

Projet de loi

sur les réseaux et les services de communications électroniques.

Avis du Conseil d'Etat

(17 décembre 2010)

Par dépêche du 11 juin 2010, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a fait soumettre à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Communications et des Médias.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs ainsi qu'un commentaire des articles.

Les avis des chambres professionnelles consultées ne sont pas encore parvenus au Conseil d'Etat au moment où il adopte le présent avis.

Considérations générales

Le projet de loi transpose en droit luxembourgeois:

- la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relatives 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 relatives à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques;
- la 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 à 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 à veiller à l'application de la législation en matière de protection de consommateurs.

Le Conseil d'Etat a pris note que l'échéance du délai de mise en œuvre est fixée au 26 mai 2011.

L'objectif de ces modifications du cadre normatif applicable aux communications électroniques (« Paquet Télécom ») consiste à renforcer le marché intérieur des réseaux et des services de communications électroniques, à harmoniser les réglementations existantes dans les différents pays membres et à achever ainsi la création du marché intérieur des communications électroniques, à créer une sorte d'espace européen unique de l'information, à encourager les investissements dans les

infrastructures de la prochaine génération, à renforcer les droits des consommateurs et des utilisateurs finals en matière d'accès à l'information et à renforcer les règles relatives à la protection de la vie privée dans le domaine des communications électroniques.

Le cadre réglementaire luxembourgeois actuel est constitué avant tout de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques et de la loi du 30 mai 2005 portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques. Le présent projet de loi se propose de modifier les seuls articles dans la réglementation existante qui sont réellement touchés par les modifications contenues dans les directives. Toutefois, pour des raisons de lisibilité et eu égard à la technicité des textes, il est proposé non pas de modifier la loi en vigueur, mais de l'abroger et de la remplacer par un nouveau texte qui reprend une grande partie des articles de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques sans modification aucune.

Examen des articles

Article 1^{er}

Cet article reprend le texte de la loi du 30 mai 2005 et n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 2

Cet article est consacré aux définitions des notions clés employées dans le dispositif. Il reprend la plupart des définitions de l'ancienne loi et, conformément au considérant (12) de la directive 2009/140/CE, il précise ou modifie certaines définitions pour prendre en compte l'évolution des marchés et des technologies, et lever les ambiguïtés recensées lors de la mise en œuvre du cadre réglementaire. Sept nouvelles définitions sont ainsi ajoutées au dispositif, en particulier la définition d'ENISA, l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information et celle d'ORECE qui est l'organe des régulateurs européens des communications électroniques. D'autres définitions ont été alignées sur les différentes directives, en particulier celle de la notion d'« accès » (2) et celles en relation avec la boucle locale, en particulier la notion de « sous boucle locale » (34), « accès partagé à la boucle locale » (4) et « accès totalement dégroupé à la boucle locale » (5). Le dispositif des définitions regroupées sous l'article 2 comprend désormais 37 définitions.

Articles 3 à 6

Ces articles reprennent fidèlement le texte de la loi de 2005, à l'exception de quelques précisions qui n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Articles 7 et 8

Ces articles reprennent fidèlement les articles 7 et 8 de la loi du 30 mai 2005 et n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 9

Cet article impose à l'Institut (l'Institut luxembourgeois de régulation) de publier sur son site internet la liste des entreprises notifiées avec des détails concernant surtout l'étendue des services, la tarification, la politique de compensation et de remboursement, les types de services de maintenance offerts, les conditions contractuelles standards et le mécanisme de règlement des litiges. Cet article est nouveau dans le dispositif et répond aux exigences de l'article 21 de la directive 2009/136/CE dite directive « service universel » qui a pour objet la transparence et la publication des informations par les autorités réglementaires nationales pour permettre aux utilisateurs finals et aux consommateurs d'effectuer une évaluation aussi objective que possible.

Article 10

Cet article reprend l'article 9 de la loi du 30 mai 2005 et n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 11

Cet article reprend les paragraphes 1^{er} à 6 de l'article 10 de l'ancienne loi, en changeant la numérotation pour ajouter un nouveau paragraphe (6) qui introduit la disposition qui permet à l'Institut d'imposer à un prestataire le paiement de redevances additionnelles spécifiques destinées à couvrir ses coûts exceptionnels dans l'exercice de ses missions, et le paragraphe 8 qui permet à l'Institut de recourir à des estimations concernant les chiffres d'affaires d'une entreprise notifiée en cas de non-communication par celle-ci de ses chiffres dans les délais prévus.

