

N° 5178⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

sur les réseaux et les services de communications électroniques

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(4.5.2004)

Par dépêche du 24 juin 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre délégué aux Communications. Le texte du projet était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles. Les textes de la décision 676/2002/CE et des directives 2002/77/CE, 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE étaient joints à l'envoi.

L'avis de l'Entreprise des Postes et Télécommunications a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 13 octobre 2003. L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics lui fut communiqué le 17 octobre 2003, celui de la Chambre de travail le 19 novembre 2003, celui de la Chambre des employés privés le 17 décembre 2003 et celui de la Chambre de commerce le 12 février 2004.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi a pour objet de transposer dans le droit national une partie importante du „paquet télécom“ de textes préparés par la Commission de l'Union européenne afin d'adapter le cadre réglementaire en matière des télécommunications, des médias et des technologies de l'information. Il se limite au volet des réseaux et des services de communications électroniques, trois autres projets de loi devant le compléter pour couvrir les aspects de la gestion des ondes radioélectriques, la réorganisation de l'Institut luxembourgeois de régulation ainsi que la protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel, projets de loi qui feront chacun l'objet d'un avis spécifique du Conseil d'Etat.

L'entrée en vigueur du projet de loi sous examen aura pour effet immédiat l'abrogation du cadre juridique qui a été mis en place par le Grand-Duché grâce à la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications, loi qui avait transposé, parfois par anticipation, les directives communautaires relevantes. Il est évident que la disparition de leur loi de base rendra caducs tous les règlements grand-ducaux d'exécution qui ont trouvé leur assise en cette loi.

Le nouveau régime juridique des réseaux et des services de communications électroniques s'applique uniquement à la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques. Il ne s'applique donc ni au contenu des transmissions ni aux équipements, encore qu'il faudra apporter par la suite quelques nuances à ce constat général.

Quant aux textes communautaires à transposer, il s'agit de quatre directives du Parlement européen et du Conseil, d'une directive de la Commission et d'une décision du Parlement européen et du Conseil:

- la directive „cadre“ (directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques), étant entendu que le texte du projet de loi sous examen ne transpose pas les articles concernant les fréquences radioélectriques et la numérotation;
- la directive „accès“ (directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion);

- la directive „autorisation“ (directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques), à l'exception des articles concernant les fréquences radioélectriques et la numérotation;
- la directive „service universel“ (directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques);
- la directive „concurrence“ (directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques);
- la décision que l'exposé des motifs appelle aussi bien „spectre radioélectrique“ que „fréquences“ (décision No 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne), sauf en ce qui concerne les articles se référant aux procédures.

D'une façon très générale, la comparaison entre le régime qui disparaîtra et le nouveau régime juridique fait apparaître, selon l'exposé des motifs, que les réglementations sur la transmission et sur les contenus restent séparées. N'étaient et ne sont donc pas visés les contenus radiodiffusés, les services financiers et certains services propres à la société de l'information (ces derniers restant couverts par la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000).

De même, la Communauté et les Etats membres restent libres de prendre des dispositions destinées à promouvoir la diversité culturelle et linguistique et à garantir la défense du pluralisme des médias. Le contenu des programmes de télévision reste couvert par la directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989. La politique audiovisuelle de la Commission et les mesures concernant la mise en œuvre de cette politique se rapportent à la liberté d'expression, au pluralisme des médias, à l'impartialité, à la diversité culturelle et linguistique, à l'intégration sociale, à la protection des consommateurs et à celle des mineurs.

Restent également soustraites à la portée des textes communautaires les mesures nationales destinées à garantir la protection des intérêts nationaux en matière de sécurité, d'ordre public et de sécurité publique. Ne sont pas visées non plus la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales y compris la mise en place par l'autorité de régulation nationale d'obligations spécifiques imposées aux prestataires de services de communications électroniques.

Le Conseil d'Etat se dispense d'entrer dans l'examen du détail des différents textes communautaires, jugeant que l'exposé des motifs en fournit une analyse bien faite.

Alors que le cadre réglementaire en place et voué à disparaître avait pour but de provoquer la transition d'un environnement caractérisé par des situations monopolistiques et des opérateurs très puissants vers un environnement caractérisé par le marché et la concurrence, le „paquet“ de textes présenté par la Commission européenne en juillet 2000 ainsi que le projet de loi sous examen se proposent de mettre en place une réglementation destinée à tenir compte de l'ouverture des marchés qui s'est produite depuis les années '90 ainsi que des changements d'ordre technologique qui l'ont accompagnée, dans le but de préparer l'ouverture à la concurrence des réseaux et des services de télécommunications.

Pour remodeler le cadre réglementaire concernant les télécommunications, le législateur luxembourgeois est appelé à approuver un ensemble de quatre projets de lois:

- le projet de loi sous examen portant sur les réseaux et les services de communications électroniques;
- le projet de loi (5179) portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques;
- le projet de loi (5180) portant réorganisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation;
- le projet de loi (5181) 1) relatif aux dispositions spécifiques de la protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques; 2) portant modification des articles 88-2 et 88-4 du Code d'instruction criminelle; 3) portant modification de la loi du 2 août 2002 relative à la protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Le Conseil d'Etat constate (cf. définition fournie sous l'article 2, (11)) un glissement qui s'opère d'un texte législatif vers un autre ou plutôt l'envahissement du domaine propre d'un texte particulier par des considérations prélevées dans un domaine différent.

Que les auteurs du projet de loi entreprennent de définir, de leur initiative, la notion de „entreprise puissante sur le marché“, on pourrait le comprendre, puisque déjà la loi de 1997, dans son article 18,

envisage des situations où une entreprise déterminée, contrôlant 25 pour cent du chiffre d'affaires du marché en question, peut se voir imposer l'obligation de contribuer à l'exécution du service universel. Une modification de ce palier serait compréhensible et devrait pouvoir s'expliquer grâce aux évolutions qui se sont produites depuis 1997 sur le marché des services de télécommunications luxembourgeois.

Le Conseil d'Etat constate cependant que les auteurs du projet de loi non seulement passent d'une entreprise disposant d'une capacité économique certaine (dans le sens d'une „entreprise puissante“ agissant sur le marché) à la notion d'une entreprise „puissante sur le marché“, mais aboutissent à établir une équivalence entre cette notion et celle d'une „entreprise à position dominante“ dans le sens du droit communautaire de la concurrence. L'exposé des motifs, aussi bien que le commentaire de l'article en question, restent muets sur la nécessité ou sur l'opportunité de passer ainsi d'un aspect du marché national des télécommunications (organisation du service universel) au droit communautaire de la concurrence. Le recours au droit communautaire reste inexpliqué, et il est dangereux, dans la mesure où les considérations qui se trouvent à la base des règles régissant le service universel sur le marché luxembourgeois des télécommunications ne correspondent pas forcément – bien au contraire – à celles qui régissent le droit communautaire de la concurrence.

Il s'y ajoute que la position dominatrice d'une entreprise déterminée ne se constaterait pas en vertu de critères quantitatifs et par référence à la part de marché détenue par l'entreprise, mais dériverait automatiquement de la possibilité pour l'entreprise de se comporter „dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs“.

L'argumentation mise en avant par les auteurs du projet de loi qui veulent établir „une convergence“ de la notion de „puissance sur le marché“ vers celle de „position dominante“ ou encore une „tendance d'alignement vers le droit de la concurrence“, n'est pas convaincante. La complication majeure résultant des points de vue différents du droit spécifique en matière de télécommunications ou de communications électroniques luxembourgeois et du droit spécifique communautaire en matière de concurrence se concrétise en l'occurrence dans le fait que l'obligation de participer au service universel résultera non plus de la capacité manifeste et démontrée de l'entreprise qui sera chargée de cette obligation, mais du jugement qui sera porté sur sa capacité d'abuser éventuellement de sa forte présence sur le marché. En matière de communications, l'obligation résultait jusqu'ici du potentiel économique à assumer des obligations résultant du service universel; le recours au droit communautaire de la concurrence fait intervenir la notion d'abus – deux situations foncièrement différentes. De la possibilité à se comporter de façon indépendante par rapport aux concurrents et aux clients, jusqu'au comportement indépendant avéré, il y a déjà une différence; du comportement indépendant avéré jusqu'au comportement abusif, il y en a une autre, plus nette encore. La première de ces situations part d'un constat qui est étayé par une analyse économique; la seconde se réfère à un jugement d'ordre moral.

Enfin, même si la définition du projet de loi était admise, elle ne serait guère d'utilité: qu'est-ce qu'une entreprise qui se comporte de manière indépendante „dans une mesure appréciable“? La nécessité d'un critère quantitatif – qu'est-ce qui est appréciable et qu'est-ce qui ne l'est pas encore? – se fait sentir bien au-delà du désir des auteurs du projet de loi de dépasser des distinctions traditionnelles et de gommer les spécificités des matières juridiques. Il est évident que ce manque de précision dans l'établissement des règles juridiques laisse la porte grande ouverte aux interventions des juridictions nationales et communautaires.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE I

Objet, définitions et dispositions générales

Le Titre I, avec les articles 1er à 5, définit l'objet du projet de loi, fixe les définitions des notions utilisées et trace la portée du projet.

Article 1er

L'article 1er définit l'objet du projet de texte sous examen. Alors qu'une loi a pour fonction de forger des règles qui s'imposent au respect de tous et qui produisent un effet juridique, le texte de l'article 1er n'énonce pas de règle et se borne à énoncer des considérations générales. Les bonnes intentions qu'elles signalent seront ou ne seront pas concrétisées dans les articles qui suivent. Le texte en question pourrait donc être supprimé du projet sans en modifier la substance.

