

Code des communications électroniques européen: la nécessaire refonte des règles régissant l'organisation structurelle du secteur des communications électroniques

Florence Humblet¹ et Philippe Vernet^{2 3}

I. Introduction – Contexte et processus d'adoption du code	897
II. Contenu du code et modifications apportées au cadre réglementaire actuel	900
1. Objectifs et définitions	900
a. Objectif de généralisation de l'accès à la connectivité à très haute capacité	900
b. Réseaux de communications électroniques	901
c. Services de communications électroniques	902
2. Gouvernance	904
a. Rôle étendu de l'ORECE	905
b. Pouvoir de sanction des ARN	905
c. Analyses de marché et rôle des ARN	906
d. Cas d'application de régulation des marchés: les tarifs de terminaison d'appel vocal	907
3. Entrée sur le marché: procédures d'autorisation et de notification	908
4. Gestion du spectre radioélectrique: une ressource essentielle pour fournir des réseaux et services	908
a. Objectifs et principes généraux	908
b. Procédures d'utilisation du spectre	909
c. Conditions d'accès au Wifi	910
d. Déploiement des réseaux 5G	910
5. Régulation de l'accès	910
a. Facilitation de certains accès	911
b. Co-investissement	911
c. Séparation fonctionnelle	912
d. Entreprises et réseaux uniquement de gros	912
e. Pouvoirs des ARN d'imposer une régulation symétrique de l'accès	913
6. Protection accrue des utilisateurs finaux	913
7. Service universel	914
8. Numérotation et communication d'urgence	915
III. Conclusion	916

RÉSUMÉ

Constitué en 2002 et retouché en 2009, le cadre réglementaire des communications électroniques a été présenté comme un encadrement transitoire, entre le régime passé des droits exclusifs dont bénéficiaient les opérateurs historiques, souvent étatiques, avant la libéralisation, et l'application des seules normes horizontales, non spécifiques au secteur, que sont, notamment, le droit de la concurrence et les pratiques de commerce. Les enjeux du numérique, les évolutions technologiques et l'émergence de nouveaux acteurs l'ont cependant exposé à de nouveaux défis. Une réforme était donc nécessaire. Le 11 décembre 2018, le Code des communications électroniques européen (ci-après « code ») a été adopté au moyen d'une directive unique dite de refonte. Celui-ci apporte diverses modifications et ajoute notamment un objectif de généralisation de l'accès à la connectivité à très haute capacité dans l'ensemble de

^{1.} Avocate au barreau de Bruxelles et collaboratrice chez Deprevernet. L'auteur peut être contactée à l'adresse suivante: florence.humblet@deprevernet.be.

^{2.} Avocat au barreau de Bruxelles et associé chez Deprevernet. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante: philippe.vernet@deprevernet.be.

^{3.} Les auteurs tiennent à remercier M.E. DE LOPHEM, Mme M. LAMBERT DE ROUVROIT et Mme C. PIETQUIN, avocats au barreau de Bruxelles et associés et collaboratrices chez Deprevernet, ainsi que M. R. QUECK, responsable de l'unité « communications électroniques » du CRIDS, Université de Namur, pour leur relecture et leurs précieux commentaires.

l'Union. Les notions de réseaux et de services de communications électroniques sont adaptées aux évolutions technologiques et aux modèles d'utilisation. Elles sont par conséquent élargies. Au niveau de la gouvernance, les pouvoirs de l'ORECE (organe réunissant les autorités de régulation nationales) et du RSPG (organe composé de représentants nationaux et actif en matière de radiofréquences) sont étendus, et le pouvoir de sanction des autorités nationales est précisé. Le régime des autres autorités compétentes que les autorités de régulation nationales (ci-après « ARN ») fait l'objet d'une approche plus systématique. La Commission européenne s'est vue octroyer diverses tâches précises, notamment l'adoption d'actes délégués visant à réguler le prix de certains marchés de communications électroniques. Le code revisite également les règles en matière de régulation de l'accès aux réseaux, y compris symétrique (hors puissance de marché), de co-investissements, de gestion du spectre des radiofréquences (nécessaires pour les services mobiles, comme la 5G, ou sans fil) (ci-après « spectre »), et de service universel. Cette réforme du cadre réglementaire vise à harmoniser davantage les pratiques nationales actuelles, et à favoriser ainsi une cohérence européenne en matière de communications électroniques qui prépare l'Europe à l'ère des futurs défis technologiques.

SAMENVATTING

Het reglementaire kader betreffende de elektronische communicatie, opgesteld in 2002 en herwerkt in 2009, werd opgevat als een overgangsregeling tussen het oude regime van exclusieve rechten ten gunste van historische (overheids)operatoren vóór de liberalisering en de toepassing van enkel horizontale en niet-sectorespecifieke normen, met name het mededingingsrecht en de handelspraktijken. Het toenemende belang van de numerieke wereld, de technologische evoluties en het ontstaan van nieuwe actoren heeft dit kader onderworpen aan nieuwe uitdagingen. Een hervorming drong zich op. Op 11 december 2018 werd het Europees Wetboek voor elektronische communicatie (hierna: "wetboek") aangenomen door middel van één herschikkingsrichtlijn. Deze bevat verschillende aanpassingen en voegt onder meer een nieuwe doelstelling toe betreffende de brede toegang tot en benutting van connectiviteit met een zeer hoge capaciteit in de hele Unie. De concepten van netwerken en van elektronische communicatiediensten werden uitgebreid op basis van technologische ontwikkelingen en verbruikspatronen. Wat betreft het beleid, werden de bevoegdheden van BEREK (orgaan ter groepering van de nationale regelgevende instanties) en van RSPG (orgaan samengesteld uit de nationale vertegenwoordigers op het gebied van radiofrequenties) uitgebreid en de sanctiebevoegdheden van de nationale instanties gedetailleerd. Het regime van de andere bevoegde instanties dan de nationale regelgevende instanties (hierna: "NRA") maakte het voorwerp uit van een meer stelselmatige aanpak. Aan de Europese Commissie werden enkele precieze opdrachten toevertrouwd, met name het aannemen van gedelegeerde handelingen met als doel de regulering van de prijs van bepaalde elektronische communicatiemarkten. Het wetboek herwerkt eveneens de regels aangaande de toegangsregulering, met inbegrip van symmetrische verplichtingen (naast marktmacht), van mede-investeringen, van beheer van het spectrum van de radiofrequenties (noodzakelijk voor de mobiele diensten, als de 5G, of draadloze connectiviteit) (hierna "spectrum"), en van universele dienstverlening. Deze hervorming beoogt in de eerste plaats de huidige nationale praktijken te harmoniseren, om zo een coherentie binnen de elektronische communicatie op Europees niveau te bewerkstelligen, en Europa voor te bereiden op de toekomstige technologische uitdagingen.

I. INTRODUCTION – CONTEXTE ET PROCESSUS D'ADOPTION DU CODE

1. Le cadre réglementaire des communications électroniques date de 2002. L'article 2, 1), du code définit la notion de *communications électroniques* comme suit:

« les systèmes de transmission, qu'ils soient ou non fondés sur une infrastructure permanente ou une capacité d'administration centralisée et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources, y compris les éléments de réseau qui ne sont pas actifs, qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par la voie hert-

zienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câbles de télévision, quel que soit le type d'information transmise ».

Le cadre comporte 5 directives: les directives « cadre »⁴,

⁴ Directive n° 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») (J.O.C.E., L. 108, 24 avril 2002). Cette directive établit le champ d'application, les objectifs et les principes du cadre réglementaire des communications électroniques ainsi que les procédures et autres aspects institutionnels.

« autorisation »⁵, « accès »⁶ et « service universel »⁷ ainsi que la directive « sur le traitement des données personnelles »⁸, ensemble connues sous le nom de *paquet télécom*⁹. Le cadre est conçu comme un encadrement transitoire, entre le régime passé des droits exclusifs dont bénéficiaient les opérateurs historiques, souvent étatiques, avant la libéralisation, et l'application des seules normes horizontales, non spécifiques au secteur, que sont, en particulier, le droit de la concurrence et les pratiques de commerce. Il a été retouché en 2009¹⁰. L'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ci-après, en français, « ORECE » ou, en anglais, « BEREC ») a notamment été créé en 2009 pour remplacer une réunion plus informelle des ARN, le « GRE » (à savoir le groupe des régulateurs européens pour les réseaux et les services de communications électroniques, « ERG » en anglais, créé en 2002 en tant que groupe consultatif auprès de la Commission européenne)¹¹.

2. Globalement, le cadre réglementaire des communications électroniques de 2002 et de 2009 comportait des textes législatifs autres que le *paquet télécom*. En effet, le législateur européen a adopté (i) la directive n° 2002/77/CE relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques qui confirme la libéralisation complète du secteur¹² et (ii) la décision n° 676/2002/CE relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne, aussi connue comme la *décision spectre radioélectrique*¹³, qui organise l'harmonisation de l'utilisation des fréquences radioélectriques. Il était également complété par (iii) le règlement n° 531/2012 (itinérance) qui cadenasait les prix de gros et de détail de l'itinérance¹⁴, (iv) la directive n° 2014/61/UE (BBC) visant à réduire le coût du déploiement de réseaux des communications électroniques à haut débit¹⁵ et (v) le règlement n° 2015/2120 (Internet ouvert) qui garantit la neutralité de l'Internet¹⁶.

5. Directive n° 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation ») (*J.O.C.E.*, L. 108, 24 avril 2002). Cette directive établit les règles pour entrer sur le marché.

6. Directive n° 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») (*J.O.C.E.*, L. 108, 24 avril 2002). Cette directive régit les marchés de gros, notamment l'accès aux ressources d'autrui qui est nécessaire pour fournir des réseaux et des services.

7. Directive n° 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») (*J.O.C.E.*, L. 108, 24 avril 2002). Cette directive régit les marchés de détail et garantit la protection des consommateurs ainsi que la fourniture de services d'intérêt général.

8. Directive n° 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 (*J.O.C.E.*, L. 201, 31 juillet 2002). La Commission européenne a adopté une proposition pour abroger la directive n° 2002/58/CE (proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive n° 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques »), COM/2017/010 final – 2017/03 (COD), 10 janvier 2017). En 2016, le législateur européen a adopté le règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive n° 95/46/CE (*J.O.U.E.*, L. 119, 4 mai 2016 (ci-après en français « RGDP » ou en anglais « GDPR »)). L'art. 95 du RGDP régit la relation avec la directive n° 2002/58/CE : « [le RGDP] n'impose pas d'obligations supplémentaires aux personnes physiques ou morales quant au traitement dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans l'Union en ce qui concerne les aspects pour lesquels elles sont soumises à des obligations spécifiques ayant le même objectif énoncées dans la directive n° 2002/58/CE ».

9. Malgré l'absence d'un consensus universel, la Commission européenne considère que la directive sur le traitement des données personnelles fait partie du *paquet télécom*. Cet article se conforme à la Commission européenne à cet égard (document de travail de la Commission européenne, SWD(2016) 313, 14 septembre 2016, p. 8, dernier para). Pour plus d'information sur ce paquet télécom, voy. S. DEPRÉ, E. DE LOPHEM, D. SCHRIJVERS et P. VERNET, « Marchés libéralisés », *J.D.E.*, 2014, pp. 160 à 166; P. VERNET, R. QUECK et A. DE STREEL, « Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques », *C.D.E.*, 2002, pp. 243 à 314.

10. Directive n° 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives n° 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, n° 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et n° 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (*J.O.U.E.*, L. 337, 18 décembre 2009); directive n° 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive n° 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive n° 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (*J.O.U.E.*, L. 337, 18 décembre 2009).

11. Règlement n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'ORECE ainsi que l'Office (*J.O.U.E.*, L. 337, 18 décembre 2009). L'ORECE a commencé ses activités en janvier 2010. En 2011, il est devenu pleinement opérationnel et a commencé à remplir toutes les missions qui lui incombent, conformément au cadre réglementaire en vigueur.

12. Directive n° 2002/77/CE de la Commission européenne du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (*J.O.C.E.*, L. 249, 17 septembre 2002) (directive « concurrence »).

13. Décision n° 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision « spectre radioélectrique ») (*J.O.C.E.*, L. 108, 24 avril 2002).

14. Règlement n° 531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (*J.O.U.E.*, L. 172, 30 juin 2012) (règlement « itinérance »).

15. Directive n° 2014/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit (*J.O.U.E.*, L. 155, 23 mai 2014) (directive « BBC »): « *Broadband Cost reduction* ».

16. Règlement n° 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive n° 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (*J.O.U.E.*, L. 310, 26 novembre 2015) (règlement « internet ouvert »).