Article 12

Il s'agit de la reprise de l'article 11 de la loi du 30 mai 2005.

Article 13

Sans observation.

Article 14

Cet article, qui reprend l'article 14 de l'ancienne loi et qui porte sur les informations que l'entreprise notifiée doit transmettre à l'Institut, est complété par l'inclusion de données concernant les stratégies et les plans d'investissements des entreprises pour permettre à l'Institut de mieux cerner les options futures du secteur.

Article 15

Cet article reprend l'article 15 de la loi du 30 mai 2005 qui porte sur le rôle et les prérogatives de l'Institut lorsque celui-ci constate qu'une entreprise notifiée ne respecte pas une ou plusieurs dispositions de la présente loi et de ses règlements d'exécution. La modification au paragraphe 3 permet à l'Institut, qui a accepté des mesures provisoires dont la validité est de trois mois au maximum, de proroger celles-ci pour une

nouvelle durée de trois mois au maximum si la mise en œuvre des procédures d'exécution n'est pas terminée.

Article 16

Cet article est le même que celui de la loi du 30 mai 2005 et n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Articles 17 à 21

Les articles 17 à 21 regroupés sous le Titre III.- « Marché de produits et de services » portent sur les prérogatives et les obligations de l'Institut dans le processus d'analyse des marchés dans le secteur des communications électroniques. Il s'agit avant tout de l'exécution de sa mission de surveiller le caractère concurrentiel du marché des communications électroniques et d'intervenir auprès des entreprises concernées dans le cas où il devrait constater que le marché n'est pas concurrentiel. Les articles 17 à 21 de la loi du 30 mai 2005 sont fidèlement repris avec quelques adaptations répondant aux exigences de la directive « cadre », en particulier en ce qui concerne l'introduction de la notion « second marché » et les règles de surveillance de celui-ci. Le Conseil d'Etat approuve ces modifications.

Articles 22 à 36

Ces articles sont regroupés sous le Titre IV.- « Accès et interconnexions ». Ils reprennent les articles 23 à 36 de la loi du 30 mai 2005.

Article 24

Le texte du projet de loi reprend celui de l'article 26 de la loi du 30 mai 2005 et, conformément à l'article 5, paragraphe 1^{er}, de la directive « accès », ajoute un nouveau point b) qui permet à l'Institut d'imposer des mesures même à des entreprises sans puissance significative sur le marché qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals en vue d'assurer l'interopérabilité des services.

Article 29

Cet article est modifié conformément aux nouveaux libellés de l'article 9 de la directive « accès » et reprend toutes les informations détaillées dans l'annexe II de cette directive concernant les informations qui doivent figurer dans une offre des références.

Article 34

L'article 34 est nouveau et a comme objet de permettre à l'Institut, dans le cas où les obligations appropriées prévues à l'article 20 de la présente loi n'ont pas permis d'assurer une concurrence effective et que des problèmes de défaillance et/ou de concurrence du marché persistent, en particulier en ce qui concerne la fourniture en gros de certains marchés de produits d'accès, d'imposer à une entreprise verticalement intégrée l'obligation de confier ses activités de fournitures en gros, des produits

concernés à une entité économique fonctionnellement indépendante. Cette séparation fonctionnelle qui oblige l'opérateur verticalement intégré de créer des entités économiques distinctes sur le plan opérationnel est, selon le considérant (61) de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, « un moyen d'améliorer la concurrence sur plusieurs marchés pertinents en limitant considérablement l'intérêt de la discrimination et en facilitant la tâche consistant à vérifier et à faire respecter les obligations en matière de non-discrimination ».

Article 35

Cet article prévoit les obligations dans le chef de l'entreprise en question par rapport à l'Institut si cette séparation fonctionnelle se fait sur base volontaire, ceci conformément au considérant (64) de la directive précitée.