Les tirets 1, 4 et 5 sont repris et adaptés de l'article 1er de la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications.

Le tiret 1 signale la portée plus générale du texte sous examen par rapport à la loi de 1997: cette dernière concernait le secteur des télécommunications alors que le nouveau texte se rapporte au secteur des communications électroniques. Le tiret 4 annonce la définition d'un service universel, définition qui va suivre dans l'article 2 sous le No (30). Le tiret 5 maintient la séparation entre les fonctions de contrôle et de régulation avec celles d'exploitant de réseaux et de fournitures de services de communications électroniques. Le tiret 2 annonce les règles d'accès aux réseaux, d'instauration de la concurrence, d'interopérabilité des services et de respect des intérêts des consommateurs, règles qui seront détaillées sous le Titre II (régime de l'autorisation générale), Titre III (marchés), Titre IV (accès et interconnexion) ainsi que sous le Titre VI (droits des utilisateurs finals).

Le Conseil d'Etat suggère de rayer purement et simplement le texte de l'article 1er et de modifier en conséquence la numérotation des articles qui suivent.

Article 2 (1er selon le Conseil d'Etat)

L'article 2 fournit 34 définitions qui permettent d'alléger d'autant la suite du texte du projet. Certaines de ces définitions, la part congrue, se trouvent déjà dans la loi de 1997. Il s'agit de les adapter maintenant au nouveau contexte législatif et technique. La plupart d'entre elles reproduisent fidèlement le texte sous-jacent de la directive qu'elles transposent. Le Conseil d'Etat se limite dès lors à relever les divergences qu'il constate par rapport aux textes à transposer ainsi que les observations particulières que certaines d'elles comportent de sa part.

La définition sous (1) reprend celle fournie sous k) de l'article 2 de la directive 2002/21/CE, sauf que le texte du projet de loi remplace le „contrat avec un fournisseur de services de communications ...“ par le „contrat avec une entreprise offrant des services de communications ...“. Dans la mesure où le terme „entreprise“ vise toute entité économique indépendamment de la forme juridique sous laquelle elle déploie ses activités, le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec la formule proposée.

Pour autant que les définitions sont reprises des textes des directives à transposer, tout changement unilatéral semble exclu, ce qui est regrettable au vu notamment du texte qui se trouve sous (2). En effet, après avoir donné une définition de la notion d'„accès“, le texte tente d'expliquer cette définition en ayant recours à la formule „cela couvre...“ et en expliquant ce début d'explication par une parenthèse qui commence à son tour par „cela inclut ...“. Ces approximations ne sont pas faites pour éclairer la lanterne du lecteur. Par ailleurs, dans la mesure où il s'agit de reproduire au plus près les définitions données par les directives, il y aurait lieu de dire dans la première ligne „... dans des conditions *bien* définies ...“ Enfin, la formule „la mise à la disposition ... de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques“ n'est pas très explicite non plus.

La définition sous (4), en utilisant la formule „l'opérateur autorisant l'usage des fréquences ...“ se démarque de celle de „l'opérateur *notifié* autorisant l'usage des fréquences ...“ utilisée par l'Annexe II, sous d) de la Directive 2002/19/CE. Malgré cette divergence, les auteurs du projet de loi estiment que leur texte „correspond“ à celui de la directive. Le Conseil d'Etat estime qu'il est préférable de coller au plus près au texte de la directive, sauf s'il y a un argument spécifique qui recommande une autre approche.

La définition sous (5), qui entend reproduire la définition de l'annexe II, sous c) de la Directive 2002/19/CE, donne lieu à la même observation que ci-dessus.

Pour des raisons de clarté, le Conseil d'Etat suggère de lire la définition sous (6) comme suit: „(6) „autorisation générale“: les règles mises en place par la présente loi et ses règlements d'exécution ...“ au lieu de „le dispositif mis en place ...“.

La définition sous (9) est introduite sur initiative des auteurs du projet de loi, afin que soit couverte la possibilité qu'une entreprise offre non pas un service universel, mais un élément seulement de service universel. Cette précaution semble superflue à la lecture de l'article 54 du projet de loi qui comprend dans la notion de „fourniture du service universel“, „tout ou partie du service universel“, de sorte qu'une entreprise qui fournit un ou des éléments d'un service universel est à considérer néanmoins comme entreprise fournissant le service universel.

La définition sous (10) est-elle aussi introduite sur initiative des auteurs du projet de loi. Il s'agit de tenir compte de la distinction entre un opérateur proprement dit (qui, en vertu de la définition (19), est une entreprise qui fournit un réseau de communications public) et une entreprise qui fournit un réseau de communications privé fonctionnant en groupe fermé d'utilisateurs. En repêchant en quelque sorte cette seconde catégorie de fournisseurs pour parvenir à l'inclure dans une définition qui les soumet aux règles de la loi, ces fournisseurs verront se fermer une faille dans le dispositif réglementaire actuellement en place qui leur permettait d'éviter des devoirs tout en invoquant les droits correspondants.

La définition de l'Internet fournie sous (16) risque de faire long feu face aux évolutions politiques qui s'efforcent de contrôler et de compartimenter au niveau national le réseau mondial.

En prenant l'initiative d'une définition autonome (17) de la notion du „marché de détail“, par opposition au „marché de gros“ qui n'est pas défini, les auteurs du projet de loi prennent le risque de provoquer l'insécurité juridique, initiative d'autant plus téméraire que cette définition est destinée à imposer aux „entreprises puissantes sur un marché“ des obligations dont sont épargnées des entreprises moins puissantes. En plus, la Commission européenne et l'Institut luxembourgeois de régulation pourront donner à la définition des contenus différents.

Le Conseil d'Etat ne peut s'empêcher de relever que la notion de „entreprise puissante sur le marché“ semble être utilisée en l'occurrence dans un sens indépendant du droit communautaire en matière de la concurrence, ce qui marginalise d'autant plus l'initiative prise par les auteurs du projet de loi quant à la définition fournie sous (11), initiative qu'il a évoquée sous la partie finale des considérations générales du présent avis.

Le texte de la définition (19) correspond à celui de l'article 2, c) de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil.

La définition (20) reprend textuellement celle fournie par l'article 2, e), de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil.

La définition (21) rend exactement les termes de celle donnée par l'article 2, a) de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil.

La définition (22) est identique à celle fournie par l'article 2, a) de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil; le texte retenu correspond à celui fourni déjà par le règlement grand-ducal du 26 mai 1998 sur le service universel de télécommunications, tout en le complétant par l'ajout des cartes à prépaiement qui s'utilisent avec des indicatifs de numérotation – ajout qui tient compte de la nécessité de rendre les cabines publiques les moins attrayantes possibles pour d'éventuels délinquants aussi bien que de l'évolution en matière de développement de nouveaux moyens de paiement.

Quant à la définition (23), son texte se recouvre avec celui fourni par l'article 2, d) de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil.

Celle sous (24) reprend à l'identique le texte de l'article 2, b) de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil.

Le texte de la définition (25) rend textuellement celui de l'article 2, d) de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil.

La définition (26) reprend le texte de l'article 2, c) de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, sauf à omettre la référence à l'article 1er de la directive 98/34/CE. Le Conseil d'Etat aurait préféré l'échange de la référence à la directive 98/34/CE par une référence tout aussi précise au règlement grand-ducal du 17 juillet 2000 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information,

texte qui a transposé dans le droit national la directive 98/34/CE. La définition (26) en serait devenue plus lourde, mais ses liens avec la directive 98/34/CE auraient été préservés.

La définition (27) est reprise du règlement grand-ducal du 17 juillet 2000 mentionné ci-dessus et qui est appelé à disparaître avec l'entrée en vigueur du projet sous examen qui transpose dans le droit national une définition fournie par la directive 98/34/CE.

Le texte de la définition (28) rend à l'identique celui de l'article 2, d) de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil.

La définition (29) reprend, avec des modifications qui paraissent substantielles, le texte de l'article 2, c) de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil. Les changements apportés par les auteurs du projet de loi sous examen sont les suivants:

- le texte transposé ne comprend sous la notion de „service téléphonique accessible au public“ que des services permettant aussi l'accès gratuit aux services d'urgence alors que le texte à transposer reste muet quant au caractère payant ou gratuit de l'accès aux services d'urgence;
- le texte transposé omet intentionnellement une large partie de la définition fournie par la directive à transposer; or, la partie disparue n'est pas anodine puisqu'elle énumère limitativement les services accessoires que peut offrir au public le „service téléphonique accessible au public“, indépendamment de l'accès à des appels nationaux et internationaux. L'emploi par la directive des termes „il peut inclure ... un ou plusieurs services parmi les suivants ...“ montre clairement que l'offre de ces services accessoires est facultative, mais que sa portée est limitée strictement aux services énumérés par la directive.

Le commentaire de l'article restant muet sur les arguments précis qui pourraient justifier les modifications proposées, le Conseil d'Etat recommande de calquer le texte de transposition le plus près possible sur le texte à transposer, donc d'omettre le terme de „gratuit“ dans la définition et de fournir l'intégralité du texte de l'article 2, c) de la directive 2002/22/CE.

La définition sous (30) rend celle fournie par l'article 2, j) de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, en lui apportant des changements mineurs résultant de celle fournie par la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications, article 2 (24), mais en adaptant le texte en question afin de le rapprocher de celui de la directive 2002/22/CE; les légères variations par rapport au texte à transposer qui subsistent ne semblent pas tirer à conséquence.

Le texte de la définition (31) se recouvre avec celui fourni par l'annexe II. a, de la directive 2002/19/CE.

Les définitions (32), (33) et (34) reprennent les textes de l'article 2, f), h) et n) de la directive 2002/21/CE.