3. Les enjeux du numérique, les évolutions technologiques et l'émergence de nouveaux acteurs ont cependant exposé ce cadre à de nouveaux défis. La connectivité au (très) haut débit et la convergence des outils numériques sont devenues indispensables tant pour les consommateurs que pour le monde économique. Une refonte des règles régissant l'organisation structurelle du marché des communications électroniques était devenue nécessaire, vu, notamment, les ambitions poursuivies par l'Union, depuis 2015, de mettre en place un marché unique du numérique en Europe¹⁷.

4. La Commission européenne a initié ce processus de révision par le biais d'une évaluation transversale qui s'est achevée en mai 2016¹⁸. Durant cette période, elle a consulté les parties intéressées¹⁹, c'est-à-dire les consommateurs, les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques, les associations nationales et européennes d'opérateurs, etc. Elle a aussi effectué des analyses d'impact. L'ORECE et le groupe pour la politique en matière de spectre radioélectrique (ci-après « RSPG ») ont également donné leur avis²⁰. Globalement, il en est ressorti les éléments suivants:

- une connectivité de très haute capacité est indispensable à la réalisation du marché unique du numérique et pour éviter l'émergence d'une société du numérique dans laquelle une partie importante de la société sera laissée pour compte. Les pouvoirs publics ont, à cet égard, un rôle cardinal à jouer pour le déploiement rapide d'infrastructures conformes aux besoins futurs²¹;

- en ce qui concerne le spectre des radiofréquences, une ressource essentielle notamment pour la 5G (5^e génération des réseaux mobiles), les parties intéressées reconnaissent l'importance de la mise en place rapide d'une connectivité sans fil et du haut débit sans fil, et d'une plus grande souplesse d'accès et d'utilisation du spectre radioélectrique. S'agissant du rôle des ARN et des autorités de gestion du spectre radioélectriques, la majorité des répondants considèrent qu'une réforme institutionnelle est nécessaire « afin d'améliorer la sécurité juridique et l'obligation de rendre des comptes »²²; et
- les autorités nationales soulignent, en particulier, la nécessité de se coordonner davantage entre elles, de simplifier le cadre réglementaire, et de promouvoir l'investissement dans les infrastructures de nouvelle génération²³, c'est-à-dire utilisant des fibres optiques déployées le plus loin possible vers l'utilisateur final.

5. Le 14 septembre 2016, la Commission européenne a proposé de procéder à la révision du *paquet télécom* en présentant deux propositions législatives: (i) une directive établissant le code²⁴ et (ii) un règlement relatif à l'ORECE²⁵, qui se substitue au règlement qui a créé l'ORECE en 2009.

6. Le processus législatif a été particulièrement nourri²⁶. Près de 1.500 amendements ont été proposés au Parlement européen²⁷. De son côté, le Conseil a apporté de nombreuses modifications jusqu'au 4 décembre 2018²⁸. Bien que le code ait été adopté en première lecture, le processus a quand même duré plus de 2 ans.

17. Considérant 3 du code; communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions: Stratégie pour un marché unique du numérique en Europe, Bruxelles, COM (2015) 192, 6 mai 2015; voy. aussi www.ec.europa.eu/digital-single-market/en.

18. Le champ d'application de cette évaluation comprenait, outre les 4 directives examinées dans le code, le règlement n° 1211/2009 de l'ORECE, la décision n° 676/2002/CE sur le spectre radioélectrique, la décision n° 2002/622/CE du groupe politique du spectre radioélectrique et la décision n° 243/2012/UE établissant un programme pluriannuel sur la politique en matière de spectre radioélectrique.

19. Pour plus d'informations sur les arguments avancés par les parties intéressées: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/628310/EPRS_ATAG\(2018\)628310_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/628310/EPRS_ATAG(2018)628310_FR.pdf).

20. Avis de l'ORECE, 10 décembre 2015, disponible: www.berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/opinions/5577-berec-opinion-on-the-review-of-the-eu-electronic-communications-regulatory-framework; avis du RSPG, 29 janvier 2016, disponible: www.rspg-spectrum.eu/wp-content/uploads/2013/05/RSPG16-001-DSM_opinion.pdf.

21. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant le code (refonte), COM/2016/0590 final – 2016/0288 (COD), 12 novembre 2016, (ci-après « proposition de code »), p. 10.

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*

25. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant l'ORECE, COM/2016/0591 final – 2016/0286 (COD), 14 septembre 2016.

26. Au sein du Conseil, les ministres en charge des communications électroniques ont tenu, le 9 juin 2017, un débat d'orientation sur le code qui a essentiellement porté sur le degré de coordination souhaité au sein de l'Union pour atteindre les objectifs ambitieux poursuivis en matière de connectivité (rapport de la réunion du Conseil des 8 et 9 juin 2017, disponible: www.consilium.europa.eu/fr/meetings/tte/2017/06/08-09/). Le projet de rapport du Parlement européen à propos de la proposition de code a été publié le 17 mars 2017 (disponible: www.europarl.europa.eu/doceo/document/ITRE-PR-601017_EN.html?redirect). Le 2 octobre 2017, la Commission de l'industrie, recherche et énergie du Parlement européen (ci-après « Commission ITRE ») a adopté deux rapports, et a voté en faveur de l'ouverture des négociations en trilogue par une décision confirmée lors de la session plénière d'octobre 2017. Les négociations interinstitutionnelles ont abouti, le 6 juin 2018, à l'adoption d'un accord provisoire sur les textes, qui a été approuvé par la Commission ITRE le 10 juillet 2018 (disponible: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593562/EPRS_BRI\(2016\)593562_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593562/EPRS_BRI(2016)593562_EN.pdf)). Le Comité économique et social européen a également donné un avis favorable, le 25 janvier 2017, tout en faisant part de ses regrets à plusieurs égards (avis du Comité économique et social européen sur la proposition de code (J.O.U.E., C. 125, 21 avril 2017)).

27. Résumé du processus législatif à propos de l'adoption du code, 17 mars 2017, disponible: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593562/EPRS_BRI\(2016\)593562_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593562/EPRS_BRI(2016)593562_EN.pdf).

28. Communiqué de presse du Conseil, « une connectivité de meilleure qualité: l'UE adopte une réforme des télécommunications », 705/18, 4 décembre 2018; rapport de la réunion du Conseil du 4 décembre 2018, disponible: www.consilium.europa.eu/fr/meetings/tte/2018/12/04/.

7. Le code a été adopté le 11 décembre 2018²⁹. Il est entré en vigueur le 20 décembre 2018³⁰. Les Etats membres doivent le transposer au plus tard pour le 21 décembre 2020³¹.

8. Nous analyserons ci-dessous les modifications majeures que le code apporte au cadre réglementaire actuel en matière de communications électroniques afin d'en mesurer l'amplitude: le code constitue-t-il une réforme fondamentale du cadre réglementaire actuel ou s'agit-il plutôt d'une simple codification? Cette analyse porte essentiellement sur les objectifs et les définitions (1.), la gouvernance (2.), le régime d'autorisation et de notification (3.), la gestion du spectre radioélectrique (4.), la régulation de l'accès asymétrique et

symétrique (5.), la protection des utilisateurs finaux (6.), le service universel (7.) et le régime des numérotations et des communications d'urgence (8.).

9. A cet égard, il faut rappeler que le code ne remplace pas *ipso facto* l'entière du cadre réglementaire actuel en matière de communications électroniques. Les textes juridiques mentionnés ci-dessus (voy. n° 2) restent d'application malgré l'adoption du code: la directive « concurrence », la décision « spectre radioélectrique », le règlement « itinérance », la directive « BBC » et le règlement « Internet ouvert ». Ceux-ci continuent de compléter le code.

II. CONTENU DU CODE ET MODIFICATIONS APPORTÉES AU CADRE RÉGLEMENTAIRE ACTUEL

1. Objectifs et définitions

a. Objectif de généralisation de l'accès à la connectivité à très haute capacité

10. Le *paquet télécom* de 2002 poursuivait trois objectifs spécifiques: (i) la promotion de la concurrence, (ii) l'achèvement du marché intérieur et (iii) la protection des intérêts des utilisateurs finaux. L'article 3, 2., du code introduit un objectif additionnel de généralisation de l'accès à la connectivité à très haute capacité dans l'ensemble de l'Union, tant pour les réseaux fixes que ceux sans fil. Cette disposition est élaborée en ces termes:

« d) promouvoir les intérêts des citoyens de l'Union, en assurant la connectivité et la disponibilité et la pénétration à grande échelle des réseaux à très haute capacité, y compris les réseaux fixes, mobiles et sans fil, et des services de communications électroniques; en offrant un maximum d'avantages en termes de choix, de prix et de qualité sur la base d'une concurrence effective; en préservant la sécurité des réseaux et services; en assurant un niveau commun élevé de protection des utilisateurs finaux grâce à la réglementation sectorielle nécessaire et en répondant aux besoins, tels que des prix abordables, de groupes sociaux particuliers, notamment les utilisateurs finaux handicapés, les utilisateurs finaux âgés et les utilisateurs finaux ayant des besoins sociaux particuliers, ainsi qu'en assurant un accès et un choix équivalents pour les utilisateurs finaux handicapés ».

11. Cet ajout était attendu. Les consultations du secteur et de l'ORECE ont révélé que la connectivité était « une condition *sine qua non* à la réalisation du marché unique numérique »³². Les consommateurs et les entreprises délaissent de plus en plus la téléphonie *traditionnelle* au profit de services *en ligne*, tels que l'information en nuage (*cloud*), l'Internet des objets et la communication de machine à machine (*M2M*), qui requièrent une bande passante bien plus large³³. Le cadre réglementaire actuel devait être adapté à cette dynamique qui se trouve au cœur du code. Une grande partie des dispositions ont ainsi été modifiées au regard de ce nouvel objectif.

12. Pour autant, il est permis de s'interroger s'il était opportun de fixer, dans la directive, un débit descendant d'au moins 100 Mbps comme objectif à atteindre. Ce pallier risque d'être dépassé rapidement, vu les évolutions technologiques à venir. Cela étant, le code mentionne que ce débit est « d'au moins 100 Mbps », laissant entendre que le seuil pourrait être plus élevé. Par ailleurs, le considérant 24 du code fait référence à la communication de la Commission européenne sur la connectivité pour un marché unique numérique compétitif du 14 septembre 2016. Cette communication souligne que les réseaux devraient être capables de fournir « le haut débit 'ultrarapide' à 100 Mbp/s ou plus »³⁴ (nous soulignons), « pouvant évoluer vers un débit en gigabit »³⁵. Enfin, le code prévoit des mesures visant à promouvoir la 5G. En d'autres termes, le code permettrait une certaine flexibilité à propos du seuil.

²⁹. Directive n° 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le Code des communications électroniques européen (refonte) (*J.O.U.E.*, L. 321, 17 décembre 2018) (ci-après « code »).

³⁰. Art. 126 du code.

³¹. Art. 124 du code.

³². Proposition de code, p. 10.

³³. *Ibid.*, p. 2.

³⁴. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Connectivité pour un marché unique numérique compétitif – Vers une société européenne du gigabit », COM(2016) 587, 14 septembre 2016, p. 15.

³⁵. *Ibid.*, p. 8.

13. Il doit également être constaté que le code élargit le champ des destinataires des objectifs ainsi définis. Outre les Etats membres et les ARN, *les autres autorités compétentes* ainsi que la *Commission européenne*, le *RSPG* et l'*ORECE* sont, à présent, expressément chargés de promouvoir ces objectifs³⁶. Le respect du cadre réglementaire des communications électroniques ne repose donc plus essentiellement sur les Etats membres au travers de leur ARN³⁷. Le code va en effet plus loin. L'article 3, 2., sous b), du code impose à tous les destinataires cités *supra* de contribuer, parmi d'autres objectifs, à promouvoir une « concurrence efficace fondée sur les infrastructures ».

14. Par ailleurs, l'article 3, 4., sous d), du code impose aux ARN et aux autres autorités compétentes de « promouvoir des investissements efficaces et l'innovation dans des infrastructures nouvelles et améliorées, notamment en veillant à ce que toute obligation d'accès tienne dûment compte du risque encouru par les entreprises qui investissent et en permettant diverses modalités de coopération entre les investisseurs et les parties qui recherchent un accès, afin de diversifier le risque d'investissement, tout en veillant à ce que la concurrence sur le marché et le principe de non-discrimination soient respectés ». Or, l'article 76 du code établit un régime de co-investissement entre opérateurs puissants et opérateurs alternatifs. A première lecture, il est permis de s'interroger sur la compatibilité de cette disposition, avec l'objectif d'une concurrence par les infrastructures. Il faut cependant relever que les objectifs énoncés à l'article 3 du code sont énumérés « sans ordre de priorité ».

b. Réseaux de communications électroniques

15. La notion de *réseaux de communications électroniques* est définie à l'article 2, sous a), de la directive « cadre », telle que modifiée en 2009:

« les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources, y compris les éléments de réseau qui ne sont pas actifs, qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radio-

diffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise ».

