



TÉLÉCOM PARISTECH

Alain Bensoussan Avocats
Le droit du numérique et des technologies avancées

COURS

DROIT DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

07 Avril 2015



Sommaire analytique

1.	Introduction	4
1.1	Réforme de 1990	4
1.2	Réforme de 1996	5
1.3	Réforme de 2004	6
1.4	Réforme de 2011	7
1.5	Projet d'un troisième « Paquet télécom » porté par la Commission européenne en 2013	9
2.	Réseaux et services de communications électroniques	12
2.1	Réseaux ouverts au public et services fournis au public	12
2.1.1	Déclaration et règles à respecter	12
2.1.2	Séparation comptable	13
2.1.3	Traitement des opérateurs acheminant du trafic international	13
2.1.4	Occupation du domaine public et servitudes	14
2.2	Réseaux et services établis et/ou fournis librement	16
2.2.1	Réseaux indépendants	16
2.2.2	Autres réseaux	16
3.	Service public des communications électroniques	17
3.1	Composantes du service public	17
3.1.1	Service universel	17
3.1.2	Services obligatoires	18
3.1.3	Missions d'intérêt général	19
3.2	Fourniture du service public	19
3.3	Financement du service universel	20
4.	Intervention des collectivités territoriales	21
4.1	La notion d'intérêt général	21
4.2	La préservation de la concurrence	22
4.3	L'insuffisance d'initiatives privées	22
4.4	La mise à disposition d'infrastructures et de réseaux	23
4.5	L'utilisation du domaine public	23
5.	Cadre technique	23
5.1	Interconnexion	23
5.2	Terminaux	25
6.	Sécurité des réseaux	26

6.1	La sécurité : une exigence essentielle	26
6.2	Le secret des correspondances	26
6.2.1	Sanctions	26
6.2.2	Dérogations	27
6.3	Les interceptions de sécurité	29
6.3.1	Contrôle des interceptions	29
6.3.2	Interceptions ordonnées par l'autorité judiciaire	29
6.3.3	Interceptions de sécurité (ou écoutes administratives)	30
6.3.4	Dispositif expérimental de l'article 34-1-1 du Code des postes et des communications électroniques	31
6.3.5	Matériels d'interception de communications électroniques	33
7.	Régulation	35
7.1	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes	35
7.1.1	Statut de l'Arcep	36
7.1.2	Missions et attributions de l'Arcep	36
7.1.3	Concertation avec les autres instances et le contrôle des décisions de l'Arcep	39
7.2	Ministre chargé des communications électroniques	40
7.3	Agence nationale des fréquences (ANFR)	40
7.4	Commissions consultatives	41

1. Introduction

1. La libéralisation progressive du secteur des télécommunications engagée dans les années 80 à l'initiative de la Commission européenne a entraîné une importante modification aboutissant à une refonte globale du secteur.
2. Le secteur, autrefois dominé par des monopoles d'Etats, s'est transformé en un marché dynamique caractérisé par une baisse tarifaire, un plus grand choix de services et des applications innovantes.
3. Dans le même temps, la libéralisation s'est accompagnée d'une harmonisation des conditions de commercialisation des services et des terminaux de télécommunications afin de concilier le principe fondamental de liberté d'entreprendre avec des exigences supérieures d'intérêt général telles que le service universel ou la protection des droits fondamentaux de la personne.
4. Au niveau français, la réforme des télécommunications entamée en 1986 s'est achevée en juillet 2004 par une harmonisation juridique et une simplification des règles applicables aux acteurs du secteur.
5. Le processus de libéralisation est engagé dès 1986 par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté des communications¹. Cette loi autorise les opérateurs privés à construire et exploiter des réseaux câblés audiovisuels.
6. En 1987, le marché des communications mobiles et celui des services télématiques à valeur ajoutée sont ouverts à la concurrence². Le régime de location et de liaisons spécialisées est assoupli et un régime dérogatoire en faveur de la télématique est introduit.
7. En pouvant ainsi constituer des « réseaux privés » à usage professionnel en louant à France Télécom des liaisons spécialisées exclusives, les opérateurs ont la possibilité d'établir des « réseaux privés ouverts » à vocation générale.
8. Trois réformes d'envergure se succèdent alors : celle de 1990, de 1996 et de 2004, suivies d'une dernière réforme de moindre envergure en 2011. Toutes ont pour objet la transposition, en droit français, des directives adoptées au niveau européen et visent à établir, à l'échelle de l'Union européenne, un véritable marché intérieur des télécommunications.

1.1 Réforme de 1990

9. Dans un premier temps, la difficulté de remettre en cause immédiatement l'ensemble des monopoles se traduit par le choix d'une ouverture progressive des télécommunications à la concurrence.
10. A cette fin, la loi du 29 décembre 1990 de réglementation des télécommunications introduit³ des règles visant à une libéralisation progressive de l'activité de télécommunications, tant en ce qui concerne les réseaux que les services.
11. Cette démarche de libéralisation se double d'une démarche de re-réglementation articulée autour des objectifs suivants :

¹ Loi 86-1067 du 30-9-1986 relative à la liberté des communications, JO du 1-10-1986.

² Décret. 87-775, JO du 25-9-1987.

³ Loi 90-1170 du 29-12-1990 de réglementation des télécommunications, JO du 30-12-1990.

- la construction d'une véritable Europe des télécommunications dans la perspective de l'établissement du marché unique au 1^{er} janvier 1993 : à ce titre, la loi du 29 décembre 1990 introduit notamment la notion d'exigences essentielles résultant des directives européennes 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications⁴ et 90/387/CEE relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture des réseaux ouverts de télécommunications⁵ ;
- la fixation d'une nouvelle règle de marché, la concurrence loyale entre les différents opérateurs du secteur devenant le principe général, le monopole étant l'exception.

12. Dans le même temps, le législateur souhaite conserver un exploitant public fort pour les missions d'intérêt général.

13. A cette fin, la loi du 2 juillet 1990 attribue à France Télécom le statut d'exploitant public autonome vis-à-vis duquel le ministre chargé des télécommunications exerce sa tutelle⁶. En outre, la possibilité pour l'exploitant de se diversifier dans les activités concurrentielles est confirmée et ses missions du service public sont précisées.

14. Dans ce domaine réservé, France Télécom doit néanmoins respecter des logiques d'attitude concurrentielle.

15. Le respect de ces différents équilibres est assuré par le ministre chargé des télécommunications à travers trois principes directeurs :

- le principe de l'indépendance des fonctions d'exploitation et de régulation, conformément à la directive européenne 90/388/CE « Concurrence » ;
- le principe d'égalité entre opérateurs et de non-discrimination ;
- la régulation coordonnée des pouvoirs des différents acteurs du secteur par la définition des rôles respectifs du ministère des télécommunications, du ministère de tutelle de France Télécom et du Conseil supérieur de l'audiovisuelle.

1.2 Réforme de 1996

16. L'étape suivante aboutit à l'ouverture complète à la concurrence de tous les réseaux et services de télécommunications.

17. La loi du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications⁷ ouvre à la concurrence les activités encore couvertes par un monopole légal. Dans le même temps, elle crée l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) et l'Agence nationale des fréquences radioélectrique (ANF). En outre, France Télécom devient une société anonyme et perd son statut d'établissement public.

⁴ Dir. 90/388/CEE du 28-6-1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, JOCE L 192 du 24-7-1990, p. 10.

⁵ Dir. 90/387/CEE relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture des réseaux ouverts de télécommunications (ONP), JOCE L 192 du 24-7-1990, p. 1.

⁶ Loi 90-568 du 2-7-1990 relative à l'organisation du service public de La Poste et des Télécommunications, JO du 8-7-1990. Depuis le 1-1-1991, La Poste et France Télécom sont indépendants et dotés, chacun, d'un budget autonome. Leur statut respectif est celui d'un établissement public.

⁷ Loi 96-659 du 26-7-1996 de réglementation des télécommunications, JO du 27-7-1996.

Toutefois, l'Etat demeure majoritaire (et reste tenu de l'être) au sein du capital social de l'opérateur historique.

18. La nouvelle loi s'articule autour de deux principes directeurs :

- le principe de liberté d'exercice des activités dans le secteur des télécommunications : les conditions d'exercice de la concurrence, c'est-à-dire pour l'essentiel, le régime juridique d'établissement des réseaux publics et de fourniture de services téléphoniques au public, mais aussi de l'interconnexion des réseaux et de la numérotation qui garantissent l'universalité des communications et des services sont établies ;
- le principe du service public, la nouvelle loi définissant les limites, les modalités de fourniture et le financement du service public des télécommunications.

19. L'année 2000 est consacrée au dégroupage de la boucle locale. Ainsi, les nouveaux opérateurs accèdent à la boucle locale de France Télécom afin de fournir leur service directement à leurs clients.

1.3 Réforme de 2004

20. La privatisation de France Télécom a été initiée par l'adoption de la loi du 31 décembre 2003 qui a permis à l'Etat de devenir minoritaire au sein de son capital social⁸. La privatisation a ensuite été finalisée courant 2004 peu après la mise en œuvre de la troisième révision du cadre réglementaire.

21. Celle-ci prend en compte la vitesse des évolutions commerciales et technologiques. Parmi ces évolutions, figurent la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et de l'information, la mondialisation, le développement d'Internet, les applications sans fils et la télévision numérique.

22. Dans cette perspective, la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle modifie les dispositions du Code des postes et télécommunications et de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁹.

23. Preuve de la prise en compte des nouvelles technologies du numérique et de l'internet, le Code des postes et communications électroniques (ci-après CPCE) remplace le Code des postes et télécommunications. De même, l'ART est devenue l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) depuis le 20 mai 2005¹⁰

24. Les « communications électroniques » désignent ainsi « les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons par voie électromagnétique¹¹ ».

25. Désormais, les dispositions du Code des postes et communications électroniques s'appliquent à l'ensemble des réseaux de communications électroniques (audiovisuel et télécommunications), les contenus fournis sur ces différents réseaux restant soumis à des régimes distincts.

26. Par ailleurs, le principe des « exigences essentielles » est réaffirmé.

⁸ Loi 2003-1365 du 31-12-2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom.

⁹ Loi 2004-669 du 9-7-2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JO du 10-7-2004.

¹⁰ Loi 2005-516 du 20-5-2005 relative à la régulation des activités postales

¹¹ CPCE, article L. 32.

27. Ces exigences sont celles nécessaires pour garantir dans l'intérêt général :

- la santé et la sécurité des personnes ;
- la compatibilité électromagnétique entre les équipements et installations de communications électroniques ;
- le cas échéant, une bonne utilisation du spectre des fréquences radioélectriques en évitant les interférences dommageables pour les tiers.

28. Les exigences essentielles portent également, dans les cas justifiés, sur :

- la protection des réseaux ;
- l'interopérabilité des services ;
- l'interopérabilité des équipements terminaux ;
- la protection des données ;
- la compatibilité des équipements terminaux et des équipements radioélectriques avec des dispositifs empêchant la fraude, assurant l'accès au service d'urgence et facilitant leur utilisation par les personnes handicapées¹².

29. Le régime juridique applicable à l'établissement et à l'exploitation des réseaux de communications électroniques connaît une modification profonde tandis que les réseaux et services de communications électroniques bénéficient d'un cadre commun.

30. Les activités de communications électroniques s'exercent désormais librement, dans le respect des déclarations, et non plus des autorisations. L'objectif visé est ici de rapprocher le droit sectoriel des communications électroniques du droit de la concurrence.

1.4 Réforme de 2011

31. L'année 2009 s'est clôturée par l'adoption d'un ensemble de dispositions constitutives de ce qu'il est communément admis de désigner par le « deuxième paquet télécom ».

32. Ces dispositions ne viennent pas révolutionner la réglementation déjà en vigueur ; elles viennent néanmoins souvent la préciser, voire la compléter pour tenir compte de l'évolution des technologies, de la poussée des droits revendiqués par les consommateurs et de l'extension des frontières de l'Union européenne qui a conduit à intégrer des Etats qui n'étaient pas nécessairement à même d'intégrer de la même manière, et à la même vitesse que les autres, le processus de libéralisation de leur secteur des télécommunications.

33. Les points principaux de la réforme introduite par ce second « Paquet télécom » sont les suivants :

- un droit à la portabilité du numéro fixe et mobile, en un jour ouvré ainsi qu'une limitation à 24 mois de la durée minimale d'abonnement avec une offre d'abonnement à 12 mois ;

¹² CPCE, article L. 32, 12°. La loi du 9-7-2004 supprime de la liste des exigences essentielles la protection de l'environnement et la prise en compte des contraintes d'urbanisme et d'aménagement du territoire.