Article 3 (2 selon le Conseil d'Etat)

Utilisant la faculté laissée à chaque Etat membre – et décrite dans le considérant 7 de la directive 2002/21/CE – de prendre les mesures nécessaires „pour garantir la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité, assurer l'ordre public et la sécurité publique et permettre la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales, y compris la mise en place par les autorités réglementaires nationales d'obligations spécifiques et proportionnelles applicables aux prestataires de services de communications électroniques“, l'article sous examen sort de l'emprise du projet de loi les réseaux et services de communications électroniques que l'Etat voudrait installer et exploiter pour les besoins de la défense nationale et de la sécurité publique.

Afin de prévenir toute ambiguïté, le Conseil d'Etat suggère de lire la partie finale du texte de l'article comme suit: „... de la défense nationale et de la sécurité publique“.

Article 4 (3 selon le Conseil d'Etat)

L'alinéa 1 correspond textuellement au texte de l'alinéa 1 de l'article 4 de la loi du 21 mars 1997. Le Conseil d'Etat suggère de lire comme suit le passage en question: „Toute entreprise ... ainsi que les membres de son personnel ...“.

L'alinéa 2 est déjà contenu, quant au fond, dans l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi de 1997. Il s'agit de permettre l'exercice des droits exceptionnels accordés à certaines autorités par les articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle. La directive 97/66/CE, remplacée par la directive 2002/58/CE, ainsi

que la directive 95/46/CE, rendent possibles ces interventions qui se situent par ailleurs dans le contexte de la défense nationale et de la sécurité publique (cf. article 3 ci-dessus).

Comme le signale à juste titre le commentaire des articles, la mise à disposition gratuite, par l'opérateur et l'entreprise offrant des services de communications électroniques, des données techniques et des équipements, est justifiée par le fait que l'opérateur ou l'entreprise de services bénéficie des libertés que lui laisse l'Etat quant au choix des technologies mises en œuvre.

Article 5 (4 selon le Conseil d'Etat)

Au-delà du paragraphe 1er, dont la substance figure déjà à l'article 5 de la loi de 1997, les autres paragraphes précisent sa portée.

La réquisition des réseaux de communications électroniques ainsi que des équipements y connectés, possible sous l'empire de la loi de 1997 „lorsque la sécurité publique ou la défense du Grand-Duché l'exige“, reste consacrée par la loi, mais les événements susceptibles de déclencher la réquisition concordent désormais avec les termes de la loi du 8 décembre 1981 sur les réquisitions en cas de conflit armé, de crise internationale grave ou de catastrophe. La réquisition doit être limitée dans le temps et respecter le principe de la proportionnalité. Elle ne donne pas lieu à dédommagement de la part de l'Etat.

Le paragraphe 2 permet au Gouvernement en Conseil de faire accorder aux services d'urgence un accès prioritaire garanti aux réseaux et services de communications électroniques, ceci en cas de catastrophe majeure. Cette mesure permettra aux services d'urgence de communiquer entre eux, avec les autorités et avec le public. L'annexe de la directive 2002/20/CE, sous A, 12., autorise spécifiquement cette restriction à la liberté d'exploitation de l'opérateur.

Le paragraphe 3 introduit, à côté de la préservation de l'ordre public et de la sécurité publique, la préservation de la santé publique, pour tracer le cadre dans lequel peuvent intervenir les conditions temporaires spécifiques d'utilisation des réseaux et des services de communications électroniques. Le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec le texte en question.

Quant au comité national des communications, le Conseil d'Etat approuve l'idée de l'instituer par la loi. Cependant, afin d'éviter que le texte de la nouvelle loi prête le flanc à une intervention de la Cour Constitutionnelle – qui serait prévisible en la matière – il estime qu'il serait approprié de préciser, dans le texte de la loi elle-même les missions du comité national des communications, le nombre de ses membres, les compétences dont ils doivent se prévaloir, le mode de nomination. Les modalités de détail, de même que le fonctionnement du comité, pourraient alors être abandonnées à un règlement grand-ducal.

TITRE II

Régime de l'autorisation générale

Article 6 (5 selon le Conseil d'Etat)

Cet article établit le principe qu'en matière de fourniture de réseaux et de services de communications électroniques, les opérateurs et les fournisseurs de services jouissent de la plus grande liberté, qui n'est limitée que sous des conditions très strictes. En effet, l'article 3, 1. de la directive 2002/20/CE oblige les Etats membres à garantir la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques.

Ainsi donc, par référence à la définition de l'„entreprise notifiée“, la simple notification à l'Institut luxembourgeois de régulation par une entreprise de son intention de fournir des réseaux ou des services permet à cette entreprise et aux tiers de considérer qu'elle est titulaire d'une autorisation générale. Ce qui surprend dans ce contexte, c'est que la directive 2002/20/CE, pour asseoir juridiquement la liberté de se lancer dans des activités liées à l'établissement et à l'exploitation d'un réseau et des services de communications électroniques, ne part pas de l'affirmation de cette liberté, mais qu'elle la cache sous le manteau d'une autorisation générale. Si une entreprise s'active sur le marché des communications électroniques, elle ne le fait pas en application de la liberté qui est la sienne, mais en vertu d'une non-intervention des autorités. En somme, il n'est pas concevable que les personnes physiques et morales agissent librement, à moins d'être maintenues sur le chemin de la liberté par un carcan qui ne leur permet pas d'autre choix. C'est une approche intéressante et intrigante, qui surprend surtout par la pincée d'idéologie qu'elle introduit dans un texte communautaire.

Quant aux conditions qui peuvent être imposées aux opérateurs et fournisseurs de services, il s'agit uniquement de conditions spécifiques au secteur – par opposition à des conditions qui seraient spécifiques à l'entreprise – et qui sont précisées dans les articles qui suivent.

Article 7 (6 selon le Conseil d'Etat)

Si l'entrée sur le marché de réseaux et de services de communications électroniques est en principe libre, le paragraphe 1er de cet article exige cependant que le nouvel entrant informe préalablement – vingt jours avant le commencement des fournitures au moins – l'Institut de son intention. L'Institut peut mettre à disposition à cet effet une formule standard, mais en tout état de cause, le nouvel entrant reste libre d'effectuer la notification sous une autre forme pourvu que tous les renseignements exigés par l'alinéa 2 de l'article y soient contenus.

Le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord quant au fond avec le texte de l'article qui soulève de sa part deux observations quant à la forme:

- Tout en sachant que le législateur luxembourgeois ne peut plus intervenir, il relève que le texte définissant ce qu'est une „entreprise notifiée“ induit en erreur, dans la mesure où le lecteur est amené à croire que c'est l'entreprise qui reçoit une notification de la part de l'autorité de régulation, alors que c'est l'inverse. L'entreprise joue le rôle actif, et n'est pas l'objet d'une intervention de l'Institut.
- Le paragraphe 4 de l'article sous examen est surprenant; alors que l'article 6 vient de disposer que l'entrée sur le marché des réseaux et services de communications électroniques se fait librement, sans autorisation, le texte du paragraphe 4 fait état d'une autorisation à fournir des réseaux et des services, autorisation qui vaudrait à partir de l'entrée sur le marché. De deux choses l'une: ou bien, l'entreprise est libre d'entrer sur le marché et la simple notification à l'Institut d'effectuer cette entrée suffit pour entrer en bonne et due forme; ou bien, il faut une décision à caractère individuel de la part de l'Institut ouvrant l'accès sur le marché, et alors la liberté d'accès n'existe pas. Or, l'article 3, paragraphe 2 de la directive 2002/20/CE indique sans la moindre équivoque que l'entreprise qui a l'intention d'entrer sur le marché „ne peut être tenue d'obtenir une décision expresse ou tout autre acte administratif de l'autorité réglementaire nationale avant d'exercer les droits découlant de l'autorisation. Après notification, s'il y a lieu, une entreprise peut commencer son activité ...“.

L'„autorisation“ visée par le texte de la directive et par celui du projet de loi ne semble donc être que le fruit d'un usage impropre du terme même. Une entreprise qui a notifié son intention de devenir active sur le marché et qui a attendu 20 jours, peut effectuer librement son entrée sur le marché, sans autre formalité, et surtout sans attendre une quelconque autorisation de la part de l'Institut. Par ailleurs, la définition même de l'„entreprise notifiée“ vise une entreprise qui „est réputée être titulaire d'une autorisation générale“. Si le texte du paragraphe 4 n'apporte qu'une répétition de la définition fournie déjà par l'article 1er, (10), il peut être omis pour redondance.

Il est surprenant qu'un texte qui a pour objet „la création d'un cadre juridique garantissant la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques“ (cf. considérant 3 de la directive 2002/20/CE) décrive la libre entrée sur le marché en ayant recours à une terminologie impropre qui fait semblant que l'entreprise en question doit passer d'abord sous le joug d'une intervention bureaucratique.

Le fondement de ces malentendus semble reposer dans une approche qui remonte aux auteurs de la directive, et qui fait signifier à la notion d'„autorisation“ le contraire de sa signification habituelle. L'exposé des motifs (page 12 du document parlementaire 5178, sous 4.4., alinéa 1) prévient d'ailleurs que le principal apport de la directive „autorisation“ est la suppression de toute autorisation préalable, et l'alinéa 2 du même passage de renchérir pour préciser que le terme „autorisation“ n'a effectivement pas sa signification courante, puisqu'il s'agit en réalité de mettre en place un régime de libre accès.

Enfin, le Conseil d'Etat est à se demander si le texte du paragraphe 4 ne fournit pas simplement une description en boucle. Il est patent que l'entreprise peut commencer ses activités au plus tôt 20 jours après la notification. Constaté dès lors dans un texte légal qu'une entreprise qui a lancé ses activités, qui est donc active sur le marché, se trouve effectivement sur le marché, paraît superfétatoire.

Le Conseil d'Etat propose de lire le paragraphe 4 de la façon suivante et à supposer qu'il doive être maintenu:

„(4) A partir de la date de lancement des activités indiquées dans la notification, l'entreprise notifiée est libre de fournir des réseaux et des services de communications électroniques.“

Article 8

Le Conseil d'Etat relève de nouveau une imprécision dans les termes utilisés: Alors que le texte de l'article 64 du projet de loi sous examen retient que „l'entreprise notifiée bénéficie d'un droit de passage“ sur les domaines publics de l'Etat et des communes, le commentaire de l'article 8 spécifie que toute entreprise notifiée a le „droit de demander l'octroi de droits de passage“ (mais sans préciser à qui la demande doit être adressée), et le texte même de l'article 8 est encore plus restrictif puisqu'il retient que l'entreprise notifiée „est autorisée à présenter une demande d'octroi de droits de passage“. Si l'on y ajoute le texte de l'exposé des motifs (page 20 du document parlementaire 5178, sous 5.8, alinéas 1 et 2) dont il résulte d'abord (alinéa 1) que les entreprises bénéficient d'un droit de passage, mais que (alinéa 2) „l'octroi de ces droits est limité aux entreprises ayant répondu aux exigences de notification – les entreprises notifiées – et bénéficiant d'un document émanant de l'Institut confirmant qu'elles sont habilitées à demander de tels droits“, le lecteur même bien intentionné ne se retrouve plus dans le mélange.

Le Conseil d'Etat croit comprendre qu'il ne s'agit pas d'autoriser une entreprise à présenter une demande, mais de lui assurer à coup sûr l'accès au domaine public de l'Etat et des communes moyennant un véritable droit de passage qui lui est accordé par l'effet du texte sous examen.

L'article 8, comparé au texte de l'article 64, est superflu, ce dernier fournissant avec l'ensemble du Titre VIII les modalités auxquelles est soumis le droit de passage.

Quant au document à émettre par l'Institut, il s'agit de savoir s'il est identique au certificat standardisé confirmant la notification, que l'Institut doit émettre (article 3, paragraphe 3) sur demande de l'entreprise ayant déposé la notification, afin de lui faciliter l'exercice de ses droits à d'autres niveaux administratifs. Si c'est le même document qui est visé, il serait utile de le préciser dans le texte de l'article 64.

Article 9 (7 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat relève une nouvelle imprécision. En vertu de la définition (10) de l'article 1er, est à considérer comme „entreprise notifiée“ toute personne physique ou morale qui, suite à la notification à l'Institut, est autorisée à fournir des réseaux et/ou des services de communications électroniques. L'article 9 nuance cette définition, puisqu'il ne prend en considération que les „entreprises notifiées“ qui offrent leurs réseaux et services au public. Si les auteurs du projet de loi n'envisagent pas d'apporter une distinction supplémentaire, il y a lieu d'omettre les termes „au public“. Si la distinction est souhaitée, il serait utile de préciser ce qu'est une „entreprise notifiée“ qui est active sur le marché des réseaux et services de communications électroniques mais qui ne s'adresse pas au public, au besoin en complétant la liste des définitions fournie par l'article 2 du projet.

Article 10 (8 selon le Conseil d'Etat)

Le commentaire de l'alinéa 1 soutient que l'entreprise s'engage, par la notification, à participer de manière proportionnée aux frais de surveillance et de régulation du secteur. Une lecture trop rapide pourrait donner lieu à conclure que la participation aux frais de fonctionnement de l'Institut est une sorte de contribution volontaire. Or, il n'en est rien. C'est la loi qui exige, sous peine d'application des sanctions prévues par l'article 81 du projet de loi, que chaque entreprise notifiée contribue au coût de l'Institut. D'ailleurs, le texte de l'article 12 de la directive 2002/20/CE ne mâche pas ses mots: „Les taxes administratives imposées aux entreprises fournissant un service ou un réseau au titre de l'autorisation générale ou auxquelles un droit d'utilisation a été accordé couvrent ...“.

La gêne des auteurs du projet de loi est donc difficile à comprendre.

Le Conseil d'Etat estime qu'un texte affirmant de façon plus directe ses visées aurait été préférable au jeu de cache-cache auquel se prête le texte du projet. Aussi suggère-t-il le texte suivant, dérivé de celui applicable au Commissariat aux assurances:

„**Art. 8.**– (1) L'Institut est autorisé à se faire rembourser par les entreprises notifiées et par celles auxquelles un droit d'utilisation a été accordé, l'ensemble des coûts engendrés par ses frais de personnel, de fonctionnement et de contrôle.

(2) Un règlement grand-ducal fixe le montant annuel des taxes et les modalités d'exécution du présent article.“

Article 11

En présence de l'article 55 du projet de loi dont le texte précise les modalités sous lesquelles l'Institut peut imposer à une entreprise déterminée l'obligation d'assumer le service universel ou de contribuer à ce service, sans que celle-ci ait manifesté son intérêt à prendre part à ce service, le texte de l'article 11 du projet de loi fait double emploi.

Le commentaire de l'article avance comme seul argument en faveur de la présence de cet article qu'„il s'agit d'attirer l'attention des entreprises actives dans le secteur sur le fait qu'elles pourraient un jour être soumises à une obligation dans le cadre du service universel, imposée par l'Institut“.

Le rôle propre d'une loi est de fixer et d'imposer des règles. En vertu de l'adage que nul n'est censé ignorer la loi, il n'est pas nécessaire qu'une loi anticipe dans son texte sur les articles à venir sous prétexte de prévenir ainsi les lecteurs de leurs obligations. Ou bien une entreprise notifiée est sérieuse et elle connaîtra les obligations éventuelles que pourra lui imposer l'Institut sous l'empire de la législation qui les gouverne tous les deux, même si ces obligations ne sont définies qu'à l'article 55 de la loi; ou bien, elle n'est pas sérieuse, et alors l'annonce dans l'article 11 des obligations édictées par l'article 55 ne lui sera d'aucune aide. L'intention des auteurs du projet de loi n'atteindrait véritablement ses objectifs que si la loi était précédée, lors de sa publication au Mémorial, de l'avertissement qu'il est recommandé chaudement à toute entreprise concernée de la lire dans son entièreté.

Le Conseil d'Etat suggère de supprimer l'article 11 du projet de loi.

Article 12 (9 selon le Conseil d'Etat)

En se référant aux considérations qu'il a fait valoir sous l'examen de l'article précédent, le Conseil d'Etat suggère également la modification de l'article 12.

Dans la mesure où il s'agit de transposer l'article 32 de la directive 2002/22/CE – article qui est inscrit dans la directive sous l'intitulé „*Services obligatoires additionnels*“ et qui permet aux Etats membres de „décider de rendre accessibles au public, sur le territoire national, des services additionnels“ au-delà du service universel proprement dit – les auteurs du projet de loi devraient d'abord expliquer avec davantage de détail le contenu de pareils services.

L'exemple de détail fourni par le commentaire de l'article laisse à désirer, d'abord parce qu'il ne mentionne ni ne commente le fait que la directive 2002/22/CE, directive dite du „service universel“, quitte son terrain spécifique dans l'article 32 qui permet d'imposer des services précisément en dehors du cadre du service universel et, ensuite, parce que l'exemple en question implique que le raccordement de l'ensemble des établissements scolaires du pays à l'Internet et à des ressources multimédias se ferait sous forme de „figure imposée“ par l'Etat aux entreprises notifiées. Le Conseil d'Etat note ensuite que les services obligatoires additionnels sont des services qui s'adressent „au public“, donc à l'ensemble de la population (personnes physiques aussi bien que morales) et qu'il ne voit pas comment l'Etat pourrait se fonder sur l'article en question pour imposer à certaines entreprises des obligations particulières pour ce qui est par exemple du raccordement des écoles communales et des lycées à l'Internet.

Le Conseil d'Etat constate que l'approche de l'article 32 de la directive 2002/22/CE ne vise de prime abord pas à imposer des obligations à des entreprises choisies (il s'agit là du résultat de l'intervention de l'Etat), mais d'autoriser l'Etat à définir certains services et à obliger ensuite des entreprises à les fournir. Or, le texte de l'article 12 du projet de loi ne fournit aucune précision sur ces „services additionnels“. La latitude qui est ainsi laissée au Gouvernement permet à celui-ci de définir à sa guise le contenu des „services additionnels“.

L'article 1er du projet de loi promettait de placer le secteur des réseaux et des communications électroniques sous l'égide de la liberté. Or, l'article 12 introduit l'arbitraire et permet d'annuler les avancées vers un marché plus libre. Ce ne peut pas être le but de la loi, ni d'ailleurs celui de la directive 2002/22/CE.

Le Conseil demande que pour le moins les auteurs du projet définissent ce qu'ils entendent par „services additionnels“.

Article 13 (10 selon le Conseil d'Etat)

Cet article doit être lu dans le contexte des articles 45 et ss qui concernent la publication – rendue obligatoire par la loi – d'un annuaire téléphonique comprenant tous les abonnés des services téléphoniques accessibles au public. Afin que l'entreprise éditrice de cet annuaire puisse réunir les données

nécessaires, il faut qu'elle ait accès aux données relevantes des clients/abonnés des entreprises notifiées visées. Tombent sous le coup de cette obligation toutes les entreprises notifiées offrant des services téléphoniques accessibles au public; peuvent invoquer le bénéfice de cette fourniture les entreprises qui éditent un annuaire, qui fournissent un service de renseignements téléphoniques ou qui fournissent une assistance par opérateur.

Ne seront fournies que les données de ceux des abonnés qui ont opté pour la publicité de leurs numéros d'appel. Il ne peut s'agir que des données autorisées pour l'inscription standard à l'annuaire universel.