Le Conseil d'Etat se déclare d'accord avec ces modifications et n'a pas d'autres observations à formuler sur les autres articles qui composent ce titre étant donné qu'ils reprennent fidèlement les textes de l'ancienne loi de 2005.

Articles 37 à 42

Ces articles sont regroupés sous le Titre V.- « Droit de passage » et ont été déplacés par rapport à l'ancienne loi pour constituer une suite logique aux dispositions réglant l'accès aux réseaux et leurs interconnexions. Ils reprennent ainsi les articles 64 à 68 de la loi du 30 mai 2005. La modification essentielle concerne l'article 38 qui reprend l'article 65 de l'ancienne loi (et non pas l'article 64 comme indiqué dans le commentaire des articles) qui, dans le cadre de la disposition générale que toute entreprise notifiée bénéficie d'un droit de passage sur les domaines publics de l'Etat et des communes, donne aux autorités un délai de réponse de six mois après le dépôt de la demande et dispose qu'une fois ce délai passé, l'accord de l'autorité responsable est présumé acquis.

Le Conseil d'Etat se doit de rappeler dans ce contexte son avis du 7 octobre 2008 (doc. parl. n° 5823²) relatif au projet qui est devenu la loi du 21 décembre 2009 relative au régime des permissions de voirie, tout en soulignant une nouvelle fois l'intérêt d'harmoniser le régime légal des permissions de voirie en matière d'utilisation du domaine routier et ferroviaire étatique par les installations et ouvrages électriques, gaziers, de télécommunications ainsi que, le cas échéant, d'approvisionnement et d'évacuation de l'eau. Ce travail d'harmonisation devrait également assurer la cohérence des champs d'application des lois réglementant les secteurs de l'électricité, du gaz et des télécommunications, d'une part, et de la législation sur les permissions de voirie dans les domaines routiers (étatique et communal) et ferroviaire, d'autre part.

Sur le plan légistique, il propose d'écrire au paragraphe 1^{er} de l'article 38: « ... domaines publics autres que les domaines routiers de l'Etat et des communes et le domaine ferroviaire, lorsqu'elles ... ». A la dernière phrase de ce paragraphe, il lui semble préférable de compter le délai d'un mois à partir de la date de conclusion de la convention (plutôt que de celle de sa mise en vigueur).

Au paragraphe 2, il lui semble de mise de préciser que le domaine routier vise les domaines routiers de l'Etat et des communes.

Enfin, au paragraphe 5, il convient de remplacer la double conjonction « et/ou » par « ou ».

Articles 43 et 44

Ces articles sont regroupés sous le Titre VI.- « Colocalisation et partage des éléments de réseaux et des ressources associées » et portent ainsi sur le partage d'infrastructures. L'article 43 reprend le texte de l'article 70 de la loi du 30 mai 2005. L'article 44 est nouveau et intègre dans la législation nationale l'article 12 de la directive « cadre » qui a été profondément modifié dans la mesure où il renforce les pouvoirs des Etats membres dans le but d'améliorer le partage de ressources pour favoriser la concurrence et faire baisser le coût financier et environnemental global du déploiement des infrastructures de communications électroniques pour les entreprises. Le Conseil d'Etat s'exprime favorablement à l'égard de ces modifications.

Articles 45 et 46

Ces articles sont regroupés sous le Titre VII.- « Sécurité et intégrité des réseaux et services » et constituent un chapitre nouveau dans le dispositif induit par la directive 2009/140/CE portant sur la sécurité et l'intégrité des réseaux et services de communications électroniques. En effet, les considérants (44) à (46) de la directive précitée, constatant que la complexité des systèmes, les défaillances techniques ou les erreurs humaines, les accidents ou les attentats peuvent avoir des conséquences sur le fonctionnement et la disponibilité des infrastructures, demandent aux autorités réglementaires nationales de garantir l'intégrité et la sécurité des réseaux de communications publics. Elles le feront en collaboration avec l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information « ENISA » en leur demandant de disposer des moyens nécessaires pour obtenir suffisamment d'informations afin d'évaluer le niveau de sécurité des réseaux ou services. C'est dans ce sens que l'article 45 oblige les entreprises notifiées à prendre des mesures de sécurisation des réseaux et de signaler toute atteinte significative à la sécurité à l'Institut, qui informe la Commission nationale pour la protection des données. L'article 46 règle le cas des entreprises notifiées qui ne se mettent pas en conformité avec ces dispositions. Le Conseil d'Etat constate que ces éléments de la directive sont fidèlement transposés et n'a pas d'autres observations à ajouter.

