

Lignes directrices relatives au cadre juridique applicable entre le 25 juillet 2003 et l'adoption des textes de transposition des directives « communications électroniques »

Les principales directives communautaires relatives aux communications électroniques ont été adoptées le 7 mars 2002 et officiellement publiées le 24 avril 2002. Le Gouvernement a alors engagé le processus législatif complexe qui doit conduire à la transposition en droit français de ces directives.

Malgré ces efforts et compte tenu des multiples contraintes attachées à ce processus, il est aujourd'hui acquis que le nouveau cadre juridique des communications électroniques ne sera pas pleinement opérationnel avant plusieurs mois.

Or le texte des directives prévoit que celles-ci doivent être transposées au plus tard le 24 juillet 2003, les dispositions nationales correspondantes étant applicables par les Etats membres le 25 juillet 2003. Ainsi, à compter de cette date, va s'ouvrir une période de transition au cours de laquelle, en l'absence de dispositions de transposition complètes, le cadre juridique en vigueur devra être interprété à la lumière des objectifs des directives.

Compte tenu de l'importance des enjeux, la Ministre déléguée à l'industrie et l'Autorité de régulation des télécommunications, autorités en charge de la régulation du secteur des télécommunications, ont souhaité rendre publique leur analyse commune du cadre juridique applicable au cours de cette période, afin d'apporter la sécurité juridique et la visibilité attendues par les acteurs.

Les présentes lignes directrices ont ainsi pour objet de déterminer quel sera le cadre applicable dans les principaux domaines de la régulation au cours de la période comprise entre le 25 juillet 2003 et l'adoption des textes de transposition. Elles s'organisent en trois parties : la première indique le statut du présent document ; la deuxième rappelle les principes qui vont s'appliquer ; la troisième analyse le régime applicable aux principaux domaines de la régulation pendant cette période.

1. Le statut des présentes lignes directrices

A travers les présentes lignes directrices, la Ministre déléguée à l'industrie et l'Autorité de régulation des télécommunications entendent préciser les conditions dans lesquelles elles seront conduites à appliquer le cadre juridique en vigueur au cours de la période comprise entre le 25 juillet 2003 et l'adoption du projet de loi qui doit transposer les directives communautaires relatives aux communications électroniques.

Toutefois, les présentes lignes directrices n'ont pas de caractère réglementaire et n'introduisent pas de modification de l'état actuel du droit. Les opérateurs sont tenus, par ailleurs, de respecter le droit commun applicable aux activités économiques.

L'adoption de ces lignes directrices ne prive pas la Ministre déléguée à l'industrie et l'Autorité de régulation des télécommunications de leur liberté d'appréciation. Elles conservent la possibilité de s'écarter des orientations définies, soit pour des motifs d'intérêt

général, soit pour tenir compte de circonstances particulières ; dans les deux cas, elles s'efforceraient d'en exposer précisément les raisons.

2. Les principes

2.1. La jurisprudence

La principale question qui se pose au cours de la période comprise entre le 25 juillet et l'adoption des textes est de savoir si, en l'absence de transposition, les dispositions des directives sont directement applicables ou non.

A cet égard, la jurisprudence de la CJCE permet à un administré de se prévaloir, auprès de l'administration, des dispositions d'une directive non transposée dès lors qu'elles sont claires, inconditionnelles et suffisamment précises.

Toutefois, il faut noter que la jurisprudence de la CJCE ne reconnaît que l'effet direct vertical ascendant d'une directive non transposée (c'est-à-dire pour les rapports administrés / administration) et non l'effet direct horizontal, c'est-à-dire en l'espèce pour les questions ayant trait aux relations entre opérateurs ou entre opérateurs et utilisateurs.

Pour sa part, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne permet pas aux administrés de se prévaloir des dispositions d'une directive non transposée pour attaquer une décision administrative individuelle. En revanche, elle permet de mettre en cause des lois et règlements qui seraient contraires aux objectifs d'une directive et d'invoquer leur non conformité au soutien d'une action dirigée contre les actes individuels qui en découlent. Cela n'implique pas pour autant que les dispositions mêmes de la directive doivent être appliquées en tant que telles.