La législation en matière de protection des personnes doit évidemment être respectée à l'occasion de cette fourniture de données.

Le texte de cet article suscite les observations suivantes:

- la phrase „La fourniture de ces données se fait conformément à la législation en matière de protection des personnes“ est superflue. L'autorité de la loi sur la protection des données est générale et suffit donc pour s'étendre à la matière régie par le projet de loi sous examen;
- ni l'article 13, ni un autre article du projet de loi ne définit l'„inscription standard“ et les données sur lesquelles elle porte. Certes, l'article 47, alinéa 2, énumère un certain nombre d'informations dont la publication non correcte donne lieu à un redressement de l'erreur de la part de l'entreprise éditrice de l'annuaire universel, mais le texte en question reste muet sur le point de savoir si l'ensemble des éléments énumérés correspond au contenu d'une inscription standard. Cette lacune est à éliminer, au besoin en complétant la liste des définitions fournie par l'article 2 du projet.

Article 14 (11 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat n'a d'autre observation à présenter que le souhait que le texte soit précisé afin qu'il soit clair si l'obligation visée (fourniture à tout utilisateur final de l'accès à un service d'assistance par opérateur et aux services de renseignements téléphoniques) concerne l'accès aux services fournis par d'autres entreprises, ou si elle implique que l'entreprise notifiée est obligée de mettre en place elle-même les services d'assistance dans l'hypothèse où il n'y aurait pas d'entreprise spécialisée qui s'intéresserait à cette niche.

Article 15 (12 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen entend transposer l'article 33 de la directive 2002/22/CE. Cependant, son texte mérite d'être rendu plus précis. Son début devrait se lire „L'entreprise qui exploite des réseaux de communications électroniques *utilisés pour la diffusion publique d'émissions de radio ou de télévision* ...“. Le texte actuel du projet de loi, beaucoup plus large, permet d'imposer l'obligation du „must carry“ à toute entreprise exploitant des réseaux de communications électroniques – et pas seulement à celles d'entre elles qui exploitent des réseaux pour diffuser des émissions de radio ou de télévision.

Le Conseil d'Etat suggère encore d'éliminer du texte la mention „(must carry)“; elle peut figurer, avec les explications nécessaires, sous le commentaire de l'article.

Article 16 (13 selon le Conseil d'Etat)

En se limitant à reprendre fidèlement le texte de l'article 5, paragraphe 1er, de la directive 2002/21/CE, les auteurs du projet de loi ne saisissent pas l'occasion de préciser, dans le droit national, les informations, et notamment les informations financières, que doivent fournir à l'Institut les entreprises concernées. Le cadre d'action très large que laisse maintenant le projet de texte à l'Institut (toutes les informations nécessaires à l'Institut pour garantir la conformité avec les dispositions des directives communautaires) ouvre la porte sinon à l'arbitraire, du moins à des interprétations divergentes qu'aurait à résoudre les juridictions.

Le Conseil d'Etat suggère aux auteurs de préciser le texte du projet, en s'inspirant des règles valables à l'égard du Commissariat aux assurances.

Article 17 (14 selon le Conseil d'Etat)

Le non-respect des règles qu'imposera la loi qui naîtra du projet sous examen donnera lieu à deux sortes d'interventions:

- interventions de la part de l'Institut. Le constat du non-respect des conditions imposées à l'entreprise notifiée ou des règles légales entraîne une intervention de l'Institut sous forme d'information de

l'entreprise présumée fautive. Cette information ouvre à l'entreprise deux possibilités – soit elle peut discuter le point de vue de l'Institut, soit elle doit remédier aux manquements constatés. La fixation du délai dans lequel l'entreprise doit réagir, dans un sens ou dans l'autre, est dictée par l'Institut. Si les manquements subsistent au-delà du délai fixé, l'Institut applique les sanctions prévues par l'article 81 du projet de loi.

Même si le commentaire de l'article 17 ne le relève pas expressément, les décisions de l'Institut constituent des décisions administratives et sont donc sujettes au contrôle des juridictions administratives. Afin de ne pas multiplier ces interventions, il y a lieu de préciser autant que faire se peut le texte du projet. L'obligation imposée à l'Institut d'accorder à l'entreprise présumée fautive „une possibilité raisonnable“ soit d'exprimer son point de vue, soit de remédier aux manquements vise en fait, si le Conseil d'Etat comprend bien les intentions des auteurs de la directive et du projet de loi, à laisser à l'autorité de régulation une certaine latitude quant à la fixation du délai qui est imparti à l'entreprise. Celui-ci sera d'un mois au moins. Il peut être plus court dans deux hypothèses: l'entreprise est d'accord avec la fixation d'un délai plus court; l'Institut se trouve en présence de manquements répétés de la part de l'entreprise.

Le texte du paragraphe 1er pourrait donc se lire comme suit:

- „(1) Lorsque l'Institut constate qu'une entreprise notifiée ne respecte pas une ou plusieurs règles de la présente loi, il en informe l'entreprise présumée fautive à laquelle il fixe un délai d'un mois au moins soit pour exprimer son propre point de vue quant aux reproches formulés par l'Institut, soit pour remédier aux manquements constatés. Ce délai peut être écourté par l'Institut si l'entreprise est d'accord avec ce raccourcissement ou si l'Institut a constaté des manquements répétés dans le chef de l'entreprise.“
- intervention de la part de „toute autorité compétente“. Si les manquements d'une entreprise constituent une menace immédiate grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique, ou s'ils sont de nature à pouvoir provoquer de graves problèmes économiques ou opérationnels pour d'autres entreprises, l'Institut ou toute autorité compétente peut prendre les mesures provisoires d'urgence qui s'imposent.

Le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de mieux répartir les compétences dans les hypothèses envisagées: les autorités publiques doivent disposer du monopole d'intervention lorsqu'il s'agit de protéger ou de rétablir l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique; l'Institut intervient lorsqu'il s'agit de rétablir l'ordre entre deux entreprises.

Le texte du paragraphe 3 pourrait donc se lire comme suit:

„(3) Si le fait par une entreprise notifiée de manquer aux règles établies par la présente loi entraîne une menace immédiate grave pour l'ordre public, pour la sécurité publique et pour la santé publique, l'autorité compétente pour le maintien de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique prend les mesures provisoires d'urgence pour remédier à la situation. Si le manquement aux règles est de nature à provoquer de graves problèmes économiques ou opérationnels pour d'autres fournisseurs ou utilisateurs de réseaux ou de services de communications électroniques, c'est l'Institut qui prend les mesures provisoires d'urgence pour remédier à la situation.

Dans les deux hypothèses visées par l'alinéa qui précède, les mesures provisoires sont réalisées aux frais de l'entreprise présumée fautive qui dispose du délai prévu au paragraphe 1er du présent article et qui est fixé par l'autorité compétente respectivement par l'Institut, afin de présenter son point de vue ou de remédier définitivement à la situation.

Les mesures provisoires peuvent être maintenues par décision de l'autorité compétente respectivement par l'Institut tant que le manquement à la loi n'est pas éliminé.“

Article 18 (15 selon le Conseil d'Etat)

Cet article est destiné à réaliser une séparation comptable et structurelle entre les activités spécifiques d'une entreprise notifiée telles qu'elles résultent du texte sous examen, et sous condition qu'elles génèrent un chiffre d'affaires annuel de 50 millions d'euros, et les activités de la même entreprise qui bénéficierait de droits spéciaux ou exclusifs liés à la fourniture de services dans d'autres secteurs soit sur le territoire national, soit dans un autre Etat membre, séparation qui est destinée à prévenir que l'entreprise visée ne provoque une distorsion de la concurrence en détournant de leur but premier les avantages matériels ou financiers dont elle bénéficie du chef des activités auxquelles sont liés les droits spéciaux.

Le Conseil d'Etat, tout en se déclarant d'accord avec le texte proposé, suggère de le modifier légèrement, dans le but d'en faciliter la lecture:

„Art. 15.– L'entreprise qui fournit des réseaux de communications publics ou des services de communications électroniques accessibles au public et sous condition que les activités liées à l'exploitation des réseaux et services visés ci-avant génèrent un chiffre d'affaires annuel supérieur à cinquante millions d'euros, et qui jouit simultanément de droits spéciaux ou exclusifs pour la fourniture de services dans d'autres secteurs sur le territoire national ou dans un autre Etat membre de l'Union européenne, a l'obligation ...“

TITRE III

Marchés de produits et de services

Article 19 (16 selon le Conseil d'Etat)

Cet article organise des analyses régulières des marchés dans le secteur des communications électroniques, à effectuer par l'Institut.

Les aspects saillants sont:

- les conflits possibles entre les attributions de l'Institut et celles des autorités nationales chargées de la concurrence. Le texte du projet de loi entend dès lors séparer les activités d'analyse des deux organes de contrôle tout en prévoyant une collaboration entre eux. Le texte retenu par le paragraphe 1er ne donne pas satisfaction puisque les termes „sans préjudice des marchés qui peuvent être définis en matière de droit de la concurrence“ impliquent que l'Institut n'analyserait que des marchés non soumis au droit de la concurrence – alors que le projet de loi sous examen vise précisément à ouvrir à une concurrence plus grande le secteur soumis au contrôle de l'Institut. Il serait donc plus correct de dire: „... dans le respect des attributions des autorités nationales chargées de la concurrence“. Dans le même contexte, il faudrait organiser la coopération entre Institut et autorités nationales chargées de la concurrence, coopération souhaitée par la directive 2002/21/CE. Ce but serait atteint moyennant inscription de la phrase suivante à la suite de l'unique phrase du paragraphe 1er: „Dans l'élaboration de ses analyses, l'Institut coopère avec les autorités nationales chargées de la concurrence.“
- Le texte sous examen retient que l'Institut procède à une nouvelle analyse du marché soit sur son initiative, soit sur demande des autorités nationales chargées de la concurrence, soit sur demande motivée de la Commission européenne – le Conseil d'Etat suggère de compléter cette énumération par

„(d) sur demande du ministre ayant les Communications électroniques dans ses attributions“.