Article 47

Cet article qui constitue à lui seul le Titre VIII.- « Numérotation » reprend l'article 24 de la loi du 30 mai 2005 et ajoute pour l'Institut l'obligation de publication sur internet du plan national de numérotation ainsi que l'accès aux services liés aux numéros.

Articles 48 à 71

Ces articles constituent le Titre IX.- « Service universel ».

La plupart des articles regroupés sous ce titre reprennent le libellé des articles correspondants de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et services de communications électroniques. Des modifications sont apportées à la suite de la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 concernant le service universel et constituant, fidèlement aux modifications de la directive, des adaptations à l'environnement technologique en mutation constante. Le Conseil d'Etat se limite dans son avis aux seuls articles modifiés.

Article 48

Cet article définit de manière extensive la notion de service universel en matière de communications électroniques auxquels tout utilisateur final a droit. Il s'agit de manière générale d'assurer aux utilisateurs qui en font la demande un raccordement au réseau de communications public en position déterminée. L'obligation de service universel est ici étendue à la fourniture d'un service téléphonique public et d'un service de transmission de données.

Article 50

Cet article qui reprend l'article 39 de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et services de communications électroniques l'adapte dans le sens de l'utilisation du nouveau vocabulaire communautaire et introduit dans la législation le minimum de services devant être accessibles à un réseau de communications électroniques public.

Article 51

Cet article, qui reprend l'article 40 de l'ancienne loi, étend ses dispositions concernant les points d'accès aux services de téléphonie vocale au-delà de la seule cabine téléphonique publique à d'autres points d'accès alternatifs comme les cafés « internet », l'accès à des bornes de type WiFi ou WLAN (Wireless Local Area Network). L'article tient ainsi compte de l'évolution des technologies utilisées dans les réseaux de communications.

Article 65

Cet article est nouveau et transpose l'article 8, paragraphe 3 de la directive « service universel ». Dans la mesure où la directive considère le service universel comme un des facteurs contribuant à la cohésion sociale d'un Etat membre, cet article impose à une entreprise prestataire du service universel qui a l'intention de céder une partie substantielle ou la totalité de ses actifs à une entité juridique distincte appartenant à un propriétaire différent, d'informer à l'avance et en temps utile l'Institut afin de permettre à celui-ci d'évaluer les effets de la transaction projetée sur le service universel dans son ensemble.

Article 70

Cet article reprend l'article 58 de la loi du 30 mai 2005 et introduit dans son paragraphe 2 la possibilité pour l'Institut d'imposer à une ou à plusieurs entreprises notifiées de faire des offres ciblées aux personnes

handicapées, leur garantissant ainsi un accès fonctionnellement équivalent et équitable aux réseaux et services de communications électroniques. Ceci faisant, les auteurs ont suivi le considérant (12) de la directive « service universel » qui demande que les utilisateurs finals handicapés bénéficient de la même facilité d'utilisation des services que les autres utilisateurs finals mais par des moyens différents.

En ce qui concerne les autres articles de ce Titre, ils ne font que reprendre le texte de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et services de communications électroniques, si bien que le Conseil d'Etat limite ses observations à ce qui précède.

Articles 72 à 74

Ces articles sont regroupés sous le Titre X.- « Droits des utilisateurs finals » et sont modifiés à plusieurs égards.

L'article 72, qui reprend l'article 60 de la loi du 30 mai 2005, impose désormais à toute entreprise notifiée de publier des informations générales concernant ses offres de services et rendre disponibles ses informations sans frais, pour des tiers aux fins de comparaisons des offres. Enfin, l'Institut pourra imposer à toute entreprise notifiée d'informer ses abonnés sur les conditions d'accès aux numéros d'urgence, les limitations d'accès à certains services et les mesures techniques qui pourraient influencer la qualité des services.