- un renforcement de l'information du consommateur, notamment à travers les clauses des contrats qui devront contenir des indications sur le niveau minimal de qualité de service assorti d'une indemnisation en cas de non atteinte de ce niveau ainsi qu'une clarification des conditions applicables aux offres promotionnelles ;
- l'insertion d'une disposition dans le nouveau dispositif législatif communautaire relative à l'obligation pour les Etats membres de respecter les droits fondamentaux et la liberté des citoyens, si ces Etats entendent prendre des mesures visant à restreindre l'accès ou l'usage de l'internet, conformément aux principes posés par la Convention européenne de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les mesures que les Etats pourraient prendre dans ce cadre devront être appropriées, proportionnées et nécessaires. Elles devront respecter la présomption d'innocence et le droit au respect de la vie privée, tout en garantissant aux citoyens le droit à un procès équitable. Ainsi, le nouveau texte rejette-t-il toute procédure de suspension de l'accès internet qui ne serait pas décidée par une autorité judiciaire, dans le cadre d'une procédure contradictoire ;
- l'affirmation de la neutralité de l'internet, notamment par l'information préalable des internautes sur les mesures techniques pouvant éventuellement être prises pour limiter les débits sur le réseau ;
- l'obligation pour les opérateurs d'informer leurs clients et les autorités nationales de tout incident affectant la sécurité de la protection des données à caractère personnel qui leur sont confiées et promotion des moyens permettant aux consommateurs et aux opérateurs de lutter contre le spamming ;
- la promotion du numéro européen d'urgence, le « 112 » ;
- le renforcement de l'indépendance des autorités de régulation nationales vis à vis des pouvoirs politiques et création de la nouvelle autorité de régulation européenne ;
- la possibilité, pour les autorités de régulation nationales, d'imposer la séparation fonctionnelle des activités d'exploitation de réseaux et des activités commerciales de fourniture des services ;
- l'accélération de l'accès au haut débit au sein de l'Union, notamment grâce à l'utilisation du dividende numérique, c'est à dire de la réutilisation des fréquences libérées par l'arrêt des services de télévision analogique.
- la création de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE),
- l'assouplissement du régime de l'accès au spectre et de sa gestion,

34. La transposition en droit interne de ce second « Paquet télécom » est intervenue par une ordonnance du 24 août 2011.

1.5 Projet d'un troisième « Paquet télécom » porté par la Commission européenne en 2013

35. Six chantiers législatifs européens afférents au numérique et comportant de nombreuses mesures favorables aux citoyens ont été ouverts. La Commission européenne espérait les faire tous adopter d'ici aux élections européennes de mai 2014. Trois de ces six chantiers ont été adoptés courant 2014 et portent notamment sur :

- le financement du mécanisme pour l'interconnexion en Europe (MIE), visant à la mise sur pied d'infrastructures communes dans le domaine des télécommunications¹³. Ce nouveau règlement¹⁴ fixe les critères sur la base desquels des actions dans ce domaine peuvent bénéficier d'une aide financière de l'Union européenne et définit les priorités de financement. Le règlement couvre des projets dans le domaine des infrastructures de services numériques et des réseaux à haut débit. Pour 2014-2020, le règlement MIE¹⁵ a fixé à 1 141 602 000 euros le plafond dans le secteur des télécommunications. Les crédits initialement alloués étaient de l'ordre de 10,5 milliards d'euros et ont été réduits de près de 90%. Les soutiens à des services d'avenir comme l'informatique en nuage, les réseaux intelligents (*smart grids*) et les services urbains (*smart cities*), qui figuraient dans la version initiale de la proposition de règlement¹⁶, ont ainsi dû être abandonnés ;
- l'identification électronique et les services de confiance dans les transactions électroniques en ligne. Ce nouveau règlement¹⁷ connu sous le signe « eIDAS » établit un cadre transnational et intersectoriel ayant vocation à permettre la sécurité des transactions électroniques au travers de l'identification, l'authentification et les services de confiance électronique. Il vise à garantir l'existence de niveaux de sécurité harmonisés et la possibilité pour les États membres d'adopter des règles allant au-delà des règles européennes existantes afin de renforcer la sécurité des systèmes d'information. Le règlement eIDAS prévoit en particulier que les États membres reconnaissent, pour s'identifier sur leurs propres services en ligne, les moyens d'identification qui leur ont été notifiés ainsi que ceux qui auront été notifiés aux autres États membres. En particulier, concernant les services de confiances, il prévoit :
 - la création dans chaque État membre d'un organe de contrôle chargé de la supervision de l'ensemble des prestataires de service de confiance ;
 - l'élaboration d'une liste de confiance répertoriant les dispositifs de création de signature et les prestataires de service de confiance qualifiés ;
 - les règles techniques auxquels doivent répondre les certificats qualifiés ;
- la réduction du coût du déploiement du haut débit, en établissant un droit d'accès aux réseaux des opérateurs (obligations de transparence concernant les infrastructures

¹³ Règl. 283/2014/UE du 11-03-2014 concernant les orientations pour les réseaux transeuropéens dans le domaine des infrastructures de télécommunications et abrogeant la décision 1336/97/CE

¹⁴ Règl. 283/2014/UE du 11-03-2014 concernant les orientations pour les réseaux transeuropéens dans le domaine des infrastructures de télécommunications et abrogeant la décision 1336/97/CE

¹⁵ Règl. 1336/2013/UE du 11-12-2013 établissant le mécanisme d'interconnexion en Europe, modifiant le règl. 913/2010/UE et abrogeant les règl. 680/2007/CE et 67/2010/CE

¹⁶ Proposition de règl. du 19-10-2011 concernant des orientations pour les réseaux transeuropéens de télécommunications et abrogeant la décis. 1336/97/CE.

¹⁷ Règl. 910/2014/UE du 23-07-2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

existantes et coordination des travaux de génie civil).¹⁸ Les Etats membres ont jusqu'au 1^{er} janvier 2016 pour transposer cette directive ;

36. Trois chantiers sont encore en cours d'adoption et concernent notamment :

- l'accessibilité des sites web des administrations¹⁹. Cette initiative assigne aux États membres de prendre les mesures nécessaires, d'ici au 31 décembre 2015, pour que les usagers (notamment les personnes en situation de handicap) soient davantage enclins à utiliser les services en ligne du secteur public ;
- la sécurité des réseaux et de l'information (cybersécurité)²⁰ ;
- un nouveau « paquet télécom »²¹, complétant la réglementation actuelle (directives de 2002 révisées). Cette proposition est accompagnée d'une recommandation sur des obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul des coûts cohérentes afin de promouvoir la concurrence et d'améliorer l'environnement des investissements en haut-débit.

37. Le 11 septembre 2013, la Commission européenne a adressé une communication COM(2013) 634 au Parlement européen, au Conseil, au Comité Economique et Social européen et au Comité des régions traitant du marché unique des télécommunications et formait un projet pour un troisième « Paquet télécom ».

38. Présentée par la Commission européenne comme le texte phare de sa fin de mandat, la proposition de règlement de septembre 2013 comprend cinq mesures principales :

- premièrement, il s'agit de refondre le régime d'autorisation en créant une autorisation unique permettant aux opérateurs d'exercer leurs activités dans l'ensemble des 28 États membres, en s'inspirant de la règle du « passeportage » déjà appliquée dans le secteur bancaire et financier. Le retrait ou la suspension de cette autorisation unique UE serait contrôlé par l'État membre dans lequel est situé l'établissement principal (État membre d'origine) de l'opérateur bénéficiaire. L'autorisation unique UE devrait s'appliquer à toute entreprise qui fournit ou a l'intention de fournir des services ou d'exploiter des réseaux de communications électroniques dans plusieurs États membres, et ce, afin de réduire, voire de supprimer, les différences de traitement d'un Etat membre à un autre, créant ainsi, selon la Commission, un frein à l'eupéanisation des opérateurs qui restent, dans de nombreux cas, des acteurs purement nationaux ;
- deuxièmement, la proposition de règlement vise à renforcer la neutralité de l'internet. La définition proposée par la Commission est toutefois ambiguë et nécessiterait des précisions.
 - 39. La proposition de règlement interdit le blocage et la limitation du contenu internet, en vue de garantir aux utilisateurs l'accès à un internet ouvert et sans restriction, indépendamment du coût ou de la vitesse prévus par leur abonnement. Le règlement définit les limites applicables aux éventuelles restrictions de la liberté des utilisateurs finaux d'accéder à l'information et au contenu légal, de diffuser des contenus, d'exécuter des applications et d'utiliser des services de leur choix par les fournisseurs de communications

¹⁸ Dir. 2014/61/UE du 15-05-2014 relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit.

¹⁹ Proposition de dir. du 3-12-2012 relative à l'accessibilité des sites web d'organismes du secteur public.

²⁰ Proposition de dir. du 7-2-2013 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et de l'information dans l'Union.

²¹ Proposition de règl. du 11-9-2013 établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les dir. 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règl. 1211/2009 et (UE) 531/2012.

électroniques au public, mais il est sans préjudice d'autres dispositions législatives de l'Union telles que les règles en matière de droit d'auteur et la directive 2000/31/CE.

- 40. Les entreprises seraient toujours en mesure de fournir des « services spécialisés » à qualité de service garantie, tels que la télévision par internet (IPTV), la vidéo à la demande, certaines applications telles que l'imagerie médicale haute résolution, les salles d'opération virtuelles et les applications en nuage à haute intensité de données d'importance critique pour les entreprises, pour autant que ces services ne freinent pas les vitesses d'accès promises à d'autres clients. Les consommateurs auraient le droit de vérifier s'ils bénéficient réellement de la vitesse d'accès pour laquelle ils paient, et de renoncer à leur contrat si l'entreprise ne respecte pas ses engagements à cet égard ;
- troisièmement, il est proposé d'harmoniser le droit de la consommation applicable en matière de télécommunications. Le règlement prévoit pour les consommateurs le droit à des contrats clairement rédigés contenant des informations plus comparables, des droits plus étendus en matière de changement de fournisseur ou de contrat, le droit à conclure un contrat de 12 mois si le client ne souhaite pas un contrat à durée plus longue, le droit de renoncer à son contrat si les vitesses d'accès annoncées ne sont pas respectées, et le droit d'opter pour une fonction de transfert des courriers électroniques vers une nouvelle adresse électronique après avoir changé de fournisseur d'accès à internet ;
- quatrièmement, et il est proposé de supprimer ou de plafonner les majorations dues à l'itinérance et applicables aux appels intra-Union européenne (frais de roaming).. La Commission prévoit, également, des mesures concernant le secteur de la téléphonie fixe en alignant les tarifs des appels intra-UE sur ceux des appels nationaux longue distance. Pour les appels mobiles intra-UE, le prix ne pourrait pas dépasser 0,19 euro à la minute (hors TVA) ;
- cinquièmement, le texte vise à renforcer la coordination de la gestion des fréquences en termes de calendriers, de durée et d'autres conditions concernant l'assignation des radiofréquences. Les États membres devraient conserver le droit d'adopter des mesures en vue d'organiser leur gestion du spectre radioélectrique à des fins d'ordre public, de sécurité publique et de défense et continueraient de bénéficier des redevances versées par les opérateurs de réseau mobile.

41. La proposition de règlement de septembre 2013 suscite de vives critiques. En effet, cette proposition est principalement axée sur la régulation des réseaux et des infrastructures, dans la lignée de 15 années de politiques européennes marquées par quatre « paquets télécoms » successifs. Or, les enjeux stratégiques se situent désormais aussi du côté des plateformes de services, portes d'entrée privilégiées pour accéder à l'internet, domaine dans lequel les grandes entreprises internationales échappent actuellement à toute régulation.

42. Le numérique a une importance éminemment politique tout comme l'eurent, il y a une soixantaine d'années, le charbon et l'acier, lorsqu'il fut décidé de bâtir une communauté européenne pour gérer en commun ces deux secteurs. Aujourd'hui, l'action publique européenne devrait consister également à travailler sur le rééquilibrage des obligations et des profits dans la chaîne de valeur dans le domaine des TIC, sur l'établissement des conditions de concurrence équitables entre les services en ligne « over-the-top » et les services de télécommunications par un rapprochement des règles applicables, sur la convergence entre les services et marchés audiovisuels et des télécommunications, etc.

2. Réseaux et services de communications électroniques

43. Le Code des postes et communications électroniques distingue les réseaux ouverts au public et les services fournis au public qui sont soumis à déclaration. Les autres réseaux sont fournis librement.