16. Cette définition visait, pour l'essentiel, les réseaux des opérateurs de communications électroniques *traditionnels*. Depuis 2002, les réseaux de communications électroniques ont connu de profonds changements: (i) la transition en cours vers un environnement *tout IP* (le protocole utilisé sur Internet), (ii) le déploiement progressif de réseaux de nouvelle génération utilisant la fibre optique, (iii) la convergence des réseaux fixes et mobiles, (iv) le développement d'approches techniques innovantes de gestion des réseaux et (v) la virtualisation des fonctions réseau³⁸.

17. L'article 2, 1), du code introduit ainsi une définition plus large:

« les systèmes de transmission, qu'ils soient ou non fondés sur une infrastructure permanente ou une capacité d'administration centralisée et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources, y compris les éléments de réseau qui ne sont pas actifs, qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par la voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise ».

18. Cette définition reflète la volonté du législateur européen de soumettre « tous les réseaux [...] de communications électroniques [...] à un même [code] établi au moyen d'une directive unique »³⁹ (nous soulignons). Celle-ci n'est toutefois pas nouvelle puisque le considérant 5 de la directive « cadre » l'exprimait déjà en ces termes. Le considérant 7 de la directive « concurrence » souligne également que les termes *services et réseaux communications électroniques*, préalablement définis comme *services et réseaux de télécommunications*, sont « indispensables pour tenir compte du phénomène de convergence en regroupant sous une même définition **tous** les services et/ou les réseaux de communications électroniques » (nous soulignons). Cependant, le considérant 7 du code énonce qu'il est souhaitable qu'un seul instrument juridique s'applique à tous les réseaux de communications électroniques.

³⁶. Art. 3, § 1^{er}, al. 1^{er} et § 2^e, al. 1^{er}, du code.

³⁷. Le code reprend le principe établi à l'art. 8, 5., sous d), de la directive « cadre » de 2009, à savoir l'obligation des ARN d'encourager des investissements efficaces en matière d'infrastructures.

³⁸. Proposition de code, p. 2.

³⁹. Considérant 7 du code.

c. Services de communications électroniques

19. La notion de *services de communications électroniques* est définie à l'article 2, sous c), de la directive « cadre » de 2002⁴⁰:

« le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1^{er} de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques ».

20. Définie en des termes positifs et négatifs⁴¹, cette définition comprend, outre les critères de *rémunération* et de *présence sur un réseau de communications électroniques*, la *transmission de signaux* et la *responsabilité* qui découle de cette transmission vis-à-vis des utilisateurs du service par une relation contractuelle. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « C.J.U.E. »), « la circonstance que la transmission du signal a lieu par le truchement d'une infrastructure qui n'appartient pas au prestataire de services est sans pertinence pour la qualification de la nature du service, puisque seul importe à cet égard le fait que ce prestataire est responsable envers les utilisateurs finals de la transmission du signal qui garantit à ces derniers la fourniture du service auquel ils se sont abonnés »⁴². Ceci reflète la « distinction claire entre la production des contenus, impliquant une responsabilité éditoriale, et l'acheminement des contenus, exclusif de toute responsabilité éditoriale, les contenus et leur transmission relevant de réglementations séparées poursuivant des objectifs qui leur sont propres »⁴³. Les considérants 5 de la directive « cadre » et 7 du code le soulignent également. C'est ainsi que la C.J.U.E. a récemment consi-

déré la fonctionnalité *SkypeOut* comme étant un service de communications électroniques au sens de la directive « cadre », au contraire du service de messagerie électronique *Gmail*⁴⁴. Le fait que « Skype [soit] responsable du service VoIP qu'elle rend, moyennant rémunération, à ses clients et abonnés »⁴⁵ a été déterminant dans l'analyse la C.J.U.E. Cette approche, excluant toute référence spécifique aux paramètres techniques et sur laquelle cette définition s'appuie, a été rappelée par le législateur européen dans le cadre de l'adoption du code⁴⁶.

21. Depuis 2009, les opérateurs *traditionnels* de réseaux de communications électroniques font face à des défis, notamment une baisse de revenus et une concurrence accrue de la part de « catégories précédemment inconnues d'acteurs du marché »⁴⁷, par exemple, les prestataires dits de services par contournement (*over the top* ou *OTT*) qui proposent des applications et des services, y compris des services de communications, via l'accès à Internet, et qui « mangeraient » notamment les revenus SMS des opérateurs de communications électroniques. Ces acteurs ne sont pas, dans une large mesure, soumis au cadre réglementaire actuel, ce qui a créé des difficultés pour les concurrencer⁴⁸. Ils n'étaient, par exemple, pas soumis aux dispositions de protection des consommateurs du cadre réglementaire des communications électroniques. Une définition élargie de la notion de services de communications électroniques était donc nécessaire pour assurer un « *level playing field* », c'est-à-dire un environnement dans lequel les fournisseurs peuvent concurrencer à armes égales. Selon le législateur européen, cette notion devrait être basée sur une *approche fonctionnelle* et « couvrir d'autres services qui rendent possible la communication »⁴⁹. Différents types de services peuvent assurer la même fonction de communication et doivent dès lors être réglementés.

22. La nouvelle définition de services de communications électroniques comprend ainsi trois types de *services* « qui peuvent se chevaucher en partie »⁵⁰. L'article 2, 4), du code est rédigé comme suit:

⁴⁰. La directive « cadre » de 2009 n'a pas modifié la définition de services de communications électroniques.

⁴¹. C.J.U.E., 7 novembre 2013, C-518/11, *UPC Nederland*, EU:C:2013:709, pts. 36 et 37. La définition reprise à l'art. 22, sous c), de la directive « cadre » est reprise en des termes équivalents à l'art. 1^{er}, 3., de la directive n° 2002/77/CE de la Commission européenne du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (*J.O.C.E.*, L. 249, 17 septembre 2002).

⁴². C.J.U.E., 30 avril 2014, C-475/12, *UPC DTH*, EU:C:2014:285, pt. 43; C.J.U.E., 5 juin 2019, C-142/18, *Skype*, EU:C:2019:460, pt. 29; C.J.U.E., 13 juin 2019, C-193/18, *Google*, EU:C:2019:498, pt. 32. Cette jurisprudence a été défendue par la Commission européenne devant la Cour AELE dans l'affaire *Fjarskipti hf. / The Icelandic Post and Telecom Administration* (22 décembre 2016, E-6/16, pts. 38 à 41) et par l'ORECE (BoR (16) 35, pp. 12 à 14).

⁴³. C.J.U.E., 7 novembre 2013, C-518/11, *UPC Nederland*, EU:C:2013:709, pt. 41; C.J.U.E., 30 avril 2014, C-475/12, *UPC DTH*, EU:C:2014:285, pt. 36.

⁴⁴. C.J.U.E., 5 juin 2019, C-142/18, *Skype*, EU:C:2019:460; C.J.U.E., 13 juin 2019, C-193/18, *Google*, EU:C:2019:49.

⁴⁵. C.J.U.E., 5 juin 2019, C-142/18, *Skype*, EU:C:2019:460, pt. 40.

⁴⁶. Considérant 15 du code.

⁴⁷. Proposition de code, p. 2.

⁴⁸. Note du Parlement européen sur le projet de réforme de la régulation des communications électroniques, 31 août 2016, disponible: [www.euro-parl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=EPRS_BRI\(2016\)586641](http://www.euro-parl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=EPRS_BRI(2016)586641).

⁴⁹. Considérant 15 du code.

⁵⁰. *Ibid.*

« le service fourni normalement contre rémunération via des réseaux de communications électroniques qui, à l'exception des services consistant à fournir des contenus transmis à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus, comprend les types de services suivants :

- a) un 'service d'accès à l'internet' défini à l'article 2, deuxième alinéa, point 2, du règlement (UE) 2015/2120 [ci-après « IAS »];
- b) un service de communications interpersonnelles; et
- c) des services consistant entièrement ou principalement en la transmission de signaux tels que les services de transmission utilisés pour la fourniture de services de machine à machine et pour la radiodiffusion ».

23. En d'autres termes, bien que l'acheminement de signaux reste « un paramètre important pour déterminer les services qui relèvent du champ d'application du code »⁵¹ (catégorie c), le code vise à couvrir d'autres services qui rendent possible la communication, comme WhatsApp, Gmail, Skype ou Facebook Messenger (catégorie b). En effet, « le fait qu'un fournisseur achemine les signaux lui-même ou que la communication soit assurée via un service d'accès à l'internet n'est pas pertinent du point de vue de l'utilisateur final »⁵². Orienté vers l'avenir des services de communications électroniques, le législateur européen considère que la protection des utilisateurs finaux et de leurs droits doit être similaire lorsqu'ils utilisent tant les services *traditionnels* que ceux *équivalents sur le plan fonctionnel*⁵³. Cette modification devrait influencer, dans une certaine mesure, la jurisprudence actuelle de la C.J.U.E. en la matière. Le service de messagerie électronique *Gmail* devra être considéré comme un service de communications électroniques au sens du code et devrait donc être soumis aux réglementations nationales dans chaque Etat membre.

24. Concrètement, pour relever de la définition de services de communications électroniques, un service doit normalement être fourni contre rémunération⁵⁴, un critère qui existait déjà dans la directive « cadre » et qui s'applique à tout type de service établi dans le code. Ceci englobe « les situations dans lesquelles l'exposition de l'utilisateur final à des publicités conditionne son accès au service, ou encore les situa-

tions dans lesquelles le fournisseur de services monnaie les données à caractère personnel qu'il a recueillies conformément au règlement [RGPD] »⁵⁵. Selon la C.J.U.E., il y a en effet rémunération « si le fournisseur de services est rétribué par un tiers et non par le bénéficiaire du service »⁵⁶. Cette condition fait écho à la valeur monétaire des informations relatives aux utilisateurs dans l'économie numérique. Selon le législateur européen, les services de communications électroniques sont souvent fournis à l'utilisateur final en échange d'une somme d'argent, « mais de plus en plus en échange notamment de la fourniture de données à caractère personnel ou d'autres données »⁵⁷.

25. S'agissant de la notion de *services de communications interpersonnelles*, l'article 2, 5), du code la définit comme suit:

« un service normalement fourni contre rémunération qui permet l'échange interpersonnel et interactif direct d'informations via des réseaux de communications électroniques entre un nombre fini de personnes, par lequel les personnes qui amorcent la communication ou y participent en déterminent le ou les destinataires et qui ne comprend pas les services qui rendent possible une communication interpersonnelle et interactive uniquement en tant que fonction mineure accessoire intrinsèquement liée à un autre service ».

26. Ces services de communications électroniques interpersonnelles englobent deux sous-catégories:

- un service *fondé* sur la numérotation, qui est défini à l'article 2, 6), du code comme « un service de communications interpersonnelles qui établit une connexion à des ressources de numérotation attribuées publiquement, c'est-à-dire un numéro ou des numéros figurant dans des plans nationaux ou internationaux de numérotation ou qui permet la communication avec un numéro ou des numéros figurant dans des plans nationaux ou internationaux de numérotation »⁵⁸; et
- un service *non* fondé sur la numérotation, qui est défini à l'article 2, 7), du code comme « un service de communications interpersonnelles qui n'établit pas de connexion à des ressources de numérotation attribuées publiquement, c'est-à-dire un numéro ou des numéros figurant dans des plans nationaux ou internationaux

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

54. Ce critère, déjà existant dans la définition établie dans la directive « cadre », a été maintenu dans le code. Celui-ci est commun aux 3 types de service de communications électroniques définis dans le code.

55. Considérant 16 du code.

56. *Ibid.* C.J.C.E., 26 avril 1988, C-352/85, *Bond van Adverteerders*, EU:C:1988:196.