Article 73

Cet article a été profondément modifié et complété pour transposer l'article 20 de la directive « service universel ». Il s'agit de compléter les informations auxquelles l'utilisateur final a droit quand il souscrit un contrat sous forme écrite avec une entreprise fournissant des services de communications électroniques. Les ajouts concernent surtout des précisions quant à l'accès aux services d'urgence, à la fourniture des services, à la tarification de ces services et aux mesures prévues en cas d'incident concernant la sécurité des réseaux.

Articles 75 à 82

Ces articles sont regroupés sous le Titre XI.- « Autorité de régulation » et reprennent les articles 72 à 79 de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et services de communications électroniques en apportant surtout les modifications suivantes:

L'Institut qui exerce les fonctions d'autorité de régulation indépendante en matière de réseaux et de services de communications électroniques représente le Luxembourg dans le cadre de l'organe des régulateurs européens créé par le règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009. Il s'agit de l'ORECE, organe avec lequel l'Institut est obligé de travailler en étroite collaboration pour toutes les questions entrant dans le domaine de ses compétences (Articles 75 à 79).

L'article 80 est modifié dans le sens que l'Institut est chargé de mettre en place une procédure extrajudiciaire de règlement de litiges pouvant intervenir entre consommateurs et entreprises notifiées, obligation qui découle de l'article 34 de la directive « service universel ».

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler sur les modifications de ces articles.

Article 83

Cet article constituant à lui seul le Titre XII.- « Sanctions » est modifié dans la mesure où il porte les amendes maximales dans lesquelles l'entreprise soumise à notification peut être frappée par l'Institut de 25.000 euros à 1 million d'euros pour toute violation de la présente loi, des règlements et des cahiers de charges qui en sont l'exécution ainsi que les mesures régulatrices de l'Institut. Ceci faisant, les auteurs suivent les considérants de la directive 2009/140/CE qui considèrent que « les dispositions actuelles habilitant les autorités réglementaires nationales à infliger des amendes ne constituent pas une incitation à respecter les exigences réglementaires ». De même, l'article 21*bis* de la directive-cadre constate que « les sanctions ainsi prévues doivent être appropriées, effectives, proportionnées et dissuasives ».

Le Conseil d'Etat ne peut toutefois pas marquer son accord avec le libellé actuel de l'article 83, paragraphe 1^{er}, lequel prévoit le cumul de sanctions administratives et pénales pour les mêmes faits. En effet, l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif au principe *non bis in idem*, interdit la poursuite ou la condamnation d'une personne pour une seconde infraction lorsque celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes.

Une amende administrative ne peut donc être prévue par la loi que si les manquements à celle-ci ne font pas l'objet d'une sanction pénale. Le cumul de sanctions pénales et de sanctions administratives encourues pour les mêmes faits est partant à écarter au regard de la récente jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (arrêt du 10 février 2009, 14939/03, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*).

Le Conseil d'Etat propose partant, sous peine d'opposition formelle, de supprimer les mots « Sans préjudice de poursuites pénales éventuelles », soit de faire abstraction de l'article sous examen.

En ce qui concerne le paragraphe 5, il n'en ressort pas clairement si l'astreinte y visée s'applique également aux décisions prononçant une sanction prévue par le paragraphe 1^{er} de cet article. Si tel est le cas, cette astreinte est à considérer comme une double peine, étant donné qu'elle ne peut être prévue qu'en cas de non-respect des prescriptions légales et non pas être assortie d'une sanction.

Finalement, il convient de relever que les sanctions infligées ne font l'objet que d'un recours en annulation. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, un examen quant au fond par le juge administratif s'imposerait toutefois en la matière (arrêt du 4 mars 2004,

47650/99, *Silvester's Horeca Service c/ Belgique*). Dès lors, le Conseil d'Etat exige, sous peine d'opposition formelle, d'ajouter un paragraphe 6 à l'article 83, libellé comme suit:

« (6) Un recours en réformation est ouvert devant le tribunal administratif contre les décisions prises par l'Institut dans le cadre du présent article. »

Article 84

Cet article abroge la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et services de communications électroniques.

Article 85

Cet article qui fixe le délai de mise en œuvre de la loi n'appelle pas d'observation du Conseil d'Etat.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 décembre 2010.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder