

Projet de loi 7632 portant transposition de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen et portant modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 portant :

- 1) organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation ;
- 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'État.

Avis du Conseil de la concurrence

N° 2021-AV-05

(14/06/21)

1. Contexte général

Par courrier du 06 juillet 2020, le Conseil de la concurrence a été saisi par le Ministre des Communications et des Médias afin d'émettre un avis sur le projet de loi portant transposition de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen et portant modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 [...] (ci-après : le « projet de loi »).

La consultation du Conseil est basée sur l'article 29 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : la « loi modifiée du 23 octobre 2011 ») qui est libellé de la manière suivante :

« Art. 29. Missions consultatives

Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence. (...) »

Comme le projet de loi sous examen introduit plusieurs dispositions risquant d'affecter les conditions de concurrence sur les différents marchés de services de communications électroniques, l'article 29 est d'application. Conformément à sa mission, le Conseil s'en tient à ne commenter que les aspects à l'intérieur de son champ de compétence. De même, ses commentaires se limiteront aux dispositions qui sont nouvellement introduites au droit national.

2. Objet du projet de loi

Le projet de loi sous avis transpose en droit national la directive (UE) 2018/1972 qui remplace les quatre directives du cadre réglementaire européen applicable aux réseaux et aux services de communications électroniques¹, souvent appelé le « paquet télécom ». Sur le plan du droit luxembourgeois, le projet de loi abroge et remplace la loi modifiée

¹ - Directive 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 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 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 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.
- Directive 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 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 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 (CE) no 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

du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques. La grande majorité des dispositions de cette loi ont été reprises et intégrées dans le projet de loi sous avis.

Selon la Commission européenne, cette refonte suit les grands axes de sa communication de du 6 mai 2015 visant à une réforme du cadre réglementaire relatif aux télécommunications et exposant la stratégie pour un marché numérique unique². Le remplacement de l'ensemble des directives susmentionnées par une seule est, selon l'exposé des motifs du projet de loi, la conséquence de la convergence des télécommunications, des médias et des technologies de l'information qui seront désormais soumis à un même code des communications électroniques européen établi au moyen d'une directive unique.

Toute réglementation relative aux contenus reste exclue de la directive et du projet de loi.

Les grands axes du projet de loi sous avis sont les suivants :

Cadre et règles générales d'organisation du secteur (Livre I)

Les dispositions dans cette partie concernent :

- le champ d'application, définitions et objectifs généraux du projet de loi ;
- les missions, les pouvoirs et les procédures de l'Institut luxembourgeois de régulation (ci-après : l' « ILR ») en tant qu'autorité de régulation nationale ;
- le principe de l'autorisation générale applicable aux réseaux et aux services de communications électroniques et aux droits d'utilisation du spectre radioélectrique ;
- la coopération de l'ILR avec la Commission européenne et l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) dans le but de la consolidation du marché intérieur des communications électroniques.

Le Conseil prend note de ce que les « *services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation* » ont été intégrés à la législation nationale et font désormais partie du champ d'application de la réglementation des services de communications électroniques. Il s'agit des services fournis par les applications « *over the top* » (OTT) tels que les messageries et courriers électroniques nécessitant un accès à l'Internet. Toutefois, ces services et leurs fournisseurs ne sont pas soumis aux mêmes obligations que les prestataires de services de communication basés sur la numérotation, c'est-à-dire les services téléphoniques, en matière d'autorisation, d'interopérabilité, de sécurité et qualité du service. Les services non fondés sur la numérotation ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique, pour l'instant.

Au terme de l'article 26 de la loi en projet, l'ILR devra désormais procéder à un relevé géographique qui « *comprend un relevé de la couverture géographique actuelle des réseaux à haut débit sur le territoire national* » qui pourra également inclure des prévisions pour une durée déterminée.

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=CS>.

Réseaux (Livre II)

Les dispositions de cette partie concernent :

- le déploiement des réseaux à très haute capacité et des réseaux de communication sans fil ;
- la gestion de l'accès au spectre radioélectrique pour les réseaux et services de communications électroniques sans fil ;
- les obligations que l'ILR peut imposer aux entreprises puissantes sur le marché ;
- les analyses de marché et les entreprises puissantes sur le marché.