57. *Ibid.*

58. Au considérant 18 du code, le législateur européen souligne que « les services de communications interpersonnelles fondés sur la numérotation comprennent à la fois les services auxquels des numéros d'utilisateur final sont attribués aux fins d'assurer la connectivité de bout en bout et les services permettant aux utilisateurs finaux de joindre les personnes auxquelles ces numéros ont été attribués. La simple utilisation d'un numéro comme identifiant ne devrait pas être considérée comme étant équivalente à l'utilisation d'un numéro pour se connecter aux numéros attribués publiquement et ne devrait, dès lors, pas être considérée en soi comme étant suffisante pour qualifier un service de service de communications interpersonnelles fondé sur la numérotation ».

de numérotation, ou qui ne permet pas la communication avec un numéro ou des numéros figurant dans des plans nationaux ou internationaux de numérotation ».

27. Les services de communications interpersonnelles couvrent, selon le législateur européen, uniquement les communications entre un nombre fini, c'est-à-dire « un nombre qui n'est pas potentiellement illimité de personnes physiques et qui est déterminé par l'émetteur de la communication »⁵⁹. Les communications électroniques impliquant des personnes morales sont considérées comme un service (i) lorsque des personnes physiques agissent pour le compte de ces personnes morales ou (ii) lorsque ces dernières participent à la communication au moins d'un côté⁶⁰. Tous les prestataires de services transmettant des signaux ne sont donc pas couverts par le code. En effet, la radiodiffusion linéaire, la vidéo à la demande, les sites internet, les réseaux sociaux, les blogs ou l'échange d'informations entre machines, ne sont pas des services de communications interpersonnelles⁶¹.

28. Tel est également le cas pour tout service dont la fonction de communication interpersonnelle et interactive est « une caractéristique 'mineure' et 'purement accessoire' d'un autre service et, pour des raisons techniques objectives, ne peut être utilisée sans ce service principal, et son intégration n'est pas un moyen de contourner l'applicabilité des règles régissant les services de communications électroniques »⁶². Le législateur européen favorise une interprétation stricte du caractère mineur. Une caractéristique est donc mineure « lorsque son utilité objective pour un utilisateur final est très limitée et qu'elle est en réalité à peine utilisée par les utilisateurs finaux, par exemple un canal de communication dans un jeu en ligne, en fonction des caractéristiques de la fonction de communication du service »⁶³.

29. Chaque type de services n'est toutefois pas soumis à la totalité des dispositions du code. Par exemple, de nombreuses dispositions relatives aux utilisateurs finaux ne s'appliquent qu'aux IAS et aux services de communications interpersonnelles *fondés* sur la numérotation⁶⁴. Les services de communications interpersonnelles *non* fondés sur la numérotation ne sont donc soumis à des obligations que « lorsque des intérêts d'ordre public nécessitent l'application d'obligations de régulation spécifiques à tous les types de services de communications interpersonnelles, qu'ils utilisent ou non des numéros »⁶⁵. Ceci concerne essentiellement les dispositions en matière de sécurité inscrites au Titre V du code.

30. Le législateur européen a également décidé de conserver la distinction qui existe actuellement entre la réglementation des réseaux et des services de communications électroniques, et celle de leurs contenus. Le code ne s'applique pas « aux contenus des services fournis sur les réseaux de communications électroniques à l'aide de services de communications électroniques, tels que les contenus radiodiffusés, les services financiers et certains services de la société de l'information, et est sans préjudice des mesures relatives à ces services qui sont prises au niveau de l'Union ou au niveau national, conformément au droit de l'Union »⁶⁶.

31. Ceci ne veut toutefois pas dire que des obligations supplémentaires ne puissent être imposées à une entreprise en ce qui concerne son activité de fournisseur ou de distributeur de contenus, conformément à des dispositions autres que celles du code. En effet, « la séparation entre la réglementation des communications électroniques et la réglementation des contenus ne porte pas atteinte à la prise en compte des liens qui existent entre eux, notamment pour garantir le pluralisme des médias, la diversité culturelle et la protection du consommateur. Dans les limites de leurs compétences, les autorités compétentes devraient contribuer à la mise en œuvre de politiques visant à promouvoir ces objectifs »⁶⁷.

2. Gouvernance

32. Dans sa proposition de 2016, la Commission européenne souligne que la gouvernance envisagée vise à octroyer « un ensemble minimal de compétences harmonisées aux ARN et l'harmonisation des tâches de l'ORECE et des ARN, ainsi que la mise en adéquation substantielle de la structure de gouvernance de l'ORECE avec l'approche commune sur les agences décentralisées »⁶⁸. Le législateur européen a suivi cette proposition.

33. D'une part, l'article 5 du code prévoit une liste non exhaustive des tâches qui sont explicitement confiées à l'ARN comme (i) la régulation des entreprises puissantes sur le marché et (ii) le calcul du coût net de la fourniture du service universel. Certaines tâches, notamment en matière de gestion du spectre radioélectrique, peuvent être attribuées à d'autres autorités compétentes pour l'organisation desquelles le code laisse plus de marge de manœuvre aux États membres. A cet égard, le code renvoie fréquemment aux autres autorités nationales compétentes qui doivent aussi

^{59.} Considérant 17 du code.

^{60.} *Ibid.*

^{61.} *Ibid.*

^{62.} *Ibid.*

^{63.} *Ibid.*

^{64.} Proposition de code, pp. 13 et 21. Ceci reflète la volonté de la Commission européenne.

^{65.} *Ibid.* Ce volet concerne plus particulièrement les dispositions en matière de sécurité prévues à l'art. 40 du code.

^{66.} Considérant 7 du code.

^{67.} *Ibid.*

^{68.} Proposition de code, pp. 14 et 15.

respecter le cadre réglementaire des communications électroniques (voy., p. ex., art. 3 et 86 du code).

34. D'autre part, l'ORECE se voit confier « un rôle important pour aider les pays de l'UE à déployer des réseaux à très haute capacité et contribuera à l'application sans heurt des mesures de régulation prévues dans le code »⁶⁹. Le législateur européen n'a donc pas suivi la proposition de la Commission européenne qui prévoyait des tâches supplémentaires, notamment quelques tâches normatives et consultatives en ce qui concerne les mesures correctrices⁷⁰. Ensuite, la Commission européenne bénéficie de pouvoirs normatifs généraux complémentaires dans certains domaines⁷¹, tandis que le RSPG a considérablement gagné en importance, et se voit maintenant explicitement reconnu dans le code, notamment en ce qui concerne la gestion du spectre radioélectrique (voy. *infra*), même si institutionnellement parlant il reste un simple organe consultatif de la Commission.

a. Rôle étendu de l'ORECE

35. Parallèlement au code, le législateur européen a souhaité adopter un nouveau règlement relatif à l'ORECE qui est entré en vigueur le 20 décembre 2018⁷². L'ORECE regroupe les ARN au niveau de l'Union. Sa mission principale est d'assister la Commission européenne et les ARN dans la mise en œuvre des règles de l'Union en matière de communications électroniques afin d'en garantir la cohérence. La structure de l'ORECE demeure inchangée et comporte deux organes principaux: l'*Office* – véritable agence de l'Union qui dispose de la personnalité juridique – fournit un soutien administratif (et est situé à Riga, Lettonie), tandis que le *Conseil des régulateurs* de l'ORECE est constitué des « directeurs exécutifs » des ARN⁷³. La Commission européenne ne peut assister aux réunions du Conseil des régulateurs qu'en tant qu'observatrice et donc sans droit de vote, mais dispose d'un représentant à haut niveau avec droit de

vote au sein du Conseil d'administration (à ne pas confondre avec le Conseil des régulateurs) de l'Office de l'ORECE.

36. Le travail de fond est assuré par le Conseil des régulateurs. Il publie, par exemple, des lignes directrices sur l'étude géographique à l'intention des ARN⁷⁴. Il est également responsable de l'élaboration d'approches communes pour fournir des opinions validées par des pairs sur les projets de mesures nationales concernant l'assignement du spectre ou sur les litiges transfrontaliers⁷⁵.

37. Par rapport au cadre réglementaire de 2002 et de 2009, les compétences du Conseil des régulateurs sont élargies en matière d'analyse de marché et de régulation de la puissance sur le marché, conformément aux articles 65 et 66 du code. Il peut (i) coopérer avec la Commission européenne à l'adoption d'une décision recensant les marchés transnationaux, (ii) déterminer la demande transnationale des utilisateurs finaux pour certains services (même lorsque les marchés conservent un caractère national ou subnational) et (iii) adopter des lignes directrices à l'intention des ARN pour répondre à cette demande. Lorsque les ARN imposent des mesures correctrices qui peuvent contribuer à satisfaire cette demande transnationale, celles-ci doivent arrêter des approches communes sur base de ces lignes directrices.

b. Pouvoir de sanction des ARN

38. Les articles 29 et 30 du code habilitent les Etats membres à permettre aux ARN et aux autres autorités compétentes d'imposer des astreintes, le cas échéant, avec un *effet rétroactif*⁷⁶. Le code ne l'impose toutefois pas. Ce pouvoir de sanction n'est pas nouveau. L'article 10 de la directive « autorisation » le prévoyait déjà. Toutefois, son champ d'application est élargi. Il s'applique au non-respect des conditions de l'autorisation ou des droits d'utilisation du spectre

69. Communiqué de presse du Conseil, « les Etats membres approuvent une réforme des télécommunications pour favoriser une connectivité de meilleure qualité et plus rapide en Europe », 29 juin 2018, disponible: www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/06/29/telecoms-reform-to-bolster-better-and-faster-connectivity-across-eu-approved-by-member-states/.

70. *Ibid.*, p. 15.

71. *Ibid.*

72. Art. 52 du règlement (UE) n° 2018/1971 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) et l'Agence de soutien à l'ORECE (Office de l'ORECE), modifiant le règlement (UE) n° 2015/2120 et abrogeant le règlement (CE) n° 1211/2009 (*J.O.U.E.*, L. 321, 17 décembre 2018) (ci-après « règlement ORECE »). L'ORECE a été créé en 2010 par le règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office (*J.O.U.E.*, L. 337, 18 décembre 2009).

73. La proposition de code visait pourtant à créer une véritable agence de l'Union, composée d'un seul conseil d'administration. Celui-ci aurait été constitué d'un représentant de chaque Etat membre et de représentants de la Commission européenne. Chaque membre aurait disposé d'un droit de vote. Il aurait été habilité à prendre des décisions réglementaires et les décisions administratives et financières qui en découlent. En particulier, le conseil d'administration aurait bénéficié de pouvoirs contraignants (art. 63 de la proposition de code).

74. Art. 16 règlement ORECE.

75. *Ibid.*

76. L'art. 29, 1., du code établit un *régime général* de sanctions, y compris d'amendes et astreintes en cas de violations (i) des dispositions nationales adoptées en vertu du code ou (ii) de toute décision contraignante adoptée par la Commission européenne, les ARN ou les autres autorités compétentes en application du code. Ce régime général doit néanmoins être établi *dans les limites du droit national* et être *approprié, effectif, proportionné et dissuasif*. L'art. 30, 3., du code établit un *régime spécifique* d'astreintes dans le cadre du contrôle des conditions de l'autorisation générale ou des droits d'utilisation du spectre radioélectrique et des ressources de numérotation et respect des obligations spécifiques (comme par exemple en matière de service universel et d'accès aux infrastructures). Ces astreintes peuvent avoir un effet rétroactif.

radioélectrique et des ressources de numérotation et des obligations spécifiques.

39. En droit belge, il est aujourd'hui admis qu'une autorité administrative puisse imposer des astreintes, pour autant qu'il existe un recours de pleine juridiction⁷⁷. L'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après « IBPT ») ne dispose pas, à ce jour, de pouvoirs d'astreintes. Le code est actuellement en phase de transposition en Belgique, malgré la transposition de la directive « autorisation » de 2009 en droit belge. L'IBPT pourrait donc être habilité à adopter de telles astreintes dans le futur.

40. Plus problématique est la question de la rétroactivité. Premièrement, la rétroactivité semble être en contrariété avec le concept d'astreinte. En effet, une astreinte vise à inciter une personne à faire ou ne pas faire quelque chose, par hypothèse dans le futur. Elle n'a pas pour objet de sanctionner un comportement passé. Or, la rétroactivité fait nécessairement référence au passé. Deuxièmement, en droit belge, la rétroactivité constitue l'exception. Elle est possible, mais elle doit être justifiée⁷⁸. Le législateur belge doit encore se prononcer à cet égard.

c. Analyses de marché et rôle des ARN

41. Le code maintient très largement les trois étapes de la régulation de la puissance sur le marché (c.-à-d. de la dominance) mise en place par la directive « cadre »: (i) la détermination (au niveau européen et national) des marchés pertinents pour une régulation, c'est-à-dire des marchés qui présentent un problème de concurrence, (ii) l'analyse des marchés afin de désigner (ou non) une entreprise puissante et (iii) l'imposition des obligations réglementaires appropriées. Aujourd'hui prescrite à l'article 67 du code, la procédure d'analyse de marché n'a donc pas été modifiée substantiellement.

