retiré par la collectivité d'une prestation de service universel et le poids de la contribution financière qu'elle occasionne pour ceux qui sont appelés à y participer.

Il faut également souligner que l'objectif recherché dans l'établissement d'un dispositif de service universel peut également être atteint, dans certains cas, par des mécanismes qui ne sont pas inscrits dans la loi, comme en témoigne le dispositif mis en place pour compléter la couverture du territoire des opérateurs mobiles.

Enfin, compte tenu des évolutions technologiques rapides qui caractérisent le secteur des communications électroniques, la définition du service universel a vocation à évoluer de façon régulière, comme le prévoit l'article 15 de la directive « service universel », qui confie à la Commission européenne la mission de réexaminer la portée du service universel et d'en proposer la modification au Conseil et au Parlement européens, au plus tard le 25 juillet 2005, puis tous les trois ans.

Service téléphonique

@ 4.1.1. *La directive " service universel " prévoit que le raccordement au réseau téléphonique doit permettre des communications de données " à des débits de données suffisants pour permettre un accès fonctionnel à Internet " Y a-t-il lieu de revoir les obligations de service universel pour tenir compte de cette disposition ?*

Le service téléphonique aujourd'hui offert au titre du service universel sur le réseau téléphonique commuté permet déjà d'offrir l'accès à Internet avec un débit de 56 kbit/s, ce qui paraît suffisant pour permettre l'accès fonctionnel à Internet. La définition légale du service universel devra donc être complétée dans ce sens.

@ 4.1.2. Est-il opportun d'inclure l'accès au réseau numérique à intégration de services dans le périmètre du service universel ?

En tant qu'il est une modalité d'accès au service téléphonique, le RNIS participe à la fourniture du service universel.

Cependant, en tant que technologie spécifique, il ne peut être inclus dans le périmètre du service universel et donner lieu à compensation, puisque le considérant 8 de la Directive 2002/22 indique que l'exigence de service universel « ne s'étend pas au réseau numérique à intégration de services ».

@ 4.1.3. Y a-t-il lieu d'apporter d'autres adaptations au contenu des obligations de service universel qui figurent à l'article 3 du cahier des charges de France Télécom ?

Cet article pourrait expressément prévoir la fourniture de services adaptés aux handicapés (cf. 4.1.5).

Publiphonie

@ 4.1.4. Est-il opportun de revoir les obligations en matière de publiphonie prévues par le cahier des charges de France Télécom ?

Le développement de l'utilisation des mobiles et l'extension régulière de leur couverture du territoire plaide pour un relâchement des contraintes pesant sur l'opérateur de service universel en ce qui concerne la publiphonie. En Suisse, l'appel d'offres relatif à la concession de service universel 2003-2007 prévoyait d'ailleurs une diminution de ces obligations par rapport à la concession 1998-2002, tout en conservant la nécessité d'installer au moins une cabine dans chaque commune.

Annuaire et services de renseignements

(Cette question est abordée au point 6.2.)

Mesures particulières en faveur des utilisateurs handicapés

@ 4.1.5. Faudrait-il compléter ce dispositif tarifaire (en faveur des personnes handicapées) par un enrichissement des prestations bénéficiant aux personnes handicapées ? En particulier, serait-il opportun de prévoir un centre relais pour les sourds et malentendants dans le cadre du service universel ? Quels dispositifs permettraient d'améliorer l'accès des personnes handicapées aux services d'annuaire et de renseignements ?

La prise en compte des besoins des handicapés n'est aujourd'hui vue que sous l'angle de la faiblesse supposée de leurs ressources. Aucune obligation n'est imposée à France Télécom pour pallier le handicap en tant que tel : terminaux et publiphones adaptés, services par opérateurs, etc. De fait, il semble qu'aujourd'hui France Télécom soit la seule entreprise à fournir des terminaux adaptés aux handicapés. Mais les tarifs de ces terminaux, produits en petite quantité, peuvent constituer un frein à leur emploi. D'autres pays ont pourtant explicitement inclus certains de ces services dans le service universel : en Suisse, un service de transcription pour les malentendants et un service de renseignements et de mise en relation pour les malvoyants font partie du service universel ; aux Etats-Unis, des téléphones publics compatibles avec les appareils auditifs pour sourds sont déployés.

L'article L. 35-1 prévoit que le service universel « est fourni dans des conditions tarifaires et techniques prenant en compte les difficultés spécifiques rencontrées dans l'accès au service téléphonique par certaines catégories de personnes en raison notamment de leur niveau de revenu ou de leur handicap ». Cette article est suffisant pour permettre l'application des dispositions prévues par les directives. Toutefois, le dispositif réglementaire d'application s'est jusqu'à présent limité à une aide financière, sous la forme d'une réduction de la facture téléphonique pour les bénéficiaires de l'allocation d'adulte handicapé.

Ce dispositif mériterait donc d'être complété par des mesures techniques. Le coût net de ces mesures serait pris en compte dans l'évaluation du coût du service universel. Le cahier des charges de l'opérateur chargé du service universel pourrait préciser les produits et les conditions tarifaires que celui-ci doit proposer aux handicapés.

4.2. La fourniture du service universel

Désignation d'opérateurs chargés du service universel

- @ 4.2.1. Faut-il prévoir des mécanismes permettant à d'autres opérateurs que France Télécom de participer effectivement à la fourniture du service universel au-delà de la seule offre de tarifs sociaux ? Faut-il, à cette fin, envisager un fractionnement du service universel par type de service ou par zone géographique ?**
- @ 4.2.2. Dans l'hypothèse où la fourniture du service universel serait fractionnée par zones géographiques, comment, le cas échéant, maintenir la péréquation géographique des tarifs ? Le financement devrait-il rester national ou également être fractionné, seuls les opérateurs actifs dans une zone donnée contribuant au financement du service universel dans cette zone ? Qu'elle s'accompagne d'une modification de l'organisation de la fourniture du service universel ou non, la mise en œuvre de procédures d'allocation des obligations de service universel suscite de nombreuses questions.**
- @ 4.2.3. Quelle procédure de sélection retenir, notamment en vue de "révéler" le coût de fourniture du service universel ? Serait-il approprié de recourir à une procédure d'enchères négatives ?**

Réponse commune aux questions 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3, 4.2.6 et 4.2.7

L'article 8 de la Directive "service universel" prévoit la possibilité, pour les Etats membres, de désigner des entreprises différentes pour fournir différents éléments du service universel et/ou pour couvrir différentes parties du territoire national.

L'Autorité considère qu'il est légitime de vouloir introduire des mécanismes de concurrence pour la fourniture du service universel, notamment afin d'en réduire le coût pour la collectivité. Toutefois, la mise en œuvre effective de tels mécanismes pourrait se révéler complexe. Elle peut être effectuée soit sur une base volontaire de la part des opérateurs (principe du *pay or play* pour les tarifs sociaux) soit via un mécanisme de désignation des opérateurs. Cette dernière solution est plus complexe car elle nécessite la mise en place d'un appel à candidature et son résultat peut se révéler décevant : en Suisse, seul l'opérateur historique a répondu à l'appel d'offre.

Ainsi, s'agissant de la fourniture des différentes composantes du service universel, un dispositif de pay or play pourrait vraisemblablement être institué sans grande difficulté pour d'autres composantes que les tarifs sociaux, par exemple pour la fourniture de l'annuaire universel.

En revanche, le fractionnement par zones géographiques de la fourniture du service universel pourrait être la source d'un certain nombre de difficultés, notamment eu égard à l'homogénéité et à l'intégrité nationale du service universel.

En tout état de cause, si les pouvoirs publics retiennent le principe du fractionnement géographique, il paraît toutefois prématuré d'en établir dès aujourd'hui les modalités pratiques dans les textes législatifs et réglementaires. Un travail préparatoire, complété par une consultation publique spécifique à cette question sera sans doute nécessaire le moment venu.

Enfin, dans tous les cas, si plusieurs opérateurs de service universel sont retenus, il conviendra de veiller à ce que le choix du consommateur puisse effectivement s'exercer.

@ 4.2.4. Les opérateurs mobiles devraient-ils être autorisés à participer à la procédure de sélection ? On notera que ceci impliquerait vraisemblablement de modifier les obligations de qualité de service pour le service universel.

L'article 4 de la nouvelle Directive SU prévoit que *«toutes les demandes raisonnables de raccordement en position déterminée au réseau téléphonique public et d'accès aux services téléphoniques accessibles au public en position déterminée soient satisfaites par une entreprise au moins»*. Toutefois, le considérant 8 de cette Directive indique qu'*« aucune contrainte ne devrait être imposée en ce qui concerne les moyens techniques utilisés pour la réalisation du raccordement, les technologies avec ou sans fil pouvant être utilisées indifféremment. »*.

Les opérateurs mobiles doivent donc être autorisés à participer à la procédure de sélection à condition qu'ils proposent un service fixe et qu'ils satisfassent à des exigences de qualité de service et de couverture.

@ 4.2.5. Comment, dans l'hypothèse où la procédure s'avérerait infructueuse, assurer qu'il existe au moins un opérateur chargé du service universel ?

Une procédure de type *« entreprise de dernier ressort »*, qui impose à une entreprise de fournir le service universel quand la procédure s'est révélée infructueuse, pourrait être retenue.

@ 4.2.6. Peut-on envisager qu'il y ait plusieurs opérateurs en charge du service universel soit dans une zone géographique donnée, soit pour une composante donnée du service universel (annuaire universel par exemple) ? Si oui, comment faire en sorte que cette situation n'aboutisse pas à une augmentation du coût du service universel ?

(Voir 4.2.3)

@ 4.2.7. Faut-il envisager d'autres modalités d'organisation des obligations de service universel ?

(Voir 4.2.3)

Le contrôle des tarifs du service universel

@ 4.2.8. Quelle méthode d'encadrement des tarifs du service universel convient-il de retenir ? Faut-il en particulier prévoir un contrôle individuel des tarifs ou des objectifs tarifaires pluriannuels ou une combinaison des deux ? Un contrôle effectué entièrement ex post serait-il efficace ?

Ainsi qu'il a été indiqué précédemment (question 3.4.3), le *price-cap* constitue un instrument adapté, mais devrait être circonscrit aux profils de consommation propres à la clientèle qui *a priori* est le moins en mesure de profiter de la concurrence. Il reste cependant que certains tarifs "emblématiques" du service universel, l'abonnement en particulier, appellent le maintien d'un examen individuel *ex ante*.

4.3. Le financement du service universel

@ 4.3.1. Quels opérateurs devraient contribuer au financement du service universel ? Pourrait-il s'agir en particulier de l'ensemble des opérateurs demandant l'interconnexion au réseau téléphonique public ?

La nouvelle Directive « service universel » prévoit que le financement du coût du service universel puisse être effectué au choix selon deux mécanismes : par des fonds publics ou à travers un fonds financé par le secteur. Dans cette dernière hypothèse, il ne paraît pas raisonnable d'exclure *a priori* certains opérateurs du périmètre de ce financement pour de nombreuses raisons :

- s'agissant du financement d'une charge sociale, la théorie économique préconise de façon constante de faire appel à la plus large assiette possible ;
- au demeurant, il convient d'avoir à l'esprit que le financement du service universel ne correspond pas tant à un transfert de charges entre opérateurs qu'à l'organisation d'une péréquation entre catégories d'utilisateurs (transferts de revenu entre utilisateurs) ; la prise en compte du chiffre d'affaires sur le marché de détail comme assiette de la répartition des contributions procède de cette observation (cf. question suivante) ;
- exclure certaines catégories d'opérateurs du périmètre de financement du service universel est une source de complexité et pourrait conduire à des comportements de « passager clandestin ».

Il conviendrait en outre de prévoir une plus grande souplesse dans les modalités pratiques de versement des contributions, afin d'éviter, comme c'est aujourd'hui le cas, que les ressources financières des opérateurs soient mobilisées sans justification.

@ 4.3.2. Est-il opportun de choisir une nouvelle clé de répartition ? Si oui, laquelle ?

Dans le cadre d'un dispositif de financement du service universel fondé sur la répartition du coût entre les opérateurs, il apparaît crucial de modifier les modalités de répartition des contributions imposées par les articles L. 35-3 et R. 20-39 du code des postes et télécommunications. En effet, aujourd'hui, les opérateurs offrant un service téléphonique au public doivent financer le service universel au prorata de leur volume de trafic. Ce calcul pénalise les fournisseurs d'accès à Internet, dans la mesure où les opérateurs répercutent à ces derniers le montant du service universel et dans la mesure où le trafic Internet est facturé à un prix inférieur à celui du trafic téléphonique.

Il semble ainsi plus équitable de prévoir une contribution en fonction du chiffre d'affaires (hors interconnexion) et non du volume de trafic. Ce souhait a déjà été exprimé à de nombreuses reprises et l'Autorité a transmis un projet de rédaction en ce sens au Gouvernement lors des débats relatifs à la loi de finances pour 2002. Dans un courrier du 15 novembre 2001, l'Autorité avait ainsi proposé au ministre que le troisième alinéa du 2° de l'article L. 35-3 du code des postes et télécommunications soit rédigé comme suit : « *La part des coûts nets que doit supporter chaque opérateur est calculée au prorata de son chiffre d'affaires sur le marché des télécommunications à l'exclusion de celui réalisé au titre des prestations d'interconnexion faisant l'objet des conventions définies au I. de l'article L. 34-8.* ».

A ce jour, les prises de position et les démarches n'ont donné lieu à aucune modification. L'initiative prise par le Gouvernement d'inscrire ce point dans la présente consultation publique dénote la prise en compte du problème ; il paraît toutefois essentiel que ceci ne retarde pas pour autant la prise d'une décision, même si cette évolution conduira à modifier l'équilibre des contributions entre catégories d'opérateurs.

Si cette modification devait aboutir, il serait utile de prévoir une possibilité d'exonération de contribution pour les opérateurs ayant un chiffre d'affaires peu élevé en fixant un certain seuil, en deçà duquel les opérateurs seraient exonérés, comme c'est le cas en Italie. Cette possibilité est aujourd'hui expressément prévue par la nouvelle directive communautaire « service universel » en son article 13.3.

4.4. Les services obligatoires

La directive « service universel » laisse aux Etats membres la faculté de prévoir des services obligatoires. En effet, au titre de l'article 32 : les Etats membres peuvent décider de rendre obligatoires certains services qui ne relèvent pas du service universel sur leur territoire national, afin d'en assurer la disponibilité au public, sans que cela entraîne de facto des obligations relatives aux conditions de fourniture.

En France, les services obligatoires sont aujourd'hui une des composantes du service public des télécommunications. La notion de service public entraîne, au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat, des obligations de continuité, d'adaptation et d'égalité. Or au moins l'une de ces obligations, à savoir l'égalité, correspond à l'une des obligations (non discrimination) qui ne peut être imposée qu'aux opérateurs puissants.

Il en résulte que si la réglementation française prévoyait à l'avenir d'imposer des services obligatoires, cette obligation ne saurait intégrer l'ensemble des exigences du service public, afin que les exigences en termes de conditions de fourniture puissent être conformes aux dispositions des directives.

Les liaisons louées

@ 4.4.2. Y a-t-il lieu de maintenir les liaisons louées dans l'offre de services obligatoires compte tenu des nouvelles dispositions de la directive " service universel " ?

La disponibilité d'un ensemble minimal de liaisons louées sur le marché de détail est une donnée essentielle pour le développement du marché, car elle permet notamment aux entreprises d'accéder aux services de télécommunications.

Les liaisons louées constituent également une composante déterminante sur le marché intermédiaire, permettant aux opérateurs de compléter les infrastructures qu'ils détiennent en propre pour raccorder leurs clients et ainsi de fournir leurs services. L'Autorité s'est attachée, début 2002, à établir les conditions de fourniture de ces liaisons louées destinées aux opérateurs.