44. En revanche, les installations de l'Etat établies pour les besoins de la défense nationale ou la sécurité publique ainsi que les installations de l'Etat utilisant des bandes de fréquence ou des fréquences attribuées par le Premier ministre à une administration²² pour ses besoins propres ne sont pas soumis à la réglementation des communications électroniques.

2.1 Réseaux ouverts au public et services fournis au public

2.1.1 Déclaration et règles à respecter

45. Le Code des postes et communications électroniques instaure un régime de déclaration préalable pour l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public ainsi que pour la fourniture au public de services de communications électroniques²³.

46. La déclaration doit être fournie à l'Arcep. Cette dernière remet à l'opérateur un récépissé lui permettant de se prévaloir de ses droits (interconnexion, droits de passage, etc.) et de connaître ses obligations (taxes, contribution au financement du service universel, etc.).

47. La déclaration n'est toutefois pas exigée pour l'établissement et l'exploitation des réseaux internes ouverts au public et pour la fourniture au public des services de communication électronique sur ces réseaux²⁴.

48. L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont néanmoins soumis au respect de certaines règles portant notamment sur :

- les conditions de permanence, de qualité et de disponibilité du réseau et du service ;
- les conditions de confidentialité et de neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications ;
- les normes et spécifications du réseau et du service ;
- les prescriptions exigées par la protection de la santé et de l'environnement et par les objectifs d'aménagement du territoire et d'urbanisme ;
- les prescriptions exigées par l'ordre public, la défense nationale et la sécurité publique ;
- l'acheminement gratuit des appels d'urgence²⁵ ;
- le service universel ;

²² CPCE, article L. 33-3, 2°.

²³ CPCE, article L. 33-1, I, al. 1.

²⁴ Sont ici visés les réseaux internes établis sur une même propriété bien qu'ouverts au public, telles que les antennes collectives ou les réseaux de certains hôtels.

²⁵ A ce titre, les opérateurs sont tenus d'assurer l'accès gratuit des services d'urgence à l'information relative à la localisation de l'équipement du terminal de l'utilisateur, dans la mesure où cette information est disponible.

- l'interconnexion et l'accès ;
- l'interopérabilité des services ;
- l'information, notamment sur les conditions contractuelles de fourniture du service, et la protection des utilisateurs.

49. Un décret devrait fixer les modalités d'application de ces conditions, notamment le contenu du dossier de déclaration. Si besoin, ce décret précisera les règles selon les différentes catégories de réseaux et de services.

50. En outre, les opérateurs exploitant un réseau radioélectrique de communication ouvert au public ou fournissant des services de radiocommunication au public sont tenus de mettre en œuvre les dispositifs techniques destinés à interdire, à l'exception des numéros d'urgence, l'accès à leur réseau ou à leur service de communication émis au moyen de terminaux mobiles, identifiés et qui leur ont été déclarés volé²⁶.

51. Le non-respect de ces obligations est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 75 000 euros²⁷. Il s'agit notamment du fait d'établir un réseau ouvert au public ou de commercialiser un service de communication électronique sans avoir préalablement procédé à sa déclaration.

2.1.2 Séparation comptable

52. Dans l'intérêt du bon exercice de la concurrence, le Code des postes et communications électroniques impose une séparation comptable de l'activité déclarée. Cette obligation concerne les opérateurs réalisant un chiffre d'affaires annuel sur le marché des communications électroniques supérieur à un certain seuil. Ce seuil est fixé par arrêté des ministres chargés des communications électroniques et de l'économie²⁸.

53. En outre, lorsque les opérateurs disposent dans un secteur d'activité autre que les communications électroniques d'un monopole ou d'une position dominante et que les infrastructures utilisées peuvent être séparées physiquement, ils sont tenus d'individualiser cette activité sur le plan juridique.

2.1.3 Traitement des opérateurs acheminant du trafic international

54. Le ministre chargé des communications électroniques et l'Arcep veillent à ce que soit assurée l'égalité de traitement des opérateurs acheminant du trafic international au départ ou à destination de réseau ouvert au public français.

55. Réciproquement, les opérateurs des pays tiers à l'Union européenne doivent assurer aux opérateurs déclarés en France des droits comparables, notamment en matière d'interconnexion et d'accès à ceux dont ils bénéficient sur le territoire national²⁹.

²⁶ CPCE, article L. 34-3. Cette obligation ne s'applique pas à la demande de l'officier de police judiciaire, après accord donné par le procureur de la République ou le juge d'instruction.

²⁷ CPCE, article L. 39.

²⁸ CPCE, article L. 33-1, II.

²⁹ CPCE, article L. 33-1, III.

2.1.4 Occupation du domaine public et servitudes

2.1.4.1 Occupation du domaine public routier et non routier

56. Afin de pouvoir installer les réseaux ouverts au public, les exploitants de ces réseaux bénéficient d'un droit de passage sur le domaine public routier.

57. Le domaine public routier comprend l'ensemble des biens du domaine public de l'Etat, des départements et des communes affectés aux besoins de la circulation terrestre, à l'exception des voies ferrées³⁰.

58. Les exploitants de réseaux ouverts au public peuvent y implanter des ouvrages lorsque l'occupation du domaine public routier n'est pas incompatible avec son affectation³¹.

59. Cette occupation nécessite l'obtention d'une permission de voirie, qui est délivrée par l'autorité compétente suivant la nature de la voie empruntée³².

60. L'autorité compétente ne peut alors faire obstacle au droit de passage qu'en vue d'assurer trois objectifs : le respect des exigences essentielles, la protection de l'environnement et le respect des règles d'urbanisme.

61. La permission de voirie donne lieu à versement de redevances dues à la collectivité publique concernée.

62. Lorsque le droit de passage de l'opérateur peut être assuré par l'utilisation des installations existantes d'un autre opérateur occupant déjà le domaine public, l'autorité peut inviter les deux parties à se rapprocher pour convenir des conditions techniques et financières d'une utilisation partagée des installations. Dans ce cas, l'utilisation des installations existantes ne doit pas compromettre la mission propre de service public de l'occupant.

63. Sauf accord contraire, c'est alors le propriétaire qui assure l'entretien des infrastructures et des équipements moyennant paiement d'une contribution.

64. En cas de litige, l'Arcep peut être saisie.

65. Les exploitants de réseaux ouverts au public peuvent également bénéficier d'un droit de passage sur le domaine public non routier. Dans ce cas, les autorités concessionnaires ou gestionnaires du domaine doivent donner accès aux exploitants sous la forme de convention, dans des conditions transparentes et non discriminatoires³³.

66. La convention ne peut pas contenir de dispositions relatives aux conditions commerciales de l'exploitation. En revanche, elle peut donner lieu au versement de redevances. Ces redevances doivent être raisonnables et proportionnées à l'usage du domaine³⁴.

67. Les opérateurs bénéficient d'une simple possibilité d'accès aux domaines publics non routiers. Les autorités gestionnaires ou concessionnaires apprécient en effet l'opportunité de conclure la convention autorisant l'accès.

³⁰ C. de la voirie routière, article L. 111-1.

³¹ CPCE, article L. 47.

³² CPCE, article L. 47. Les travaux nécessaires à l'établissement et à l'entretien des réseaux doivent être effectués conformément aux règlements de voirie.

³³ CPCE, article L. 46.

³⁴ CPCE, article L. 46.

68. Dans tous les cas, l'installation des infrastructures et des équipements doit être réalisée dans le respect de l'environnement et de la qualité esthétique des lieux et dans les conditions les moins dommageables pour les propriétés privées et le domaine public³⁵.

2.1.4.2 Servitudes sur les propriétés privées

69. Les exploitants de réseaux ouverts au public peuvent bénéficier de servitudes sur certaines propriétés privées, à savoir :

- dans les parties des immeubles collectifs et les lotissements affectés à un usage commun ;
- sur le sol et dans le sous-sol des propriétés non bâties ;
- au-dessus des propriétés privées dans la mesure où l'exploitant se borne à utiliser l'installation d'un tiers bénéficiant de servitudes³⁶.

70. La mise en œuvre de la servitude est subordonnée à une autorisation délivrée par le maire.

71. Préalablement, les propriétaires (ou le syndic, en cas de copropriété) doivent être informés des motifs qui justifient l'institution de la servitude ou le choix de son emplacement.

72. Ils doivent alors être à même, dans un délai qui ne peut être inférieur à trois mois, de présenter leurs observations sur le projet. Les travaux ne peuvent pas commencer avant l'expiration de ce délai.

73. En cas de contestation, les modalités de mise en œuvre de la servitude sont fixées par le président du tribunal de grande instance.

74. Comme dans le cas de l'occupation du domaine routier, l'autorité concernée peut inviter l'opérateur à se rapprocher d'un opérateur qui bénéficie déjà d'une servitude sur la propriété concernée pour convenir des conditions techniques et financières de l'utilisation partagée des installations.

2.1.4.3 Servitudes radioélectriques

75. Afin d'empêcher que des obstacles ne perturbent la propagation des ondes radioélectriques, des servitudes s'appliquent aux propriétés voisines des stations radioélectriques³⁷.

76. Les terrains concernés sont déterminés par un plan de protection contre les perturbations radioélectriques. Ce plan, établi pour chaque station, est soumis à l'avis de l'Agence nationale des fréquences et à enquête publique. Il est approuvé par le préfet, après avis des conseils municipaux concernés et après que les propriétaires aient été informés des motifs qui justifient l'institution de la servitude et le choix de l'emplacement. Ces propriétaires peuvent présenter leurs observations dans un délai qui ne peut être inférieur à 3 mois.

77. Les servitudes consistent en l'obligation de tenir le terrain, les plantations et les superstructures à un niveau au plus égal à celui prévu par le plan de protection et en l'interdiction de construire des installations au-dessus de ce niveau.

³⁵ CPCE, article L. 45--, al. 5.

³⁶ CPCE, article L. 48.

³⁷ CPCE, article L. 56-1. Ne sont pas ici concernées les centres désignés par l'ART et que les exploitants de réseaux ouverts au public exploitent pour les besoins de la défense nationale ou de la sécurité publique.

78. La servitude ouvre droit à une indemnisation compensatrice du dommage direct. A défaut d'entente d'amiable, l'indemnité est fixée comme en matière d'expropriation.

79. Le Code des postes et communications électroniques établit également des servitudes afin de protéger les stations radioélectriques contre les perturbations radioélectriques. Ces servitudes comportent l'interdiction de mettre en service ou d'utiliser des équipements installés postérieurement au centre protégé et susceptibles de perturber les réceptions radioélectriques³⁸. Les zones de servitudes sont établies par un plan de protection. Elles ouvrent droit à une indemnisation.

2.2 Réseaux et services établis et/ou fournis librement

2.2.1 Réseaux indépendants

80. Les conditions générales d'établissement et d'exploitation des réseaux indépendants sont déterminées par un décret pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et communications électroniques.

81. Ces conditions concernent :

- la protection de la santé et de l'environnement ;
- les objectifs d'urbanisme ;
- les prescriptions relatives à l'ordre public, la sécurité publique et la défense ;
- les modalités d'implantation du réseau que doivent respecter les exploitants³⁹.

82. Le décret précise également les conditions dans lesquelles les réseaux indépendants peuvent, sans permettre l'échange de communications entre des personnes autres que celles auxquelles l'usage du réseau est réservé, être connectés à un réseau ouvert au public.

83. Lorsqu'un exploitant souhaite conférer à son réseau indépendant le caractère de réseau ouvert au public, il doit procéder à la déclaration préalable dans les conditions prévues à l'article L. 33-1.

84. A défaut, l'exploitant peut être sanctionné par un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende⁴⁰.

2.2.2 Autres réseaux

85. Certaines catégories de réseaux peuvent être établies et exploitées librement, tandis que certaines catégories de services peuvent être fournies librement, sans formalité préalable.

86. Sont ainsi concernés :

- les réseaux internes ouverts au public et la fourniture au public de services de communication électronique sur ces réseaux⁴¹, c'est-à-dire entièrement établis sur une même propriété sans emprunter ni le domaine public, ni une propriété tierce ;

³⁸ CPCE, article L. 62-1.

³⁹ CPCE, article L. 33-2.

⁴⁰ CPCE, article L. 39.

- les installations radioélectriques n'utilisant pas des fréquences spécifiquement assignées à leur utilisateur⁴² ;
- les installations radioélectriques permettant de rendre inopérants dans les salles de spectacle, tant pour l'émission que pour la réception, les téléphones mobiles de tout type dans l'enceinte des salles de spectacle⁴³ ;
- les installations radioélectriques permettant de rendre inopérants, dans l'enceinte des établissements pénitentiaires, tant pour l'émission que pour la réception, les appareils de télécommunication mobile de tous types⁴⁴.