42. Cependant, le délai pour réaliser une telle analyse a été étendu afin de permettre aux opérateurs de planifier à plus long terme, et de doter les ARN d'une plus grande flexibilité en ce qui concerne le calendrier des analyses de marché⁷⁹. Le délai est ainsi porté de 3 ans à 5 ans à compter de l'adoption

de l'analyse de marché précédente (art. 67, 5., a)), et d'1 an à 3 ans à compter de l'adoption d'une nouvelle recommandation pour les marchés non préalablement notifiés à la Commission européenne (art. 67, 5., b)). Cet article ne prévoit toutefois pas de régime transitoire. De manière générale, le code n'établit d'ailleurs pas de régime transitoire. S'agissant des décisions d'analyse de marché en cours de validité, il en reviendra donc aux Etats membres de légiférer, moyennant la prise en compte de l'obligation de réaliser une analyse de marché à intervalles réguliers, en vertu de cet article 67 du code et réitéré au considérant 175 du code⁸⁰. Ces modifications apportées par le code sont très utiles, vu l'approche formaliste que la cour d'appel de Bruxelles, section Cour des marchés, a suivie quant à la validité temporelle des décisions d'analyse de marché des régulateurs belges⁸¹.

43. En cas de dépassement du délai de validité des analyses de marché, le code ne prévoit toutefois pas de sanction, même si les Etats membres restent soumis à une procédure en manquement en vertu de l'article 256 TFUE. Tout d'abord, « le fait qu'une autorité de régulation nationale ne respecte pas l'obligation de réaliser à intervalles réguliers une analyse de marché prévue par la présente directive ne devrait pas être considéré en soi comme un motif d'invalidité ou d'inapplicabilité des obligations existantes imposées par l'autorité de régulation nationale sur le marché en question »⁸². Ensuite, l'article 67, 5., du code ne prévoit pas de sanction applicable aux ARN. De manière plus générale, seul l'article 29 du code impose un régime de sanction qui est toutefois mis en œuvre par les ARN. Cet article ne s'applique donc pas aux manquements des ARN. Enfin, selon l'article 67, 6., du code, les ARN recourent à l'assistance de l'ORECE lorsqu'elles ne peuvent pas achever (une disposition ajoutée par le législateur européen) ou qu'elles n'ont pas achevé leur analyse de marché dans le délai fixé à l'article 67, 5., du code. Le législateur européen considère que « cette assistance pourrait, par exemple, prendre la forme d'une équipe de travail spécifique composée de représentants d'autres autorités de régulation nationales »⁸³.

44. L'article 67, 1., du code impose également aux ARN d'effectuer des consultations préalables, l'une nationale, l'autre européenne. D'une part, en vertu de l'article 23 du

^{77.} Les autorités administratives fédérales belges suivantes sont habilitées à infliger des astreintes: (i) l'Autorité belge de la concurrence (art. IV-70 et s. CDE), (ii) la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (art. 31 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité), (iii) la Banque Nationale de Belgique (art. 346, § 1^{er}, de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse) et (iv) l'Autorité des services et marchés financiers (art. 23, § 5, de la loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et portant des dispositions diverses).

^{78.} Le fondement de l'interdiction de la rétroactivité des actes administratifs découle du principe général de droit et non de l'art. 2 du Code civil (P. LEWALLE, « Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps », *Presses universitaires de l'U.Lg.*, 1975, p. 146). Ce principe découle de l'art. 2 du Code pénal (C.A., 30 juin 1999, n° 76/99, B.4.3.; Cass., 21 février 1995, *Pas.*, 1995; Cass., 6 octobre 1999, *Pas.*, 1999).

^{79.} Proposition de code, p. 18.

^{80.} Art. 67 et considérant 175 du code.

^{81.} Voy., p. ex., Bruxelles, 25 octobre 2017, 2014/AR/331, p. 52.

^{82.} Considérant 177 du code.

^{83.} Considérant 175 du code.

code, la consultation des parties intéressées doit avoir lieu avant l'adoption de mesures ou de restrictions. Ainsi, les parties intéressées peuvent présenter leurs observations sur le projet de mesure dans un délai raisonnable, compte tenu de la complexité du dossier, au minimum dans un délai de 30 jours. D'autre part, l'article 32, 3., du code impose une consultation simultanée de la Commission européenne, de l'ORECE et des ARN des autres Etats membres. L'article 67, 1., du code impose également aux ARN de coopérer, le cas échéant, avec l'autorité nationale de la concurrence, en Belgique, l'Autorité belge de la concurrence (ci-après « ABC »), lorsqu'elle effectue une analyse de marché. Le code n'apporte toujours pas de réponse à la manière dont les consultations devraient être mise en place, ce qui est regrettable. Des consultations parallèles permettraient, par exemple, de remédier à la lourdeur administrative actuelle.

d. Cas d'application de régulation des marchés: les tarifs de terminaison d'appel vocal

45. La terminaison d'appel vocal, c'est-à-dire l'acheminement vers l'utilisateur final d'un appel venant d'un autre réseau, est un marché de nature monopolistique qui est régulé dans tous les Etats membres. Au titre de la première étape de la régulation de la puissance sur le marché, la Commission européenne doit, selon l'article 15 de la directive « cadre » et aujourd'hui l'article 64 du code, adopter une recommandation⁸⁴ sur les marchés pertinents de produits et de services. Cette recommandation recense les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives particulières, sans préjudice des marchés qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. La Commission européenne définit les marchés en accord avec les principes du droit de la concurrence. Cette recommandation doit être mise à jour régulièrement.

46. La Commission européenne a adopté 3 recommandations de ce type. La recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003⁸⁵ a identifié la terminaison d'appel sur les réseaux fixes et mobiles parmi les marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*. La Commission européenne a confirmé dans sa recommandation du 17 décembre 2007⁸⁶ que ces marchés continuaient à présenter les caractéristiques justifiant une régulation *ex ante*. La liste des marchés pertinents susceptibles d'être régulés *ex ante* a été mise à jour en 2014. Dans sa recommandation du 9 octobre 2014⁸⁷, la Commission européenne a confirmé que les marchés de la terminaison d'appels fixe et mobile justifient une régulation, vu leur nature monopolistique.

47. Chaque réseau individuel est considéré comme constituant un marché en soi vu que la terminaison d'appels vers un abonné spécifique n'est pas substituable par la terminaison d'un appel vers un abonné sur un autre réseau. Et sur ce marché et réseau spécifique, l'opérateur qui le contrôle est donc considéré comme disposant d'une puissance significative. En vue d'harmoniser les approches des ARN en ce qui concerne les obligations imposées à cet opérateur, en particulier en matière de tarifs, la Commission européenne a adopté le 7 mai 2009 une recommandation en vue de favoriser l'application de remèdes tarifaires cohérents et harmonisés sur les marchés de la terminaison⁸⁸. Il est recommandé d'utiliser un modèle de coûts de « type *LRIC pur* », c'est-à-dire basé sur les coûts incrémentaux à long terme (*Long Run Incremental Costs*). L'utilisation d'un tel modèle doit se traduire par une diminution drastique des charges de terminaison, dans l'intérêt de la concurrence et des utilisateurs finaux. Cependant, malgré le processus d'harmonisation mis en place au niveau européen, d'importantes divergences subsistent dans les modèles de coût utilisés par les différents ARN. Ainsi, le prix continue de varier du simple au triple d'un Etat membre à l'autre.

48. Dans ce contexte, l'article 75 du code portant sur les « tarifs de terminaison d'appel » introduit deux modifications majeures qui visent à alléger la charge administrative

84. En vertu de l'art. 288 TFUE, une recommandation n'est pas contraignante. Cependant, selon une jurisprudence constante de la C.J.U.E., les recommandations ont des effets juridiques en ce que les juges nationaux doivent les prendre en compte en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis (C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-28/15, *Koninklijke KPN*, EU:C:2016:692, pts. 41 et 42).

85. Recommandation n° 2003/311/CE de la Commission européenne du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive n° 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (*J.O.C.E.*, L. 114, 8 mai 2003).

86. Recommandation n° 2007/879/CE de la Commission européenne du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive n° 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (*J.O.C.E.*, L. 344, 28 décembre 2007).

87. Recommandation n° 2014/710/UE de la Commission européenne du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive n° 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (*J.O.U.E.*, L. 295, 11 octobre 2014).

88. Recommandation n° 2009/396/CE de la Commission européenne du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'UE (*J.O.U.E.*, L. 124, 20 mai 2009).

pesant sur les ARN et à résoudre le problème de la variation des prix. Tout d'abord, la méthodologie pour fixer des tarifs de terminaison d'appel vocal est, à présent, prévu dans le code lui-même, et non plus dans une *simple* recommandation. Ensuite, il est demandé à la Commission européenne d'adopter un acte délégué⁸⁹, fixant un plafond tarifaire applicable à tous les marchés nationaux. L'acte délégué que la Commission européenne est tenue d'adopter, devrait donc remédier aux divergences réglementaires existantes. Les ARN pourront ainsi concentrer leurs efforts sur l'analyse des marchés du haut débit les plus complexes et sur les mesures correctrices non tarifaires, comme l'obligation de non-discrimination.

3. Entrée sur le marché: procédures d'autorisation et de notification

49. L'article 12 du code régit la procédure d'autorisation générale applicable aux réseaux et aux services de communications électroniques. Son paragraphe 1. prévoit que:

« 1. Les Etats membres garantissent la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques, sous réserve des conditions fixées dans la présente directive. A cette fin, les Etats membres n'empêchent pas une entreprise de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques, sauf lorsque cela est nécessaire pour les raisons énoncées à l'article 52, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Toute restriction de ce type apportée à la liberté de fournir des réseaux et services de communications électroniques est dûment motivée et est notifiée à la Commission. »

En d'autres termes, lorsqu'un Etat membre considère qu'une exigence de notification est justifiée pour des entreprises soumises à une autorisation générale (et aux conditions qui la constituent selon l'art. 13 du code et son annexe I, A-C), il peut uniquement imposer à ces entreprises de soumettre une notification à l'ARN concernée. Une décision expresse ou tout autre acte administratif de cette autorité avant d'exercer les droits découlant de l'autorisation générale est interdit.

50. Malgré les modifications apportées à l'article 12 du code, la procédure d'autorisation générale reste un chantier non harmonisé. Les Etats membres peuvent toujours requérir une notification auprès des ARN. La Commission européenne avait pourtant proposé un système où les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques devaient soumettre une notification unique à l'ORECE⁹⁰. L'article 12, 4., du code limite toutefois les informations que les Etats membres peuvent requérir des

fournisseurs de réseaux et de services électroniques lorsqu'ils soumettent une notification, ce qui harmonise, dans une certaine mesure, le système au niveau de l'Union.

4. Gestion du spectre radioélectrique: une ressource essentielle pour fournir des réseaux et services

51. Le spectre radioélectrique (ou des radiofréquences) est un bien public ayant une importante valeur sociale, culturelle et économique. De manière générale, la réforme des dispositions portant sur la gestion du spectre vise à améliorer la cohérence dans la pratique des Etats membres, soit en établissant des conditions harmonisées pour l'utilisation des radiofréquences, soit en élargissant les compétences d'exécution de la Commission européenne. En particulier, les ARN (ou d'autres autorités compétentes auxquelles de telles tâches sont confiées par un Etat membre) sont compétentes (i) pour réguler les aspects commerciaux et économiques de l'assignation du spectre qui portent sur les services de communications électroniques, et (ii) pour décider d'imposer des mesures exceptionnelles relatives au partage du réseau et/ou du spectre et à l'itinérance nationale en vue de couvrir les zones oubliées en termes de connectivité. Leurs actions dans ce domaine doivent être basées sur une analyse économique et concurrentielle rigoureuse des marchés.

a. Objectifs et principes généraux

52. L'article 45 du code précise davantage les objectifs et principes généraux que les Etats membres sont tenus de respecter dans le cadre de la gestion du spectre au niveau national. Ils doivent veiller à promouvoir les éléments suivants:

- la cohérence et la proportionnalité dans les procédures d'autorisation;
- l'importance d'assurer une couverture appropriée;
- la prévention du brouillage transfrontalier ou préjudiciable;
- l'établissement du principe *use it or lose it*, c'est-à-dire l'utilisation obligatoire sous peine de perte définitive; et
- la promotion d'une utilisation partagée, du négoce et de la location du spectre.