S'agissant du marché de détail, la nouvelle directive « service universel » prévoit, dans son article 18 que lorsque la fourniture de l'ensemble minimal de liaisons louées ne s'exerce pas dans des conditions de concurrence réelle, des obligations, listées à l'annexe VII (non discrimination, tarification en fonction des coûts, transparence) doivent être imposées par le régulateur à l'opérateur puissant sur le marché de détail de tout ou partie de cet ensemble minimal.

Dans la nouvelle réglementation communautaire, la fourniture de l'ensemble minimal de liaisons louées relève ainsi des obligations qui peuvent être imposées dans l'exercice de la régulation concurrentielle prévue par la directive « cadre » et ne saurait donc s'inscrire dans le cadre du service public. Les conditions de fourniture listées à l'annexe VII de la directive « service universel » seront imposées à l'opérateur puissant sur ce marché, après mise en œuvre du dispositif prévu aux articles 14 et suivant de la directive « cadre », indépendamment du caractère obligatoire de la fourniture de ces services.

Enfin, le périmètre de l'ensemble minimal de liaisons louées est défini dans une liste de normes publiée au JOCE. Cette liste peut être révisée par la Commission après consultation du Comité des communications (articles 18.3 et 37 de la directive « service universel »). A ce stade, l'éventualité d'une révision de la liste n'a pas été abordée au cours des négociations du « paquet » télécoms ou de ses textes associés (lignes directrices, recommandation).

L'accès au réseau numérique à intégration de services et la communication de données par paquet

@ 4.4.3. La référence aux recommandations européennes du 5 juin 1992 reste-t-elle pertinente ?

Les recommandations européennes du 5 juin 1992 ont été prises en référence aux Directives 90/387 et 90/388 qui ont été abrogées et remplacées par les Directives 02/21 du 7 mars 2002 et 02/77 du 16 septembre 2002. Il n'y a donc plus lieu de se référer à ces recommandations.

Accès à Internet

@ 4.4.4. L'inclusion dans les services obligatoires d'une offre d'accès à Internet par le réseau téléphonique commuté reste-t-elle pertinente compte tenu des dispositions de la directive " service universel " en matière d'accès à Internet (cf. question 4.1.1.) ?

Le raccordement réalisé dans le cadre de la fourniture du service universel doit offrir aux utilisateurs un débit suffisant pour permettre un accès fonctionnel à Internet. Il n'y a donc pas lieu de maintenir l'accès à Internet parmi les services obligatoires.

@ 4.4.5. Faut-il envisager d'autres évolutions de l'offre de services obligatoires, comme l'inclusion de la radiotéléphonie mobile ?

La question de l'extension de la couverture mobile fait l'objet d'un programme lancé par le Gouvernement au Comité interministériel pour l'aménagement du territoire du 9 juillet 2001. Ce programme a pour objet l'extension de la couverture mobile à l'ensemble des lieux de vie permanents ou occasionnels et axes routiers où aucun des trois opérateurs n'est présent (« zones blanches »). Il s'appuie sur un engagement des opérateurs, complété d'un financement des pouvoirs publics concernant les infrastructures passives.

Ce programme, s'il permettra une amélioration de la couverture, ne résoudra naturellement pas l'ensemble de la question de la couverture mobile. Une réflexion complémentaire sur ce sujet est donc légitime. L'Autorité y a contribué par ses prises de position et ses démarches auprès des divers acteurs concernés, collectivités publiques et opérateurs, depuis le second semestre 2001. Les développements les plus récents ouvrent la voie à une prise en compte effective de cette question par des réalisations sur le terrain.

Il convient de souligner que les opérateurs mobiles ont rempli et même dépassé les obligations de couverture figurant dans leurs licences. En outre, la nature des zones concernées, que le marché ne permet pas seul de couvrir, pose inévitablement la question de la contribution financière publique à tout effort complémentaire de couverture. Enfin, il va de soi qu'un tel objectif doit pouvoir profiter de la même façon à l'ensemble des consommateurs de services mobiles, quels que soient les opérateurs dont ils sont clients.

A cet égard, il convient de noter que l'offre de services obligatoires prévue dans le code des postes et télécommunications vient en complément du service universel et ne concerne que l'opérateur public France Telecom.

Dans ce contexte, l'inclusion de la radiotéléphonie mobile dans l'offre de services obligatoires prévue par le code des postes et télécommunications ne pourrait être envisagée sans une révision profonde du dispositif actuel relatif aux services obligatoires.

@ 4.4.6. Faut-il revoir les conditions de fourniture des services obligatoires ?

Les services obligatoires, en tant que composante du service public, sont soumis à une obligation de non-discrimination (cf. 4.4). Or, cette obligation ne peut être imposée qu'aux opérateurs puissants d'après le nouveau cadre réglementaire européen.

Il y a donc lieu de revoir les conditions de fourniture des services obligatoires en conséquence.

5. - La numérotation et les fréquences radioélectriques

5.1. La numérotation

L'Autorité tient à rappeler que la gestion du plan national de numérotation est actuellement de sa pleine responsabilité. Les propositions qu'elle est conduite à faire dans le cadre de la présente consultation s'inscrivent donc dans la perspective du prolongement naturel de cette compétence dans le nouveau cadre réglementaire. Il ne s'agit donc pas d'inscrire dans les textes ce qui relève de la régulation mais de fournir des orientations sur la conduite de cette future régulation en matière de numérotation.

@ 5.1.1. Faut-il étendre l'accès aux numéros, blocs de numéros et préfixes à d'autres entités que les opérateurs au sens de la loi de réglementation des télécommunications de 1996 ? De façon plus générale, quel lien établir entre la numérotation et les catégories réglementaires mentionnées au chapitre 2.3. ?

En ce qui concerne le lien entre la numérotation et les catégories réglementaires, la réponse doit, comme dans les règles de gestion actuelles du plan de numérotation, se décliner de plusieurs façons selon le type de ressources considérées.

- a) Les numéros géographiques : Ils ne peuvent être attribués qu'à des opérateurs disposant d'une licence L.33-1 et L34-1. Dans le nouveau cadre, ils devraient également n'être attribués qu'aux opérateurs de réseaux fournissant du service téléphonique.
- b) Les numéros non géographiques mobiles : Ils doivent être attribués aux opérateurs disposant d'une licence de réseau mobile. Il est envisageable d'élargir l'éligibilité aux opérateurs mobiles virtuels disposant au moins d'un Home Location Resource (HLR) (même philosophie que pour les MCC+MNC). (MCC : Mobile Country Code ; MNC : Mobile Network Code)
- c) Les numéros non géographiques fixes : Ils peuvent être attribués à tous les types d'opérateurs comme actuellement.
- d) Les préfixes de la forme 16XY : Ils ne peuvent être attribués qu'aux opérateurs disposant d'une licence L.34-1¹. Dans le nouveau cadre, ils devraient également n'être attribués qu'aux fournisseurs de service téléphonique.
- e) Les préfixes de la forme "E" : Il faut maintenir les critères actuels tels que définis dans la décision n° 97-196 du 16 juillet 1997.
- f) Les numéros courts de la forme 3BPQ : Ils peuvent être attribués à tous les types d'opérateurs, comme actuellement, avec un assouplissement sur l'utilisation des dits numéros courts consistant à autoriser l'attribution d'un numéro court destiné à être affecté à un seul client, moyennant des critères de trafic relativement stricts, eu égard à la relative rareté de la ressource.
- g) Les numéros spéciaux de la forme 10XY (éventuellement de la forme 1BXY) : Ils ne devraient être attribués qu'aux opérateurs de réseau fournissant du service téléphonique. En effet, ils sont destinés à offrir des services directement liés à l'activité d'opérateur réseau (exemple : 1013 est le numéro de réclamation de FT).
- h) Les numéros MCC+MNC (IMSI, International Mobile Subscriber Identifier) : Ils peuvent être attribués aux opérateurs disposant d'une licence de réseau mobile et aux opérateurs mobiles virtuels disposant d'au moins un HLR.
- i) Les codes points sémaphores nationaux et internationaux devraient être ouverts à tous les types d'opérateurs.
- j) Les DNIC (Data Network Identification Codes) : Ils peuvent être attribués à tous les types d'opérateurs.

L'Autorité estime par ailleurs, qu'il ne devrait pas être envisagé d'attribuer des numéros directement aux utilisateurs finals, conformément à l'article 5 de la directive « autorisation », qui restreint cette attribution aux « entreprises fournissant ou utilisant des réseaux et des services ».

Numéros " ayant une valeur économique particulière "

@ 5.1.2. Est-il opportun de prévoir cette possibilité ? (procédure de sélection pour l'attribution de ces numéros) Si oui, pour quel type de numéros ?

L'attribution des numéros ayant une valeur économique particulière s'effectue sous la responsabilité de l'Autorité, chargée de la gestion du plan national de numérotation. On peut envisager deux catégories de numéros à valeur économique particulière en raison de leur rareté : les ressources permettant d'accéder à une

¹ Il pourrait être envisagé d'élargir à des prestataires autres que les opérateurs mais la ressource est trop limitée.

fonctionnalité particulière, telles que, par exemple les chiffres « E » de sélection du transporteur, et les numéros « mnémoniques », c'est-à-dire plus facilement mémorisables que les autres en raison de la combinaison des chiffres qui la composent. Ce sont aujourd'hui les opérateurs qui attribuent ces numéros à leurs clients, l'Autorité attribuant des blocs de numéros à ces opérateurs.

Dans le cadre actuel, la mise en œuvre de procédures de sélection pour l'attribution de tels numéros pourrait soulever certaines difficultés. Par exemple, les textes régissant les redevances ne sont pas orientés vers un paiement proportionnel à la rareté mais sur le principe consistant à couvrir les coûts de gestion et de contrôle. En outre, pour les numéros mnémoniques, ces procédures supposeraient d'attribuer aux opérateurs des numéros individuellement, ce qui serait difficilement compatible avec les règles de gestion actuelles des numéros. En revanche, l'Autorité pourrait être conduite à établir des règles de mnémonicité réellement objectives pour orienter la pratique des opérateurs dans l'attribution des numéros mnémoniques.

S'agissant des numéros permettant d'accéder à une fonctionnalité spécifique, l'Autorité n'a pas été confrontée, depuis l'attribution des « E », à une situation de rareté qui justifie une procédure de sélection.

En tout état de cause une telle approche, si elle était retenue dans son principe par les textes, supposerait, le moment venu, que le régulateur s'attache à définir avec les opérateurs les conditions dans lesquelles ces procédures pourraient être conduites et les principes auxquels elles devraient répondre.

Redevances

@ 5.1.3. Faut-il revoir le dispositif de redevances attaché à la numérotation téléphonique ?

L'Autorité estime qu'il serait en effet souhaitable de revoir le dispositif des redevances au moins pour y introduire la notion de prorata temporis, absente des textes actuels, ce qui est une source de contentieux. Il faudrait également traiter toutes les ressources qui échappent actuellement aux redevances (numéros de la forme 11X, numéros MCC+MNC, DNIC et codes points sémaphores, etc...). Un nouveau dispositif pour les ressources en numérotation destinées à être utilisées par plusieurs opérateurs devrait aussi être mis en place (ex. : les 3BPQ activant des fonctions sur les lignes des abonnés).

Par ailleurs, sur la question du niveau des redevances, une réflexion paraît nécessaire. Elle devra intégrer les possibles évolutions en matière de « granularité » des blocs de numéros.

Le transfert des ressources en numérotation

@ 5.1.4. Est-il opportun d'autoriser le transfert des numéros entre opérateurs ?

La procédure actuelle de transfert donne satisfaction aux opérateurs. Les seules difficultés parfois rencontrées concernent l'absence de prorata temporis qui pénalise les opérateurs impliqués dans le transfert, absence que l'Autorité estime préjudiciable (cf 5.1.3).

Il est donc souhaitable de conserver cette procédure de transfert, le contrôle de ces transferts restant du ressort de l'Autorité.

La portabilité

@ 5.1.5. Faut-il prévoir ou rendre possible dans l'avenir une portabilité entre numéros fixes et mobiles ?

L'article 30 de la directive service universel exclut explicitement la portabilité entre numéros fixes et mobiles de son champ. En outre, il ne semble pas opportun de prévoir la portabilité entre les réseaux fixes et mobiles en raison des différences tarifaires qui pourraient en découler sur les communications entre numéros fixes, et qui rendraient cette mesure économiquement inadaptée.

Le " numéro personnel "

@ 5.1.6. L'article L.34-10 du code des postes et télécommunications prévoyait également la mise en œuvre d'un "numéro personnel", invariant quel que soit l'opérateur ou la localisation géographique, à compter du 1^{er} janvier 2001 mais cette échéance n'a pu être respectée. Faut-il maintenir cette disposition ?

L'Autorité n'estime pas nécessaire de maintenir cette disposition. En effet, cette fonctionnalité, prévue actuellement par la loi, n'est pas une obligation du nouveau cadre européen, contrairement à la mise en place de la portabilité pour les numéros fixes et les numéros mobiles.

En outre, son éventuelle mise en place a fait l'objet de nombreux débats avec les opérateurs et les utilisateurs. Les utilisateurs n'ont jamais manifesté un réel intérêt pour cette fonctionnalité et les opérateurs n'ont jamais apporté de propositions concrètes pour mettre en œuvre un tel service. En fait, la portabilité des numéros fixes non géographiques rend quasiment le même service.

5.2. Les fréquences radioélectriques

L'attribution de fréquences aux différentes catégories de services

5.2.1. Une harmonisation de la gestion des bandes de fréquences affectées à la diffusion de la radio et de la télévision avec les bandes de fréquences utilisées pour les réseaux et services de télécommunication est-elle souhaitable ? Si oui, dans quelle mesure et selon quelles modalités, étant entendu qu'elle devra être compatible avec la satisfaction des exigences de portée constitutionnelle tenant à la sauvegarde du pluralisme en matière audiovisuelle ?

Dans sa réponse au Livre blanc du gouvernement sur la numérisation de la diffusion terrestre de la télévision et de la radio en date du 27 octobre 1999, l'Autorité considérait déjà « *qu'une meilleure distinction entre la régulation des contenus et la régulation des contenants devrait se faire jour à l'occasion de la réflexion que le Gouvernement a engagé en matière de numérisation de la diffusion terrestre de la télévision et de la radio. L'émergence d'une nouvelle économie de la communication, de plus en plus calquée sur l'économie actuelle des télécommunications, devrait amener à prendre en compte les effets de la convergence sur les services transportés par les réseaux audiovisuels, et par conséquent sur le mode de régulation que cela implique. Pour sa part, l'Autorité est disposée à tirer les conséquences de cette évolution majeure, en participant plus activement à la régulation de cette nouvelle économie de la communication, tant dans le domaine de l'accès (aux réseaux et au services), que dans celui de l'allocation des fréquences de radiodiffusion.* »

- **La gestion des fréquences de radiodiffusion**

Dans son rapport sur l'adaptation de la régulation rendu public le 1^{er} août 2002, l'Autorité a prolongé cette réflexion au regard de l'application du nouveau cadre communautaire. Les réseaux hertziens de télécommunication, de radiodiffusion sonore et de télévision, sont en effet à la croisée de la régulation des contenants et des contenus. Ainsi, les fréquences de diffusion sonore et télévisuelles sont aujourd'hui attribuées directement aux stations de radios et chaînes de télévision, c'est-à-dire aux éditeurs et diffuseurs de contenus, et non aux transporteurs. En outre, ces réseaux sont aujourd'hui soumis à des régimes variables, selon les catégories de réseaux (par exemple, les réseaux par satellites pour des services audiovisuels ne nécessitent pas d'autorisation), ce qui plaide pour des solutions pragmatiques et progressives. Selon les cas, deux schémas, non exclusifs l'un de l'autre, pourraient être appliqués, qui consisteraient :

- soit à laisser aux fournisseurs de contenus le choix de sélectionner leur opérateur de transport / diffusion ;
- soit à mettre en place un mécanisme de sélection des fournisseurs de contenus par le régulateur du contenu et de l'opérateur de transport/diffusion par le régulateur du contenant.

Dans les deux cas, le réseau serait soumis à la régulation des contenants, dès lors que la gestion optimale du spectre est un impératif. Les modalités pratiques de mise en œuvre de ces schémas font apparaître plusieurs options possibles dans chacun des cas. Une réflexion complémentaire avec l'ensemble des autorités compétentes sera nécessaire pour déterminer les solutions les plus adaptées.

- **Le cas des réseaux de transport audiovisuels**

L'Autorité attribue depuis 1997 à leurs utilisateurs toutes les fréquences de transmission sonore ou de télévision (liaisons de reportage sonore ou vidéo, microphones sans fil et auxiliaires de radiodiffusion, réseau de transport des opérateurs de diffusion), qui relèvent des services mobile, fixe, mobile par satellite et fixe par satellite. Le CSA n'est plus, en effet, depuis cette date, affectataire des fréquences de transport audiovisuel.

Toutefois, l'attribution de ces fréquences s'effectue actuellement, en application de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, aux chaînes et non au transporteur. Une telle approche peut avoir un sens pour des liaisons hertziennes entre studio et émetteur de radio locale par exemple ; elle est impraticable pour un réseau tel que celui de TDF, pour lequel sur une fréquence donnée peuvent passer plusieurs programmes qui ne sont pas toujours les mêmes au cours du temps (re-routage en cas d'incident...). Il conviendrait que le futur cadre réglementaire permette directement l'attribution des fréquences aux transporteurs. Une telle approche permettrait en outre de faire rentrer les réseaux correspondant sous le régime général des licences prévu par la directive « autorisation ».

L'ART est aujourd'hui affectataire des fréquences de transmission sonore ou de télévision et les attribue aux chaînes de télévision et aux stations de radio. Pour établir un système cohérent, il est nécessaire d'intégrer les réseaux de transport audiovisuel dans le régime général des réseaux et d'attribuer les fréquences non plus aux éditeurs, mais aux transporteurs.

- **Les redevances d'utilisation de fréquences**

L'article 13 de la directive « cadre » prévoit que « les Etats membres peuvent permettre à l'autorité compétente de soumettre à une redevance les droits d'utilisation des radiofréquences (...), afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de ces ressources ». Ces redevances doivent être « objectivement justifiées, transparentes, non discriminatoires et proportionnées eu égard à l'usage auquel elles sont destinées ».

Or, il convient de rappeler que si l'utilisation des fréquences par les opérateurs de télécommunications est soumise à une redevance d'occupation domaniale fixée par le décret du 3 février 1993 modifié relatif aux redevances de mise à disposition de fréquences radioélectriques et de gestion dues par les titulaires des autorisations délivrées en application des articles L. 33-1 et L. 33-2 du code des postes

et télécommunications, aucun dispositif comparable n'est prévu pour les fréquences de radiodiffusion. Il y a même lieu de relever que les fréquences du service fixe point à point sont payantes pour les opérateurs de télécommunication L. 33-1 et L. 33-2 et gratuites pour les opérateurs de transport audiovisuel, ce qui est difficile à justifier du point de vue de la bonne gestion du spectre.

Une telle différence de traitement devrait être appelée à disparaître à terme :

- d'une part, en raison de la convergence qui va conduire à fournir des services à la fois de télécommunications et de radiodiffusion
- d'autre part, pour des raisons d'équité : quel que soit l'usage qui en est fait, l'attribution d'une fréquence répond aux mêmes exigences de valorisation.

A cet égard, la directive cadre a vocation à s'appliquer à l'ensemble de la transmission des communications électroniques par opposition à la réglementation en matière de contenu. Il est vrai que certaines de ses formulations traduisent un souci de prendre en compte la spécificité audiovisuelle. Mais s'il y a peut-être là matière à justifier une différenciation, il n'est pas évident qu'on y trouve un fondement pour justifier des différences de traitement aussi tranchées que celles qui séparent la gratuité générale du paiement de redevances, parfois trop élevées.

Ainsi, en raison de la convergence, la question de la proportionnalité de la différenciation resterait en tout état de cause posée. Au demeurant, si l'article 5 de la nouvelle directive « autorisation » fait référence aux « critères et procédures particuliers adoptés par les Etats membres pour octroyer le droit d'utilisation des radiofréquences à des fournisseurs de services de contenus, de radio ou de télédiffusion en vue de réaliser les objectifs d'intérêt général conformément au droit communautaire (...) » c'est pour préciser aussitôt que « ces droits d'utilisation sont octroyés par le biais de procédures ouvertes, transparentes et non discriminatoires », sans référence explicite au mode de tarification de ces fréquences, ni a fortiori à leur gratuité.

En outre, le principe de gratuité des fréquences porte en germe des distorsions de concurrence entre fournisseurs de services substituables le jour où les opérateurs UMTS diffuseront sur, écran mobile, des services de quasi-vidéo à la demande.

Enfin, l'on ne saurait opposer, pour justifier entièrement la gratuité de la mise à disposition et de la gestion des fréquences audiovisuelles, les charges de service public incombant aux organismes de radiodiffusion. En effet, les opérateurs de télécommunications sont eux aussi soumis à des obligations de service public (interception des correspondances, acheminement gratuit des appels d'urgence), et les finalités de politique publique exercent une influence sur le niveau des charges qui leur sont imposées, notamment en matière de couverture territoriale.

La définition du droit d'utilisation des fréquences

@ 5.2.2. *Peut-on envisager que les droits d'utilisation des bandes de fréquences soient indépendants du service offert dans ces bandes de fréquences ou de la technologie utilisée ? On notera que la réglementation internationale et européenne en vigueur limite fortement, à court terme, les marges de manoeuvre dans ce domaine.*

Dans son rapport sur l'adaptation de la régulation rendu public le 1^{er} août 2002, l'Autorité a rappelé qu'elle considérait qu'il n'était pas possible actuellement d'envisager des droits d'utilisation des bandes de fréquences indépendants du service offert dans ces bandes voire de la technologie, notamment à cause des risques de brouillage et de coordination aux frontières, mais aussi pour des raisons d'harmonisation des équipements et des marchés. L'Union européenne et plus largement la Conférence européenne des postes et télécommunications (CEPT) qui rassemble 44 états européens travaille à l'harmonisation des bandes de

fréquences pour permettre de répondre à l'ensemble des besoins, et d'y répondre si possible avec des équipements moins coûteux parce qu'appelés à être vendus sur le plus large marché possible. Ces efforts en vue de l'harmonisation s'étendent bien entendu au monde entier, via les réunions de l'UIT. (voir aussi réponse aux questions 5.2.22 à 5.2.25)

@ 5.2.3. La suppression des autorisations individuelles d'opérateur impose-t-elle de renforcer le dispositif de contrôle de l'utilisation des fréquences radioélectriques ?

La directive « Autorisation » mentionne dans son article 5 1° que « Lorsque cela est possible, notamment lorsque le risque de brouillage préjudiciable est négligeable, les Etats membres ne soumettent pas l'utilisation des radiofréquences à l'octroi de droits individuels d'autorisation, mais incluent les conditions d'utilisation de ces radiofréquences dans l'autorisation générale ».

Dans les autres cas, ces droits individuels d'autorisation doivent donc exister et faire figurer les obligations qui sont aujourd'hui inscrites dans les autorisations individuelles et dans les décisions d'attribution de fréquences. Il ne semble donc pas nécessaire de prévoir de renforcer le dispositif de contrôle de l'utilisation des fréquences radioélectriques aujourd'hui satisfaisant.

@ 5.2.4. Quelle durée devraient avoir les droits d'utilisation des fréquences ?

Les utilisateurs demandent une certaine pérennité des fréquences qui leur sont attribuées pour avoir de la visibilité sur leurs investissements, notamment bien entendu lorsqu'il s'agit de fréquences essentielles à leur activité comme les fréquences GSM, BLR ou mobiles par satellite par exemple. Dans ce cadre, une durée de 15 ans comme c'est le cas général pour les licences L.33-1 ou de 20 ans comme c'est le cas pour les licences UMTS paraît appropriée. On peut toutefois nuancer le propos en observant tant l'expérience du GSM que celle de la BLR et en constatant que ce qui est important pour les opérateurs, c'est d'avoir accès à une quantité suffisante de spectre par rapport à leurs besoins plus que de disposer pendant 15 ou 20 ans de la même fréquence individuelle sur telle ou telle zone. Les attributions de fréquences GSM ont été gérées au mieux en fonction de la quantité de fréquences disponibles à chaque moment en tenant compte de la libération progressive de la bande 1800 MHz et de la bande d'extension GSM par le Ministère de la Défense. Chaque opérateur métropolitain a ainsi été amené à « rétrocéder » des fréquences pour en obtenir d'autres et cela s'est déroulé sans difficultés particulières.

De même, il apparaît que des fréquences moins essentielles à l'activité de l'opérateur mais néanmoins très utiles comme celles qui lui permettent de constituer de substantielles parties de ses réseaux d'infrastructure (faisceaux hertziens par exemple) doivent être disponibles en quantité suffisante mais ne doivent pas être considérées comme données à un opérateur pour une durée irrévocable de 15 ans. En effet, les réseaux d'infrastructure évoluent beaucoup plus vite que cette durée et c'est à la demande des opérateurs que l'ART est amenée à modifier leurs attributions. L'exemple de France Télécom libérant ses fréquences de faisceaux hertziens à 2 GHz pour l'introduction de l'IMT-2000 ou celui de certains opérateurs de réseaux indépendants libérant des fréquences à 446 MHz pour l'introduction de radiocommunications professionnelles simplifiées, aidés dans les deux cas par une participation du fonds de réaménagement du spectre géré par l'Agence nationale des fréquences, démontre également qu'à condition d'avoir un délai de dégagement suffisant et des fréquences de remplacement (ou d'autres solutions techniques de remplacement) l'important n'est pas de garantir une attribution de fréquence individuelle sur 5, 15 ou 20 ans.

En résumé, il est indispensable de garantir aux opérateurs le principe d'une disponibilité de fréquences en quantité suffisante pendant la durée de leur activité.

@ 5.2.5. Quel préavis devrait précéder une modification du plan national des fréquences ?

Le Tableau national de répartition des bandes de fréquences, approuvé par arrêté du Premier ministre, est mis à jour de façon importante après toutes les conférences mondiales des radiocommunications soit tous les trois ans et de façon plus ciblée sur telle ou telle gamme de fréquences en tant que de besoin entre deux conférences.

Ces mises à jour sont préparées par un groupe de travail de la Commission de planification des fréquences de l'Agence nationale des fréquences, qui réunit tous les affectataires.

Les équipementiers d'une part, les opérateurs d'autre part ne sont pas invités à ce groupe de travail mais sont associés à toutes les préparations des groupes de travail de l'UIT et de la CEPT des travaux desquels découlent une grande partie des modifications du Tableau national de répartition des bandes de fréquences. Lorsque des modifications sont faites à la demande de l'ART pour des besoins du secteur des télécommunications (échange 28 GHz –26 GHz avec le ministère de la Défense pour la BLR, échange de bandes avec la Défense en vue de la libération par celle-ci de la bande 2400-2483,5 pour les RLAN), celui-ci est associé à la concertation entre affectataires et avec l'Agence nationale des fréquences.

Le Tableau national de répartition des bandes de fréquences se lit avec les accords entre affectataires qui l'accompagnent souvent de calendriers de réalisation des transitions.

Il n'a donc pas lieu d'inscrire dans des textes réglementaires un préavis de modification du plan national des fréquences mais de veiller à ce que les droits d'utilisation des fréquences ne puissent pas être modifiés ou non-renouvelés sans un préavis suffisant (voir question suivante).

5.2.6. *Quel préavis devrait précéder une décision de non-renouvellement ou de modification des droits d'utilisation des fréquences ?*

Le code prévoit aujourd'hui que les conditions de renouvellement des licences soient notifiées deux ans avant l'expiration de la licence. Cela revient à un préavis de non renouvellement de deux ans pour les fréquences associées. Dans le cas de réseaux expérimentaux, la durée est mentionnée dans le cahier des charges de l'autorisation. La fermeture de certaines bandes de fréquences à certaines utilisations grand public voire professionnelles est annoncée plutôt 5 ans avant la date de fermeture de la bande (téléalarmes sociales, postes sans cordon, liaisons analogiques de reportage...). Il semble que ces durées soient compatibles avec les utilisations du spectre.

@ 5.2.7. *Peut-on définir une unité minimale pour l'attribution des bandes de fréquences non-coordonnées, par exemple le département ou le canton, ou l'unité d'emprise géographique doit-elle varier suivant le service considéré ?*

L'ART ne comprend pas bien quel intérêt cette unité minimale aurait à être définie par des textes réglementaires qui pourraient ensuite limiter la souplesse des attributions. A titre d'exemple, aujourd'hui, des fréquences non-coordonnées ont été attribuées pour la boucle locale radio au niveau régional et métropolitain ; des fréquences non-coordonnées du service fixe par satellite pour des expérimentations d'accès internet par satellite ont été demandées et attribuées pour un département ; des fréquences DECT ont été attribuées sur des zones de l'ordre du km².

Conditions d'accès aux fréquences radioélectriques

@ 5.2.8. Pour les services de télécommunication, quelles catégories d'organismes doivent pouvoir détenir des droits d'utilisation des fréquences radioélectriques ? Peut-on maintenir des régimes différents selon les services de télécommunication considérés ?

Pour les services de télécommunications, les droits d'utilisation des fréquences radioélectriques doivent pouvoir être attribués à toute société s'étant notifiée en tant qu'opérateur des télécommunications.

Il paraît souhaitable que les droits et obligations des opérateurs utilisant des fréquences radioélectriques soient le plus indépendant possible des services de télécommunication considérés.

Néanmoins, au-delà des dispositions spécifiques pouvant résulter d'appels à candidatures, les différents types de services de télécommunications (service fixe, service mobile, service fixe par satellite, service mobiles par satellite) peuvent rendre nécessaires des dispositions spécifiques par types de services.

@ 5.2.9. L'organisme délivrant les fréquences doit-il vérifier de façon systématique la capacité technique et financière ainsi que la justification des besoins en fréquences de l'entité demandant des droits d'utilisation ? Si oui, comment ?

Le régulateur qui délivre les fréquences doit assurément vérifier systématiquement la justification des besoins en fréquences de l'entité demandant des droits d'utilisation, afin d'assurer sa mission de bonne gestion du spectre. Il doit également et pour la même raison être à même de demander compte de l'utilisation des fréquences à toute entreprise bénéficiant de tels droits d'utilisation.

La question de savoir si doit systématiquement être vérifiée la capacité technique et financière de l'entité demandant des droits d'utilisation se pose essentiellement dans les cas d'attribution au fil de l'eau conduite en l'absence de rareté des ressources en fréquences. En effet, la procédure de sélection qu'implique la rareté des ressources permet de prévoir une vérification de la capacité technique et financière à travers des critères de qualification ou de sélection, même si cette vérification n'est pas exigée en général pour tout demandeur de fréquences.

Prévoir une vérification systématique de la capacité technique et financière d'une entité demandant des droits d'utilisation, à l'instar de ce qui est actuellement prévu pour la délivrance des autorisations dans le cadre de l'article L.33-1 du code des postes et télécommunications, est susceptible de contribuer à éviter des demandes abusives d'acteurs qui n'auraient manifestement pas la capacité technique ou financière de réaliser leurs projets. Le principe d'une telle vérification, s'il était retenu, ne devrait pas avoir d'autre finalité, dans un contexte où les nouvelles directives européennes font évoluer l'autorisation d'un régime individuel à un régime général.