3. Service public des communications électroniques

3.1 Composantes du service public

87. Les obligations de service public comprennent trois composantes :

- le service universel des communications électroniques ;
- les services obligatoires de communications électroniques ;
- les missions d'intérêt général dans le domaine des communications électroniques, en matière de défense et de sécurité, de recherche publique et d'enseignement supérieur⁴⁵.

88. Ces obligations doivent être assurées dans le respect des trois principes fondamentaux du service public tels qu'ils sont traditionnellement définis : égalité, continuité et adaptabilité.

3.1.1 Service universel

89. Le service universel doit être fourni sans discrimination fondée sur la localisation géographique de l'utilisateur.

90. Il comprend quatre composantes.

91. La première composante correspond à un service téléphonique de qualité à un prix abordable.

92. Ce service doit assurer l'acheminement des communications téléphoniques, des communications par télécopie et des communications de données à des débits suffisants pour permettre à la fois l'accès à internet et l'acheminement gratuit des appels d'urgence.

93. Les conditions tarifaires incluent le maintien, pendant une année, en cas de défaut de paiement d'un service restreint comportant la possibilité de recevoir des appels et d'acheminer des appels téléphoniques aux services gratuits ou aux services d'urgence.

⁴¹ CPCE, article L. 33-1, I, alinéa 2. Ainsi, les réseaux établis par exemple dans les hôtels sont exempts de déclaration.

⁴² CPCE, article L. 33-3, 1°.

⁴³ CPCE, article L. 33-3, 2°.

⁴⁴ CPCE, article L. 33-3, 3°.

⁴⁵ CPCE, article L. 35.

94. La deuxième composante du service universel comprend un service de renseignement et un annuaire d'abonnés, sous forme imprimée et électronique.

95. Avec le service universel de renseignement, l'annuaire universel doit pouvoir permettre au public d'accéder aux noms ou raisons sociales, aux numéros téléphoniques et aux adresses de tous les abonnés aux réseaux ouverts au public ainsi qu'à la mention de leur profession pour ceux qui le souhaitent. Le public doit pouvoir également avoir accès aux adresses électroniques des abonnés qui le souhaitent.

96. Ces différentes informations doivent être fournies sous réserve de la protection des droits des abonnés, et notamment du respect au droit à la vie privée⁴⁶.

97. Les modalités de présentation et les caractéristiques de l'annuaire universel sont fixées par voie réglementaire⁴⁷.

98. En outre, toute personne qui édite un annuaire universel ou fournit un service universel de renseignement est tenue de traiter et de présenter de façon non discriminatoire les informations qui lui sont communiquées. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques doit préciser notamment les garanties à mettre en œuvre pour assurer la confidentialité des données, compte-tenu des intérêts commerciaux des opérateurs et de la protection de la vie privée.

99. Le service universel comprend comme troisième composante l'accès à des cabines téléphoniques publiques installées sur le domaine public.

100. Enfin, il comprend des mesures particulières en faveur des utilisateurs finaux handicapés⁴⁸.

101. Ces mesures poursuivent un double objectif : assurer un accès aux différents services du service universel qui soit équivalent à l'accès dont bénéficient les autres utilisateurs finaux et faire en sorte que ces services soient abordables.

102. L'une des quatre composantes du service universel peut être fournie par tout opérateur en acceptant la fourniture sur l'ensemble du territoire national et capable de l'assurer⁴⁹.

3.1.2 Services obligatoires

103. Le cahier des charges d'un opérateur chargé du service universel détermine les services obligatoires qu'il est tenu d'assurer et les conditions de leur fourniture.

104. Les services obligatoires, qui comprennent une offre obligatoire sur l'ensemble du territoire, portent sur :

- l'accès au réseau numérique à intégration de services (RNIS) ;
- les liaisons louées ;
- la commutation de données par paquet ;

⁴⁶ CPCE, article L. 35-4.

⁴⁷ Décret. 2005-606 du 27-5-2005 relatif aux annuaires et aux services de renseignements et modifiant le Code des postes et des communications électroniques : CPCE, article R 10 et s.

⁴⁸ CPCE, article L. 35-1.

⁴⁹ CPCE, article L. 35-2.

- les services avancés de téléphonie vocale⁵⁰.

105. Ces services comprennent une offre, sur l'ensemble du territoire dont la fourniture n'est plus réservée exclusivement à France Télécom.

3.1.3 Missions d'intérêt général

106. Les missions d'intérêt général concernent la défense et la sécurité, la recherche publique et l'enseignement supérieur⁵¹.

107. Les prescriptions exigées par la défense et la sécurité publique, ainsi que les garanties d'une juste rémunération des prestations assurées à ce titre à la demande de l'Etat, sont déterminées par décret.

108. Les missions de recherche publique et de développement sont exercées par l'Etat ou pour son compte. Elles sont effectuées dans le cadre de contrats qui définissent les programmes et en précisent les modalités de réalisation et de financement.

109. Quant à l'enseignement supérieur dans le domaine des communications électroniques, il est placé sous la tutelle du ministre chargé des communications électroniques. L'enseignement est à la charge de l'Etat, dans les conditions prévues par les lois de finances et doit bénéficier des moyens lui garantissant une haute qualité⁵².

3.2 Fourniture du service public

110. La loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom instaure l'ouverture à la concurrence de trois composantes du service universel des communications électroniques⁵³.

111. Ainsi, le ministre chargé des communications électroniques a désigné les opérateurs chargés de fournir les composantes du service universel à l'issue d'appel à candidature⁵⁴.

112. France Télécom a d'abord été désigné pour une durée de 4 ans afin fournir le service téléphonique et la publiphonie et pour une durée de 2 ans en ce qui concerne la fourniture de l'annuaire universel et le service universel de renseignement⁵⁵.

113. En décembre 2009, France Télécom a ensuite été désigné par le ministre chargé des communications électroniques comme prestataire chargé du service universel :

⁵⁰ CPCE, article L. 35-5.

⁵¹ CPCE, article L. 35.

⁵² CPCE, article L. 35-6.

⁵³ Loi 2003-1365 du 31-12-2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom.

⁵⁴ CPCE, article L. 35-5.

⁵⁵ Arr. du 3-3-2005 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 2° de l'article L. 35-1 du CPCE ; Arr. du 3-3-2005 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 3° de l'article L. 35-1 du CPCE ; Arr. du 3-3-2005 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 1° de l'article L. 35-1 du CPCE.

- pour le service téléphonique : jusqu'en décembre 2012 (3 ans),
- pour la publiphonie : jusqu'en février 2014 (2 ans)⁵⁶.

114. Pour les deux autres, Pages Jaunes a été désigné par le ministre chargé des communications électroniques comme prestataire chargé du service universel :

- pour les annuaires universels imprimés : jusqu'en novembre 2011 (2 ans), pas de décision sur la désignation du nouveau prestataire.
- pour le service universel de renseignement : jusqu'en décembre 2011 (2 ans)⁵⁷. pas de décision sur la désignation du nouveau prestataire.

115. Les critères de choix ont porté notamment sur la capacité du candidat à assurer la fourniture sur l'ensemble du territoire national ainsi que sur les conditions techniques et tarifaires.

116. Si l'appel à candidature était resté infructueux, le ministre chargé des communications électroniques aurait désigné un opérateur capable d'assurer le service sur l'ensemble du territoire national afin d'éviter toute rupture dans la fourniture du service universel.

117. Conformément aux dispositions du Code des postes et des communications électroniques, un décret en Conseil d'Etat a fixé les conditions dans lesquelles les tarifs de service universel et sa qualité sont contrôlés⁵⁸. Il précise notamment les cas dans lesquels les tarifs du service universel peuvent faire l'objet soit d'une mesure d'encadrement pluriannuel⁵⁹, soit d'une opposition ou d'un avis préalable de l'Arcep.

3.3 Financement du service universel

118. Le financement des coûts nets des obligations du service universel est assuré par un fonds de service universel des communications électroniques. La gestion de ce fonds et le recouvrement sont confiés à la Caisse des dépôts et consignations.

119. Le montant des contributions nettes dont les opérateurs sont redevables, ainsi que les montants des sommes dues par le fonds aux opérateurs fournissant le service universel sont déterminés par l'Arcep.

120. La contribution de chaque opérateur au financement du service universel est calculée au prorata de son chiffre d'affaires réalisé au titre des services de communications électroniques⁶⁰.

⁵⁶ Arr. du 14-02-2012 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 3o de l'article L. 35-1 du CPCE ; Arr. du 18-11-2009 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 3o de l'article L. 35-1 du CPCE.

⁵⁷ Arr. du 18-11-2009 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir l'annuaire d'abonnés sous forme imprimée au titre de la composante du service universel prévue au 2o de l'article L. 35-1 du CPCE ; Arr. du 3-12-2009 modifiant l'arrêté du 18-11-2009 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir le service de renseignements de la composante du service universel prévue au 2° de l'article L. 35-1 du CPCE.

⁵⁸ Décret. 2005-75 du 31-1-2005 relatif aux contrôles des tarifs du service universel des communications électroniques.

⁵⁹ CPCE, article L. 35-2.

⁶⁰ Sont exclus de ce calcul le coût net de la prestation fournie au titre du service universel ainsi que le chiffre d'affaires réalisé au titre des prestations d'interconnexion et d'accès et de celles réalisées pour le compte d'opérateurs tiers. Sont également exclus les opérateurs dont le chiffre d'affaires est inférieur à un montant fixé par décret en Conseil d'Etat.

121. Les opérateurs désignés pour assurer les obligations liées au service universel sont tenus d'établir une comptabilité appropriée. Cette comptabilité permet d'évaluer les coûts nets imputables aux obligations de service universel. L'évaluation de ces coûts prend en compte l'avantage que les opérateurs soumis à des obligations de service universel retirent de leurs obligations.

122. En cas de défaut de versement d'une contribution, l'Arcep peut prononcer une sanction à l'encontre de l'opérateur défaillant. En cas de nouvelle défaillance, l'opérateur peut se voir interdire d'exploiter un réseau ouvert au public ou de fournir au public des services de communication électronique.

4. Intervention des collectivités territoriales

123. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁶¹ a élargi les compétences des collectivités territoriales en les autorisant à établir et à exploiter sous certaines conditions des infrastructures et des réseaux de communications électroniques, à acquérir des droits d'usage à cette fin, à acheter des infrastructures ou des réseaux existants, à mettre à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs les infrastructures et les réseaux, à fournir des services de télécommunications aux utilisateurs finals et octroyer des droits de passage (CGCT article 1425-1).

124. Cette intervention des collectivités territoriales en matière de communications électroniques est motivée par la volonté de favoriser l'accès des administrés, particuliers, entreprises aux services à haut débit. Toutefois, cette intervention ne doit avoir pour objet que de pallier la carence des initiatives privées dans le marché des communications électroniques à haut débit.

4.1 La notion d'intérêt général

125. La notion d'intérêt général ne se confond pas avec l'intérêt des usagers du service public. Elle est plus large. Cette notion dépasse la somme des intérêts particuliers des individus et consiste en une appréciation, par le législateur ou à défaut par le juge, de ce qui est bénéfique pour l'ensemble des citoyens, qu'ils soient des particuliers ou des acteurs du secteur économique. L'intérêt général est une notion qui évolue en fonction des préoccupations et des besoins du moment.

126. En France, l'intérêt général se matérialise essentiellement à travers le service public. Mais toutes les interventions de l'administration ne sont pas rattachées à l'existence d'un service public. Le service public consiste en la production et la gestion d'activités d'intérêt général, gérées par des organismes publics ou privées, l'administration pouvant en effet confier la gestion d'un service public à un tiers, sans en perdre pour autant son contrôle et sa maîtrise. L'emploi de prérogatives de puissance publique est un des moyens utilisés pour mettre en œuvre cette activité de service public.

127. Le droit communautaire utilise les notions de service d'intérêt économique général ou de service universel, qui ont un champ d'application plus étroit que le service public à la française. Selon la Commission européenne, les services en réseau de transport, d'énergie et de communication entrent dans la catégorie du service d'intérêt économique général⁶². Elle définit le service universel comme un service de base offert à tous, dans l'ensemble de l'Union européenne, à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard.

128. Les accès haut débit ne figurent pas, en tant que tels, dans la liste des services relevant de la première composante du service universel des communications électroniques. Seule est visée la notion de « débits suffisants pour permettre l'accès à internet » comme un des éléments de cette composante visée à l'article L.35 du Code des postes et des communications électroniques.

⁶¹ Loi 2004-575 : JO du 22-6-2004.

⁶² Commission européenne, communication des 11-9-1996 et 20-9-2000.