Article 20 (17 selon le Conseil d'Etat)

Les obligations réglementaires sectorielles définies à l'article 7 de la directive 2002/19/CE (en matière d'accès et d'interconnexion) et à l'article 16 de la directive 2002/22/CE (en matière de tarification de détail pour la fourniture d'un accès au réseau téléphonique public, d'utilisation de ce réseau, de sélection ou présélection des opérateurs, de lignes louées) étant maintenues en place „jusqu'au moment où une détermination est faite concernant ces obligations par une autorité réglementaire nationale“, il s'agit de permettre à l'Institut de déterminer le moment à partir duquel, et dans quelle mesure, ces réglementations sectorielles peuvent être levées. L'Institut doit en outre disposer du pouvoir de procéder à cette levée.

Le texte de l'article n'appelle pas d'observation.

Article 21 (18 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen se propose de définir les critères qui permettent à l'Institut de décider si une entreprise déterminée est à considérer comme étant une „entreprise puissante sur le marché“; il procède à l'identification de ces entreprises lorsque le marché n'est pas concurrentiel. Les deux notions de „marché non concurrentiel“ et d'„entreprise puissante sur le marché“ sont rendues interdépendantes, en ce sens que le caractère non concurrentiel d'un marché se constate suivant qu'il y a ou non présence d'entreprise(s) puissante(s) sur ce marché et qu'inversement la présence d'une (ou d') entreprise(s) puissante(s) sur un marché définit ce marché comme étant non concurrentiel. Etant donné que la décision de l'Institut de classer une entreprise comme étant une „entreprise puissante sur le marché“ doit rester

sujette au contrôle des juridictions compétentes, cette décision doit s'appuyer sur des critères susceptibles de vérification, donc fixés par la loi.

S'agissant dès lors de définir ces critères, le paragraphe 2 de l'article sous examen se propose de transposer dans le droit national l'Annexe II de la directive 2002/21/CE. Le texte en question, sous l'intitulé „critères à prendre en compte ... pour évaluer si deux entreprises, ou plus, occupent conjointement une position dominante ...“, part de la considération que cette position dominante est atteinte si la structure du marché dans lequel elles opèrent est elle-même à considérer „comme propice à produire des effets coordonnés“. Une telle situation se produira „sur un marché présentant plusieurs caractéristiques appropriées, notamment en terme de concentration et de transparence, ainsi que d'autres caractéristiques parmi les suivantes: ...“. Suit une énumération de quatorze de ces caractéristiques, énumération qui se clôt sur un autre constat: „Cette liste n'est pas exhaustive, pas plus que les caractéristiques ne doivent être cumulées. Cette liste entend plutôt illustrer seulement les types de critères qui pourraient être utilisés pour étayer des affirmations relatives à l'existence d'une position dominante conjointe.“

La liste des quatorze points, que reprend le texte du paragraphe 2 de l'article 21, n'est donc rien d'autre qu'une illustration de types de critères qui pourraient être utilisés par l'Institut pour justifier sa décision de classer une entreprise déterminée comme étant une „entreprise puissante sur le marché“. Une décision de classement basée sur tant d'imprécision n'aura guère de chance de résister à l'examen par une juridiction.

L'insécurité juridique que le Conseil d'Etat a relevée dans ses considérations générales se montre ici avec tout son poids. Il ne suffira pas que l'Institut se base dans son appréciation sur l'addition cumulée de caractéristiques sélectionnées parmi les quatorze, et qu'elle démontre le bien-fondé de son choix. Ce choix ne sera contraignant que si l'addition d'une autre sélection de caractéristiques n'arrive pas à une autre conclusion. La prise en considération de caractéristiques non énumérées dans le paragraphe 2 augmentera encore le degré d'incertitude.

L'abandon de la définition du caractère „puissance sur le marché“ par référence à un pourcentage fixe de parts du marché ouvre grand les portes à la contestation des décisions des autorités de régulation.

Les éléments énumérés dans la liste des quatorze points ne sont pas des critères, loin s'en faut. Ils ne peuvent constituer que le fondement pour l'élaboration de critères. Le Conseil d'Etat n'est pas outillé pour proposer une solution au problème, dont il doit se limiter à constater l'existence.

Article 22 (19 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose de rédiger cet article avec davantage de précision et de lire:

„**Art. 19.**– Si l'Institut constate qu'un marché dans le secteur des communications électroniques n'est pas concurrentiel, soit il impose aux entreprises puissantes sur le marché les obligations spécifiques appropriées, conformément à la présente loi, soit il maintient ou modifie ces obligations, si elles existent déjà.“

Article 23 (20 selon le Conseil d'Etat)

Si le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord, en principe, avec les mesures proposées, il doit constater néanmoins que la notion d'un marché qui n'est pas en „situation de concurrence réelle“ apparaît ici pour la première fois (cf. paragraphe 1er). Signifie-t-elle la même chose qu'„un marché qui n'est pas concurrentiel“ (cf. article 20)? Dans une matière sensible, il s'agit de garantir que les notions employées par la loi soient aussi précises que possible. Il ne suffit pas de garantir la transparence du marché, il faut encore éviter que le marché ne soit perturbé par la non-transparence des décisions de l'organe de régulation. Le Conseil d'Etat recommande donc aux auteurs du projet d'échanger les termes „en situation de concurrence réelle“ par un texte permettant mieux d'appréhender la réalité qu'il vise.

De même, les termes „il impose les obligations adéquates“ sont trop larges et ne font pas percevoir le cadre que l'Institut serait tenu de respecter. Pourrait-il, par exemple, imposer à une entreprise de se scinder en trois entités juridiques indépendantes susceptibles de se faire mutuellement concurrence?

Article 24 (21 selon le Conseil d'Etat)

Les notions „ensemble minimal de lignes louées“, „partie d'un ensemble minimal de lignes louées“ et „élément spécifique d'ensemble minimal de lignes louées“, qui se retrouvent dans une très forte concentration dans le texte de l'article en question, ne sont pas autrement définies.

Pour les termes „situation de concurrence réelle“, le Conseil d’Etat renvoie aux observations qu’il a formulées sous l’article 23. Pour le reste, l’article ne donne pas lieu à observation.

TITRE IV

Accès et interconnexion

Article 25 (22 selon le Conseil d’Etat)

Le Conseil d’Etat peut marquer son accord avec le texte sous examen, sauf à suggérer deux modifications d’ordre rédactionnel.

Au paragraphe 1er, première ligne, il y aurait lieu de lire „entreprises notifiées“ au lieu de „entreprises autorisées“.

La deuxième phrase du même paragraphe pourrait se lire comme suit: „L’entreprise qui ... n’exploite pas de réseau de communications électroniques au Luxembourg n’est pas obligée de notifier à l’Institut ...“ au lieu de „... ne doit pas avoir notifié à l’Institut ...“.

Article 26 (23 selon le Conseil d’Etat)

Sur le vu des explications fournies par le commentaire relatif à l’article sous examen, le Conseil d’Etat suggère de compléter la définition donnée à l’article 1er, sous (20), par la mention que la définition du PTR n’a pas de répercussion sur les équipements terminaux de télécommunication, ces derniers étant soumis à une réglementation spécifique. Si cette proposition était suivie, la première phrase de l’article 26 – peu claire – pourrait être supprimée.

Article 27 (24 selon le Conseil d’Etat)

Ce texte a pour objet, d’après le commentaire de l’article, de permettre aux utilisateurs de décider soit à l’occasion de chaque appel téléphonique qu’ils lancent (sélection) soit de façon générale pour tous les appels qu’ils lancent (présélection) quel sera le fournisseur de services auquel ils entendent avoir recours. Pour arriver à cette dissociation du réseau physique et de son exploitation, et de l’utilisation successive des services de plusieurs exploitants, il faut imposer d’abord l’interconnexion des réseaux et le changement facile du consommateur d’un exploitant vers l’autre.

Si le Conseil d’Etat peut marquer son accord de principe avec le texte proposé, il voudrait néanmoins soulever les observations suivantes:

- les auteurs innovent une nouvelle fois en utilisant une notion qui n’est ni d’utilisation courante, donc facilement compréhensible, ni définie auparavant. Il s’agit de l’utilisation du réseau téléphonique public „en position déterminée“. Le Conseil d’Etat insiste pour que les auteurs du projet de loi fassent un effort pour en rendre le contenu compréhensible pour des personnes non initiées;
- le Conseil d’Etat propose en outre de remodeler légèrement le texte du paragraphe 1er, afin de le rendre plus compréhensible et suggère la lecture suivante:

„Une entreprise ... doit assurer que ses abonnés peuvent accéder aux services suivants fournis par toute entreprise interconnectée fournissant des services téléphoniques accessibles au public: ...“

Article 28 (25 selon le Conseil d’Etat)

Le texte sous examen a pour objet (point a) de permettre à l’Institut d’obliger les entreprises à interconnecter leurs réseaux et infrastructures de telle façon que l’utilisateur puisse avoir accès à un maximum d’autres utilisateurs et (point b) d’obliger les opérateurs qui distribuent un contenu sous forme numérique, de mettre à même les fournisseurs de ce contenu ainsi que les utilisateurs finals à avoir accès aux ressources informatiques qu’ils mettent en œuvre.