53. Le paragraphe 3. de l'article 45 du code prévoit un mécanisme qui permet d'utiliser des radiofréquences harmonisées alternatives de manière temporaire s'il existe un manque de demande sur le marché national ou régional pour une utilisation de la bande concernée selon l'harmonisation, et ce

⁸⁹. Un acte délégué est un acte d'exécution adopté par la Commission européenne sur la base d'une délégation octroyée dans le texte d'un acte législatif européen, c.-à-d. un acte juridiquement contraignant qui permet à la Commission européenne de compléter ou de modifier des éléments non essentiels des actes législatifs de l'Union, p. ex. pour définir des mesures détaillées. Le pouvoir de la Commission européenne est strictement limité en vertu de l'art. 290 TFUE. Cet acte délégué peut revêtir une des formes énoncées à l'art. 288 TFUE.

⁹⁰. Proposition de code, pp. 14, 15 et 23.

moyennant le respect des conditions suivantes:

- a) « l'absence de demande du marché pour l'utilisation d'une telle bande procède d'un constat établi sur la base d'une consultation publique conformément à l'article 23, comprenant une évaluation prospective de la demande du marché;
- b) cette utilisation alternative n'empêche pas ou n'entrave pas la disponibilité ou l'utilisation d'une telle bande dans d'autres Etats membres; et
- c) l'Etat membre concerné tient dûment compte de la disponibilité ou de l'utilisation à long terme d'une telle bande dans l'Union et des économies d'échelle en matière d'équipements résultant de l'utilisation du spectre radioélectrique harmonisé dans l'Union ».

54. Si ces conditions sont satisfaites, l'Etat membre concerné prend une décision autorisant cette utilisation alternative. Il informe la Commission européenne et les autres Etats membres de cette décision ainsi que de ses motifs et des conclusions des réexamens éventuels. Cette décision fait l'objet d'un réexamen périodique ou d'un réexamen sur demande motivée, adressée par un utilisateur potentiel à l'autorité compétente en vue de l'utilisation de la bande, conformément à la mesure technique d'application.

b. Procédures d'utilisation du spectre

55. Afin d'assurer une assignation cohérente des droits individuels d'utilisation du spectre aux entreprises demanderes, le code prévoit deux procédures:

- une *procédure d'évaluation par les pairs* dans le cadre de laquelle le RSPG (la Commission européenne avait pourtant proposé qu'elle relève de la compétence de l'ORECE⁹¹) examine les aspects de régulation concernant le marché et l'économie des projets nationaux d'assignation du spectre, et rend des avis non contraignants (art. 35 du code); et
- une *procédure harmonisée d'assignation* assortie de conditions également harmonisées (art. 36 du code) dans le cadre de laquelle les Etats membres ne peuvent pas imposer d'autres conditions, ni de critères ou de procédures supplémentaires susceptibles de restreindre, de modifier ou de retarder la bonne mise en œuvre de la procédure commune d'assignation de ce spectre à une entreprise donnée.

56. Afin, notamment, de résoudre les problèmes de brouillage transfrontalier, les Etats membres doivent tra-

vailer ensemble et avec le RSPG⁹². La Commission européenne bénéficie, à cet égard, de compétences d'exécution pour arrêter des mesures contraignantes visant à régler les litiges transfrontières, en tenant le plus grand compte des conseils du RSPG.

57. L'article 46 du code établit un *régime d'autorisation générale* pour l'utilisation du spectre, par opposition à celui de licence individuelle (« droit individuel d'utilisation »). L'autorisation générale peut aussi couvrir l'utilisation partagée. L'octroi de droits d'utilisation individuels du spectre doit être justifié par les Etats membres et est donc limité « aux situations dans lesquelles de tels droits sont nécessaires pour maximiser l'efficacité de cette utilisation en fonction de la demande et en tenant compte [des critères suivants] »:

- a) « des caractéristiques spécifiques du spectre radioélectrique concerne;
- b) de la nécessité d'assurer la protection contre le brouillage préjudiciable;
- c) du développement de conditions de partage du spectre radioélectrique fiables, le cas échéant;
- d) de la nécessité d'assurer la qualité technique des communications ou du service;
- e) des objectifs d'intérêt général fixés par les Etats membres conformément au droit de l'Union;
- f) de la nécessité de préserver l'utilisation efficace du spectre radioélectrique »⁹³.

58. Les articles 48 à 55 du code ciblent les aspects essentiels des droits d'utilisation individuels du spectre:

- les durées minimales des licences sont portées à au moins 20 ans⁹⁴;
- la procédure de négoce et de location du spectre est simplifiée⁹⁵;
- les critères objectifs d'utilisation sont fondés sur les principes du droit de la concurrence pour les mesures de promotion de la concurrence, telles que (i) l'imposition de plafonds d'utilisation du spectre, (ii) la réservation du spectre pour les nouveaux entrants et (iii) les obligations d'octroi de l'accès de gros⁹⁶;
- les procédures visent à accroître la cohérence et la prévisibilité lors de l'octroi et du renouvellement des droits individuels d'utilisation du spectre⁹⁷; et
- le rôle répressif des autorités nationales est davantage renforcé. Les conditions applicables aux restrictions ou au retrait des droits existants sont plus strictes. Le recours à une solution de type *use it or lose it* est ainsi promue.

⁹¹. Proposition de code, p. 15.

⁹². Art. 28 du code.

⁹³. Art. 46, 1., al. 2, du code.

⁹⁴. Il s'agit de 15 ans (art. 49, 2., al. 2, du code) et de 5 ans (art. 49, 2., al. 1^{er}, du code).

⁹⁵. Art. 51 du code.

⁹⁶. Art. 52 du code.

⁹⁷. Art. 53 à 55 du code.

59. L'article 37 du code permet aux Etats membres de réagir à l'intérêt manifesté par les acteurs du marché et de faciliter les procédures volontaires d'assignation paneuropéennes ou plurinationales. Lorsqu'ils conçoivent la procédure d'autorisation conjointe, les Etats membres peuvent prendre en considération les critères suivants:

- a) « les procédures d'autorisation nationales individuelles sont engagées et mises en œuvre par les autorités compétentes conformément à un calendrier adopté d'un commun accord;
- b) elle prévoit, le cas échéant, des conditions et procédures communes pour la sélection et l'octroi de droits d'utilisation individuels du spectre radioélectrique dans les Etats membres concernés;
- c) elle prévoit, le cas échéant, des conditions communes ou comparables dont doivent être assortis les droits d'utilisation individuels du spectre radioélectrique dans les Etats membres concernés, permettant, entre autres, d'assigner aux utilisateurs des blocs similaires du spectre radioélectrique;
- d) elle est ouverte à tout moment à d'autres Etats membres, jusqu'à ce que la procédure d'autorisation conjointe ait été menée à bien »⁹⁸.

c. Conditions d'accès au Wifi

60. L'article 56 du code simplifie les conditions d'accès au Wifi. Cette volonté de simplification vise à répondre à la demande exponentielle de connectivité et de déploiement, ainsi que de fourniture d'accès à haut débit sans fil de faible puissance (petites cellules). Ceci vise *in fine* à réduire les coûts de déploiement des réseaux très denses. En vertu de l'article 56, 1., du code, les autorités compétentes autorisent la fourniture de l'accès, par l'intermédiaire de RLAN, à un réseau de communications électroniques public, ainsi que l'utilisation du spectre⁹⁹ pour assurer cette fourniture. Ces compétences s'appliquent sous réserve du respect des conditions prescrites en matière d'autorisation générale de l'utilisation du spectre, visées à l'article 46, 1., du code.

d. Déploiement des réseaux 5G

61. En vertu de l'article 57, 1., du code, les autorités compétentes ne peuvent pas limiter indûment le déploiement de points d'accès sans fil à portée limitée¹⁰⁰, c'est-à-dire en fait

le déploiement des réseaux 5G. Les règles régissant le déploiement de points d'accès sans fil à portée limitée doivent être cohérentes sur le plan national et être publiées avant leur application. Les Etats membres ne peuvent pas adopter de contraintes additionnelles. En effet, la Commission européenne est compétente pour fixer, par la voie d'actes d'exécution, les caractéristiques physiques et techniques des points d'accès sans fil à portée limitée. Lorsque ces points respectent ces caractéristiques, les autorités nationales ne peuvent – sauf exception – pas subordonner le déploiement à un permis d'urbanisme individuel ou à d'autres autorisations individuelles antérieures. En d'autres termes, en principe aucun permis d'urbanisme n'est nécessaire pour mettre en place les antennes 5G¹⁰¹.

62. Cette nouvelle disposition risque de soulever des débats animés en Belgique, singulièrement à Bruxelles. Le 8 juillet 2019, la C.J.U.E. a condamné la Belgique à payer à la Commission européenne une astreinte de 5.000 EUR par jour pour non-transposition et/ou non-communication des mesures de transposition¹⁰² de la directive « BBC ». Au jour du prononcé de l'arrêt, la Région de Bruxelles-Capitale n'avait en effet ni adopté les mesures nécessaires pour transposer en droit belge l'article 2, 7. à 9. et 11., l'article 4, 5. et l'article 8 de la directive 2014/61/UE, ni, *a fortiori*, communiqué celles-ci à la Commission européenne. Les dispositions litigieuses concernent, en particulier, les définitions des notions (i) d'infrastructure physique à l'intérieur d'un immeuble, (ii) d'infrastructure physique adaptée au haut débit située à l'intérieur d'un immeuble, (iii) de travaux de rénovation de grande ampleur et (iv) de point d'accès, ainsi que la transparence applicable aux infrastructures physiques, notamment les demandes d'enquête sur place d'éléments concernés par le déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit, et les règles applicables aux infrastructures physiques à l'intérieur des immeubles.

5. Régulation de l'accès

63. La directive « accès » fixe un cadre pour les accords en matière d'accès et d'interconnexion au sein de l'Union. Celle-ci prévoit la possibilité d'obliger les opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché de donner à autrui un accès nécessaire à certains éléments de leurs réseaux et à certains services. Il ressort de l'analyse d'impact

⁹⁸. Art. 37 du code.

⁹⁹. Décision n° 2005/513/CE de la Commission européenne du 11 juillet 2005 sur l'utilisation harmonisée du spectre radioélectrique dans la bande de fréquences de 5 GHz pour la mise en œuvre des systèmes d'accès sans fil, y compris les réseaux locaux radioélectriques (WAS/RLAN) (*J.O.U.E.*, L. 187, 19 juillet 2005, *err. J.O.U.E.*, L. 238, 15 septembre 2005).

¹⁰⁰. La notion de « point d'accès sans fil à portée limitée » est définie comme suit: « un équipement d'accès sans fil au réseau à faible puissance, de taille réduite et de portée limitée, utilisant le spectre radioélectrique sous licence ou en exemption de licence ou une combinaison de spectre radioélectrique sous licence et en exemption de licence, qui peut être utilisé comme une partie d'un réseau de communications électroniques public, qui peut être équipé d'une ou plusieurs antennes à faible impact visuel, et qui permet l'accès sans fil des utilisateurs aux réseaux de communications électroniques quelle que soit la topologie de réseau sous-jacente, qu'il s'agisse d'un réseau mobile ou fixe ».

¹⁰¹. Art. 57, 4., du code.

¹⁰². C.J.U.E., 8 juillet 2019, C-543/17, *Commission / Belgique*, EU:C:2019:573.

effectuée par la Commission européenne (c.-à-d. l'évaluation transversale en préparation du code durant laquelle la Commission européenne a consulté les parties intéressées) que les principes fondamentaux du cadre actuellement applicables restent valables. Il n'en demeure pas moins qu'il était nécessaire d'améliorer le régime d'accès aux réseaux des opérateurs puissants (ci-après « PSM »; autrement appelée « asymétrique » car imposée aux seuls opérateurs puissants) afin de continuer à promouvoir la concurrence entre infrastructures et à soutenir le déploiement de réseaux à très haute capacité sur tout le territoire de l'Union¹⁰³ (voy. *supra*, n° 42 en ce qui concerne les 3 étapes de la procédure PSM).

a. Facilitation de certains accès

64. Les obligations en matière d'accès ne peuvent être imposées qu'en cas de nécessité pour remédier aux défaillances du marché de détail et pour assurer un meilleur choix pour les utilisateurs finaux¹⁰⁴. Les régulateurs doivent favoriser la réglementation la moins intrusive. Les Etats membres doivent, premièrement, veiller à ce que les ARN et les autres autorités compétentes « prennent toutes les mesures raisonnables nécessaires et proportionnées à la réalisation des objectifs du code »¹⁰⁵. Deuxièmement, afin de poursuivre les objectifs du code, les ARN et les autres autorités compétentes « s'attachent, entre autres, à ... n'imposer des obligations réglementaires *ex ante* que dans la mesure du nécessaire pour garantir une concurrence effective et durable dans l'intérêt des utilisateurs finaux, et suspendre ou supprimer de telles obligations dès qu'il est satisfait à cette condition »¹⁰⁶. Enfin, « il convient de choisir le système d'autorisation le moins onéreux possible pour assurer la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques »¹⁰⁷.