4.2 La préservation de la concurrence

129. Les personnes publiques doivent donc veiller à ne pas générer de pratiques anticoncurrentielles soit en tant qu'opérateur, soit lorsqu'elles font appel à un opérateur de réseau ou à un fournisseur de services de communications électroniques. Elles doivent privilégier une procédure contractuelle la plus ouverte possible sur le plan de la mise en concurrence et respecter, tout au long de la procédure, le principe d'égalité des candidats.

130. Elles doivent éviter toute discrimination lorsqu'elles apportent une aide financière ou lorsqu'elles mettent à disposition les infrastructures, voire les réseaux qui leur appartiennent ou sur lesquelles elles ont des droits d'usages.

131. L'intervention des collectivités pour la fourniture des services de communications électroniques doit s'effectuer dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées. Pour ce faire, elles peuvent faire subventionner les investissements qu'elles réalisent en demandant à bénéficier de certaines aides.

132. Elles doivent, en conséquence, veiller à ne pas enfreindre les règles communautaires en matière d'aides d'Etat. Ainsi, elles doivent soumettre tout projet de financement constitutif d'une aide d'Etat au regard du droit européen, à l'approbation des autorités européennes.

4.3 L'insuffisance d'initiatives privées

133. Aux termes de l'article L. 1425-1 I du Code général des collectivités territoriales :

« Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, deux mois au moins après la publication de leur projet dans un journal d'annonces légales et sa transmission à l'Autorité de régulation des communications électroniques, établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du code des postes et communications électroniques, acquérir des droits d'usage à cette fin ou acheter des infrastructures ou réseaux existants. Ils peuvent mettre de telles infrastructures ou réseaux à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants. L'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements se fait en cohérence avec les réseaux d'initiative publique, garantit l'utilisation partagée des infrastructures établies ou acquises en application du présent article et respecte le principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électroniques.

Dans les mêmes conditions qu'à l'alinéa précédent, les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finals qu'après avoir constaté une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals et en avoir informé l'Autorité de régulation des communications électroniques. Les interventions des collectivités s'effectuent dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées ».

134. Le critère d'insuffisance d'initiatives privées, nécessaire pour la fourniture de services de communications électroniques par les collectivités territoriales, n'est pas requis pour l'établissement et l'exploitation des infrastructures et des réseaux de communications électroniques.

135. Par insuffisance, il faut entendre, soit l'absence totale, soit l'existence de services de communications électroniques mais qui ne répondent pas aux besoins des utilisateurs finaux concernés. L'insuffisance d'initiatives privées est constatée par un appel d'offres déclaré infructueux.

4.4 La mise à disposition d'infrastructures et de réseaux

136. Dans le cas où l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public où l'exercice d'une activité d'opérateur de communications électroniques est non rentable, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent mettre leurs infrastructures ou réseaux à disposition d'opérateurs à un prix inférieur à leur coût de revient ou par l'octroi de subventions.

137. Dans le premier cas, la mise à disposition s'effectue selon des modalités transparentes et non discriminatoires. Dans le deuxième cas, les subventions sont accordées dans le cadre d'une délégation de service public ou d'un marché public en vue de compenser les obligations liées à la mission de service public (CGCT article L. 1425-1 IV).

4.5 L'utilisation du domaine public

138. Les conditions d'occupation du domaine public non routier, les droits de passage sur le domaine public routier et les servitudes sur les propriétés privées sont fixés par décret⁶³.

139. S'agissant du domaine public non routier, le décret prévoit la possibilité, pour la collectivité locale attribuant une autorisation d'occupation de son domaine public, de percevoir une redevance dont le montant maximal est calculé par kilomètre et par artère. Ce montant est fixé à ce jour à 1 000 euros quelle que soit l'utilisation envisagée (sol, sous-sol, autre).

140. S'agissant de l'occupation du domaine public routier, le montant maximal des redevances est sensiblement différent puisqu'il s'établit à 30 euros par kilomètre et par artère, dans le cadre de l'utilisation du sol ou du sous-sol ou à 40 euros par kilomètre et par artère, dans les autres cas.

141. Le montant maximal des redevances est un montant qui tient donc compte de deux paramètres. Le premier est celui de la longueur du réseau concerné, cette longueur étant exprimée en kilomètres linéaires ; le second prend en compte le nombre d'« artères » déployées ou utilisées par l'opérateur attributaire de l'autorisation d'occupation consentie par la collectivité locale.

5. Cadre technique

5.1 Interconnexion

142. La notion d'interconnexion est au cœur même du processus d'ouverture à la concurrence des services de communications électroniques.

143. En effet, une concurrence effective implique de disposer d'un accès à tous les réseaux ouverts au public.

144. A cet égard, l'interconnexion désigne « *la liaison physique et logique des réseaux ouverts au public exploités par le même opérateur ou un opérateur différent, afin de permettre aux utilisateurs d'un opérateur de communiquer avec les utilisateurs du même opérateur ou d'un autre, ou bien d'accéder aux services fournis par un autre opérateur. Les services peuvent être fournis par les parties concernées ou par d'autres parties qui ont accès au réseau. L'interconnexion constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux ouverts au public* »⁶⁴.

⁶³ Décret 2005-1676 du 27 décembre 2005.

⁶⁴ CPCE, article L. 32, 9°.

145. L'accès est pour sa part défini comme « *toute mise à disposition de moyens, matériels ou logiciels, ou de services, en vue de permettre au bénéficiaire de fournir des services de communications électroniques* »⁶⁵.

146. Le Code des postes et communications électroniques fixe deux principes fondamentaux au régime de l'accès et de l'interconnexion.

147. En premier lieu, l'interconnexion ou l'accès doit faire l'objet d'une convention de droit privé entre les parties concernées⁶⁶. Cette convention détermine les conditions techniques et financières de l'interconnexion ou l'accès. Elle doit être communiquée à l'Arcep à sa demande.

148. Lorsque cela est indispensable pour respecter les objectifs définis à l'article L. 32-1 (libre exercice des activités de communications électroniques, maintien et développement du service universel), l'Arcep peut imposer les modalités de l'accès ou de l'interconnexion soit à la demande d'une des parties, soit de sa propre initiative⁶⁷.

149. Les décisions sont adoptées de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée. Elles précisent les conditions équitables d'ordre technique et financier dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés.

150. En second lieu, les exploitants de réseaux ouverts au public sont tenus de faire droit aux demandes d'interconnexion des autres exploitants de réseaux ouverts au public présentées en vue de fournir au public des services de communications électroniques⁶⁸.

151. Ils doivent accepter la demande d'interconnexion lorsqu'elle est justifiée au regard, d'une part, des besoins du demandeur et, d'autre part, des capacités de l'exploitant à la satisfaire.

152. Lorsque ces deux critères ne sont pas remplis, le refus d'interconnexion opposé par l'exploitant doit être motivé.

153. En troisième lieu, les opérateurs qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finaux peuvent se voir imposer des obligations en vue d'assurer le bon fonctionnement et l'interconnexion de leurs réseaux ainsi que l'accès aux services fournis sur d'autres réseaux⁶⁹.

154. Les modalités d'application des principes d'interconnexion et d'accès doivent être fixées par un décret, notamment les conditions générales et les principes de tarification auxquels les accords d'interconnexion et d'accès doivent satisfaire⁷⁰.

155. Les dispositions relatives à l'interconnexion et à l'accès comprennent également les prestations d'itinérance locale⁷¹.

⁶⁵ CPCE, article L. 32, 8°. Ne sont pas visés les systèmes d'accès sous condition et les systèmes techniques permettant la réception de services de communication audiovisuelle définis et réglementés par la loi n° 86-1067 du 30-9-1986 relative à la liberté de communication.

⁶⁶ CPCE, article L. 34-8, I.

⁶⁷ Après avis de l'Autorité de la concurrence, consultation publique et notification à la Commission européenne et aux autorités compétentes des autres Etats membres de la Communauté européenne ; la décision est adaptée dans des conditions de procédure préalablement publiées par l'ARCEP.

⁶⁸ CPCE, article L. 34-8, II. Cette obligation s'applique aux exploitants établis dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'espace économique européen.

⁶⁹ CPCE, article L. 34-8, III.

⁷⁰ CPCE, article L. 34-8, IV.

⁷¹ CPCE, article L. 34-8-1.

156. La prestation d'itinérance locale est celle qui est fournie par un opérateur de radiocommunications mobiles à un autre opérateur de radiocommunications mobiles en vue de permettre, sur une zone qui n'est couverte, à l'origine, par aucun opérateur de radiocommunications mobiles de deuxième génération, l'accueil, sur le réseau du premier, des clients du second⁷².

157. La prestation d'itinérance locale constitue ainsi un mode de desserte privilégié qui permet à un usager qui traverse une zone de territoire couverte par un seul opérateur de téléphonie mobile de basculer automatiquement sur le réseau de cet opérateur, même s'il n'est pas le sien.

158. Elle doit être assurée dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. Elle doit faire l'objet d'une convention de droit privé entre les opérateurs de radiocommunications mobiles de deuxième génération. Cette convention détermine les conditions techniques et financières de fourniture de la prestation d'itinérance locale. Elle est communiquée à l'Arcep. L'Arcep peut alors demander la modification de l'accord d'itinérance locale déjà conclu afin de garantir l'égalité des conditions de concurrence ou l'interopérabilité des services après avis de l'Autorité de la concurrence.

5.2 Terminaux

159. L'équipement terminal comprend « *tout équipement destiné à être connecté directement ou indirectement à un point de terminaison d'un réseau en vue de la transmission, du traitement ou de la réception d'informations* »⁷³.

160. Un terminal est connecté indirectement à un réseau lorsque, par l'intermédiaire d'un autre réseau ou d'un autre terminal, il fonctionne avec le réseau.

161. Pour sa part, l'équipement radioélectrique utilise des fréquences radioélectriques pour la propagation des zones en espace libre⁷⁴.

162. La liste des terminaux qui peuvent être connectés à un point de terminaison d'un réseau est longue : postes téléphoniques fixes ou sans fil, pointphones, visiophones, terminaux de péritéléphonie tels que minitels, répondeurs, télécopieurs, modems ou autocommutateurs d'entreprise.

163. La fourniture de ces terminaux est libre⁷⁵. Ainsi, l'abonné peut se procurer auprès du fournisseur de son choix un combiné téléphonique.

164. Pour autant, les équipements destinés à être connectés à un réseau ouvert au public ainsi que les équipements radioélectriques doivent faire l'objet d'une évaluation de leur conformité aux exigences essentielles.

165. Parmi ces exigences figurent celles de l'interopérabilité des équipements, c'est-à-dire leur capacité à fonctionner, d'une part, avec le réseau et, d'autre part, avec les autres équipements terminaux⁷⁶.

⁷² CPCE, article L. 32, 17.

⁷³ CPCE, article L. 32, 10°. Ne sont pas visés les équipements permettant exclusivement d'accéder à des services de radio et de télévision.

⁷⁴ CPCE, article L. 32, 11°.

⁷⁵ CPCE, article L. 34-9.

⁷⁶ CPCE, article L. 32, 12°.

166. Un décret en Conseil d'Etat doit notamment déterminer la procédure d'évaluation de conformité et les conditions que doivent respecter les organismes intervenant dans cette procédure.

6. Sécurité des réseaux

6.1 La sécurité : une exigence essentielle

167. La plupart des dispositions applicables en matière de communications électroniques ne créent pas seulement une obligation générale de sécurité et de confidentialité, mais une réelle « exigence essentielle » dont le non-respect peut entraîner des sanctions pénales.

168. Introduite par la loi du 29 décembre 1990, cette notion a été complétée par la loi du 26 juillet 1996 et la loi du 9 juillet 2004⁷⁷. Le respect des exigences essentielles est fondé sur les principes fondamentaux permettant de garantir dans l'intérêt général :

- la sécurité des usagers et du personnel des exploitants de réseaux de télécommunications ;
- la protection des réseaux et notamment des échanges d'informations de commande et de gestion qui y sont associés.

169. A ce titre, l'Arcep a introduit dans le cahier des charges des opérateurs actuels et futurs l'exigence essentielle relative à la protection de la santé en ce qui concerne les valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques générés par les équipements de télécommunications et de radiodiffusion (antennes relais).

6.2 Le secret des correspondances

170. Même si la réglementation des communications électroniques garantit le secret des correspondances en général, la France s'est dotée en 1991 d'un dispositif spécifique en matière d'écoutes téléphoniques⁷⁸, consacrant par là même le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques. Ce dispositif régit toutes les formes d'écoutes.