Par ailleurs, il paraît souhaitable, si le principe d'une telle vérification est retenu, que celle-ci puisse être conduite dans le cadre d'une procédure simple et rapide. A cet égard, il serait souhaitable que l'instruction et la décision relative à cette procédure de vérification soit confiée à une seule entité, à la différence du schéma actuellement mis en œuvre pour la délivrance d'autorisation en application de l'article L.33-1, dont l'instruction est confiée à l'Autorité de régulation des télécommunications et la signature est de la responsabilité du ministre chargé des télécommunications. L'ensemble de la procédure pourrait ainsi être confiée au régulateur des télécommunications.

@ 5.2.10 Sous quelles conditions les droits d'utilisation des fréquences radioélectriques peuvent-ils être retirés au titulaire ? En particulier, le fait d'occasionner des brouillages préjudiciables répétés constitue-il une raison suffisante ? Par ailleurs, la non-utilisation des fréquences

doit-elle mener au bout d'un certain temps à la caducité des droits d'utilisation des fréquences ?

Des brouillages préjudiciables répétés et d'ampleur importante pourraient justifier le retrait des droits d'utilisation des fréquences à leur titulaire sur tout ou partie des zones correspondant à ces droits d'utilisation. De manière générale, il faut certainement prévoir des sanctions proportionnées, pouvant aller de celles prévues par l'actuel article L.39-1 à une interdiction d'exercice.

Le cas de la non-utilisation des fréquences est plus subtil, un opérateur pouvant n'être qu'en attente de capacités techniques, et être en position de les avoir très prochainement. D'une manière générale, à condition qu'il paie les redevances associées, il ne faudrait pas pénaliser un tel opérateur.

Il faudrait en revanche s'assurer qu'il ne s'agit pas d'un simple stockage de ressources, destiné à la revente sur un marché secondaire, auquel l'Autorité demeure opposée sous cette forme. Par conséquent, la loi devrait prévoir des moyens permettant aux autorités compétentes de vérifier la crédibilité de l'opérateur.

Procédures d'assignation des fréquences radioélectriques pour des services autres que de radio et de télévision

@ 5.2.11. Quels objectifs doivent poursuivre les procédures d'assignation de fréquences lorsque la disponibilité de celles-ci est limitée ?

Dans le cas où des contraintes techniques inhérentes à la disponibilité des fréquences conduisent à une situation de rareté de ces ressources au regard du nombre d'acteurs ayant exprimé un intérêt pour celles-ci, la procédure d'attribution des fréquences consiste en une procédure de sélection des acteurs.

Les modalités de ces procédures doivent respecter les objectifs de transparence, d'objectivité et de non discrimination. Elles doivent en outre assurer une concurrence effective entre les acteurs. La mention de ces principes, d'ores et déjà inscrits dans le code des postes et télécommunications, doit être maintenue.

Par ailleurs, les finalités de ces procédures s'inscrivent naturellement dans le cadre des missions générales confiées par la loi à la régulation des communications électroniques. Ces objectifs généraux, définis à l'article L.32 du code des postes et télécommunications, sont analysés dans d'autres questions de la présente consultation. Ils sont ensuite déclinés et mis en œuvre dans la définition des conditions particulières à chaque procédure de sélection. Cette démarche est illustrée notamment dans les conditions particulières des appels à candidatures relatifs à l'UMTS et de ceux relatifs à la boucle locale radio, et notamment la définition des critères de sélection.

@ 5.2.12. La réglementation française doit-elle favoriser l'une ou l'autre des procédures d'assignation (enchères ou soumission comparative) ou le choix entre les deux doit-il dépendre des caractéristiques des fréquences ou des droits d'utilisation attribués ?

La définition des conditions des procédures de sélection a traditionnellement donné lieu en France au choix de la méthode de soumission comparative, comme l'illustrent notamment dans le domaine des télécommunications les exemples des appels à candidatures relatifs à l'UMTS en 2001 et 2002, des appels à candidatures relatifs à la boucle locale radio en 2000 et 2001 et de l'appel à candidature relatif au 3^{ème} opérateur GSM en 1994.

Néanmoins, il ne paraît pas opportun que la réglementation française exclue par principe l'une ou l'autre des procédures de sélection. Les exemples internationaux très diversifiés montrent en effet que les deux types de procédures peuvent présenter des avantages différenciés selon les cas considérés.

Il paraît préférable que le choix du type de procédure puisse être effectué au cas par cas, dans le cadre de la définition des conditions les plus appropriées pour la procédure de sélection considérée, comme cela est le cas dans le cadre réglementaire actuel pour les télécommunications.

@ 5.2.13. La concentration des droits d'utilisation des fréquences issus d'une procédure d'appel à candidatures doit-elle constituer un motif de retrait de ces droits ? Si, oui à partir de quel degré de concentration des droits ?

La restitution des fréquences par certains acteurs dans le domaine de la boucle locale radio illustre le fait qu'assurément la réglementation française doit demeurer compatible avec la faculté, en cas de concentration, d'un retrait de droits d'utilisation des fréquences accordés à l'issue d'appel à candidatures.

On peut néanmoins s'interroger sur l'opportunité d'inscrire explicitement dans la réglementation générale des télécommunications une disposition prévoyant le retrait de fréquences en cas de concentration.

Une alternative consiste à prévoir la faculté plus générale d'un retrait du droit d'utilisation des fréquences, en cas de non respect des conditions prévues dans l'appel à candidatures dont est issue l'attribution de fréquences : l'impossibilité pour une même société de détenir directement ou indirectement plusieurs droits d'utilisation de fréquences fait alors partie des conditions de l'appel à candidatures lui-même, qui sont ensuite reprises dans les autorisations individuelles reprenant les droits et obligations résultant de l'appel à candidatures. Un tel dispositif est illustré par les appels à candidatures UMTS, qui prévoient explicitement de telles dispositions.

Cette alternative présente l'avantage de prévoir une champ de motifs de retrait des fréquences qui n'est pas limité à une condition particulière de l'appel à candidatures, mais qui en recouvre l'ensemble des conditions. Elle pourrait être inscrite dans le cadre d'un article prévoyant également un retrait des fréquences dans le cadre d'une procédure de sanction.

En outre, en renvoyant de telles dispositions au texte d'appel à candidatures lui-même, elle donne la possibilité d'une adaptation pour chaque appel à candidatures des conditions relatives aux concentrations.

@ 5.2.14. Faut-il prévoir la possibilité d'exclure une entreprise d'un appel à candidatures pour des raisons de concurrence ? Si oui, dans quelles conditions ?

Les appels à candidatures prévoient en général des critères de qualification permettant d'éliminer un candidat ne les respectant pas. L'exemple des appels à candidatures UMTS illustre ainsi le cas d'une procédure prévoyant explicitement l'élimination d'une entreprise déjà détentrice d'une autorisation UMTS ou présentant plus d'une candidature, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un autre candidat sur lequel elle exerce une influence déterminante. En effet la situation où un opérateur UMTS détiendrait une influence déterminante sur un autre aurait vraisemblablement eu pour effet de diminuer la concurrence sur ce marché dans un contexte où le nombre de licences est limité par la rareté des ressources en fréquences.

Il convient de noter en outre que la dimension concurrentielle pourrait également être prise en compte dans le cadre des critères de sélection, sans pour autant exclure une quelconque société. Ainsi, à titre d'exemple, les appels à candidatures, nationaux et régionaux, sur la boucle locale radio comprenaient un critère de contribution au développement de la concurrence sur la boucle locale avec une très forte pondération : cet appel à candidatures ouvrait ainsi volontairement la possibilité à une société qui aurait une mauvaise note sur ce critère de concurrence d'être retenue, dès lors qu'elle compenserait cette note par celles obtenues sur les autres critères, notamment l'aménagement du territoire ; elle n'interdisait à aucune société de se porter candidate dans le cadre de cette procédure.

Il paraît toutefois utile que le cadre réglementaire rende possible l'introduction éventuelle, si elle apparaissait opportune, de critères de qualification pouvant éliminer une entreprise d'un appel à candidatures pour des raisons de concurrence.

Procédure d'assignation des fréquences terrestres utilisées pour la diffusion de la radio et de la télévision

- # 5.2.16.** *Faut-il s'attendre à un développement significatif de services de correspondance privée ou de services de contenus à la demande sur des bandes de fréquences aujourd'hui réservées à la radiodiffusion, en complément des services de radiodiffusion autorisés ? Quel serait le modèle économique de tels services ?*
- # 5.2.17.** *Comment devrait leur être assignées les ressources nécessaires ? Quel devrait être le statut de ces bandes de fréquences ?*
- # 5.2.18.** *Inversement existe-t-il des projets de diffusion de services de communication audiovisuelle sur des bandes de fréquences attribuées aux télécommunications terrestres ? Quel serait le modèle économique de tels services ? Quelle procédure d'autorisation adopter ?*
- # 5.2.19.** *Est-il nécessaire de prévoir un régime d'autorisation unique pour des services qui peuvent dépendre de plusieurs régimes juridiques aujourd'hui distincts ? Sur quelle base ?*

Réponse commune aux questions 5.2.16. à 5.2.19

Certaines fréquences de radiodiffusion sont aujourd'hui utilisées pour des services de télécommunications ou en tout cas, pour des services concurrentiels avec des services de télécommunications proposés par des opérateurs de radio-messagerie unilatérale (sous-porteuses RDS des fréquences FM attribuées à la RATP pour l'information du public sur les prochaines arrivées des bus dans les stations, affichage du nombre de places disponibles dans les différents parkings à l'entrée de certaines villes...). Il y a là un problème concurrentiel : les opérateurs de radio-messagerie payent en effet des taxes de licences et des redevances de fréquences alors que les opérateurs de radio locale ont au contraire un moyen de partager leurs frais de diffusion.

Inversement, dans un cas précis, l'Autorité a attribué (avec accord du CSA, visé dans les décisions) une fréquence dont le statut aurait pu relever d'un service de radiodiffusion mais que le CSA n'était pas en mesure d'attribuer sous un régime d'autorisation générale équivalent à celui découlant de l'article L.33-3 du code des postes et télécommunications. Il s'agit des décisions n 01-438 en date du 2 mai 2001 attribuant des fréquences pour les systèmes de radiocommunication unilatérale sur site à faible portée et n° 01-439 fixant les conditions d'utilisation des systèmes de radiocommunications unilatérale sur « site à faible portée de données ».

Une harmonisation des régimes d'autorisation permettrait d'éviter ces écueils.

Il paraît souhaitable, afin de résoudre un certain nombre de difficultés actuelles, d'intégrer les réseaux de diffusion de services autres que la radiodiffusion sonore et la télévision dans le régime général des réseaux de communications électroniques. Au demeurant, les services correspondants ne sont pas porteurs d'enjeux en terme de contenu et il semble que cette intégration puisse se faire sans difficulté majeure.

Il est néanmoins difficile à ce stade de prévoir quel sera le développement effectif de ces services.

5.2.20. *Peut-on envisager de rendre libre l'accès à certaines fréquences, à condition de respecter certaines conditions ? Par exemple, pour la rediffusion dans un immeuble ou dans un appartement des émissions provenant d'un dispositif principal de réception ? (" Gap fillers "). Quelles doivent être ces conditions ?*

Dès aujourd'hui, certaines fréquences sont d'"accès libre", c'est-à-dire non spécifiquement assignées à leur utilisateur, à condition de respecter les conditions définies par l'Autorité et homologuées par le ministre chargé des télécommunications.

Ce dispositif réglementaire prévu par l'article L.33-3 (décision d'attribution de fréquences de l'Autorité et décision de l'Autorité fixant les conditions d'utilisation prise après avis de la CCR et homologuée par le ministre) s'applique à de multiples bandes de fréquences destinées à de multiples applications. Certaines décisions prévoient notamment la transmission de données par des appareils de faible puissance et de faible portée non spécifiques, qui peuvent par exemple servir à rediffuser des émissions provenant d'un dispositif principal de réception

Par ailleurs, de nombreuses bandes de fréquences, harmonisées pour ce type d'utilisation au plan européen, sont aujourd'hui utilisées en France pour la transmission de données, la télécommande, la télémétrie, la téléalarme, les matériels à boucle d'induction, les microphones sans fils, les dispositifs de transmission audio, les postes téléphoniques sans cordon, les implants médicaux, les radiocommunications professionnelles simplifiées, les détecteurs de victimes d'avalanches ou pour les systèmes d'information routière.

Les fréquences radioélectriques par satellite attribuées à la radiodiffusion

5.2.21. *Est-il souhaitable de maintenir pour certaines fréquences de radiodiffusion par satellite un régime spécifique ? Si oui pour quelles raisons et de quelle manière ?*

L'Autorité rappelle que les fréquences satellites attribuées aux télécommunications sont également considérées comme rares pour un certain nombre de bandes de fréquences et de services, même si elle n'a pas eu à procéder à des appels à candidature pour des services par satellites. Elle a par exemple lancé un appel à commentaires en parallèle avec l'instruction de la licence Skybridge.

Elle tient également à souligner l'ampleur des débats lors des dernières conférences mondiales des radiocommunications sur le partage entre satellites non géostationnaires et géostationnaires, débats que la France au travers de l'Agence nationale des fréquences a toujours fait pencher en faveur des solutions de partage permettant au plus grand nombre de projets satellitaires de trouver leur place. La résolution du problème de rareté des fréquences a donc en quelque sorte été traitée en amont au niveau mondial.

Transférabilité des droits d'utilisation des fréquences radioélectriques

5.2.22. *Permettre la transférabilité des droits d'utilisation des fréquences radioélectriques est-il opportun pour les fréquences radioélectriques utilisées pour des services de télécommunications ? Pour des services audiovisuels ?*

@ 5.2.23. *Cette transférabilité doit-elle être limitée par un contrôle a priori de l'entité assignatrice des fréquences ou être effectuée avec une simple*

notification et la définition d'une unité de droit d'utilisation des fréquences ?

@ 5.2.24. Faudrait-il restreindre la possibilité de transférer les droits d'utilisation de fréquences à certains organismes ? Faut-il prévoir des mesures anti-concentration ?

@ 5.2.25. Comment traiter le cas des entités ayant reçu antérieurement des fréquences à titre gratuit ? ou utilisant gratuitement des fréquences ?

Réponse commune aux questions 5.2.22 à 5.2.25 :

Les fréquences hertziennes relèvent du domaine public, leur usage constitue un mode d'occupation privatif du domaine public. De ce principe, inscrit à l'article 22 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, il résulte de façon implicite que les fréquences sont incessibles. Ainsi, les autorisations d'usage de fréquence délivrées par l'ART ne peuvent-elles aujourd'hui être ni cédées ni vendues. Elles ont été attribuées intuitu personae aux opérateurs.

Or, le nouveau cadre réglementaire européen autorise les Etats membres qui le souhaitent à mettre en place un second marché des fréquences.

Ainsi, le considérant 19 de la directive « cadre » indique que : « Le transfert de radiofréquences peut être un bon moyen de susciter une utilisation plus efficace du spectre, pour autant que des garde-fous suffisants soient mis en place pour protéger l'intérêt public, en particulier la nécessité de garantir la transparence et le contrôle réglementaire de ce type de transferts ». Par ailleurs, à la lecture de l'article 9-3 de la directive cadre, qui dispose que « les Etats membres peuvent prévoir la possibilité, pour les entreprises, de transférer des droits d'utilisation de radiofréquences vers d'autres entreprises », il semble que ce second marché soit limité au secteur marchand.

Dans le contexte de la préparation de ce nouveau cadre, le Secrétaire d'Etat à l'industrie avait clairement ouvert la porte à un marché secondaire des fréquences dans un discours diffusé à Sophia Antipolis le 20 décembre 2001.

Dans sa réponse au livre vert de la Commission sur les fréquences, en avril 1999, l'Autorité avait pour sa part indiqué que : « *La question d'un marché secondaire suppose une modification majeure du statut juridique des autorisations d'usage des fréquences en France. Ce changement ne paraît pas motivé par un besoin pressant, compte tenu des possibilités déjà offertes sous le contrôle de l'Etat, par le régime actuel. L'introduction de davantage de souplesse mérite cependant d'être étudiée pour certaines situations et sous réserve de conditions précises (règles de concurrence et retour à l'Etat des fréquences inemployées).* ».

Dans sa réponse du 9 février 2000 à la communication de la Commission de novembre 1999 sur le réexamen des directives, l'Autorité indiquait que : « *Un marché secondaire des fréquences est parfois présenté comme étant plus efficace que les procédures actuelles puisqu'il substitue la force du marché à une gestion administrative. Néanmoins, maintenir une gestion efficace du spectre des fréquences impose des conditions strictes. Il faut en particulier que les conditions d'utilisation des fréquences restent les mêmes et qu'elles soient utilisées pour le même service. Le spectre radioélectrique, compte tenu des exigences inhérentes à sa gestion, n'est pas une ressource comme une autre et un tel marché ne serait pas en situation « pure et parfaite ».*

De fait, l'instauration d'un marché secondaire de fréquences semble présenter un certain nombre d'inconvénients importants : le risque de gel de fréquences dans l'attente qu'elles prennent de la valeur, qui conduit à une inefficacité économique et spectrale ; le risque de prix plus élevés pour l'utilisateur au bout de la chaîne de valeur ; le risque de limitation de l'efficacité de l'utilisation du spectre (brouillages lors de transfert de licences, absence d'optimisation des bandes de garde) ; le blocage des possibilités d'intervention des autorités de réglementation en cas d'harmonisation des fréquences au plan international. L'ART considère que les inconvénients de ce système l'emportent largement sur ses avantages supposés ».

Cette appréciation n'exclut pas qu'une certaine mesure de flexibilité puisse parfois s'imposer pour trouver une issue économique à des difficultés telles que celles que rencontrent certains pays du fait des conditions d'attribution des licences de troisième génération.

Les arguments développés à l'époque par ceux qui ne partageaient pas cette approche ne semblent avoir reçu au niveau français que la réponse relativement dogmatique selon laquelle un marché secondaire était toujours économiquement meilleur qu'une régulation administrative du marché.

Dans la pratique, l'Autorité a de nombreuses fois depuis 1997 procédé à des « transferts de fréquences » de toute utilisation (GSM, faisceaux hertziens,...), notamment lors de créations de filiales (France Télécom Mobiles, opérateurs mobiles dans les DOM, ADP Télécom) ou de rachat de sociétés. Ces « transferts » se sont traduits par une abrogation de l'ancienne décision d'attribution de fréquences et l'adoption simultanée d'une nouvelle décision d'attribution de fréquences.

Dans tous ces cas de transfert d'activité et sous réserve que le transfert ne pose pas d'autres problèmes en soi (consolidation de deux opérateurs UMTS interdite dans l'appel à candidatures initial...), il semble que l'Autorité puisse se contenter d'être informée du transfert avant que celui-ci ait lieu et à condition que les fréquences soient utilisées de la même façon que précédemment. Un transfert de fréquences qui se traduirait par la mise en place de nouvelles applications (au sens technologique) serait extrêmement compliqué à gérer, voire dangereux en termes de brouillages, de coordination aux frontières...

Ainsi, plus qu'un marché secondaire de fréquences, il paraît souhaitable qu'à tout le moins le transfert de ressources soit rendu possible, mais dans des conditions probablement assez strictes sur les raisons du transfert (« transfert d'activité » principalement) et dans le respect absolu des conditions techniques initiales.

La directive « cadre » prévoit la possibilité, pour les Etats membres, de mettre en place un marché secondaire des fréquences. Si l'Autorité n'est pas favorable à un dispositif de transfert généralisé, qui présente des risques importants d'inefficacité économique et spectrale, elle considère que le transfert des fréquences par une entreprise, dans le respect des conditions techniques initiales (utilisation pour les mêmes services), peut se justifier, notamment dans les cas de transfert d'activité. Elle est donc favorable à ce que cette possibilité, si elle est prévue, soit assortie de conditions strictes.

6. - Les relations entre les opérateurs et les utilisateurs

6.1. Protection des données

La " protection " des communications

@ 6.1.1. Les dispositions de la directive " données personnelles " concernant la " protection " des communications sont très proches de celles prévues par la directive actuellement en vigueur. Y a-t-il lieu, à la lumière de l'expérience, de revoir les dispositions nationales correspondantes ?

La protection des données personnelles et, à travers elle, celle des consommateurs et des individus, est un enjeu majeur pour le développement des services de communication électronique. La loyauté d'utilisation de ces données personnelles est d'ailleurs une condition nécessaire à son développement.

Au préalable, l'Autorité tient à souligner qu'elle soutient de manière générale les orientations de la CNIL auxquelles elle a contribué.

Tout d'abord, l'Autorité estime nécessaire que l'ensemble des dispositions relatives à la protection de la vie privée et de traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques soient rassemblées au sein d'un même cadre réglementaire.

L'Autorité note que les dispositions de la nouvelle directive "protection des données personnelles" 2002/58/CE sont très proches, si ce n'est identiques, à celles de la directive 97/66 pour ce qui est des dispositions relatives à la sécurité, la confidentialité des communications et la présentation et restriction de l'identification de la ligne appelante et de la ligne connectée.

Or, les articles L.32-3-1 à L.32-3-3 insérés dans le code des postes et télécommunications par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 ont transposé les dispositions de la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée.

L'Autorité considère par conséquent qu'il n'y a pas lieu de modifier les dispositions de droit interne.

L'Autorité souligne cependant que l'alinéa II de l'article L.32-3-1 du code des postes et télécommunications prévoit un décret du Conseil d'Etat afin de déterminer d'une part, les catégories de données qui doivent donner lieu à conservation et leur durée de conservation, et d'autre part, les modalités de compensation des surcoûts identifiables des prestations assurées à ce titre par les opérateurs.

Il est essentiel que le nouveau cadre réglementaire précise clairement ces éléments car ces dispositions détermineront la nature et le volume des données que les opérateurs doivent conserver, ainsi que la durée et la complexité de leur traitement et analyse.

En outre, il conviendrait de ne pas rendre les catégories des données à conserver trop dépendantes de l'évolution technologique et des acteurs qui interviennent aujourd'hui dans la chaîne de diffusion des messages. La détermination a priori d'une liste de données de trafic à conserver trop étendue dans un contexte technologique et professionnel mouvant est susceptible de rendre l'application du cadre réglementaire particulièrement difficile et coûteuse.

En ce qui concerne les durées de conservation, l'Autorité souligne l'importance de la limiter dans le temps de manière raisonnable. Elle devra notamment tenir compte du volume d'informations qu'elle entraînerait de conserver, du coût de leur stockage, de la complexité de la mise en œuvre et de leur traitement.

Cette durée ne devra pas être nécessairement la même pour toutes les catégories de données. Par exemple, pour l'accès à Internet, la conservation de certaines données de navigation pourrait représenter un volume d'informations très important, en particulier si les données de navigation devaient être conservées.

Par ailleurs, l'Autorité souligne que l'article L.43-9 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication prévoit déjà pour les fournisseurs d'accès et les hébergeurs l'adoption d'un décret en Conseil d'Etat qui définira les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont ils sont prestataires et déterminera la durée et les modalités de leur conservation.

Par souci de cohérence, l'Autorité suggère que les catégories des données de trafic à conserver par les opérateurs et la durée de conservation soient les mêmes dans les deux cas et que cette dernière ne soit pas fondamentalement différente des valeurs arrêtées dans les autres pays européens.

De même, l'alinéa III de l'article L.32-3-1 mentionne la publication d'un décret du Conseil d'Etat pour la définition des catégories de données que peut conserver un fournisseur de services de

communications électroniques pour les besoins de facturation, de paiement et de recouvrement, ainsi que leur durée de conservation. Il est souhaitable que le nouveau cadre réglementaire spécifie ces éléments de manière claire et précise.

Il n'y a pas lieu de revoir au fond les dispositions générales sur la protection des communications prévues dans le cadre réglementaire national actuel. Cependant, il est essentiel que la transposition complète les textes actuellement en vigueur.

En particulier, pour les données relatives au trafic, il conviendrait que la catégories de données qui doivent donner lieu à conservation par les opérateurs et la durée de conservation soient clairement précisés et appréciés au regard du volume de données à conserver, du coût de leur stockage et la complexité de la mise en œuvre et de leur traitement.

De même, pour ce qui concerne les données nécessaires aux besoins de facturation, de paiement et de recouvrement.

Les données relatives au trafic

@ 6.1.2. Est-il possible de délimiter de façon précise les " services à valeur ajoutée " visés par la directive ?

Les services à valeur ajoutée visés par la directive désignent des services que peut fournir un fournisseur de services de communication électronique à ses abonnés en traitant, sous certaines conditions, les données de trafic indispensables à l'acheminement d'une communication ou à sa facturation pour cet abonné.

Il s'agit de services additionnels à ceux pour lequel l'abonné utilise le réseau de communication électronique du fournisseur de services.

L'Autorité considère que la détermination a priori d'une liste précise des services à valeur ajoutée concernés par la directive dans un contexte technologique et professionnel mouvant est susceptible de rendre l'application du cadre réglementaire particulièrement difficile ou inopérant.

A cet égard, il est souhaitable que le cadre réglementaire soit suffisamment général et puisse être complété le cas échéant par des lignes directrices publiées par l'autorité de régulation nationale qui permettrait de conserver un degré de souplesse suffisant.

Les données de localisation

@ 6.1.3. Peut-on établir une distinction claire, en pratique, entre " données de localisation relatives au trafic " et " données de localisation autres que relatives au trafic " ?

Les données de localisation autres que relatives au trafic sont les données d'un réseau de communication électronique qui indiquent la position géographique de l'équipement terminal d'un utilisateur de ce réseau, mais qui ne sont pas indispensables pour la transmission d'une communication ou sa facturation.

En pratique, les informations de localisation de l'équipement terminal d'un abonné peuvent avoir des caractéristiques différentes en termes par exemple de précision, de taux de disponibilité ou

d'actualisation. Ces caractéristiques ne sont pas nécessairement indispensables à l'acheminement d'une communication.

A titre d'exemple, l'acheminement d'une communication sur un réseau de téléphonie mobile utilise un identifiant de cellule, correspondant à la localisation de l'utilisateur dans le réseau du fournisseur de services. Cette donnée, indispensable au fonctionnement du service, est une donnée relative au trafic.

Or certains terminaux permettent en outre d'obtenir une position plus précise que la cellule dans laquelle ils se trouvent. Cette information n'est pas indispensable à l'acheminement de la communication sur le réseau mais peut être utilisée pour la fourniture de services à valeur ajoutée. Dans ce cas, l'information est une donnée de localisation autre que relative au trafic.

Il paraît difficile d'opérer une distinction dans l'absolu entre données de localisation relatives au trafic et autres que relatives au trafic en définissant, dans le cadre réglementaire, des exigences minimales sur les caractéristiques principales des données de localisation.

Une telle définition pourrait avoir des conséquences sur les technologies retenues par les fournisseurs de services de communication électronique pour la localisation de leurs abonnés et présenterait le risque, dans un contexte technologique en évolution rapide, de figer le cadre réglementaire.

L'Autorité suggère par conséquent de ne pas définir d'exigences minimales *a priori*.

@ 6.1.4. La directive prévoit notamment que les abonnés doivent garder la possibilité d'interdire temporairement, par un moyen simple et gratuit, le traitement des données de localisations pour chaque connexion au réseau ou pour chaque transmission de communication. Quelles pourraient être les modalités pratiques de mise en oeuvre de cette disposition ?

Les données de localisation utilisées pour l'acheminement d'une communication sur un réseau de communication électronique indiquent la position géographique de l'équipement terminal de l'abonné et sont acquises par une communication entre l'équipement terminal et le réseau de communication électronique auquel il est raccordé.

La directive prévoit que l'utilisateur doit pouvoir valider l'acquisition de sa position à partir de son terminal. Elle ne prévoit la possibilité d'interdire temporairement par un moyen simple et gratuit le traitement des données de localisation que dans le cas des données de localisation autres que celles relatives au trafic.

Pour les données de localisation relatives au trafic, il semble difficile de permettre à l'utilisateur d'inhiber leur utilisation puisqu'elles sont indispensables pour la transmission d'une communication ou sa facturation. Dans ce cas, une information préalable de l'abonné est nécessaire et son consentement peut être acquis préalablement par contrat.

Pour les données de localisation autres que relatives au trafic, le consentement de l'abonné doit être acquis à partir du terminal par l'activation ou l'inhibition du mécanisme de localisation, de la même manière qu'il peut aujourd'hui, à partir de son terminal activer ou désactiver la transmission de son numéro à l'appelé.

En reprenant l'exemple utilisé dans la question 6.1.3, l'abonné doit être informé de l'utilisation des identifiants de cellule pour l'acheminement d'une communication sur le réseau de téléphonie mobile qu'il utilise et donne son consentement au moment de la souscription du service.

L'identification de la localisation du terminal par d'autres techniques doit pouvoir être inhibée par l'abonné au moyen d'une fonction simple de son terminal.

En outre, la directive Service Universel impose la mise à disposition de l'information relative à la position de l'appelant pour tout appel destiné au numéro d'urgence européen 112. La rédaction de la directive ne précise pas de solution technique permettant de répondre à cette exigence réglementaire.

Il conviendrait de mettre en cohérence le nouveau cadre réglementaire en tenant compte de cette exigence.

La prospection directe par messagerie électronique

6.1.5. *Quelles modalités recueil du consentement des utilisateurs faut-il prévoir, notamment dans le cas de la prospection par messagerie ? Faut-il définir précisément les modalités de "retrait" de ce consentement lorsqu'il a été accordé en application de l'article 13.1 ou de l'article 13.2 ? Faut-il étendre l'interdiction de l'utilisation de la messagerie électronique à des fins de prospection directe en l'absence de consentement préalable, aux relations entre personnes morales, en application de l'article 13.5 de la directive ?*

L'utilisation, à des fins de prospection commerciale, des adresses collectées dans l'espace public à l'insu des internautes (« spamming ») paraît d'autant préjudiciable pour le consommateur que les frais de réception des messages publicitaires sont à sa charge. Les fournisseurs d'accès à l'Internet, conscients des enjeux, y sont d'ailleurs opposés.

L'Autorité considère que l'inscription sur des listes d'opposition n'est pas aujourd'hui une méthode de recueil du consentement dont l'efficacité est démontrée. Un tel système, contraignant pour le consommateur, qui nécessite son information préalable, pose en effet de nombreuses questions quant à la gestion de la base de données d'opposition (qui la gère, existe-il une ou plusieurs listes, comment la multiplicité des adresses électroniques est-elle prise en compte ?).

De plus, la mise en place éventuelle d'une base fédérant plusieurs bases pourrait s'avérer dissuasive pour le marketing direct puisqu'elle pourrait, en cas de système aveugle, conduire à interdire in fine toute publicité par voie électronique, même celle librement consentie.

L'Autorité estime donc qu'il convient de retenir un schéma, dans lequel le consentement explicite de l'utilisateur est sollicité au préalable, ce qui permet à l'utilisateur d'accepter au cas par cas la publicité sur des sujets qui l'intéressent en échange de la gratuité de certains services.