65. Ainsi, afin de favoriser la concurrence entre infrastructures – la coexistence entre plusieurs réseaux étant considérée comme la meilleure garantie d'une concurrence pérenne (art. 33, 2., b) et 73, 2., f), du code) – le code facilite l'accès à certains éléments d'infrastructure, par exemple:

- l'accès aux infrastructures de génie civil, tels que les conduites ou poteaux, si elles sont détenues par des opérateurs PSM sur le marché (art. 70 du code); et
- l'accès aux actifs de réseau non duplicables, tels que le câblage interne des immeubles (art. 59 du code).

66. Pour préserver les incitations à investir, l'accès aux actifs de réseaux non duplicables est limité au premier point de mutualisation à partir de l'utilisateur final. Il peut toutefois être étendu au-delà dans des circonstances limitées. Ceci facilite le déploiement de réseaux alternatifs dans les zones les plus difficiles à desservir ou moins densément peuplées. En vertu de l'article 61 du code, les ARN sont tenues de prendre en considération les accords commerciaux en matière d'accès dans leurs analyses de marché, ainsi que toute autre obligation de régulation déjà imposée, par exemple des obligations symétriques.

b. Co-investissement

67. Une modification conséquente du code porte sur le programme de *co-investissements* dans des infrastructures nouvelles. Selon la Commission européenne, « le partage d'éléments de nouveaux réseaux entre un propriétaire de réseau puissant sur le marché et les demandeurs d'accès à ce réseau comporte un partage plus important des risques que dans le cas des produits d'accès traditionnels »¹⁰⁸. Le législateur européen considère également que ces accords « présentent de grands avantages en termes de mutualisation des coûts et des risques, permettant aux petites entreprises d'investir dans des conditions économiquement rationnelles »¹⁰⁹. Les conditions qui y sont établies visent essentiellement à faciliter la concurrence et à adapter la régulation de l'accès, de sorte que « tous les co-investisseurs peuvent bénéficier des avantages liés à la position de premier entrant par rapport à d'autres entreprises »¹¹⁰.

68. Conformément à l'article 76, 1., du code, en combinaison avec l'annexe IV du code¹¹¹, les entreprises PSM¹¹² peuvent co-investir¹¹³ dans le déploiement d'un nouveau réseau à très haute capacité qui consiste en des éléments de fibre optique jusqu'aux locaux de l'utilisateur final (*fiber to the home* ou *FTTH*) ou à la station de base (*fiber to the cabinet* ou *FTTC*). Ces accords peuvent prendre différentes formes, notamment « une copropriété des actifs de réseau ou un partage des risques à long terme par le biais d'un cofinancement ou par des accords d'achat »¹¹⁴. Selon le législateur européen, ceux-ci « impliquent l'acquisition de droits spécifiques à la capacité, de nature structurelle, qui supposent un degré de codétermination et permettent aux co-investisseurs

¹⁰³. Proposition de code, p. 17.

¹⁰⁴. *Ibid.*, pp. 17 et 18.

¹⁰⁵. Art. 3, 1., al. 1^{er}, du code.

¹⁰⁶. Art. 3, 4., f), du code.

¹⁰⁷. Considérant 41 du code.

¹⁰⁸. *Ibid.*, p. 19.

¹⁰⁹. Considérant 198 du code.

¹¹⁰. *Ibid.*

¹¹¹. Cette annexe établit les critères d'évaluation des offres de co-investissement.

¹¹². A savoir, les entreprises qui ont été désignées comme étant puissantes sur un ou plusieurs marchés pertinents, conformément à l'art. 67 du code.

¹¹³. A savoir, les engagements pris conformément à la procédure décrite à l'art. 79 du code et sous réserve de l'art. 76, 1., al. 2, du code.

¹¹⁴. Considérant 198 du code.

d'entrer en concurrence de manière effective et durable à long terme sur les marchés en aval sur lesquels l'entreprise désignée comme étant puissante sur le marché est active »¹¹⁵. En revanche, sont exclus les accords commerciaux en matière d'accès qui se limitent à la location de la capacité¹¹⁶.

69. Les ARN sont compétentes pour évaluer *ex ante* ces accords selon la procédure établie à l'article 79 du code. En particulier, elles doivent vérifier si ceux-ci respectent les conditions établies à l'alinéa 2 de l'article 76, 1., du Code, dont la dernière condition fait référence aux critères énoncés à l'annexe IV du code. L'ORECE publie des lignes directrices¹¹⁷. A cette fin, les ARN doivent effectuer un *test de marché* en procédant à une consultation publique préalable¹¹⁸. Si ces accords respectent ces conditions, les ARN les rendent contraignants, totalement ou partiellement¹¹⁹. Elles ne peuvent donc plus imposer des obligations additionnelles, en vertu de l'article 68 du code, sauf circonstances exceptionnelles¹²⁰. Les ARN assurent un contrôle permanent du respect des conditions mentionnées et peuvent dès lors imposer aux opérateurs de leur fournir chaque année une déclaration de conformité¹²¹.

70. A la suite d'un examen favorable, les ARN « devrai[en]t pouvoir soumettre à la Commission une notification unique concernant un projet de mesure relatif à un système de co-investissement qui satisfait aux conditions pertinentes »¹²². La Commission européenne joue un rôle clé à ce stade pour assurer une approche commune dans l'ensemble de l'Union. Elle peut exiger que les ARN retirent leur projet de mesure. Ce retrait peut s'effectuer « soit en s'abstenant d'imposer des obligations, soit en intervenant au moyen d'obligations réglementaires afin de régler des problèmes de concurrence importants, lorsque l'ORECE partage les doutes sérieux de la Commission quant à la compatibilité du projet de mesure avec le droit de l'Union et, en particulier, avec les objectifs de régulation de la présente directive »¹²³.

c. Séparation fonctionnelle

71. Le concept de séparation fonctionnelle constitue une mesure correctrice exceptionnelle, tellement exceptionnelle que son maintien dans le code tient pour l'essentiel à son rôle

d'épouvantail. Le législateur européen l'a d'ailleurs rappelé au considérant 202 du code. Cette mesure s'applique uniquement lorsque les ARN considèrent que les obligations appropriées, imposées en vertu des articles 69 à 74 du code, n'ont pas permis (i) d'assurer une concurrence effective et (ii) que d'importants problèmes de concurrence ou défaillances du marché persistent à l'égard de la fourniture en gros de certains marchés de produits d'accès. Concrètement, cela signifie que « l'entreprise verticalement intégrée est tenue de créer des entités économiques distinctes sur le plan opérationnel »¹²⁴. En effet, son objet est « de garantir la fourniture de produits d'accès parfaitement équivalents à tous les opérateurs en aval, y compris aux propres divisions en aval verticalement intégrées de l'opérateur »¹²⁵. Les articles 77 et 78 du code fournissent des précisions à propos de la procédure et instaurent *in fine* davantage de sécurité juridique au moyen d'engagements donnés par l'opérateur menant une telle procédure¹²⁶.

d. Entreprises et réseaux uniquement de gros

72. L'article 80 du code offre un modèle de régulation simplifiée pour les opérateurs opérant uniquement sur les marchés de gros, c'est-à-dire les opérateurs sans activités sur les marchés de détail situés en aval. Les obligations imposées sont limitées à des règles d'accès équitables, raisonnables et non discriminatoires. La régulation est assortie d'une procédure de règlement des litiges¹²⁷.

73. Des conditions strictes s'appliquent toutefois pour qu'un réseau soit considéré comme véritablement *uniquement de gros*. En effet, les ARN doivent examiner si ces opérateurs remplissent les caractéristiques suivantes:

- a) « toutes les sociétés et entités économiques au sein de l'entreprise, toutes les sociétés qui sont contrôlées mais pas nécessairement détenues intégralement par le même propriétaire ultime, et tout actionnaire en mesure d'exercer un contrôle sur l'entreprise, ont uniquement des activités, actuelles et planifiées pour l'avenir, sur des marchés de gros des services de communications électroniques, et n'ont donc pas d'activités sur un quelconque marché de détail des services de communications électroniques fournis aux utilisateurs finaux dans l'Union;

^{115.} *Ibid.*

^{116.} *Ibid.*

^{117.} Art. 76, 4., du code.

^{118.} Art. 79, 1., du code.

^{119.} Art. 76, 2. et 79, 3., du code.

^{120.} Art. 76, 2., du code.

^{121.} Art. 76, 3. et 79, 4., du code.

^{122.} *Ibid.*

^{123.} Considérant 201 du code.

^{124.} *Ibid.* Art. 77, 1., du code.

^{125.} *Ibid.*

^{126.} Proposition de code, p. 19.

^{127.} *Ibid.*

- b) l'entreprise n'est pas obligée de traiter avec une entreprise unique et distincte opérant en aval, qui est active sur un quelconque marché de détail des services de communications électroniques fournis à des utilisateurs finaux en raison d'un accord exclusif ou d'un accord équivalent de fait à un accord exclusif »¹²⁸.

74. Ces conditions pourraient être adaptées aux réseaux locaux à très haute capacité¹²⁹. Selon l'article 22 du code, les ARN mènent des études sur l'état des réseaux à haut débit et sur les plans d'investissement sur l'ensemble de leur territoire national. Cette obligation leur permet de mieux tenir compte des particularités géographiques dans les analyses de marché. Les ARN doivent également recenser les *zones d'exclusion numérique*, dans lesquelles aucun opérateur ou autorité publique n'ont déployé, ou n'envisagent de déployer, un réseau à très haute capacité, ou n'ont pas modernisé leur réseau historique, ni n'envisagent de le faire. Elles peuvent publier les zones d'exclusion numérique désignées et organiser un appel à manifestation d'intérêt afin que le déploiement de réseaux à très haute capacité dans ces zones difficiles à desservir soit mis en place. Une souplesse tarifaire peut être accordée aux opérateurs PSM sur le marché. Celle-ci est bénéfique aux entités qui investissent dans de nouveaux réseaux, pour autant qu'elle n'entrave pas la concurrence en aval. Certaines conditions doivent ainsi être satisfaites, conformément à l'article 72 du code.

e. Pouvoirs des ARN d'imposer une régulation symétrique de l'accès

75. Complétant la réglementation d'accès PSM, l'article 61, 3., du code prévoit qu'une régulation symétrique, c'est-à-dire hors puissance de marché, peut être imposée aux opérateurs de réseaux, dans certaines conditions précises. Cette disposition autorise les ARN à imposer, sur demande raisonnable, des obligations d'accès aux câbles et aux ressources associées à l'intérieur des bâtiments ou jusqu'au premier point de concentration ou de distribution, tel qu'il est déterminé par l'ARN concernée, lorsque ce point est situé à l'extérieur du bâtiment. Les conditions imposées par cette dernière peuvent inclure des règles spécifiques en matière d'accès à ces éléments de réseaux et aux ressources associées et services associés, de transparence et de non-discrimination, et de répartition des coûts de l'accès. Celles-ci sont adaptées, le cas échéant, pour tenir compte des facteurs de risque.

76. Cependant, si l'ARN concernée considère que ces obligations ne remédient pas suffisamment aux obstacles économiques ou physiques importants, celle-ci peut étendre l'imposition de telles obligations d'accès à des conditions équitables et raisonnables. Ces dernières obligations peuvent aller « au-delà du premier point de concentration ou de distribution, jusqu'à un point qu'elle détermine comme étant le plus proche des utilisateurs finaux, capable d'héberger un nombre suffisant de connections d'utilisateurs finaux pour être commercialement viable pour les demandeurs d'accès efficaces »¹³⁰. Pour déterminer l'ampleur de cette extension, l'ARN concernée doit tenir le plus grand compte des lignes directrices pertinentes de l'ORECE.