171. Cette loi a été codifiée dans le Code de la sécurité intérieure.

6.2.1 Sanctions

172. L'interception, le détournement, l'utilisation ou la divulgation des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie de communications électroniques est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Ces dispositions sanctionnent celui qui a bénéficié de l'écoute, mais également celui qui a de mauvaise foi procédé à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions (C. pén. article 226-15).

173. Les peines complémentaires prévues par l'article 226-31 du Code pénal sont également encourues (interdiction des droits civiques, civils et de la famille, interdiction d'exercer une

⁷⁷ CPCE article L. 32 12°.

⁷⁸ L. 91-646 du 10-7-1991 : JO du 13-7-1991 telle que modifiée par les lois du 9-7-2004 et du 23-1-2006, cette dernière étant, notamment, relative à la lutte contre le terrorisme et codifiée dans le Code de la sécurité intérieure.

profession, interdiction de porter une arme, affichage ou diffusion de la condamnation, confiscation obligatoire des appareils).

174. La peine d'emprisonnement encourue est aggravée et portée à trois ans lorsque ces mêmes infractions sont commises par :

- un agent de l'exploitant public, entendu comme toute personne relevant de son autorité, quel que soit son statut ou son régime juridique ;
- un agent d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de services de communications électroniques, agissant dans l'exercice de ses fonctions, hors les cas prévus par la loi (C. pén. article 432-9 al. 2).

6.2.2 Dérogations

175. Les exploitants de réseaux et les fournisseurs de services de communications électroniques peuvent être exonérés de leur obligation de secret dans les cas expressément prévus par la loi⁷⁹.

176. Ainsi, la loi permet aux juridictions compétentes d'ordonner des interceptions de communications électroniques, et d'obtenir auprès des exploitants de réseaux de communications électroniques ou des fournisseurs de services de communications électroniques, tous documents et informations qui leur sont nécessaires.

177. Pour ce faire, la loi délie les personnes visées de certaines de leurs obligations qui entreraient en contradiction avec l'obligation de fourniture d'informations qui leur est imposée :

- respect des exigences essentielles définies à l'article L.32 (12^o), au rang desquelles figure l'obligation pour l'exploitant d'assurer la protection des réseaux et notamment des échanges d'informations ;
- respect du secret des correspondances par les opérateurs et les membres de son personnel défini à l'article L.32-3⁸⁰.

178. De même, en matière d'obligations relatives à la loi Informatique et libertés, la loi prévoit expressément que la transmission de données personnelles par l'exploitant de réseaux, le fournisseur de services de communications électroniques ne constitue pas un détournement de finalité au sens de l'article 226-21 du Code pénal⁸¹.

179. Le refus de communiquer les informations ou documents ainsi que la transmission de renseignements erronés sont punis de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende⁸². La responsabilité des personnes morales peut être mise en jeu et, conformément à l'article 131-38 du Code pénal, donner lieu à une amende dont le taux maximal est le quintuple de celui applicable aux personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction⁸³.

180. Rappelons que l'article L.34-1 du CPCE prévoit la possibilité de déroger au principe général d'effacement des données relatives à une communication électronique dans trois hypothèses :

⁷⁹ L. 91-646 du 10-7-1991 article 22 et 23 modifiés.

⁸⁰ L. 91-646 du 10-7-1991 article 23.

⁸¹ L. 91-646 du 10-7-1991 article 22 modifié.

⁸² L. 91-646 du 10-7-1991 article 22 modifié.

⁸³ L. 2004-204 du 9-3-2004 article 55 I.

- les données utiles dans le cadre de la facturation et du paiement des prestations de communications électroniques ;
- les données utiles dans le cadre de la recherche ou de la poursuite d'une infraction ;
- les données utiles dans le cadre de la protection des systèmes d'information de l'opérateur de communication électronique.

181. La conservation des données de connexion est ainsi une obligation légale. Tout manquement à cette obligation expose aux sanctions visées aux articles 6-VI de la loi du 21 juin 2004 (dite LCEN) et L 39-3 du CPCE : un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, le quintuple pour les personnes morales.

182. Pour les opérateurs de communications électroniques, l'obligation de conservation des données de connexion est rappelée tant par la LCEN que par le CPCE.

183. Ces données doivent pouvoir être mises à la disposition des autorités judiciaires et des services chargés de la lutte contre le terrorisme, sous peine de sanctions civiles ou pénales. C'est en effet la loi 2006-64 du 23 janvier 2006 sur la lutte contre le terrorisme qui a introduit, aux articles L 34-1-1 du CPCE et 6 II bis de la LCEN, cette obligation.

184. En vertu de ces textes, les « *agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie* » en charge de la lutte anti-terrorisme peuvent obtenir des opérateurs la communication de certaines des données techniques conservées et traitées en application de l'article L.34-1 du CPCE, sans autorisation judiciaire préalable.

185. En effet, la décision revient à une personnalité qualifiée qui apprécie les demandes motivées de communication qui lui sont adressées par les services de lutte contre le terrorisme. Cette personnalité est désignée par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité sur proposition du ministre de l'Intérieur, auprès de qui elle est placée. La Commission dispose d'un pouvoir de contrôle restreint : si elle peut contrôler les opérations de communication des données, elle ne peut, en cas de constat de manquement aux règles de communication des données ou d'atteintes aux droits et libertés, qu'adresser des recommandations au ministre de l'intérieur.

186. Sont également tenus à l'obligation de conservation des données de connexion « *les personnes qui, au titre d'une activité professionnelle principale ou accessoire, offrent au public une connexion permettant une communication en ligne par l'intermédiaire d'un accès au réseau, y compris à titre gratuit* »⁸⁴.

187. S'agissant des propriétaires des cybercafés (c'est-à-dire des personnes dont l'activité est d'offrir un service payant de connexion en ligne) ils sont également concernés, tout comme les « *personnes qui offrent à leurs clients, dans un cadre public, ou à des visiteurs une connexion en ligne, tels les hôtels, les compagnies aériennes* » et les « *fournisseurs d'accès à des réseaux de communications électroniques accessibles via une borne wifi* » que ce soit à titre payant ou non.

⁸⁴ CPCE article L. 34-1 (introduit par la loi du 23-1-2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers).

6.3 Les interceptions de sécurité

6.3.1 Contrôle des interceptions

188. La loi du 10 juillet 1991, codifiée, a créé la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), à l'instar de la Commission nationale informatique et libertés (Cnil) instituée par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'Informatique, aux fichiers et aux libertés.

189. Le but de cette autorité administrative indépendante est d'accorder aux citoyens une plus grande protection contre les risques d'abus et de déviance en matière d'interceptions de sécurité.

190. Le président de la CNCIS, qui est informé dans les quarante-huit heures de toutes les autorisations d'interception, est désigné par le président de la République. La Commission comprend également un député et un sénateur désignés respectivement par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat.

191. Le rôle de la Commission est de vérifier que les interceptions de sécurité sont effectivement autorisées et réalisées dans le respect de la loi. A cet effet, elle peut être saisie par son président quand une interception lui semble poser un problème de légalité. La Commission peut alors adresser au Premier ministre une recommandation afin que cette interception soit interrompue.

192. La Commission peut également agir de sa propre initiative, ou sur réclamation de toute personne ayant un intérêt direct et personnel afin de vérifier si toute interception en cours est effectuée dans le respect de la loi et ainsi adresser au Premier ministre une recommandation afin que cette interception soit interrompue.

193. Les informations qui sont portées à la connaissance de la Commission dans l'exercice de sa mission ont un caractère hautement confidentiel. C'est la raison pour laquelle elle ne peut indiquer aux personnes qui l'ont saisie d'une réclamation que l'information suivante : « *Il a été procédé aux vérifications nécessaires* », selon une formule déjà retenue par la loi du 6 janvier 1978 en ce qui concerne les réclamations adressées à la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

194. Chaque année, le rapport d'activité de la Commission est rendu public.

6.3.2 Interceptions ordonnées par l'autorité judiciaire

195. Les dispositions relatives aux interceptions judiciaires incluses dans le titre premier de la loi du 10 juillet 1991 sont insérées dans le Code de procédure pénale aux articles 100 à 100-7.

196. Elles fixent les conditions dans lesquelles le juge d'instruction peut prescrire, en matière criminelle et en matière correctionnelle, l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques.

197. Les écoutes judiciaires ne peuvent intervenir que dans le cadre d'une information judiciaire et ne doivent être autorisées qu'en cas d'infraction présentant un certain degré de gravité, c'est-à-dire lorsque la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement.

198. La loi ne précise pas les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'interception. Il en résulte qu'une interception de correspondances peut être ordonnée par le juge d'instruction à l'encontre de toute personne, mise en examen ou non, dès lors qu'il estime que « *les nécessités de l'information l'exigent* ».

199. Toutefois, au titre de l'article 100-7 du Code de procédure pénale :

« Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction.

Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction.

Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile sans que le premier président ou le procureur général de la juridiction où il réside en soit informé ».

200. La mise en place du dispositif d'interception ne peut être confiée qu'à des agents qualifiés qui participent au service public des communications électroniques : fonctionnaires du ministère chargé des communications électroniques, agents de l'exploitant public ou agents d'exploitants de réseaux ou de fournisseurs de services autorisés. Ils peuvent être requis par le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui.

201. Les agents requis, astreints au respect du secret de l'instruction (CPP article 11) et au respect du secret des correspondances (CPCE article L. 32-3), ne peuvent ni révéler l'existence des interceptions, ni prendre connaissance des correspondances interceptées, ni en révéler le contenu.

202. La loi fixe également la durée maximale des écoutes (quatre mois renouvelables) ainsi que le délai au terme duquel les enregistrements doivent être détruits (à l'expiration du délai de prescription de l'action publique, soit dix ans pour les crimes et trois ans pour les délits).

203. Des procès-verbaux de l'opération d'interception (date et heure auxquelles l'enregistrement a commencé et s'est terminé) et de destruction des enregistrements doivent être dressés. Les enregistrements sont placés sous scellés fermés. Les enregistrements sont détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général à l'expiration du délai de prescription de l'action publique.

204. Au cours de l'année 2013, le Groupement interministériel de contrôle (GIC), chargé de l'interception des télécommunications, a traité 321 243 demandes d'interception ordonnées par l'autorité judiciaire. 315 792 d'entre elles portaient sur des mesures d'identification, ainsi que sur des prestations spécifiques comme l'historique d'un identifiant ou l'identification d'une cellule. 5 451 mesures de détails de trafics ont par ailleurs été examinées. L'ensemble des requêtes satisfaites représente une hausse de 61% par rapport à l'année 2012.

6.3.3 Interceptions de sécurité (ou écoutes administratives)

205. La loi du 10 juillet 1991, codifiée au sein du livre II du Code de la sécurité intérieure, autorise, à titre exceptionnel et dans des conditions bien définies, les interceptions de communications électroniques justifiées par des motifs de sécurité publique (écoutes administratives).

206. Cette catégorie d'écoutes doit se fonder sur des motifs légaux d'interception définis de façon limitative. Les écoutes administratives doivent en effet avoir pour seul objet de rechercher les renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées⁸⁵.

⁸⁵ L. 91-646 du 10-7-1991 article 3.

207. L'autorisation est donnée pour une durée maximum de quatre mois, renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée.

208. La transcription des correspondances interceptées doit être effectuée par les personnels habilités. La liste desdites opérations doit être établie sous l'autorité du Premier ministre. Il incombe au Premier ministre de décider d'une interception de sécurité sur proposition écrite et motivée du ministre de la Défense, du ministre de l'Intérieur ou du ministre chargé des douanes. Ces derniers devront exercer personnellement cette responsabilité et ne pourront la déléguer qu'à un maximum de deux collaborateurs. Le Premier ministre arrête le nombre maximum des interceptions susceptibles d'être pratiquées simultanément.

209. Les transcriptions des correspondances interceptées doivent être détruites dès que leur conservation n'est plus indispensable à la réalisation des buts poursuivis.

210. Concernant les mesures prises par les pouvoirs publics pour assurer, aux seules fins de défense des intérêts nationaux, la surveillance et le contrôle des transmissions hertziennes, la loi du 10 juillet 1991 ne prévoit pas de procédures d'autorisation préalable ni de procédures de contrôle⁸⁶.

211. Dans son rapport 2014, la CNCIS indique que « 6 182 *interception de sécurité ont été sollicitées en 2013 (4 213 interceptions initiales et 1 969 renouvellements)*. Pour mémoire, 6 145 *interceptions de sécurité avaient été sollicitées en 2012 (4 022 interceptions initiales et 2 123 renouvellements)*. Ces nombres confirment la stabilité observée depuis plusieurs années ».