Les cookies

6.1.6. *D'après les considérants de la directive, cette disposition couvre notamment les "logiciels espions", les "identificateurs cachés", les "pixels invisibles" et les "témoins de connexion" communément appelés "cookies". Est-il possible de délimiter a priori son champ d'application ? Quelles sont les modalités d'information appropriées*

de l'utilisateur ? Comment éviter les discriminations injustifiées à l'égard des utilisateurs refusant l'installation des témoins de connexion sur leur équipement terminal ? Faut-il spécifier les modalités selon lesquelles les utilisateurs peuvent refuser un tel traitement ?

Les « logiciels espions », les « identificateurs cachés », les « pixels invisibles » et les « cookies », cités dans les considérants de la directive, regroupent les dispositifs utilisés par un fournisseur de services de communication électronique pour le stockage, la conservation et l'analyse de données fournies par l'abonné ou transmises par son terminal lors de l'utilisation d'un service fourni par cet opérateur.

Il semble difficile de figer dans le cadre réglementaire une liste a priori de ces dispositifs, qui font référence à des outils technologiques par nature évolutifs.

Néanmoins, ces dispositifs ont comme particularité commune de ne traiter que des données transmises par l'utilisateur : soit des informations diffusées de son plein gré dans le cadre de l'utilisation d'un service, soit des données techniques utilisées par son terminal pour l'établissement de la communication.

Une délimitation pourrait être envisagée en excluant les dispositifs permettant l'intrusion dans le terminal de l'abonné pour l'utilisation, la détérioration ou la destruction de données autres que celles intervenant dans l'établissement de la communication. En outre, les dispositifs visés ne doivent pas avoir d'action particulière et ne doivent pouvoir être utilisés que par des applications déjà présentes dans le terminal de l'utilisateur, ou par celles du fournisseur de services.

Comme le souligne la directive, ces dispositifs peuvent constituer des outils légitimes et utiles.

L'information de l'utilisateur doit respecter les exigences de transparence conformes aux principes de protection des données personnelles du cadre réglementaire national actuellement en vigueur.

L'utilisation des informations fournies par ces dispositifs doit pouvoir être indépendante et non indispensable à la fourniture du service de communication électronique souscrit par l'abonné. En outre, il semble important d'informer l'abonné sur l'ensemble des fonctions supplémentaires apportées par ces dispositifs et auxquelles il renoncera s'il choisit de refuser le traitement des données.

6.2. Annuaire et renseignements

- @ 6.2.1. Selon quelles modalités les abonnés pourraient-ils être informés de la destination et des fonctions de recherche envisagées par des éditeurs tiers avec lesquels leurs opérateurs contractent ? Le paragraphe 2 exige que les abonnés puissent décider si les données les concernant, et lesquelles de ces données, doivent figurer dans un annuaire public, dans la mesure où ces données sont pertinentes par rapport à la fonction de l'annuaire en question telle qu'elle a été établie par leur fournisseur.**
- @ 6.2.2. Cette exigence implique-t-elle nécessairement de soumettre la parution des abonnés dans les annuaires à leur consentement préalable, ou reste-t-il possible d'adapter le droit d'opposition actuellement en vigueur, plus favorable à l'édition des annuaires comportant la grande majorité des abonnés, à cette disposition ?**
- @ 6.2.3. Quelles sont les données pertinentes par rapport à la fonction d'annuaire ? Faudrait-il que le législateur en dresse l'éventail ? Peut-on laisser l'abonné complètement libre de trier les données qu'il entend**

faire figurer dans l'annuaire. Si l'abonné opte pour la parution dans les annuaires, faut-il lui imposer la parution d'un minimum de données pour traiter, en particulier, les problèmes d'homonymie ?

@ 6.2.4. Comment recueillir le consentement des abonnés lorsque les données sont communiquées à des tiers ? Quel sera le rôle et la responsabilité des opérateurs en cas de non-respect de l'obligation d'obtention de consentement préalable, ou de son omission, ou en cas de dépassement par le tiers détenteur des données des limites du consentement accordé ?

@ 6.2.5. Quelles sont les dispositions réglementaires actuellement en vigueur qui constituent un obstacle à un tel accès ? Quelles sont, à l'inverse, les dispositions réglementaires qui empêchent les utilisateurs d'accéder aux services de renseignements d'autres Etats membres à partir du territoire français ?

Le considérant n° 11 de la nouvelle directive « service universel » précise que « *Les services d'annuaires et de renseignements téléphoniques constituent des outils essentiels pour l'accès aux services téléphoniques accessibles au public et relèvent de l'obligation de service universel. Les utilisateurs et les consommateurs souhaitent des annuaires qui soient exhaustifs et un service de renseignement téléphonique qui couvre l'ensemble des abonnés au téléphone répertoriés et leurs numéros (ce qui comprend les numéros de téléphone fixe et de téléphone mobile)* » ; ils désirent que ces informations soient présentés de façon impartiale. La directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, assure le droit des abonnés au respect de leur vie privée quant aux informations personnelles les concernant qui peuvent figurer sur un annuaire public ». Il convient de souligner cependant que cette directive est destinée à être remplacée par la directive 2002-58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques dite directive « vie privée et communications électroniques » que les Etats membres doivent transposer avant le 31 octobre 2003.

L'Autorité souligne l'importance, pour le développement du marché, des dispositions en faveur de la fourniture au public d'annuaires et de services de renseignement. Elle estime que ces dispositions doivent être transposées de manière à favoriser le développement de ces services.

L'ordonnance du 25 juillet 2001 a donné compétence à l'Autorité pour régler les litiges relatifs à la cession des listes d'abonnés permettant la constitution d'annuaires. Par ailleurs, un décret est en préparation pour établir les modalités d'application de l'ordonnance pour la mise en place d'un annuaire universel, en tenant compte des nouvelles directives.

Au delà de ces questions, les modalités pratiques d'établissement des annuaires et services de renseignements relèvent d'activités commerciales concurrentielles, qui n'entrent pas dans le champ de la régulation des communications électroniques.

6.3. Protection des consommateurs

@ 6.3.1. Doit-on prévoir un renforcement des dispositions sectorielles spécifiques aux télécommunications en matière de protection des consommateurs ou faut-il au contraire s'appuyer davantage sur le droit général de la consommation ?

En matière de consommation, l'adoption de mesures sectorielles spécifiques s'avère souvent contre-productive. Elle risque d'obscurcir le cadre juridique applicable et d'aboutir à l'effet inverse de celui

recherché puisqu'elle le rend en fin de compte moins accessible pour ceux visés par la protection : les consommateurs. Le droit général de la consommation permet une protection efficace et transparente des consommateurs et doit être privilégié.

Le renforcement des obligations sectorielles en matière de protection des consommateurs irait en outre à l'encontre des objectifs du nouveau cadre communautaire qui vise au contraire à rapprocher le droit sectoriel des communications électroniques du droit de la concurrence.

Le nouveau cadre réglementaire, à travers les articles 20 à 30, 32 et 33 de la directive « service universel », tend à renforcer la protection du consommateur. Il prévoit notamment une liste d'obligations minimales devant figurer dans les contrats conclus entre consommateurs et fournisseurs de services de télécommunications (article 20), et des dispositions visant à la transparence et la publication des informations relatives aux prix et aux tarifs pratiqués (article 21), et à la qualité du service (article 21).

L'article 20 prévoit du reste que ses dispositions « *s'appliquent sans préjudice de la réglementation communautaire relative à la protection des consommateurs, en particulier les directives 97/7/CE et 93/13/CE, ainsi que de la réglementation nationale conforme à la législation communautaire* ». Les directives 1993/13 et 1997/7 régissent le domaine des clauses abusives et protègent le consommateur dans les contrats à distance.

En matière de protection des consommateurs, le droit français, à travers le code de la consommation, énonce les principales obligations dues par les professionnels au profit du consommateur. Il impose notamment une obligation générale d'information au professionnel vendeur de biens ou prestataire de services (article L. 111-1 s.). Les articles L. 113-1 et suivants de ce code intéressent la détermination du prix et les conditions de vente. Notamment l'article L. 113-3 prévoit que « *Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation.* ».

Le code de la consommation établit aussi le régime juridique des clauses abusives appliqué par la jurisprudence (article L. 132-1 et s.). Aux termes de l'article L. 132-1 du code de la consommation, des décrets en Conseil d'État peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives sur recommandation de la Commission des clauses abusives. Selon l'article L. 132-3 du même code, la Commission des clauses abusives « *peut être saisie à cet effet soit par le ministre chargé de la consommation, soit par les associations agréées de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés. Elle peut également se saisir d'office.* ». Dans le domaine des télécommunications, cette commission a pris le 28 mai 1999 une recommandation identifiant trente-sept types de clauses abusives relatives aux contrats de radiotéléphones portables.

La possibilité pour l'ART de saisir la Commission des clauses abusives pourrait compléter efficacement les attributions que celle-ci tire déjà de l'article L. 34-1 du code des postes et télécommunications. L'office du juge en la matière serait aussi facilité si le pouvoir réglementaire transcrivait par la voie du décret les recommandations émises par la Commission des clauses abusives.

Au surplus l'article L. 34-1 du code des postes et télécommunications permet à l'Autorité, dans les conditions de l'article L. 36-11, d'exiger qu'un opérateur « *modifie ses conditions contractuelles de fourniture du service téléphonique au public et les modalités de remboursement ou d'indemnisation appliquées par lui* ». De même, l'article L. 34-1-1 permet à l'Autorité, toujours dans les conditions de l'article L. 36-11, d'exiger d'un opérateur puissant qu'il modifie ou retire des formules de réduction de prix.

Au-delà de cette question, la transposition du nouveau cadre réglementaire soulève la question de la résolution des litiges impliquant des consommateurs. L'article 26 de la directive 1998-10 du 26 février 1998 prévoyait la possibilité pour les consommateurs, dans le cadre des litiges non résolus avec les opérateurs, de saisir soit « *l'autorité réglementaire nationale* » soit un « *autre organe indépendant* ». La France n'ayant ni

doté l'ART d'une telle compétence ni établi d'organe indépendant à cet effet, la CJCE l'a condamnée pour manquement par son arrêt du 13 juin 2002.

La nouvelle directive « service universel » 2002/22 n'affiche plus le même niveau d'exigence. Aux termes de son article 34 « *Les États membres veillent à ce que des procédures extrajudiciaires transparentes, simples et peu onéreuses soient mises à disposition pour résoudre les litiges non résolus auxquels sont parties des consommateurs et qui concernent des questions relevant de la présente directive* ».

L'alinéa 2 de l'article 34 de la nouvelle directive dispose que « *Les États membres veillent à ce que leur législation ne fasse pas obstacle à la création, à l'échelon territorial approprié, de guichets et de services en ligne de réception de plaintes chargés de faciliter l'accès des consommateurs et des utilisateurs finals aux structures de règlement de litiges* ». Les procédures existantes en France paraissent satisfaire à ces exigences sans qu'il y ait besoin de créer un organe ou une réglementation ad hoc.

En France, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) traite de nombreuses plaintes portées devant elle par les usagers. Elle dispose de services déconcentrés et met à disposition en ligne un formulaire électronique de recueil des plaintes. Elle intervient auprès des opérateurs pour régler ces litiges, conseille les consommateurs sur les voies judiciaires de règlement des litiges, et engage elle-même s'il y a lieu des suites contentieuses en cas d'infraction.

L'Autorité, de manière tout à fait informelle cependant, exerce aussi un rôle de médiation auprès des opérateurs lorsque des consommateurs lui transmettent leurs plaintes. Elle incite les opérateurs au règlement de litiges concernant par exemple l'application de leurs cahiers des charges (p.ex. le déverrouillage des téléphones mobiles), les problèmes de factures et de contrat (présélection, résiliation). Cette médiation s'avère efficace, peu coûteuse et assez rapide même si elle n'est pas encadrée dans un dispositif réglementaire spécifique, alors même que la prise en compte des consommateurs finals dans l'exercice de la régulation figure parmi les principaux objectifs assignés à l'Autorité par l'article L. 32-1 du code des postes et des télécommunications.

Compte tenu du rôle d'expert de l'Autorité dans les questions soulevées dans les relations opérateurs/consommateurs, il apparaît nécessaire qu'elle soit davantage associée aux travaux qui peuvent être conduits, sous l'égide des autorités compétentes, au titre du droit général de la consommation, entre les associations de consommateurs et les opérateurs sur ces sujets. Un tel dispositif permettrait l'existence d'une passerelle nécessaire entre la réglementation sectorielle et le droit commun de la concurrence.

Contrats

@ 6.3.2. Ces dispositions (article 20 de la directive « service universel ») sont-elles suffisantes ou faut-il les compléter ou les préciser ? Faut-il les étendre aux contrats conclus entre les opérateurs et d'autres utilisateurs que les consommateurs ?

- **Ces dispositions sont-elles suffisantes ou faut-il les compléter ou les préciser ?**

Ces dispositions paraissent suffisantes : elles couvrent un large spectre de questions (information sur les prix, conditions contractuelles, qualité de service et compensations éventuelles en cas de non-respect des obligations, modalités procédurales en cas de contentieux,...). La difficulté essentielle réside en revanche dans les conditions de leur mise en œuvre. Elle appelle des travaux concertés à brève échéance, associant l'ensemble des intéressés et auxquels l'Autorité a vocation à contribuer.

- **Faut-il les étendre aux contrats conclus entre les opérateurs et d'autres utilisateurs que les consommateurs ?**

La multiplication du nombre des acteurs présents sur le marché et la diversification des formules proposées rendent la comparaison entre les offres peu aisée pour l'utilisateur final.

Certains utilisateurs professionnels, notamment les entrepreneurs individuels, sont peu au fait des technologies complexes mise en œuvre en matière de télécommunications. Il pourrait être envisagé d'étendre les obligations minimales pour cette catégorie particulière.

Transparence et publication des informations

@ 6.3.3. Ces dispositions (l'obligation pour un fournisseur de service téléphonique au public de rendre publiques un certain nombre d'informations relatives à ses services) sont-elles suffisantes ? Faut-il les étendre à d'autres services de communications électroniques ?

Aux termes de la directive, ces dispositions s'appliquent au service téléphonique, et concernent à ce titre à la fois la téléphonie fixe et la téléphonie mobile.

Dans le cadre actuel, les opérateurs ont, au titre de leur cahier des charges, des obligations qui pour l'essentiel sont reprises dans les directives. Si celles-ci paraissent a priori suffisantes, il peut être relevé néanmoins que, parmi les litiges dont l'Autorité est, de manière informelle, saisie régulièrement, une partie significative d'entre eux porte sur des questions de facturation et des questions de qualité de service : ainsi, en 2001, sur 985 courriers traités, 225 portaient sur des questions relatives à la facturation (23%) et 176 sur des problèmes liés à la qualité service (18%), l'un n'étant pas totalement exclusif de l'autre (dans certains cas, les clients contestent leur facture, parce qu'ils considèrent que la qualité de service est insatisfaisante, notamment s'agissant des services Internet).

La question d'une extension de ces dispositions à d'autres services tels que les services Internet doit être appréhendée à la lumière des dispositions déjà existantes en matière de droit général de la consommation, applicables à tous les secteurs d'activité ; leur mise en œuvre concrète paraît à même de garantir une correcte information du consommateur.

@ 6.3.4. La directive impose aussi aux autorités nationales de faciliter "la mise à disposition d'informations pour permettre aux utilisateurs finals, autant que nécessaire, et aux consommateurs d'effectuer une évaluation indépendante du coût de plans d'utilisation alternatifs, par exemple, par le biais de guides interactifs".