Ainsi, tant la jurisprudence de la CJCE que celle du Conseil d'Etat constituent, pour la Ministre chargée des télécommunications et l'Autorité, une incitation à l'application directe des directives dès lors que les dispositions en question sont claires, inconditionnelles et suffisamment précises pour être appliquées. Et même lorsque cette condition n'est pas remplie, les autorités publiques doivent s'abstenir de prendre toute mesure propre à contrarier la mise en œuvre des objectifs des directives, et sont tenues de cesser de faire produire effet aux normes dont l'application pourrait avoir cette conséquence.

2.2. Les dispositions des directives

Les directives prévoient plusieurs catégories de mesures transitoires, qui peuvent avoir vocation à s'appliquer à partir du 25 juillet, avant et après l'adoption des textes de transposition :

- L'article 17 (§ 1 et 2) de la directive « autorisation » prévoit que les autorisations existantes sont adaptées au nouveau cadre à partir du 25 juillet 2003. Cependant, lorsqu'une telle adaptation conduit à restreindre les droits ou à étendre les obligations des opérateurs, les autorisations existantes peuvent être prolongées jusqu'au 24 avril 2004.

- L'article 17.3 de la directive « autorisation » permet aux Etats membres de maintenir temporairement une obligation d'accès à un réseau attachée à une autorisation existante, si la suppression de cette obligation crée des difficultés excessives pour les opérateurs bénéficiant de cet accès et qu'ils ne peuvent négocier de nouveaux accords dans des conditions raisonnables. Cette prolongation doit être demandée à la Commission avant le 25 juillet 2003.
- L'article 27 de la directive « cadre », l'article 7 de la directive « accès » et l'article 16 de la directive « service universel » prévoient le maintien des obligations existantes jusqu'à la finalisation du processus d'analyse des marchés dans plusieurs domaines :
 - Obligations relatives à l'accès et à l'interconnexion (y compris le dégroupage de la boucle locale) ;
 - Obligations relatives au contrôle des tarifs de détail ;
 - Obligations relatives à la fourniture d'un ensemble minimal de liaisons louées ;
 - Obligations relatives à la sélection et à la présélection du transporteur.

3. Le régime applicable entre le 25 juillet 2003 et l'adoption des textes de transposition

3.1. Les autorisations

La Ministre déléguée à l'industrie et l'Autorité de régulation des télécommunications seront conduites à ne pas exiger des opérateurs l'obtention d'une autorisation individuelle à compter du 25 juillet 2003, une telle obligation étant contraire à l'objectif de la directive « autorisation ». Une telle démarche s'applique également aux opérateurs ayant déposé, avant le 25 juillet, une demande d'autorisation dont l'instruction se poursuivrait au-delà de cette date : dans ce cas, même si l'instruction a eu lieu, aucune autorisation individuelle ne sera délivrée, ce qui signifie que la taxe de constitution de dossier ne pourra être réclamée à l'opérateur (cf. ci-dessous).

En revanche, une telle démarche n'a pas vocation à s'appliquer aux opérateurs ayant demandé et obtenu une autorisation avant le 25 juillet. En effet, la jurisprudence de la CJCE ne permet pas aux administrés de se prévaloir des dispositions d'une directive non transposée avant l'expiration du délai de transposition.

Par ailleurs, afin d'apporter aux opérateurs la sécurité nécessaire quant au cadre juridique de leurs activités, l'Autorité de régulation des télécommunications mettra en place un dispositif de déclaration préalable des opérateurs à partir du 25 juillet, dans l'esprit du projet de loi sur les communications électroniques et sur la base de lignes directrices qui seront prochainement rendues publiques et qui indiqueront la liste des informations à fournir, conformément à la directive « autorisation ». Cette déclaration n'aura vocation à s'appliquer qu'aux exploitants de réseaux ouverts au public et aux fournisseurs du service téléphonique au public n'ayant pas déjà obtenu une autorisation individuelle en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications. Les opérateurs qui auront effectué cette déclaration se verront remettre par l'Autorité de régulation des télécommunications un récépissé leur permettant de se prévaloir de leurs droits (interconnexion, droits de passage, etc.) et de connaître leurs obligations (taxes, contribution au financement du service universel, etc.)