212. Qui plus est, « *s'agissant des interceptions initiales, 812 de ces 4 213 demandes ont été présentées selon la procédure dite d'urgence absolue (622 en 2012) soit 19,3 % dans des dossiers, ce qui démontre une forte augmentation, de près de quatre points, par rapport à l'année précédente (15,5 % en 2012)* ».

6.3.4 Dispositif expérimental de l'article 34-1-1 du Code des postes et des communications électroniques

213. La loi du 23 janvier 2006 a introduit l'article 34-1-1 du Code des postes et des communications électroniques. Celui-ci dispose, en son alinéa 1^{er} :

« Afin de prévenir les actes de terrorisme, les agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie nationales spécialement chargés de ces missions peuvent exiger des opérateurs et personnes mentionnés au I de l'article L. 34-1 la communication des données conservées et traitées par ces derniers en application dudit article »

214. Avant toute communication, les agents doivent effectuer une demande auprès d'une personnalité qualifiée désignée par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

215. Les agents ont exclusivement accès aux métadonnées, soit « aux données techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, aux données relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux données techniques relatives aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications ».

⁸⁶ L. 91-646 du 10-7-1991 article 20.

216. L'exercice 2013 s'est conclu sur un total de 36 712 demandes présentées à la CNCIS, soit 7 390 de plus que l'année précédente. 34 336 d'entre elles ont été validées.

217. La prévention des actes terroristes étant une priorité des pouvoirs publics, les dispositifs de cyber-surveillance ne sont plus uniquement « judiciairisés », depuis que la loi prévoit un accès extrajudiciaire :

- aux données d'identification des contributeurs (LCEN art 6 II bis) ;
- aux logs de connexion (CPCE art. L 34-1-1).

218. Ce dispositif anti-terroriste avait été initialement conçu pour être temporaire et expérimental et a été limité jusqu'en 2008. Il avait été prorogé par le législateur une première fois jusqu'en 2012, puis une seconde fois jusqu'en 2015.

219. La nouvelle loi de programmation militaire 2014-2019 (LPM)⁸⁷ sort ce dispositif anti-terroriste de son périmètre temporaire et expérimental pour le pérenniser définitivement dans le code de la sécurité intérieure (CSI).

220. Le législateur consacre ainsi l'accès administratif aux données d'identification et aux données de connexion, et ce, en temps réel, ce qui permet aux services de police et de gendarmerie de géo-localiser un terminal téléphonique ou informatique et de suivre en temps réel certaines cibles dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (CSI art. L 246-1).

221. Le bloc extrajudiciaire expérimental était considéré depuis sa création comme un problème en soi : le fait de l'intégrer dans le CSI et, en conséquence, de l'institutionnaliser, pose des difficultés supplémentaires, parce que :

- il rend définitives des mesures d'exception temporaires justifiées par le terrorisme ;
- le champ des motifs est étendu, au-delà du terrorisme, aux quatre autres motifs prévu par l'article L 241-2 du CSI : sécurité nationale, sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, prévention de la criminalité et de la délinquance organisées, et prévention de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous en application de la loi de 1936 sur les groupes de combat et les milices privées ;
- la rédaction du texte de l'article 20 de la LPM (introduisant les articles L 246-1 et s. du CSI), mentionnant une « sollicitation du réseau » et prévoyant pour la CNCIS un « accès permanent au dispositif de recueil des informations ou documents », peut laisser craindre le déploiement de dispositifs d'interceptions à divers endroits des réseaux (par exemple, des documents stockés dans le « cloud »).

222. L'article 20 de la LPM est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2015 et a fait l'objet d'un décret d'application⁸⁸.

223. Ce décret prévoit que les informations et les documents pouvant faire l'objet d'une demande de recueil sont limitativement énumérées et figurent aux articles R 10-13 et R 10-14 du code des postes et communications électroniques⁸⁹. Cette liste permet d'identifier les données de connexion pouvant être recueillies par les agents des services administratifs habilités.

⁸⁷ L. 2013-1168 du 18-12-2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

⁸⁸ Décr. 2014-1576 du 24-12-2014 relatif à l'accès administratif aux données de connexion.

⁸⁹ CSI art. R 246-1.

224. Le décret liste également les services, au sein du ministère de l'Intérieur et de la Défense, dont les « agents peuvent solliciter les informations et les documents⁹⁰ » traités et conservés par le réseau ou les services de communications électroniques des opérateurs. Ce décret précise également les conditions de désignation des agents mais aussi de la « personnalité qualifiée⁹¹ » placée auprès du premier ministre à qui sont soumises les demandes.

225. Enfin, ce décret fixe les modalités de présentation, de transmission et de conservation des données sollicitées et prévoit les modalités d'indemnisation des coûts supportés par les opérateurs de communications électroniques, les fournisseurs d'accès internet et les hébergeurs lors de la mise en œuvre de la procédure⁹².

226. La Cnil, dans son avis relatif au décret précité⁹³, « relève que les données détenues par les opérateurs qui peuvent être demandées sont de plus en plus nombreuses, sont accessibles à un nombre de plus en plus important d'organismes, sur réquisitions judiciaires ou administratives ou en exécution d'un droit de communication, et ce pour des finalités très différentes ». la Cnil « appelle dès lors l'attention du Gouvernement sur les risques qui en résultent pour la vie privée et la protection des données à caractère personnel et sur la nécessité d'adapter le régime juridique national en matière de conservation et d'accès aux données personnelles des utilisateurs de services de communications électroniques ».

227. La Cnil considère par ailleurs, qu'un risque d'inconventionnalité des dispositions de la loi de programmation militaire existe du fait de l'invalidation de la directive 2006/24/CE dite « Data Retention » par la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁴.

6.3.5 Matériels d'interception de communications électroniques

228. Une commission consultative placée sous l'autorité du Premier ministre est consultée sur les demandes d'autorisation présentées en application des articles R 226-3 et R 226-7 du Code pénal. Le secrétaire général de la défense nationale instruit les demandes d'autorisation⁹⁵.

229. La fabrication, l'importation, l'exposition, l'offre, la location ou la vente ainsi que l'acquisition ou la détention de tout appareil d'interception réglementé sont soumises à une autorisation délivrée par le secrétaire général de la défense nationale (C. pén. article R 226-4).

230. La demande d'autorisation concernant les opérations de commercialisation des appareils (fabrication, importation, exposition, offre, location et vente) doit comporter un certain nombre d'informations pour chaque type d'appareil réglementé (nom et adresse du demandeur, la ou les opérations pour lesquelles l'autorisation est demandée, l'objet et les caractéristiques techniques de l'appareil, accompagnés d'une documentation technique, etc.) (C. pén. article R 226-4).

231. Cette autorisation est délivrée pour une durée maximale de six ans. Elle peut fixer les conditions de réalisation de l'opération et le nombre des appareils concernés (C. pén. article R 226-5). Chaque appareil fabriqué, importé, exposé, offert, loué ou vendu doit porter la référence du type correspondant à la demande d'autorisation et un numéro d'identification individuel (C. pén. article R 226-6).

⁹⁰ CSI art. R 246-2.

⁹¹ CSI art. R 246-3.

⁹² CSI art. R 246-9

⁹³ Délib. 2014-484 du 4-12-2014 portant avis sur un projet de décret relatif à l'accès administratif aux données de connexion et portant application de l'article L 256-4 du code de la sécurité intérieure.

⁹⁴ CJUE, arrêt du 8-4-2014

⁹⁵ Décret. 97-757 du 10-7-1997 article 9.

232. Les titulaires de telles autorisations ne peuvent proposer, céder, louer ou vendre les appareils réglementés qu'à d'autres titulaires d'autorisations similaires. Ils doivent tenir un registre retraçant l'ensemble des opérations relatives à ces matériels.

233. Les autorisations peuvent être retirées en cas de :

- fausse déclaration ou de faux renseignement ;
- modification des circonstances au vu desquelles l'autorisation a été délivrée ;
- non-respect des dispositions légales ;
- cessation de l'activité pour laquelle l'autorisation a été délivrée ;
- condamnation du titulaire pour l'une des infractions prévues par les articles 226-1, 226-15 ou 432-9 du Code pénal.

234. La demande d'autorisation concernant l'acquisition ou la détention d'appareils d'interception réglementés doit également comporter un certain nombre d'informations pour chaque type d'appareil réglementé (nom et adresse du demandeur, type de l'appareil et nombre d'appareils pour la détention desquels l'autorisation est demandée, utilisation prévue, etc.) (C. pén. article R 226-8).

235. L'autorisation est délivrée pour une durée maximale de trois ans. Elle peut subordonner l'utilisation des appareils à des conditions destinées à en éviter tout usage abusif. L'autorisation est accordée de plein droit aux agents ou services de l'État habilités à réaliser des interceptions autorisées par la loi (C. pén. article R 226-9).

236. Enfin, l'autorisation peut être retirée dans les mêmes conditions que celles prévues pour la fabrication, l'importation, l'exposition, l'offre, la location ou la vente (fausse déclaration, modification des circonstances, non-respect des obligations, cessation de l'activité, condamnation du titulaire).

237. Une liste des appareils susceptibles de porter atteinte à l'intimité de la vie privée ou au secret des correspondances a été établie par l'arrêté du 9 mai 1994 (JO du 19-5-1994) aux termes duquel :

238. Les appareils conçus pour réaliser les opérations pouvant constituer l'infraction prévue par le deuxième alinéa de l'article 226-15 du Code pénal (interception, détournement, utilisation ou divulgation des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des communications électroniques et installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions) sont :

- les micro-émetteurs pouvant être branchés sur un poste téléphonique, un autre équipement terminal de communications électroniques ou sur la ligne d'un abonné soit dans la partie privative de la distribution, soit sur un quelconque point du réseau de communications électroniques d'un opérateur ;
- les dispositifs permettant l'interception de tout signal de données ou de télécopie transmis sur un réseau de communications électroniques ;
- tous dispositifs d'interface se couplant discrètement à un réseau de communications électroniques et permettant la transmission du signal capté vers un enregistreur quelconque ;
- les dispositifs permettant le traitement des correspondances interceptées ou détournées des voies de communications électroniques ;

- les récepteurs radioélectriques permettant l'exploitation de fréquences et l'écoute des signaux autres que les récepteurs de radiodiffusion, les équipements d'installations radioélectriques d'amateurs, les équipements d'installations radioélectriques pouvant être établies librement en application du Code des postes et communications électroniques, les postes émetteurs-récepteurs fonctionnant sur les canaux banalisés dits postes CB.

239. Les appareils conçus pour la détection à distance des conversations, permettant de réaliser l'infraction prévue par l'article 226-1 du Code pénal (captation, enregistrement ou transmission de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel) sont :

- les dispositifs micro-émetteurs permettant la retransmission de la voix par moyens hertziens, optiques ou filaires, à l'insu du locuteur ;
- les appareils d'interception du son à distance de type micro-canon ou équipés de dispositifs d'amplification acoustique ;
- les systèmes d'écoute à distance par faisceaux laser.

240. La fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre, la location ou la vente, en l'absence d'autorisation ministérielle est punie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Le fait de réaliser une publicité en faveur d'un appareil susceptible de porter atteinte à l'intimité de la vie privée ou au secret des correspondances lorsque cette publicité constitue une incitation à commettre l'infraction est également puni des mêmes peines (C. pén. article R 226-3).

241. Un projet de loi relatif au renseignement⁹⁶ suscite actuellement de nombreux débats relatifs aux risques d'atteinte à la vie privée et à la liberté de la presse. Ce projet de loi vise à compléter et à clarifier le cadre juridique applicable aux activités de renseignement, notamment en renforçant la cohérence des règles et des procédures applicables aux différentes techniques de renseignement. Des techniques de recueil de renseignements, aujourd'hui permises dans un cadre judiciaire seront étendues aux services de renseignement tels que le balisage de voiture, la sonorisation des lieux privés, l'accès aux réseaux des opérateurs de communications électroniques « pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme⁹⁷ ».

7. Régulation

242. La fonction de régulation consiste à appliquer l'ensemble des dispositions juridiques, économiques et techniques afin que les activités de communications électroniques puissent s'exercer effectivement.

7.1 Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

243. Créée par la loi du 26 juillet 1996, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a été mise en place le 5 janvier 1997. Celle-ci a changé de dénomination le 20 mai 2005 pour devenir aujourd'hui l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep). Elle collabore avec l'ensemble des autres régulateurs européens au sein de l'Organe des Régulateurs européens des communications électroniques (ORECE).

⁹⁶ Projet de loi 2669 du 19-05-2015 relatif au renseignement.