Y a-t-il lieu de prendre des mesures spécifiques à cet effet ? Si oui, lesquelles ? En particulier, serait-il utile que les pouvoirs publics facilitent la mise en place du " guide interactif " mentionné par la directive ?

Il convient de souligner sur ce point que des dispositifs performants existent aujourd'hui en matière de comparaison des formules tarifaires, qui sont fournis par des entreprises privées (Comparatel par exemple). La question de leur fourniture par les pouvoirs publics n'est donc pas évidente, dès lors que des initiatives ont déjà été prises et sont aujourd'hui en place depuis plusieurs années. L'Autorité n'y est donc pas favorable.

En tout état de cause, si un tel dispositif de guichet unique devait être mis en place par les pouvoirs publics, se poserait la question de l'exhaustivité d'un dispositif de ce type qui, pour remplir son rôle, devrait couvrir non seulement les aspects tarifaires (tarifs de base, formules tarifaires,...) mais également les dispositions contractuelles associées aux différentes offres (durée minimale, clauses de sortie) et le spectre des services offerts par tel ou tel opérateur.

7. - L'organisation de la régulation

- # 7.1.2.** *Y a-t-il matière à compléter ou modifier les leviers d'intervention des organismes de régulation (règlement des différends, sanction, enquêtes, régime d'approbation), en fonction de l'expérience acquise et de l'évolution de la situation des secteurs concernés ?*
- # 7.1.3.** *L'effectivité des décisions des organismes de régulation mériterait-elle d'être renforcée et selon quelles modalités ?*

Réponse commune aux questions 7.1.2 et 7.1.3.

1. le règlement des différends

Plusieurs améliorations pourraient être apportées à la procédure de règlement de différend : certaines concernent les pouvoirs d'instruction des litiges de l'Autorité, d'autres se rapportent au contenu même des décisions.

L'amélioration des pouvoirs de l'Autorité en matière d'instruction des litiges

- **la possibilité pour l'Autorité d'imposer la communication de l'ensemble des éléments nécessaires à l'instruction et notamment ceux relatifs aux coûts**

L'Autorité constate que les opérateurs puissants ont régulièrement refusé de fournir des éléments de coûts dans le cadre de règlements de différends, au motif que le respect d'une procédure contradictoire obligerait l'Autorité à les communiquer à la partie adverse alors que ceux-ci relèvent du secret des affaires. Dans ces cas, l'Autorité s'est vue contrainte de calculer elle-même ces éléments de coûts à partir d'informations dont elle dispose, telles que, notamment, les comparaisons internationales. Cette situation peut être préjudiciable au bon déroulement du règlement de différend.

Il conviendrait donc que l'Autorité soit en mesure d'imposer aux parties la communication de l'ensemble des éléments nécessaires à l'instruction et notamment ceux relatifs aux coûts. Ces éléments de coûts devraient également pouvoir être audités par un expert indépendant en application de l'article R. 11-1 du code des postes et télécommunications

- **la possibilité pour l'Autorité d'organiser une consultation publique en cours de règlement de différends.**

Certaines décisions ont une portée dont les enjeux dépassent le simple cadre du litige entre les deux parties. L'Autorité a, par exemple, été amenée à se prononcer dans le cadre d'un règlement de différend sur le schéma d'interconnexion (directe ou indirecte) à retenir pour l'accès commuté à Internet. Une telle décision, qui a vocation à être reprise par l'ensemble des acteurs, est structurante pour le marché dans son ensemble. Or, il n'existe aujourd'hui aucun moyen de recueillir l'avis du secteur préalablement au prononcé de la décision en vue d'en faire, le cas échéant, un élément de la motivation.

Il serait donc souhaitable que l'Autorité soit en mesure d'organiser une consultation publique au cours de l'instruction et d'en intégrer les résultats dans sa décision, dans le respect de l'égalité des armes et des droits des parties. Dans cet esprit, il pourrait par exemple être prévu que l'Autorité puisse organiser une consultation publique à la demande d'une des parties au litige. Une forme ultime serait une consultation sur un projet de solution. Une telle démarche existe déjà dans certains pays de l'Union européenne, notamment au Royaume-Uni où l'OFTEL consulte sur des projets de décisions. Elle est de nature à accroître l'efficacité et la pertinence des règlements de différends.

L'amélioration des pouvoirs de l'Autorité quant à la teneur des décisions rendues

- **La faculté d'imposer des injonctions, voire des astreintes, dans le cadre de règlements de différends**

En vue de consolider la crédibilité de la régulation, il convient de renforcer l'effectivité des décisions de l'Autorité, et en particulier des décisions de règlement des différends en lui permettant d'imposer des mesures contraignantes, sur le modèle des injonctions et des astreintes imposées par les juridictions.

Par ailleurs, il convient de rappeler que l'article 20 de la directive « cadre » prévoit que les décisions de règlement de différend sont des décisions « contraignantes », et que le 7^{ème} rapport de la Commission européenne reprochait aux dispositions de l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications de ne pas conférer à l'Autorité le pouvoir de contraindre les parties à l'exécution de la décision lorsque celle-ci n'est pas respectée : *« Il y a eu des critiques récurrentes sur certains aspects de la démarche de l'ART en matière de règlement des différends, mais la question centrale semble être le nombre important de recours contre les décisions de l'ART et le manque de moyens juridiques dont elle dispose pour faire appliquer ses décisions et pour infliger des sanctions lorsqu'elles ne sont pas respectées »* (page 183).

S'agissant des injonctions, par un arrêt du 28 avril 1998, la Cour d'Appel de Paris en a validé l'usage par l'Autorité à l'encontre de l'opérateur historique alors même que la loi ne lui avait pas conféré une telle prérogative, et ce, au motif que celui-ci était nécessaire à l'Autorité pour remplir l'office que la loi lui avait confié. La Cour a ainsi déduit des termes de l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications sur les règlements de différends que *« L'Autorité est investie du pouvoir d'émettre des prescriptions, voire de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire, de manière à rendre effective la réalisation des travaux et des prestations nécessaires pour assurer la liberté d'accès aux services de télécommunications »*.

L'ancrage de cette interprétation dans le cadre législatif paraît souhaitable. L'Autorité pourrait ainsi être investie de la compétence d'enjoindre de manière plus contraignante aux parties d'exécuter ses décisions dans un délai fixée par elle.

S'agissant du pouvoir d'imposer des astreintes, il faut rappeler que les décisions rendues par l'Autorité en matière de règlement de différends, même si leur procédure d'élaboration et d'adoption peut s'apparenter à certains égards à la procédure juridictionnelle, sont des décisions administratives et ne peuvent être revêtues de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, la seule voie de droit prévue en cas d'inexécution d'une décision est l'ouverture d'une procédure de sanction fixée par l'article L. 36-11 du CPT. Or cette procédure ne répond que très imparfaitement à l'objectif de faire appliquer dans des délais courts les décisions de l'Autorité. En effet, la rapidité de l'exécution de ces décisions est essentielle à leur efficacité compte tenu des enjeux liés au développement du marché.

Il serait donc souhaitable d'associer au pouvoir d'injonction qui pourrait être conféré à l'Autorité, la possibilité de faire exécuter ses décisions de règlement de différends par des moyens contraignants sur le modèle des astreintes prononcées par le juge. La dévolution à l'Autorité d'une telle compétence rejoindrait, au demeurant, la proposition faite par le sénateur Herisson : *« Plusieurs acteurs du secteur estiment que l'ART devrait se voir dotée du pouvoir d'imposer une astreinte pour l'exécution d'une décision. Après réflexion, votre commission se range à cet avis, car cette réforme en apparence anodine est à son sens susceptible de renforcer considérablement l'efficacité de la régulation »* (pages 84 et 85 du rapport).

Dans l'hypothèse où une telle compétence ne pourrait être attribuée à l'Autorité, il serait nécessaire d'introduire dans le code des postes et des télécommunications une disposition similaire à l'article 42-10 de

la loi du 30 septembre 1986 modifiée sur la liberté de communication². En effet, cette disposition prévoit qu'en cas de manquements aux obligations résultant de la loi « audiovisuelle » et pour l'exécution des missions du CSA, son président peut demander en justice que soit ordonné, sous astreinte, à l'opérateur qui en est responsable de se conformer à ces dispositions, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets.

En outre, dans la mesure où l'exécution des décisions de l'Autorité est parfois une question cruciale, voire de survie pour les opérateurs concernés, il serait utile de leur permettre de demander aux juridictions de droit commun d'ordonner des injonctions ou des astreintes aux parties auxquelles incombent les obligations de la décision de règlement des différends de l'Autorité.

Dans ces conditions, l'Autorité, comme les opérateurs, pourraient saisir le Conseil d'Etat en référé permettant à celui-ci de prendre toute mesure conservatoire ou prononcer une astreinte contre les opérateurs responsables du manquement.

- **La possibilité pour l'Autorité de conférer une portée rétroactive à ses décisions de règlement de différends**

L'Autorité s'interroge sur la possibilité d'attacher une portée rétroactive à ses décisions de règlements de différends. Toute l'ambiguïté provient en effet de ce que ses décisions sont des décisions administratives, mais dont l'objet est de trancher un litige, à l'image des décisions juridictionnelles.

A cet égard, le législateur pourrait prévoir explicitement que les effets des décisions de règlements de différends puissent courir à compter du jour de la saisine ou à compter du jour où le refus d'interconnexion, l'échec des négociations, ou le désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès, est devenu patent.

- **La faculté pour l'Autorité de condamner une partie au paiement des frais d'avocat, dans le cadre d'une procédure de règlement de différend**

Certains opérateurs, quand ils saisissent l'Autorité d'une demande de règlement de différend, recourent aux services d'avocats « spécialistes » de télécommunications, en estimant que ceux-ci leur permettront de mieux se défendre. Les honoraires réclamés par ces avocats sont très élevés. Leurs montants peuvent être rédhibitoires pour certains opérateurs.

Cela pose le problème du coût de l'accès au régulateur dans le cadre des règlements de différends, étant entendu que les opérateurs saisissent le plus souvent l'Autorité pour faire respecter leurs droits. L'Autorité n'est certes pas une juridiction. Toutefois, dans une logique de régulation équitable, et dans un contexte de « juridictionnalisation » des règlements de différends, il serait opportun que l'Autorité puisse condamner une partie au litige au paiement des honoraires d'avocat. Un tel système serait inspiré de ce qui existe devant les juridictions administratives et judiciaires. A défaut, une possibilité de saisine rapide, aux mêmes fins, du juge compétent pourrait être prévue pour l'Autorité comme pour les opérateurs concernés.

2. Les sanctions

² L'article 42-10 prévoit : « En cas de manquement aux obligations résultant des dispositions de la présente loi et pour l'exécution des missions du Conseil supérieur de l'audiovisuel, son président peut demander en justice qu'il soit ordonné à la personne qui en est responsable de se conformer à ces dispositions, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets.

La demande est portée devant le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat qui statue en référé et dont la décision est immédiatement exécutoire. Il peut prendre, même d'office, toute mesure conservatoire et prononcer une astreinte pour l'exécution de son ordonnance ».

Toute personne qui y a intérêt peut intervenir à l'action introduite par le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel ».

Le pouvoir de sanction est quasiment indissociable du pouvoir de régulation : l'Autorité doit en effet être en mesure de sanctionner la violation de la réglementation par les opérateurs. Hormis cette seule dimension répressive, la sanction (mais également l'absence de sanction) peut être un signal adressé à l'ensemble du marché au-delà de l'auteur du manquement.

L'Autorité estime, à cet égard, qu'il est essentiel d'introduire davantage de souplesse dans les délais pour le prononcé d'une sanction et d'élargir le spectre des sanctions qui peuvent être imposées, ce qu'autorisent, du reste, les dispositions des nouvelles directives. Il serait également souhaitable que l'Autorité puisse prendre des décisions de sanctions, et ce, sans que l'exigence d'une mise en demeure préalable puisse conduire à une totale impunité pour l'auteur de la violation. Enfin, l'effectivité des décisions de sanction pourrait être renforcée.

- **L'introduction de davantage de souplesse dans les délais pour le prononcé d'une sanction**

Le nouveau cadre réglementaire européen n'impose plus de délais prédéterminés pour le prononcé éventuel d'une sanction par l'autorité réglementaire nationale. Le dispositif défini à l'article 10 de la directive « autorisation », par sa souplesse, s'adaptera mieux à la diversité des cas. Ainsi, en ce qui concerne l'exécution d'une mise en demeure, cette disposition fixe le délai :

- dans le mois suivant la notification de la mise en demeure ;
- dans un délai plus court convenu avec l'entreprise ou fixé par l'autorité réglementaire nationale en cas de manquements répétés ;
- dans un délai plus long arrêté par l'autorité réglementaire nationale.

De plus, cette disposition ne prévoit plus la fixation du délai de deux mois à compter de la notification de la mise en demeure pour le prononcé éventuel d'une sanction. Il est juste mentionné que si l'opérateur « *ne remédie pas aux manquements dans le délai fixé par la mise en demeure, l'autorité compétente prend des mesures appropriées et proportionnées pour garantir le respect des condition* ».

- **La possibilité nouvelle de suspendre ou retirer les droits d'utilisation**

La directive « autorisation » prévoit que les Etats membres peuvent habiliter les autorités compétentes à imposer des sanctions financières (article 10.4). Les ARN peuvent également empêcher un entreprise de poursuivre son activité (article 10.5). Dans le cadre actuel, l'Autorité dispose déjà de telles compétences. La directive prévoit également que les ARN peuvent retirer les droits d'utilisation de fréquences ou de numéros (article 10.5). Il sera nécessaire d'élargir en ce sens le champ des sanctions qui peuvent être infligées s par l'ART.

- **Le pouvoir de prendre des décisions de sanctions sans être tenue de mettre en demeure préalablement les opérateurs**

L'article L. 36-11 du Code des postes et télécommunications dispose que « *L'Autorité de régulation des télécommunications peut [...] sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de télécommunications, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre. Ce pouvoir de sanction est exercé dans les conditions ci-après : [...] 1° En cas d'infraction d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de services à une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité ou aux prescriptions du titre en vertu duquel il l'exerce, l'Autorité de régulation des télécommunications le met en demeure de s'y conformer dans un délai déterminé [...]* ».

Aux termes de ces dispositions, l'Autorité ne peut donc pas sanctionner un exploitant de réseau ou un fournisseur de services si celui-ci a méconnu une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité ou les prescriptions du titre en vertu duquel il l'exerce, sans l'avoir mis en demeure préalablement de s'y conformer.

Une telle obligation de mise en demeure préalable, si elle est conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel (voir décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative à la liberté de communication) et du Conseil d'Etat (voir en particulier CE Ass. 11 mars 1994, S.A. La Cinq, p. 117, concl. P. Frydman), n'en constitue pas moins en pratique un frein à une régulation efficace. En effet, elle aboutit à instaurer une certaine impunité en faveur des opérateurs qui méconnaîtraient leurs obligations, en ce que les premiers manquements ne peuvent jamais être sanctionnés. L'existence d'un manquement a pu parfois, alors même que la mise en demeure était suivie d'effet, être source de préjudices importants pour certains acteurs du marché et, au delà, pour le développement même du marché et le consommateur

Il serait donc souhaitable, sous certaines conditions, que l'Autorité puisse disposer du pouvoir de sanctionner un manquement d'un opérateur à ses obligations sans être tenue de le mettre en demeure préalablement, et à condition bien entendu que la procédure garantisse le droit de l'opérateur poursuivi de présenter ses explications et ses moyens de défense.

En tout état de cause, il convient de fonder expressément la possibilité de sanctionner une violation à laquelle il a été mis fin dans le cours de la procédure mais dont l'existence et la prolongation durant une certaine période peuvent avoir produit un préjudice collectif important, voire irrémédiable, en termes de concurrence sur le marché.