Au cours de cette période, les obligations générales en vigueur compatibles avec la partie A de l'annexe de la directive « autorisation » continueront d'être appliquées aux opérateurs, qu'ils bénéficient déjà d'une autorisation individuelle ou qu'ils effectuent leur déclaration après le 25 juillet 2003.

En ce qui concerne les réseaux expérimentaux, un régime d'obligations aménagé sera maintenu, notamment en ce qui concerne l'application des taxes. A cette fin, l'Autorité de régulation des télécommunications précisera, dans les lignes directrices qu'elle publiera prochainement, la liste des informations qui seront demandées aux opérateurs dans le cadre des expérimentations.

3.2. Les taxes

Il convient de distinguer la taxe de constitution de dossier et la taxe de gestion et de contrôle.

Dès lors qu'aucune autorisation individuelle ne sera plus requise pour entrer sur le marché, la taxe de constitution de dossier ne se justifie plus au regard des dispositions de la directive « autorisation ». L'Autorité de régulation des télécommunications sera donc fondée à ne pas procéder à l'ordonnancement de cette taxe.

Par ailleurs, les opérateurs ayant déposé une demande d'autorisation avant le 25 juillet et dont l'autorisation ne pourra être accordée avant cette date ne devront pas être soumis à la taxe de constitution de dossier, dans la mesure où aucune autorisation individuelle ne leur aura été délivrée. En effet, il résulte du code des postes et télécommunications et de la loi de finances que le fait générateur de cette taxe est l'arrêté d'autorisation délivré par la Ministre déléguée à l'industrie. Si ce fait générateur disparaît, la taxe ne peut être réclamée.

De son côté, la taxe de gestion et de contrôle reste justifiée au regard des dispositions de la directive « autorisation » et continuera à être perçue.

3.3. Les fréquences et la numérotation

La directive « autorisation » prévoit que l'attribution des ressources en fréquences et en numérotation peut faire l'objet d'une autorisation individuelle et être soumise au paiement d'une redevance. Le fait de continuer à appliquer les textes en vigueur est donc compatible avec les objectifs de la directive. Au titre de cette autorisation, les obligations prévues à la partie B de l'annexe de la directive pour les fréquences et à la partie C pour les numéros pourront être imposées.

A cet égard, les opérateurs ayant obtenu des fréquences à l'issue d'un appel à candidatures se sont vu appliquer des obligations spécifiques qui consistent en la reprise des engagements formulés par ces opérateurs au cours de la procédure. Ces obligations seront maintenues, au titre des fréquences utilisées, comme le permet l'annexe B de la directive « autorisation ».

3.4. Les obligations des opérateurs puissants en matière d'interconnexion et d'accès

La directive « accès » prévoit le maintien des obligations applicables avant l'entrée en vigueur de cette directive tant que l'autorité réglementaire nationale n'a pas conduit les analyses de marché et pris les décisions correspondantes.

L'application directe des directives sur ce point n'est pas problématique dans la mesure où elle s'assimile largement à l'application de la législation en vigueur. Or, en vertu du code des postes et télécommunications en vigueur, la désignation des opérateurs puissants est annuelle. Par conséquent, le maintien de ces obligations implique de reconduire en 2003 le processus de désignation des opérateurs puissants en vue de l'application des obligations correspondantes à ces opérateurs pour l'année 2004.

Ainsi, le maintien des obligations existantes suppose l'adoption de décisions nouvelles, et notamment :

- La désignation préalable des opérateurs puissants dans le cadre du régime actuel ;
- L'approbation du catalogue d'interconnexion pour 2004 dans le cadre du régime actuel ;
- L'application du price-cap pour la terminaison d'appels fixes vers mobiles.

La reconduction de ce processus répond pleinement à l'objectif d'assurer la continuité du cadre et d'éviter tout vide juridique. En outre, elle a suscité l'adhésion de l'ensemble des opérateurs au sein du comité de l'interconnexion du 24 avril dernier.

Par ailleurs, les obligations relatives au dégroupage sont maintenues puisque le règlement communautaire du 18 décembre 2000 reste en vigueur et que France Télécom demeure opérateur notifié au sens de ce règlement, au titre de l'article 27 de la directive cadre, jusqu'à la finalisation de l'analyse des marchés.

3.5. L'homologation tarifaire

Le contrôle tarifaire est régi par l'article L. 36-7 (5°) du code des postes et télécommunications et par le cahier des charges de France Télécom prévu par l'article L. 35-2 du CPT et par l'article 8 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, et approuvé par le décret 96-1225 du 27 décembre 1996.

Par ailleurs, les dispositions transitoires prévues par l'article 16 de la directive « service universel » permettent de maintenir les obligations de contrôle tarifaire existantes. Il convient donc d'appliquer le même raisonnement que pour les obligations d'accès et d'interconnexion : l'application directe des directives s'assimile largement à celle de la législation en vigueur.

Ainsi, l'homologation des tarifs du service universel et des tarifs des services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sera maintenue après le 25 juillet 2003.

3.6. La fourniture et le financement du service universel

La directive « service universel » ne prévoit aucune disposition transitoire relative à la fourniture et au financement du service universel. Par ailleurs, elle permet une évolution significative de ces conditions de fourniture et de financement, sans que ses dispositions soient inconditionnelles et suffisamment précises pour être appliquées directement. En effet, elle laisse aux Etats membres une marge de manœuvre importante pour déterminer les modalités de cette fourniture et de ce financement.

Dans ces conditions, il n'est pas possible d'appliquer directement la directive en l'absence de textes de transposition. Les dispositions actuelles du code des postes et télécommunications restent donc en vigueur.

3.7. Le règlement des différends

En matière de règlement des différends par l'Autorité de régulation des télécommunications, plusieurs points doivent être précisés :

S'agissant de la procédure à appliquer, le code des postes et télécommunications prévoit que l'Autorité de régulation des télécommunications doit rendre sa décision dans un délai de 3 mois, qu'elle peut prolonger à 6 mois. Or, l'article 20 de la directive « cadre » prévoit un délai de 4 mois, qui peut être étendu « dans des circonstances exceptionnelles ». Ainsi, afin de respecter l'esprit de la directive, l'Autorité de régulation des télécommunications sera conduite à appliquer autant que possible le délai de 4 mois prévu par la directive. En tout état de cause, elle ne pourra pas étendre ce délai au delà des 6 mois prévus par le code.

Sur le cadre juridique des décisions proprement dites, l'Autorité de régulation des télécommunications sera confrontée à une double jurisprudence :

- D'une part, la CJCE ne reconnaît que l'effet direct vertical et non l'effet direct horizontal des directives non transposées, ce qui signifie que le droit en vigueur continue à s'appliquer dans le règlement d'un litige entre opérateurs. En effet, il n'est pas possible d'imposer à un opérateur, dans le cadre du règlement d'un litige, une obligation nouvelle par rapport à celles qui figurent ou trouvent un fondement dans le droit existant, dès lors que cette obligation n'est pas transposée.
- D'autre part, le Conseil d'Etat considère que le droit interne, y compris antérieur à une directive, doit être interprété par les juridictions à la lumière des objectifs fixés par la directive.

Dans ces conditions, il faut distinguer le régime applicable à la recevabilité d'une saisine de celui applicable au contenu de la décision.

Ainsi, la recevabilité des demandes d'accès ou d'interconnexion devra être appréciée par l'Autorité de régulation des télécommunications, après le 25 juillet, en tenant compte de la définition que les nouvelles directives donnent de ces notions.

Sur le fond des décisions, l'Autorité de régulation des télécommunications ne saurait imposer à un opérateur, dans le cadre d'un litige, une obligation non transposée qui ne serait pas prévue par le cadre juridique actuel et qui ne pourrait pas davantage trouver un fondement moyennant une interprétation de ce cadre à la lumière des objectifs des directives.

Au-delà de ces principes, il appartiendra à l'Autorité de conduire une analyse juridique au cas par cas, compte tenu de la spécificité de chaque litige susceptible de lui être soumis.