6. Protection accrue des utilisateurs finaux

77. La Commission européenne a proposé « d'appliquer un ensemble limité de règles sectorielles aux services de communications interpersonnelles fournis soit traditionnellement (téléphonie vocale ou SMS) soit par l'intermédiaire des IAS »¹³¹, accompagné d'une harmonisation complète¹³². Cette protection sectorielle s'articule en fonction des caractéristiques de ces services, et vise à éviter que les règles de protection des utilisateurs finaux soient davantage fragmentées. La fragmentation actuelle (i) augmente les coûts administratifs supportés par les prestataires de services transfrontières, (ii) entrave le développement de services innovants, et (iii) entraîne un niveau inégal et perfectible de protection des consommateurs dans l'ensemble de l'Union¹³³. Dans le cadre de la consultation publique, certains participants ont souligné qu'« il conviendrait de mettre l'accent sur la concurrence au niveau des services plutôt que sur les infrastructures sous-jacentes »¹³⁴, notamment « entre, d'une part, les fournisseurs locaux de services de communications électroniques, qui regroupent l'accès au réseau et l'offre de services, et, d'autre part, les fournisseurs mondiaux de services par contournement des réseaux »¹³⁵ afin de garantir des conditions égales pour tous¹³⁶. Dans ce contexte, une cohérence accrue entre les différentes politiques européennes était donc nécessaire.

78. Le Titre III du code apporte des modifications importantes. D'une part, les obligations de régulation qui ne sont plus nécessaires ou qui sont convenablement couvertes par la législation générale de protection des consommateurs sont supprimées. Ceci permet de réduire la charge induite par la réglementation sectorielle. Par exemple, certaines disposi-

¹²⁸ Art. 80, 1., du code.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Art. 61, 3., du code.

¹³¹ Proposition de code, p. 13.

¹³² *Ibid.* Art. 101 du code.

¹³³ *Ibid.*, p. 5.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 10.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹³⁶ *Ibid.*

tions en matière de contrats, de transparence, d'équivalence d'accès pour les utilisateurs handicapés, de services d'annuaires et d'interopérabilité des équipements de télévision numérique grand public ont été rationalisées et partiellement supprimées¹³⁷.

79. D'autre part, de nouvelles dispositions sont introduites afin de renforcer la protection des utilisateurs finaux, ces protections ne s'appliquant pas nécessairement à tout type de service¹³⁸:

- il existe une interdiction générale de discrimination indirecte fondée sur la nationalité ou le pays de résidence ou d'établissement de l'utilisateur final¹³⁹;
- le formulaire abrégé résumant les informations contractuelles essentielles et nécessaires apporte une meilleure lisibilité des contrats¹⁴⁰;
- selon une approche dite de l'*agrégation de la demande*¹⁴¹, des accords distincts, ayant une durée plus longue que celle des contrats de service maximale générale de 2 ans, peuvent être conclus avec les utilisateurs finaux¹⁴²;
- l'article 106 du code établit des règles en matière de changement de fournisseur face à l'accroissement rapide du nombre d'offres groupées. Ceci permet d'éviter les effets d'enfermement. Ainsi, des dispositions sectorielles essentielles, telles que la durée maximale des contrats et les droits de résiliation contractuelle, s'appliqueraient à l'ensemble de l'offre groupée;
- la connaissance du numéro d'urgence unique européen, à savoir le numéro 112, est davantage promu¹⁴³ afin d'améliorer le niveau de protection et de sécurité des citoyens qui voyagent dans l'Union¹⁴⁴;
- l'article 103, 2., du code renforce l'utilisation d'outils de comparaison des prix et de la qualité, et impose des exigences particulières; et
- il existe davantage d'outils de maîtrise de la consommation pour informer les utilisateurs finaux de l'utilisation de leurs communications en temps réel.

¹³⁷. Art. 101 à 116 du code.

¹³⁸. Proposition de code, p. 22.

¹³⁹. Art. 99 du code.

¹⁴⁰. Art. 102 et annexe VIII du code.

¹⁴¹. A savoir, un moyen de faciliter le remboursement de contributions au déploiement d'un raccordement physique et de soutenir le déploiement de réseaux au moyen de contributions par tranches aux coûts de capital des réseaux.

¹⁴². Art. 102 du code.

¹⁴³. Ceci est expliqué en détails au point 8. ci-dessous.

¹⁴⁴. Considérant 289 du code.

¹⁴⁵. Art. 3, 4, 5 et 6 de la directive « service universel ».

¹⁴⁶. Considérant 210 du code.

¹⁴⁷. Considérant 213 du code.

¹⁴⁸. Considérant 214 du code.

¹⁴⁹. Considérant 216 du code.

¹⁵⁰. Art. 84 du code.

¹⁵¹. Considérant 219 du code.

7. Service universel

80. Le concept de service universel comprend actuellement les services traditionnels, à savoir le service téléphonique public fixe, l'accès à un réseau de communications public fixe permettant les communications vocales, les télécopies et des communications de données avec un débit suffisant pour permettre un accès fonctionnel à Internet, les services de renseignements téléphoniques et annuaires, et les postes téléphoniques payants publics¹⁴⁵. Le code apporte un changement fondamental, en conformité avec le nouvel objectif énoncé à l'article 3 du code. L'accès adéquat à l'Internet à haut débit et de communications vocales devient le service universel de base, et remplace ainsi les services traditionnels cités. Selon le législateur européen, le concept de service universel devait évoluer au rythme des progrès technologiques, et des évolutions du marché et de la demande des utilisateurs¹⁴⁶. Aujourd'hui, « le taux de pénétration global est inférieur au taux de disponibilité car il reste des personnes déconnectées pour des raisons de coût, de manque d'information et de compétences, ainsi que par choix »¹⁴⁷.

81. Le code précise à cet égard que les utilisateurs finaux handicapés devraient disposer d'un accès équivalent. Aucune limitation ne devrait donc être imposée aux moyens techniques utilisés pour la réalisation du raccordement. Les technologies avec ou sans fil peuvent être utilisées indifféremment, quelle que soit la catégorie de fournisseurs qui remplit tout ou partie des obligations de service universel¹⁴⁸. Par ailleurs, « les consommateurs ne devraient néanmoins pas être tenus d'accéder à des services dont ils ne veulent pas et il devrait, dès lors, être possible pour les consommateurs éligibles de limiter, à leur demande, le service universel abordable aux services de communications vocales »¹⁴⁹.

82. Concrètement, l'accès adéquat à l'Internet à haut débit doit être offert à des *prix abordables*¹⁵⁰. Ce caractère abordable s'entend comme « un prix défini au niveau national par les Etats membres compte tenu de circonstances nationales spécifiques »¹⁵¹ pour des services qui sont fournis en position déterminée, c'est-à-dire n'incluant, en principe, pas les

communications mobiles. Le déploiement de réseaux ou, autrement dit, l'élargissement de services disponibles n'est pas une solution envisageable car de meilleurs outils existent pour arriver à ce résultat autre que le critère d'abordabilité. Cela étant, le législateur européen a tout de même introduit une procédure de désignation des fournisseurs (art. 86 du code).

83. Les Etats membres jouissent toutefois d'une certaine marge de manœuvre pour étendre les mesures d'accessibilité financière aux services autres que le service d'accès adéquat à l'Internet à haut débit et les services de communications vocales en position déterminée. Cette faculté s'applique (i) lorsque cette mesure est nécessaire pour assurer la pleine participation des consommateurs à la vie sociale et économique¹⁵² ou (ii) si de tels services répondent à un besoin, compte tenu des circonstances nationales¹⁵³. Les Etats membres peuvent donc continuer à imposer des services au niveau national qui relèvent actuellement de l'obligation de service universel de l'Union, tels que les téléphones payants, les annuaires et les services de renseignements téléphoniques.

84. Afin de garantir ce caractère abordable, les Etats membres peuvent imposer à certaines entreprises de fournir des formules tarifaires spéciales pour les utilisateurs finaux recensés comme (i) ayant de faibles revenus ou (ii) des besoins sociaux particuliers et/ou de fournir à ces utilisateurs finaux un soutien direct. Ils peuvent également instaurer un droit d'acquisition pour les consommateurs bénéficiant de tarifs universels spéciaux. Lorsqu'ils désignent ces entreprises pour fournir de tels services sur l'entièreté ou une partie de leur territoire, l'article 86, 4., du code s'applique. Les Etats membres sont tenus d'avoir recours à un mécanisme de désignation efficace, objectif, transparent et non discriminatoire, qui n'exclut *a priori* aucune entreprise. De telles méthodes de désignation garantissent que ces services soient fournis de manière économiquement efficace. Elles peuvent également être utilisées de manière à déterminer le coût net des obligations du service universel, conformément à l'article 89 du code.

85. Selon l'article 86, 5., du code, une entreprise désignée par un Etat membre peut céder une partie substantielle ou la totalité de ses actifs de réseau d'accès local à une entité juridique distincte appartenant à un propriétaire différent. Cette entreprise doit toutefois informer l'ARN concernée (ou une autre autorité compétente). Celle-ci évalue ensuite les effets de la transaction projetée sur la fourniture, en position déterminée, du service en question. L'ARN concernée (ou une autre autorité compétente) peut imposer, modifier ou retirer des obligations spécifiques, conformément à l'article 13, 2.,

du code. Le financement de ces obligations doit néanmoins respecter l'article 90 du code:

« 1. Lorsque, sur la base du calcul du coût net vise à l'article 89, les autorités de régulation nationales constatent qu'un fournisseur est soumis à une charge injustifiée, les Etats membres décident, à la demande du fournisseur concerné, de prendre soit l'une des mesures ci-après soit les deux:

- a) *instaurer un mécanisme pour indemniser ledit fournisseur pour les coûts nets tels qu'ils ont été calculés, dans des conditions de transparence et à partir de fonds publics;*
- b) *répartir le coût net des obligations de service universel entre les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques.*

2. En cas de répartition du coût net conformément au paragraphe 1, point b), du présent article, les Etats membres instaurent un mécanisme de répartition géré par l'autorité de régulation nationale ou un organisme indépendant de ses bénéficiaires sous la surveillance de l'autorité de régulation nationale. Seul le coût net des obligations prévues aux articles 84 à 87, calcule conformément à l'article 89, peut faire l'objet d'un financement. »

86. L'article 90 du code dispose toutefois que le service universel devrait être financé par le budget général et non plus par un financement sectoriel.

8. Numérotation et communication d'urgence

87. Le code octroie aux ARN la possibilité d'attribuer des numéros à des entreprises autres que les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques. S'agissant de l'accès aux services d'urgence, celui-ci apporte aussi une clarté juridique, notamment pour les fournisseurs de communications interpersonnelles basés sur des numéros. Les Etats membres ont, tout d'abord, la responsabilité de veiller à ce que les citoyens aient accès au numéro de la ligne directe des enfants disparus, conformément à l'article 96 du code. Cette ligne d'urgence est accessible via le numéro 116000. Ensuite, l'article 109 du code impose aux Etats membres de veiller « à ce que tous les utilisateurs finaux des services [...] y compris les utilisateurs des postes téléphoniques payants publics, puissent, au moyen des communications d'urgence, avoir accès gratuitement et sans devoir utiliser de moyen de paiement aux services d'urgence en composant le numéro d'urgence unique européen '112' et tout numéro national d'urgence spécifié par les Etats membres ».

¹⁵² Considérant 215 du code; art. 84, 2., du code.

¹⁵³ Art. 87 du code.

III. CONCLUSION

88. Le travail effectué par le législateur européen doit être salué. Il était devenu indispensable de mettre les normes applicables au diapason des évolutions technologiques, ce que les récents arrêts de la C.J.U.E. dans les affaires *Skype* et *Gmail* ont mis en lumière, à leur manière.

89. Les clarifications apportées quant au sort réglementaire des services proposés par les *GAFAs* en matière de communications, l'importance accordée à la promotion du développement des réseaux à très haut débit comme objectif de premier ordre, les règles innovantes en matière de co-investissements, l'intervention directe de la Commission européenne dans la régulation tarifaire de certains marchés ou encore l'accès symétrique comme nouvel outil d'intervention réglementaire nous paraissent constituer des avancées intéressantes.

90. Pour autant, le cadre reste basé sur les mêmes principes et procédures que ceux imaginés en 2002, avec les lourdeurs

et lenteurs qu'ils induisent. L'allongement des cycles d'analyse de marché, de 3 à 5 ans, confirme, pour autant que de besoin, que ce cadre sectoriel, initialement conçu comme un régime transitoire, n'est pas prêt à laisser la place aux seules règles horizontales que sont, notamment, le droit de la concurrence et les pratiques de commerce.

91. Il est également piquant de constater que plusieurs des nouveautés apportées par le code sont rédigées avec une précision telle que la marge de manœuvre laissée aux Etats membres dans le cadre de la transposition de la directive pourrait ne pas être beaucoup plus large que celle, inexistante, prévalant dans le cadre d'un règlement.

92. En somme, si l'essentiel du travail entrepris par le législateur européen tient en une codification de règles mises à jour, la refonte contient néanmoins des éléments novateurs et pourrait s'ouvrir à de nouvelles voies réglementaires.