- **Le pouvoir de prononcer des astreintes**

Dans le même esprit que la proposition développée précédemment en ce qui concerne le règlement de différend, le pouvoir de sanction paraît devoir être enrichi de la faculté de moyens plus contraignants pour faire appliquer ses décisions, sur le modèle des astreintes pratiquées par les juridictions. En effet, en cas de non-respect d'une décision ou d'une disposition législative, la fixation d'une sanction pécuniaire peut parfois ne pas être suffisamment incitative à l'exécution des obligations définies ; dans le cas où l'opérateur s'obstinerait à ne pas appliquer telle ou telle disposition et que les avantages qu'il tire du non-respect de la décision excède considérablement le montant de la sanction, et ce même si celui-ci est élevé, il n'existe pas de dispositif efficace garantissant, dans des délais rapides, l'exécution des obligations.

3. Les enquêtes

Les deux dispositions principales qui peuvent servir de fondement aux procédures d'enquête sont celles des articles L. 32-4 et L. 40 du code des postes et télécommunications.

Or, dans le cadre des dispositions de l'article L. 32-4, l'Autorité ne peut procéder qu'à un simple recueil d'informations ou de documents auprès de France Télécom, ce qui signifie que si l'opérateur refuse de déférer à la demande de l'Autorité, celle-ci ne dispose pas directement d'un pouvoir coercitif pour obtenir les documents qui l'intéressent, notamment par le biais de visites au sein de l'entreprise. Cette limitation résulte d'une lecture *a contrario* de l'autre procédure organisée par le code pour les « enquêtes » sur place proprement dites en vertu de l'article L. 40.

Dans ces conditions, l'ART doit recourir aux dispositions combinées des articles L. 32-4 et L. 40 lorsqu'elle souhaite user de pouvoirs d'enquête plus approfondis. Or les enquêtes effectuées au titre de l'article L. 40 répondent à un régime analogue à celui des opérations de police judiciaire et sont très encadrées sur le plan procédural. A la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 27 décembre 1990, le législateur de 1991 a prévu l'information préalable du Procureur de la République, la communication du procès-verbal constatant les infractions à la personne concernées, une limitation dans le temps de l'accès aux locaux pouvant être visités, suivant l'hypothèse selon laquelle ces locaux serviraient pour partie au domicile des intéressés. En outre, il ressort clairement des travaux parlementaires et de la décision du Conseil constitutionnel que la loi a institué un simple droit d'accès, et non un pouvoir de perquisition. Les fonctionnaires habilités ne peuvent pénétrer de force dans les locaux mais seulement demander à y accéder.

Il convient de rappeler que l'article L. 40 a été, pour l'essentiel, conçu alors qu'il n'existait pas d'autorité de régulation indépendante, et pour régler deux problèmes très concrets : les fréquences radio-électriques et la commercialisation des terminaux de télécommunications non agréés.

Il serait paradoxal que l'Autorité ne puisse réaliser d'enquêtes pour sanctionner un manquement à des règles essentielles, et ce serait certainement aussi méconnaître les dispositions de droit communautaire sur le recueil d'informations. Cependant, il apparaîtrait nécessaire de lever l'ambiguïté des textes en donnant à l'ART de véritables pouvoirs d'investigations administratifs pour pouvoir rechercher et le cas échéant, sanctionner des manquements à la réglementation des télécommunications avec des garanties procédurales pour les opérateurs, mais avec des exigences moindres que lorsqu'il s'agit de rechercher des infractions pénales.

En conclusion, il apparaît nécessaire de modifier les dispositions de l'article L. 32-4 du code des postes et télécommunications pour confier à l'ART des pouvoirs renforcés en matière d'investigations administratives dans le respect de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat.

4. Le régime d'approbation du catalogue d'interconnexion

L'application du cadre actuel pendant cinq ans a montré les limites du dispositif actuel en matière d'interconnexion et d'accès. En particulier, la nécessité d'adopter un texte spécifique sur le dégroupage a montré que le cadre actuel n'était pas suffisamment général et manquait de souplesse. Le nouveau cadre présente à cet égard l'avantage de réunir l'ensemble des questions d'accès et d'interconnexion sous un régime unifié, en dotant le régulateur d'une marge d'action appréciable dans la mise en œuvre des outils de la régulation de l'accès.

En particulier, il faut souligner les inconvénients du mécanisme actuel d'approbation du catalogue d'interconnexion de France Télécom : il s'agit d'abord d'un mécanisme qui donne davantage l'initiative à l'opérateur historique qu'à l'Autorité. Il en résulte un processus de négociation qui conduit à une approbation du catalogue en général trop tardive par rapport aux attentes du marché. En outre, par sa globalité, ce mécanisme ne permet pas au régulateur de concilier de façon optimale la nécessité d'une approbation aussi diligente que possible pour assurer la visibilité attendue et la résolution de certaines questions au sein du catalogue. Il existe certes des outils complémentaires, tels que l'article D. 99-16 permettant à l'Autorité de modifier des prestations du catalogue ou l'article L. 34-8-VI, nouvellement introduit par l'ordonnance du 25 juillet 2001 et permettant à l'Autorité d'intervenir au cours de négociations relatives notamment à l'interconnexion. Ces outils n'ont cependant pas été mis en œuvre à ce stade, le premier soulevant certaines difficultés juridiques dans son application concrète, le second ne portant pas précisément sur le contenu du catalogue d'interconnexion.

C'est pourquoi l'Autorité est favorable à l'établissement d'un véritable pouvoir de modification de l'offre de référence des opérateurs puissants soumis à cette obligation, ce que prévoit expressément la nouvelle directive " Accès ". L'institution d'une telle disposition ne supprime pas pour autant la nécessité d'une publication annuelle de l'offre de référence.

Elle souligne par ailleurs l'utilité de dispositions existantes, qui devront être maintenues dans le futur cadre réglementaire : il conviendra en particulier de maintenir des dispositions contraignantes permettant de vérifier l'orientation vers les coûts (audit des comptes), ainsi que la transmission à l'Autorité des conventions d'interconnexion, afin de lui permettre de s'assurer de l'absence de discrimination. Enfin, les dispositions actuelles relatives au dégroupage devront être maintenues et inscrites dans le cadre du régime de l'accès.

5. Le financement des audits réglementaires des opérateurs

Ainsi que la Cour des comptes l'a récemment souligné, il n'est pas satisfaisant que l'audit des comptes réglementaires soit actuellement financé par France Télécom – ce que prévoit l'article 18 du cahier des charges de France Télécom approuvé par le décret n° 96-1225 – alors même que les termes de cet audit

sont établis par le régulateur, à qui il revient d'exercer sa mission de contrôle. Cet audit a actuellement plusieurs destinations : l'évaluation du coût du service universel, des coûts d'interconnexion et des coûts liés au dégroupage, ainsi que le contrôle des conditions de mise en œuvre de la séparation comptable.

Si en pratique, France Télécom collabore de manière satisfaisante à l'audit et n'utilise pas sa fonction de payeur pour contrarier sa mise en œuvre, il est permis toutefois de s'interroger sur la pertinence de ce dispositif, d'autant plus dans le contexte futur où la séparation comptable est susceptible de s'étendre à d'autres acteurs.

Le financement des audits réglementaires par le régulateur paraît en effet de nature à mieux garantir l'indépendance et conséquemment à renforcer l'efficacité du contrôle par le régulateur. Il requiert toutefois, outre la modification des textes, l'allocation de ressources financières correspondantes, soit un montant de l'ordre de 400 000 à 500 000 euros par audit.

Questions complémentaires

- 1. Les conditions d'intervention actuelles des collectivités territoriales sont-elles adaptées ? Faut-il faire évoluer le régime actuel, notamment pour permettre aux collectivités d'intervenir par voie de subvention ou plus directement par l'établissement des réseaux ? Selon quelles modalités ? Quelles conditions devraient être posées à ces interventions, notamment pour respecter le droit de la concurrence ?**

A la lumière de quatre années d'exercice de la concurrence, la question de la capacité du cadre législatif actuel à satisfaire les objectifs d'aménagement du territoire est aujourd'hui clairement posée. En effet, à cadre juridique constant, il apparaît désormais que certaines zones du territoire auront des difficultés à attirer les opérateurs alternatifs, quand bien même ceux-ci bénéficieraient du soutien indirect des collectivités via l'article L. 1511-6 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), faute de rentabilité escomptée suffisante.

C'est dans ces conditions que l'Autorité suggère d'établir un cadre juridique plus adapté aux différentes formes que pourraient prendre l'intervention des collectivités locales. Cela pourrait passer par une refonte du cadre prévu par l'article L. 1511-6 CGCT, sur la base d'une distinction plus nette entre le rôle qu'elles peuvent jouer auprès des opérateurs pour favoriser financièrement leur installation sur leur territoire et leur rôle éventuel en matière d'établissement de réseaux de télécommunications, étant entendu qu'elles ne pourraient cumuler ces deux types d'intervention sur une même zone géographique.

Dans le premier cas, un cadre juridique clair pourrait être établi afin de déterminer les conditions dans lesquelles les collectivités peuvent apporter une contribution au déploiement des opérateurs sur leur territoire, par voie de subvention, dans le respect des principes de la concurrence, établis notamment au niveau européen. A cet égard, il sera vraisemblablement nécessaire de définir les zones sur lesquelles cette intervention se justifie.

Dans le second cas, il s'agirait de revenir sur l'interdiction faite aux collectivités par l'article L. 1511-6 CGCT d'exercer l'activité d'opérateur. Une telle évolution peut se justifier par les exigences d'aménagement du territoire au regard de la réalité du marché. Il pourrait donc être envisagé d'autoriser les collectivités qui le souhaitent, sous certaines conditions et dans les zones les moins desservies, à établir elles-mêmes un réseau de télécommunications, sachant que l'exploitation proprement dite et la prestation de services de télécommunications paraissent relever d'un métier spécifique dans lequel il serait préférable de ne pas engager les collectivités. Deux solutions sont possibles pour ce faire :

- soit permettre aux collectivités d'être opérateur sous le régime d'autorisation générale du code des postes et télécommunications qui découlera nécessairement de la transposition à venir des directives, tout en prévoyant quelques aménagements liés à la spécificité de leur statut,
- soit prévoir un régime d'autorisation spécifique, inscrit dans le code général des collectivités territoriales, ce qui serait cohérent avec la finalité d'aménagement du territoire contenue dans cette démarche.

L'autorisation des collectivités territoriales devra naturellement être assortie d'un ensemble de conditions relatives, par exemple, aux zones couvertes ou encore à la situation de l'offre des opérateurs, et ce, afin de déterminer les critères d'une intervention compatible avec l'exercice de la concurrence.

2. La mise à disposition des fourreaux de France Télécom

La concurrence sur le marché des services à haut débit pour les entreprises, notamment sur le segment de la transmission de données multi-sites qui représente l'essentiel de ce marché, est actuellement freinée par le coût des dépenses massives liées à l'accès (raccordement) aux sites des clients pour les opérateurs nouveaux entrants, qui doivent acheter des liaisons louées à France Télécom.

Pour qu'une concurrence effective s'installe sur ce segment de marché, une des mesures susceptibles de réduire le poids des dépenses liées à l'accès aux sites des clients et de leur donner une plus grande autonomie dans leurs solutions d'accès est l'adoption d'une procédure rapide et efficace permettant l'utilisation des fourreaux de l'opérateur historique par ses concurrents ; une telle procédure semble particulièrement appropriée pour les raccordements de plus de 10 Mbit/s.

En effet, en dehors des dix premières agglomérations de France, le déploiement de boucles métropolitaines optiques pour raccorder directement des entreprises ne semble pas une solution adéquate pour les opérateurs nouveaux entrants. Ces opérateurs n'effectueront pas non plus de raccordements directs au cas par cas des sites des clients du fait des délais administratifs pour obtenir les droits de passage et du coût élevé de cette stratégie (notamment en termes de coûts de génie civil).

L'utilisation des fourreaux de France Télécom par les opérateurs souhaitant effectuer des raccordements de sites est une solution au double problème actuel de la construction intégrale du raccordement direct : réduction considérable de la barrière à l'entrée économique du raccordement des sites des clients et réduction considérable des délais, rendus compatibles avec ceux des appels d'offres sur le marché. La possibilité pour des opérateurs nouveaux entrants de raccorder les sites des clients à des prix nettement inférieurs à ceux, actuels, des liaisons louées de France Télécom (que ce soit au tarif de détail ou aux futurs tarifs d'interconnexion) permettrait une baisse générale des prix, y compris ceux de France Télécom (la baisse des prix de France Télécom peut être freinée dans le cadre de l'homologation tarifaire pour protéger les concurrents).

La mise à disposition éventuelle des fourreaux de France Télécom entre actuellement dans le cadre du partage d'infrastructure (il s'agit en l'occurrence d'infrastructures passives), qui est régi par deux articles du Code des postes et télécommunications, l'article L.47 alinéa 3 et l'article R 20-50 qui précise les modalités du L.47. Les dispositions actuelles du Code des postes et télécommunications prévoient que le partage d'infrastructures passives (« installations de type fourreaux, pylônes, ...) se fait à l'invitation de la mairie qui ne souhaiterait pas voir des travaux de génie civil sur une portion de son territoire (ce qui suppose, a minima, que la mairie soit informée de l'existence de fourreaux de France Télécom à cet endroit, ce qui est loin d'être toujours le cas).

3. Faut-il modifier les dispositions du CPT pour encadrer davantage la fourniture d'informations au régulateur par les opérateurs à des fins de régulation ou à des fins statistiques, notamment à la lumière de l'article 5.1 de la directive cadre et de l'article 11 de la directive autorisation ?

L'article L. 36-14 dispose que « l'Autorité peut procéder aux expertises, mener les études, recueillir les données et mener toutes actions d'informations sur le secteur des télécommunications. A cette fin, les opérateurs titulaires d'une autorisation délivrée en application des articles L. 33-1, L. 34-1 ou L. 34-3 sont tenus de fournir annuellement les informations statistiques concernant l'utilisation, la zone de couverture et les modalités d'accès à leur service. »

Cet article peut recouvrir le champ prévu par les articles 5.1 de la directive « cadre » et 11 de la directive « autorisation ». En effet, il reconnaît bien l'existence de deux catégories d'enquêtes, conformément aux dispositions de l'article 11 (e et f) de la directive « autorisation » :

- les enquêtes dites « statistiques » à but informatif : « recueillir les données et mener les actions d'informations sur le secteur des télécommunications »;
- les enquêtes « de régulation » : « procéder aux expertises, mener les études ».

L'article L. 36-14 présente par ailleurs deux défauts majeurs au regard de sa conformité aux nouvelles directives européennes :

1. Dans sa deuxième partie, il engage l'Autorité sur le format temporel des données récoltés : « les opérateurs [...] sont tenus de fournir **annuellement** les informations statistiques ». Cette disposition ne permet pas, par exemple, de procéder dans un cadre légal au recueil trimestriel des données : le dispositif actuel est fondé sur la seule relation de confiance et de coopération entre les opérateurs.
2. Aucune disposition ne permet d'imposer un délai raisonnable de restitution des données par les opérateurs. L'article 5.1 de la directive cadre prévoit « ces entreprises fournissent ces informations **rapidement** et sur demande, **en respectant les délais** [...] par l'autorité réglementaire nationale ». Une telle disposition devrait être incluse.
3. Aucune disposition n'impose aux opérateurs de répondre avec précision aux informations demandées. L'article 5.1 de la directive cadre prévoit « ces entreprises fournissent ces informations [...] en respectant [...] le niveau de détail exigé par l'autorité réglementaire nationale ». Une telle disposition devrait également être incluse.