⁹⁷ Projet de loi 2669 du 19-05-2015 relatif au renseignement, art. 2.

7.1.1 Statut de l'Arcep

244. L'Arcep est une autorité administrative indépendante. Son statut vise à garantir cette indépendance.

245. Ainsi, l'Autorité de régulation se compose de sept membres nommés en raison de leurs qualifications dans les domaines juridiques, techniques et d'économie des territoires pour un mandat de six ans⁹⁸. Ce mandat est non renouvelable.

246. La fonction de membre de l'Autorité est incompatible avec toute activité professionnelle, tout mandat électif national, tout autre emploi public et toute détention d'intérêts dans une entreprise du secteur des communications électroniques, de l'audiovisuel ou de l'informatique⁹⁹.

247. Les membres de l'Autorité sont tenus au secret professionnel et à l'obligation de discrétion.

248. L'Arcep dispose de services qui sont placés sous l'autorité de son président¹⁰⁰. Les personnels de ces services sont également tenus au secret professionnel.

249. Enfin, l'Arcep dispose des rémunérations pour services rendus et des taxes et redevances ainsi que des crédits nécessaires à l'accomplissement de ces missions¹⁰¹. Ces crédits sont inscrits au budget général de l'Etat.

7.1.2 Missions et attributions de l'Arcep

250. Le Code des postes et communications électroniques définit des procédures et non plus, comme précédemment, un cadre relativement rigide avec des listes d'obligations à appliquer. Il en résulte des compétences élargies pour l'Arcep.

7.1.2.1 Organisation d'une concurrence effective

251. L'une des principales attributions de l'Arcep est de veiller à ce que la concurrence s'exerce effectivement sur les 7 segments de marché identifiés par la Commission européenne¹⁰².

252. Ces marchés sont :

- marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle ;
- marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée ;
- marché de gros de la terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée ;
- fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau (y compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminée ;
- marché de la fourniture en gros d'accès à large bande ;

⁹⁸ CPCE, article L. 130.

⁹⁹ CPCE, article L. 131.

¹⁰⁰ CPCE, article L. 132.

¹⁰¹ CPCE, article L. 133.

¹⁰² Recommandation 2007/5406/CE de la Commission du 17-12-2007.

- fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée pour fournir la capacité louée ou réservée ;
- terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels.

253. L'Arcep peut également identifier de nouveaux marchés (la terminaison d'appel SMS)¹⁰³.

254. A partir des 7 marchés établis par la Commission européenne, l'Arcep doit définir les marchés pertinents c'est-à-dire les marchés susceptibles de faire l'objet d'une régulation spécifique.

255. Suite à l'analyse des conditions de concurrence, l'Arcep identifie les opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun des marchés¹⁰⁴. Le cas échéant, elle peut leur imposer des obligations justifiées, proportionnées et fondées sur la nature du problème concurrentiel identifié.

256. Parmi ces obligations figurent la publication d'une offre de référence, l'accès à des ressources de réseau spécifiques et à leur utilisation, le contrôle des prix et des obligations relatives au système de comptabilisation des coûts (orientation des tarifs vers les coûts), l'interdiction de prix excessifs et des pratiques discriminatoires.

257. L'Arcep peut également imposer des obligations aux opérateurs puissants au titre de l'accès et de l'interconnexion¹⁰⁵ ainsi qu'aux opérateurs puissants sur le marché du raccordement au service téléphonique fixe en leur imposant de proposer une offre de sélection ou de présélection du transporteur¹⁰⁶.

258. Enfin, lorsque le marché n'est pas suffisamment concurrentiel, les opérateurs peuvent être tenus par des obligations relatives aux services de détail et notamment aux prix de détail¹⁰⁷.

7.1.2.2 Attribution et gestion des ressources rares

259. L'Arcep est compétente pour attribuer aux opérateurs et aux utilisateurs les ressources rares que sont les fréquences¹⁰⁸ ou les numéros nécessaires à l'activité des opérateurs¹⁰⁹.

260. Cette attribution fait l'objet d'une autorisation individuelle délivrée à l'opérateur demandeur. Elle est soumise au paiement d'une redevance.

261. Le délai d'instruction pour l'attribution de fréquences est limité à six semaines et pour l'attribution de blocs de numéros à trois semaines.

262. Toutefois, en cas de rareté avérée des fréquences, l'Arcep peut proposer au ministre en charge des télécommunications, après consultation publique, les conditions de leur attribution. Le délai d'instruction dans ce cas ne peut dépasser huit mois.

¹⁰³ Décis. 06-0593 du 27-7-2006

¹⁰⁴ CPCE, article L. 37-1 : « Est réputé exercer une influence significative sur un marché des communications électroniques tout opérateur qui se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant avec de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ces concurrents, de ses clients et des consommateurs ».

¹⁰⁵ CPCE, article L. 38-I.

¹⁰⁶ CPCE, article L. 38-II.

¹⁰⁷ CPCE, article L. 38-1.

¹⁰⁸ CPCE, article L. 36-7, 6°.

¹⁰⁹ CPCE, article L. 36-7, 7°.

7.1.2.3 Mise en œuvre et surveillance du service universel

263. Au titre du service universel, l'Autorité de régulation :

- détermine les principes et les méthodes du service universel ;
- détermine les montants des contributions au financement des obligations de service universel désormais assises sur le chiffre d'affaires réalisé au titre des services (hors interconnexion) ;
- assure la surveillance des mécanismes de financement ;
- sanctionne tout défaut de versement de contributions par un opérateur¹¹⁰.

264. L'Arcep doit par ailleurs veiller à ce que la fourniture d'un ensemble minimum de lignes louées se fasse dans des conditions non discriminatoires, à des tarifs orientés vers les coûts et en toute transparence.

7.1.2.4 Règlement des litiges

265. L'Arcep est chargée du règlement des différends entre opérateurs dans trois domaines :

- le refus d'interconnexion, la conclusion et l'exécution des conventions d'interconnexion et les conditions d'accès à un réseau de télécommunications¹¹¹ ;
- la mise en conformité des conventions comportant des clauses excluant ou apportant des restrictions de nature juridique ou technique à la fourniture de services de télécommunications sur les réseaux câblés ;
- les possibilités et les conditions d'une utilisation partagée des installations existantes situées sur le domaine public ou sur une propriété privée.

266. L'Arcep est également chargée de régler les litiges transfrontaliers.

267. L'Arcep dispose d'un délai de 4 mois pour rendre sa décision. Ce délai peut être porté à six mois, en cas de circonstances exceptionnelles.

268. Depuis sa création en 1997, l'Autorité de régulation a pris près de 90 décisions de règlements de différends, ce qui montre l'importance de ce pouvoir d'action du régulateur.

7.1.2.5 Pouvoir de contrôle et de sanction

269. L'Arcep dispose d'un pouvoir de contrôle et, le cas échéant, d'un pouvoir de sanction à l'encontre des opérateurs ne remplissant pas leurs obligations¹¹².

270. Le pouvoir de sanction est exercé en cas d'infraction ou lorsqu'un opérateur ne se conforme pas dans les délais fixés à une décision prise par l'Arcep.

271. Dans de tels cas, l'Autorité peut retirer des ressources en fréquences et en numérotation. Elle peut également prononcer une sanction pécuniaire.

¹¹⁰ CPCE, article L. 36-7, 4°.

¹¹¹ CPCE, article L.36-8.

¹¹² CPCE, article L.36-11.

272. En cas d'urgence, elle peut désormais prendre des mesures conservatoires.

7.1.2.6 Autres compétences

273. Parmi les compétences propres dont dispose l'Arcep, certaines lui permettent de préciser les règles concernant :

- les droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services ouverts au public ;
- les conditions techniques et financières d'interconnexion et d'accès ;
- les conditions d'établissement et d'exploitation des réseaux indépendants et des réseaux établis librement ;
- la détermination des points de terminaison des réseaux.

274. En outre, l'Arcep :

- reçoit les déclarations prévues le cadre des réseaux et services ouverts au public ;
- désigne les organismes intervenant dans la procédure d'évaluation de conformité des équipements terminaux ;
- définit les mesures d'encadrement pluriannuel des tarifs et émet un avis public sur la mise en œuvre d'un tarif ou s'y oppose.

7.1.3 Concertation avec les autres instances et le contrôle des décisions de l'Arcep

275. La visibilité que l'Arcep doit apporter au marché exige une concertation permanente et une volonté de transparence.

276. L'Arcep travaille ainsi avec la Commission supérieure du service public des postes et des télécommunications (CCSPPT) et avec l'Autorité de la concurrence pour l'analyse des marchés pertinents.

277. En matière de concurrence, l'Arcep notifie ses projets de décisions concernant l'analyse des marchés pour avis à la Commission européenne, et aux autres régulateurs européens. La Commission européenne dispose d'un droit de veto sur la définition des marchés pertinents et la désignation des opérateurs puissants.

278. L'Arcep peut s'écarter des recommandations de la Commission, mais elle doit alors apporter des justifications approfondies et les soumettre à une procédure plus exigeante de consultation et d'approbation. De tels écarts, liés aux caractéristiques spécifiques du marché français, ont donc vocation à rester relativement limités.

279. En outre, pour atteindre les objectifs fixés par le législateur, les décisions de l'Arcep sont soumises à de multiples contrôles.

280. L'Arcep remet chaque année un rapport public d'activité au gouvernement et au Parlement. Le régulateur est entendu par les commissions permanentes du Parlement.

281. Selon les cas, les décisions de l'Arcep sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris (décisions de règlement de différends) ou le Conseil d'Etat (autres décisions).

7.2 Ministre chargé des communications électroniques

282. Le ministre chargé des communications électroniques désigne les opérateurs chargés de fournir les composantes du service universel. Cette désignation se fait à l'issue d'appel à candidature portant sur les conditions techniques et tarifaires ainsi que le coût net de fourniture de ces prestations¹¹³.

283. C'est en outre le ministre qui habilite les fonctionnaires et agents du ministère chargé des communications électroniques, de l'Arcep et de l'ANF afin qu'ils puissent rechercher et constater par procès-verbal les infractions aux dispositions réglementaires¹¹⁴.

284. Le ministre intervient également dans le domaine des fréquences¹¹⁵.

285. Enfin, il homologue certaines décisions de l'Arcep¹¹⁶.

7.3 Agence nationale des fréquences (ANFR)

286. L'Agence nationale des fréquences a été créée le 1^{er} janvier 1997. C'est un établissement public à caractère administratif.

287. L'ANFR a pour mission d'assurer la planification, la gestion et le contrôle de l'utilisation du domaine public des fréquences radioélectroniques¹¹⁷.

288. Dans ce cadre, l'Agence prépare la position française et coordonne l'action de la représentation française dans les négociations internationales dans le domaine des fréquences radioélectriques.

289. Elle coordonne également l'implantation sur le territoire national des stations radioélectriques afin d'assurer la meilleure utilisation des sites disponibles. Elle veille au respect des valeurs d'exposition du public aux champs électromagnétiques.

290. Enfin, L'Agence est chargée de préparer les mises à jour du Tableau national de répartition des bandes de fréquences (TNRBF) afin de répondre à l'évolution des besoins nationaux en synergie avec le cadre réglementaire international. A l'issue de cet examen et sur la base du consensus entre affectataires, des modifications du TNRBF sont préparées par l'Agence et soumises au Premier ministre.

291. Ainsi, l'ANFR prépare les autorisations d'utilisation de fréquence qui sont délivrées par ou avec l'ARCEP. A ce titre, elle gère certaines parties du spectre attribué à l'ARCEP et instruit, prépare et envoie les autorisations relevant de la compétence de l'ARCEP dans des bandes spécifiques.

292. L'Agence est administrée par un conseil d'administration composé de représentants des administrations, et notamment du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de l'Arcep.

¹¹³ CPCE, article L. 35-2.

¹¹⁴ CPCE, article L. 40.

¹¹⁵ CPCE, article L. 42-2 et L. 42-3.

¹¹⁶ CPCE, article L. 36-6.

¹¹⁷ CPCE, article L. 43.

7.4 Commissions consultatives

293. Le Code des postes et communications électroniques place auprès du ministre chargé des communications électroniques et de l'Arcep deux commissions consultatives spécialisées : la Commission consultative des réseaux et des services de télécommunications (CCRST) et la Commission consultative des radiocommunications (CCR)¹¹⁸.

294. Ces deux commissions comprennent, en nombre égal, des représentants des fournisseurs de services, des représentants des utilisateurs de services professionnels et particuliers et des personnalités qualifiées nommées par le ministre chargé des communications électroniques.

¹¹⁸ CPCE, article L. 33-4.