L’objet à atteindre est tellement évident que le Conseil d’Etat suggère de ne pas laisser à l’Institut la faculté d’imposer aux entreprises les mesures nécessaires pour garantir la connectivité, mais de ne lui laisser pas d’autre possibilité. Le texte se lirait donc ainsi:

„**Art. 25.**– Afin d’assurer l’accès et l’interconnexion adéquats ainsi que l’interopérabilité des services, l’Institut oblige

- a) toutes les entreprises ...;
- b) les opérateurs ...“

Article 29 (26 selon le Conseil d'Etat)

Ce texte reconduit la règle remontant à la directive 95/47/CE du 24 octobre 1995, transposée par un règlement grand-ducal du 23 mai 1997, qui avait exigé que les réseaux de télévision par câble soient à même de transmettre les programmes au format large, c'est-à-dire au format 16/9, standard pour la télévision à haute définition adopté par l'UIT. Les réseaux qui sont maintenant capables techniquement de distribuer ou de diffuser des services de programmes de télévision au format large seront intégrés dans le dispositif mis en place par la nouvelle législation.

Sans observation.

Article 30 (27 selon le Conseil d'Etat)

Dans la lignée des articles 28 et 29 qui précèdent, le texte sous examen entend reprendre certaines règles du règlement grand-ducal du 23 mai 1997 (normes pour la transmission de signaux de télévision), règlement qui est appelé à disparaître avec l'entrée en vigueur du texte sous examen. Il s'agit de préserver ainsi au niveau national certains aspects du dispositif mis en place par la directive 95/47/CE du 24 octobre 1995.

Le Conseil d'Etat ne présente pas d'observation quant aux paragraphes 1er, 2, 3 et 5. Quant au paragraphe 4, il suggère, tout en respectant les intentions des auteurs du projet de loi, de procéder à une légère modification du texte qui pourrait se lire ainsi:

„Les conditions appliquées conformément aux paragraphes précédents ne peuvent être modifiées ou supprimées par l'Institut qu'après qu'il aura procédé à une analyse de marché.“

Article 31 (28 selon le Conseil d'Etat)

Cet article permet à l'Institut d'intervenir dans les négociations entre entreprises, d'abord en fixant une procédure pour les négociations, y compris des échéances, ensuite, si l'accord n'est pas conclu entre parties endéans les délais fixés, en arrêtant d'autorité certains éléments du contenu de cet accord et, enfin, en imposant aux parties une modification d'un accord existant. Il faut préciser que ce pouvoir exceptionnel de l'Institut ne lui est arrogé qu'en matière d'accès aux réseaux, y compris les négociations portant sur l'accès dégroupé à la boucle locale et sur la conclusion d'un accord d'interconnexion. Le commentaire de l'article justifie ce pouvoir d'intervention exorbitant par la nécessité de rétablir l'équilibre entre des entreprises dont le poids relatif est trop disproportionné. Ainsi, une entreprise jugée puissante sur le marché opposée à un nouvel entrant met ce dernier dans une position inconfortable.

Le Conseil d'Etat constate que le texte même de l'article 31 ne limite nullement le pouvoir exorbitant de l'Institut dont l'intervention n'est circonscrite que par le secteur sur lequel elle peut s'exercer: les négociations en vue de la conclusion d'un accord d'accès aux réseaux. Dans ce cadre, les pouvoirs de l'Institut sont illimités. Le texte de l'article 31 doit donc être adapté impérativement pour qu'il ne puisse s'appliquer qu'aux cas de figure envisagés par le commentaire de l'article.

Article 32 (29 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen donne lui aussi des pouvoirs très larges à l'Institut, de nouveau en matière d'accès et d'interconnexion, en ce qu'il lui permet d'imposer à une entreprise puissante sur le marché certaines obligations destinées à lui interdire de faire valoir son poids économique et financier à l'égard d'un concurrent plus faible, donc, en dernière analyse, à l'obliger à accepter une redistribution des poids sur le marché.

Cette intervention n'est possible qu'à l'encontre d'une entreprise puissante sur le marché. Or, les termes du paragraphe 1er ne sont pas suffisamment précis à cet égard. Il ne suffit pas d'„identifier“ un opérateur comme puissant sur le marché. Il faut que le caractère de „puissant sur le marché“ ait été constaté par l'Institut non pas sous forme de l'établissement de statistiques à la suite d'une analyse du marché, mais sous forme d'une décision susceptible d'être soumise au contrôle du juge compétent. Le texte du paragraphe est à préciser en ce sens.

D'autre part, le Conseil d'Etat constate que l'indication fournie par le commentaire de l'article 32 – „l'Institut doit prouver que l'obligation retenue est appropriée et proportionnée par rapport à la nature du problème auquel elle doit remédier“ – n'est pas concrétisée dans le texte du projet de loi, ni dans le texte de l'article 32, ni dans celui d'un quelconque autre article.

Le Conseil d'Etat relève finalement que le paragraphe 1er de l'article 32 ne fait qu'annoncer des mesures qui sont reprises et détaillées aux articles 33, 34, 35, 36 et 37 qui le suivent immédiatement; le

texte en question peut dès lors être supprimé. Les instruments dont l'Institut a besoin pour intervenir lui sont fournis par les cinq articles mentionnés ci-dessus.

Si l'Institut estime que les obligations qu'il peut imposer en vertu du paragraphe 1er ne sont pas suffisantes pour établir une situation qui lui paraît conforme avec des conditions de marché normales, il peut recourir en vertu du paragraphe 2 à d'autres mesures qu'il définit, mais qu'il ne peut appliquer à l'encontre de l'entreprise puissante sur le marché que si la Commission européenne donne son accord.

Article 33 (30 selon le Conseil d'Etat)

Les entreprises jugées puissantes sur le marché peuvent se voir imposer par l'Institut la publication d'une offre détaillée des services proposés, ceci dans le but de mettre à mêmes les entreprises ayant recours à ces services de connaître en détail les spécifications techniques, de pouvoir sélectionner celles des offres qui les intéressent à l'exclusion de ressources inutiles et de s'informer sur les prix exigés. L'Institut dispose en outre du pouvoir de préciser les modalités de la publication.

Sans observation.

Article 34 (31 selon le Conseil d'Etat)

Cet article impose le respect du principe de la non-discrimination: une même entreprise puissante sur le marché est obligée d'offrir, dans des conditions équivalentes, les mêmes conditions à tous ses clients; les conditions offertes à des entreprises relevant d'un même groupe ne peuvent pas différer de celles offertes à des concurrents.

Sans observation.

Article 35 (32 selon le Conseil d'Etat)

Cet article permet à l'Institut d'obliger une entreprise puissante sur le marché d'organiser sa comptabilité de telle sorte que l'Institut puisse vérifier à la fois les prix de gros offerts vers l'extérieur et les prix de transferts à l'intérieur d'un groupe industriel, le tout avec la visée d'améliorer la transparence, de garantir le respect du principe de la non-discrimination et de prévenir des subventions croisées abusives.

Le Conseil d'Etat doute de l'utilité d'insérer, au paragraphe 1er, les mots „..., en cas de nécessité, ...“. Les termes du paragraphe ouvrent à l'Institut une possibilité d'agir que l'Institut saisit ou ne saisit pas, suivant l'appréciation de la situation qu'il fait. Exiger de l'Institut la démonstration qu'il se trouve „dans la nécessité“, ce serait lui imposer une tâche impossible, à moins de fixer dans le texte de la loi les critères et les circonstances de fait et de droit précis qui rendent une intervention inéluctable.

Le paragraphe 2 ouvre à l'Institut l'accès aux données et aux documents comptables d'une entreprise puissante sur le marché; l'Institut peut même procéder à la publication de certaines des informations recueillies lors de telles vérifications, en prenant cependant les mesures nécessaires pour respecter le secret des affaires. Le Conseil d'Etat estime que le texte proposé par les auteurs du projet de loi ne protège pas véritablement le secret des affaires, puisque aucune conséquence, ni aucune sanction ne sont prévues par l'article 35. Les précisions nécessaires devraient être apportées au texte, faute de quoi la protection des entreprises ne dépassera pas le niveau des bonnes intentions.

Une solution alternative pour arriver au résultat escompté serait l'inscription, dans le texte de l'article 35, d'un renvoi à l'article 15 du projet de loi portant réorganisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation (cf. *doc. parl. 5180*), texte qui règle les obligations professionnelles des agents de l'Institut quant au respect du secret professionnel auquel ils sont tenus.

Article 36 (33 selon le Conseil d'Etat)

Cet article fournit à l'Institut l'instrument nécessaire pour obliger une entreprise puissante sur le marché d'ouvrir à des concurrents ses réseaux et installations techniques. Le rôle d'arbitre confié à l'Institut permet à celui-ci, et l'oblige simultanément, à prendre en compte les intérêts du marché (transparence accrue; amélioration de la concurrence; utilisation rationnelle des ressources mises en place;) et les intérêts de l'entreprise puissante sur le marché (respect de l'intégrité du réseau en place; fixation de délais d'exécution).

Sans observation.

Article 37 (34 selon le Conseil d'Etat)

Cet article met l'Institut en mesure d'imposer aux entreprises puissantes sur le marché la mise en place d'une comptabilité détaillée, permettant de vérifier si les différents prix annoncés ne tiennent vraiment compte que des éléments de coût en relation avec les prestations offertes et tiennent compte de tous les coûts engendrés par ces prestations. L'Institut peut même contester le bien-fondé des principes sous-jacents à la comptabilité analytique de l'entreprise et l'obliger à modifier ces principes.

Le Conseil d'Etat estime que l'Institut ne peut pas imposer à une entreprise des principes comptables autres que ceux adoptés par l'entreprise, si ceux-ci respectent les normes reconnues généralement, tels les „International Standards on Auditing“. Tant qu'une entreprise respecte le cadre reconnu qu'elle s'est tracé, l'Institut ne devrait pas être mis à même de l'obliger à réorganiser son système comptable.