La législation introduit la notion de « réseau local hertzien » (Radio Local Area Network ou « RLAN ») en tant que « *système d'accès [à large bande] sans fil, à faible puissance, de portée limitée, présentant un faible risque de brouillage avec d'autres systèmes similaires déployés à proximité immédiate par d'autres utilisateurs et utilisant, sur une base non exclusive, du spectre radioélectrique harmonisé* ».

Le projet de loi maintient inchangées les procédures d'analyses qui permettent au régulateur de déclarer une entreprise comme « *puissante sur le marché* » et de lui imposer des obligations si les critères suivants sont remplis:

- il existe des obstacles à l'entrée importants et non transitoires d'ordre structurel, juridique ou réglementaire ;
- la structure du marché ne présage pas d'évolution vers une concurrence effective au cours de la période visée ;
- le droit de la concurrence ne permet pas à lui seul de remédier de manière adéquate aux défaillances du marché constatées.

La directive maintient comme définition de la puissance sur le marché celle formulée par la Cour de justice européenne dans l'arrêt *United Brands*³ : une entreprise est considérée comme puissante sur le marché si, « *individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, à savoir une position de puissance économique lui permettant de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs.* »

Si les critères susmentionnés sont remplis, le régulateur peut, en tenant « *le plus grand compte* » de la « *Recommandation de la Commission sur les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante* », imposer aux entreprises puissantes sur le marché une panoplie d'obligations réglementaires :

- Obligations de transparence ;
- Obligations de non-discrimination ;

³ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita. Affaire 27/76.*

- Obligations de séparation comptable ;
- Accès au génie civil ;
- Obligations relatives à l'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées et à leur utilisation ;
- Obligations en matière de contrôle des prix et de comptabilisation des coûts ;
- Séparation fonctionnelle, si le régulateur conclut que les obligations susmentionnées n'ont pas permis d'assurer une concurrence effective.

L'entreprise dominante sur un marché spécifique peut également l'être par effet de levier sur d'autres marchés étroitement liés. L'article 74 (3) du projet de loi permet d'étendre la qualification de puissance sur le marché d'une entreprise à d'autres marchés afin de pouvoir y appliquer des mesures correctrices si nécessaire. Conformément à l'article 78 du projet de loi, le Conseil, saisi par l'Institut, devra donner, sous un délai d'un mois, son accord à l'exécution de mesures prévues par les articles 74 à 78 ou 79 à 85 du projet de loi et affectant le marché.

Dans un but d'encourager les investissements dans les nouveaux réseaux, le projet de loi prévoit explicitement que les entreprises qui ont été désignées puissantes sur un ou plusieurs marchés pertinents puissent offrir des engagements afin d'ouvrir le déploiement d'un nouveau réseau à très haute capacité au co-investissement.

Services (Livre III)

Cette partie concerne :

- les obligations de service universel ;
- les ressources de numérotation ;
- les droits des utilisateurs finaux.

La définition du service universel englobe désormais le droit non seulement à un raccordement téléphonique, mais également à un « *service d'accès adéquat à l'internet à haut débit* », à un tarif abordable compte tenu des circonstances nationales.

Les droits des utilisateurs concernent les informations qui doivent figurer dans les contrats, la collecte et la conservation des données à caractère personnel, la transparence des offres commerciales et l'outil de comparaison des tarifs sur le marché mis en place par l'ILR, les informations sur la qualité des services ainsi que les conditions de changement de fournisseur et la portabilité des numéros de téléphone.

3. Commentaires du Conseil

Coopération entre l'ILR et le Conseil

Aux termes de l'article 8(3), « *L'Institut et les autres autorités compétentes nationales concluent, si nécessaire, des accords de coopération entre eux ou avec les autorités compétentes d'autres États membres afin de stimuler la coopération en matière de*

régulation ». L'article 13 du projet de loi prévoit que « *L'institut, les autres autorités compétentes au titre de la présente loi et l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence échangent les informations nécessaires à l'application de la présente loi* ». Le Conseil reste bien entendu ouvert à coopérer avec l'ILR afin de stimuler la coopération en matière de régulation, en apportant son expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles, de veille concurrentielle et d'enquêtes sectorielles. A cette fin, le Conseil réitère sa proposition d'avoir un représentant au conseil de l'ILR.

Par ailleurs, le Conseil propose de préciser quels sont les organes visés par les « *autres autorités compétentes nationales* », notion qui apparaît tout au long du projet de loi mais qui n'est définie nulle part.

Un champ d'application élargi pour les services de communications

Les articles 2 (4) et 2 (5) du projet de loi définissent le service de communications électroniques respectivement le service de communications interpersonnelles en adaptant la définition aux nouvelles réalités du marché comparé à la définition qui prévalait à l'article 2, c) de la directive « cadre ». Le Conseil note que ces services sont « *fournis normalement contre rémunération* », mais que cette rémunération peut être de nature pécuniaire ou peut revêtir la forme d'une fourniture de données personnelles à laquelle l'utilisateur final doit consentir.

Développement de la connectivité

L'article 3 du projet de loi reprend les objectifs déjà existants au sein du cadre réglementaire actuel visant à promouvoir la concurrence dans la fourniture de réseaux de communications électroniques, contribuer au développement du marché intérieur et à promouvoir les intérêts des consommateurs finaux. A ce même article est ajouté un nouvel objectif d'accès pour l'ensemble des citoyens et des entreprises de l'Union à des réseaux à très haute capacité. Les règles du droit de la concurrence pourront venir appuyer la réalisation des objectifs visés par cet article.

Le développement de la connectivité dépend tout d'abord des investissements réalisés par les opérateurs dans les réseaux de nouvelle génération. Si les zones densément peuplées ne posent en général que peu de problèmes quant aux investissements nécessaires, les zones moins peuplées sont plus problématiques puisque les investissements de réseau, à défaut d'une facturation des services fournis reflétant la réalité des coûts, ne se rentabilisent pas. La possibilité de co-investissements est bien mentionné à l'article 87, mais ne résout pas le problème des coûts. Par ailleurs, le Conseil note qu'une telle éventualité est improbable au Luxembourg, étant donné que tous les investissements de réseau sont effectués par POST sur instruction du gouvernement, son actionnaire unique.

Le Conseil note par ailleurs que l'article 24 (4) prévoit la publication par l'ILR des informations transmises par les entreprises fournissant des réseaux et des services de communications électroniques, des ressources associées ou des services associés à l'ILR,

à l'ORECE ou aux autres autorités compétentes, sous réserve de leur confidentialité. Ces informations peuvent notamment concerner « *l'évolution future des réseaux ou des services susceptibles d'avoir une incidence sur les services de gros qu'ils mettent à la disposition de concurrents ainsi que des informations sur les réseaux de communications électroniques et les ressources associées qui sont désagrégées au niveau local et suffisamment détaillées pour pouvoir procéder au relevé géographique et à la désignation des zones conformément à l'article 26* » (article 24 (1)). Cette disposition permet de créer les conditions d'un marché ouvert et concurrentiel, et, visant à plus de transparence, est importante pour la réalisation des objectifs de l'article 3 du projet de loi.

Obligation de service universel

Comme expliqué supra, le service universel inclut désormais l'accès, à un prix abordable, à l'Internet à haut débit, dans le sens où chaque citoyen et chaque entreprise aura droit à un tel accès. De l'avis du Conseil, un tel accès ne saura être fourni à titre gratuit, et les coûts liés au déploiement des réseaux à très haute capacité font que le service universel ne saura inclure les accès à très haut débit. D'ailleurs, l'article 95 (2) définit un « *ensemble minimal des services* » auxquels un « *service d'accès adéquat à l'internet à haut débit* » doit donner lieu.

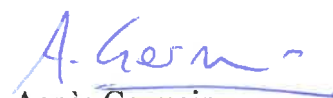
4. Conclusion

Le Conseil marque son accord avec le projet de loi susvisé qui est la transposition fidèle de la directive 2018/1972, sous réserve des précisions soulevées ci-avant.

Ainsi délibéré et avisé en date du 14 juin 2021.



Pierre Barthelmé
Président



Agnès Germain
Conseillère



Mattia Melloni
Conseiller



Jean-Claude Weidert
Conseiller