Pour ce qui est du paragraphe 3, le Conseil d'Etat estime qu'il introduit une complication inutile. En effet, en présence du système de comptabilisation d'une entreprise déterminée, ou bien l'Institut est d'accord avec le système appliqué – et une vérification par un organisme compétent indépendant n'apportera rien de nouveau, et est par conséquent superflue – ou bien il impose un autre système – et alors il devrait lui-même veiller au respect des règles qu'il a imposées plutôt que d'obliger l'entreprise à faire intervenir un organisme externe dont l'attestation de conformité est supposée mettre le public en confiance.

Il suggère de lire ainsi l'avant-dernière phrase du paragraphe 3:

„L'Institut peut se faire assister par un expert lorsqu'il vérifie si une entreprise déterminée a respecté le système de comptabilisation des coûts.“

Si les auteurs du projet de loi préfèrent maintenir leur version, il devraient au moins spécifier les compétences professionnelles dont l'„organisme compétent indépendant“ doit disposer.

Article 38 (35 selon le Conseil d'Etat)

Les obligations définies par l'Institut à l'égard des entreprises puissantes sur le marché sont publiées intégralement sur le site Internet de l'Institut, ensemble avec les informations relevantes sur les marchés concernés.

L'article 15, paragraphe 2, de la directive 2002/19/CE met les Etats membres dans l'obligation d'envoyer à la Commission européenne une copie de toutes les informations publiées en application de la même directive. L'insertion du texte du paragraphe 2 de l'article 38 en limite la portée au seul Titre IV de la future loi.

Afin de faire droit à l'exigence de la directive mentionnée ci-dessus, la portée de l'obligation d'informer la Commission européenne devrait s'étendre à tout le texte du projet de loi. Le paragraphe 2 de l'article 38 serait donc à transférer vers les parties générales du texte, en l'adaptant de façon appropriée.

Pour ce qui est du respect du caractère confidentiel et des secrets commerciaux dont l'Institut a eu connaissance, le Conseil d'Etat renvoie aux observations qu'il a émises à l'endroit de l'article 35 ci-dessus.

TITRE V

Service universel

Article 39 (36 selon le Conseil d'Etat)

Par rapport à la définition du service universel, telle qu'elle est fournie par l'article 2, (30), le paragraphe 1er de l'article sous examen n'apporte rien de neuf; il peut donc être abandonné.

L'approche choisie par le projet sous examen reprend à son compte celle définie par la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications: l'utilisateur final a un droit positif aux éléments faisant partie du service universel et c'est l'Institut qui est, dans les intentions des auteurs du projet de loi sous examen, la personne juridique chargée de la mise en place de ces éléments. Certes, il ne procédera pas lui-même à la mise en place matérielle des équipements requis, mais c'est lui qui définit les éléments de service disponibles au profit de tout utilisateur qui voudra les demander ou les utiliser et qui oblige au besoin une entreprise déterminée à combler les lacunes constatées sur le terrain suite à une offre de services incomplète. Encore faudrait-il lui confier expressément cette mission dans le texte même de la nouvelle loi.

Le Conseil d'Etat constate une divergence entre le texte du commentaire de l'article 39 (le mécanisme du service universel n'est déclenché par l'Institut que lorsqu'il constate „un réel déficit du service universel dans un des éléments“ de celui-ci; „les différents services qui sont considérés comme faisant partie du service universel constituent une liste exhaustive et sont au nombre de quatre.“) et le texte de l'article lui-même qui considère que le service universel peut consister soit dans un „paquet“ d'éléments ou de services, soit dans un ou plusieurs des éléments même non réunis en „paquet“. Une clarification semble s'imposer.

Article 40 (37 selon le Conseil d'Etat)

Si le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec les visées telles qu'annoncées par le commentaire de l'article, il est d'avis que le texte même de l'article 40 ne répond qu'incomplètement au but poursuivi.

D'un côté, c'est manifestement l'Institut qui décide si le service universel doit être confié à une ou plusieurs entreprises – or, le début de la première phrase de l'article („Le service universel ... peut être assuré par une ou plusieurs entreprises ...“) n'est pas suffisamment clair et contraignant à ce sujet; il permet tout aussi bien à une ou plusieurs entreprises de prendre l'initiative pour décider du point par qui le service universel est assumé.

De l'autre côté, le texte de l'article n'est pas compatible avec la solution qui confierait, s'il ne restait pas d'autre solution, l'ensemble du service universel à une même entreprise.

Le Conseil d'Etat suggère de donner à la première phrase de l'article la teneur suivante: „L'Institut est libre de charger du service universel une entreprise notifiée, plusieurs entreprises ou des groupes d'entreprises notifiées qui sont obligées de fournir soit l'ensemble des éléments du service universel, soit certains des éléments de ce service; les services fournis par la ou les entreprises chargées du service universel couvrent soit l'ensemble du territoire national, soit une partie de celui-ci.“

La deuxième phrase de l'article est superflue, la définition du „service universel“ garantissant celui-ci „indépendamment de la position géographique de l'utilisateur final“.

Article 41 (38 selon le Conseil d'Etat)

Sauf erreur de sa part, et contrairement à l'affirmation qui se trouve au commentaire de cet article, le Conseil d'Etat ne trouve la définition de l'„accès en position déterminée“, ni celle du „raccordement en position déterminée“ ni dans le projet de loi sous examen, ni dans aucune des directives 2002/19, 2002/20, 2002/21 et 2002/22, alors qu'il serait manifestement utile que les non-initiés et le public puissent comprendre ce texte hautement technique.

La fourniture d'accès et de raccordement au réseau téléphonique public „pour toute personne qui en fait la demande raisonnable“ ne constitue pas, de l'avis du Conseil d'Etat, et contrairement à la présomption exprimée par les auteurs du projet de loi dans le commentaire de l'article, une barrière suffisante pour éviter des abus de droit éventuels. Qu'est-ce en effet qu'une demande „raisonnable“? Qu'est-ce qui serait le signe d'une demande non raisonnable? Qui décide si une demande déterminée est ou n'est pas raisonnable? Si ces questions ne reçoivent pas au moins un début de réponse dans le texte de l'article, celui-ci constituera une source intarissable de litiges.

Article 42 (39 selon le Conseil d'Etat)

Le texte de l'article devrait prendre soin de définir les rôles des différents intervenants avec davantage de précision. La tournure „Des postes téléphoniques payants publics sont mis à la disposition du public ...“ laisse ouverte les questions de savoir qui est supposé installer ces postes, et où ils sont à installer. La tournure „... sont mis à la disposition du public de manière à répondre aux besoins raisonnables des utilisateurs ...“ laisse ouverte la question de savoir qui juge du caractère raisonnable des besoins des utilisateurs. Si la réponse à cette dernière question est à fournir par l'Institut, ce qui est admis par le commentaire de l'article, le texte même de l'article devrait préciser ce point, le critère de „raisonnable“ étant de nouveau (cf. article 41 ci-dessus) trop large pour constituer une base suffisamment sûre.

Pour ce qui est du paragraphe 2, le Conseil d'Etat suggère la teneur suivante, qui ne modifie pas substantiellement le texte proposé par les auteurs du projet de loi:

„(2) Les postes téléphoniques payants publics sont conçus techniquement de telle façon que les appels aux numéros d'urgence déterminés par l'Institut peuvent se faire gratuitement et sans utilisation de moyens de paiement.“

Article 43 (40 selon le Conseil d'Etat)

Cet article, dans ses paragraphes 1er et 2, tente de définir des critères qui permettront à l'Institut d'imposer tant le nombre que la localisation des postes téléphoniques payants publics. Le Conseil d'Etat, tout en se déclarant d'accord avec l'approche choisie, est d'avis que les critères retenus ne sont pas suffisamment précis.

Une lecture attentive du paragraphe 1er permet de conclure qu'est visée notamment la concentration de la population près de certains sites. Cependant, les références choisies – „les chiffres publiés par le Service Central de la Statistique et des Etudes Economiques“ (chiffres portant sur quelle matière?) et l'utilisation „de la population moyenne pour l'année en cours“ sont trop indéterminées pour servir utilement à une décision de l'Institut.

Le Conseil d'Etat suggère en outre d'imposer que les postes téléphoniques en question doivent être accessibles en continu, de jour et de nuit.

Article 44 (41 selon le Conseil d'Etat)

Une modification du texte de l'article 42, dans le sens suggéré par le Conseil d'Etat, devrait permettre de couvrir l'hypothèse visée par l'article 44, sans qu'il soit besoin de prévoir un article spécifique destiné à dispenser l'Institut d'obliger les entreprises à installer dans toutes les régions du pays, ou sur le territoire de toutes les communes, ou dans toutes les agglomérations, des postes téléphoniques payants publics.

Si les auteurs du projet de loi devaient vouloir maintenir la dispense après consultation des parties intéressées, ils devraient encore définir ces „parties intéressées“, définition qui ne ressort pas des articles 76 et 77 du projet de loi. La mention, au deuxième tiret du commentaire de l'article 42, qui laisse à l'Institut le soin de veiller à ce que le nombre des postes corresponde „aux besoins exprimés de la population“, est une nouvelle fois trop imprécise pour servir de fondement à une obligation présentant quelque sécurité juridique.

Article 45 (42 selon le Conseil d'Etat)

Cet article se propose de préciser l'élément „mise à disposition d'un annuaire téléphonique“ comme partie du service universel. La règle la plus importante est fournie à ce sujet par le paragraphe 1er qui permet de réunir dans un seul et même annuaire les informations concernant les abonnés de tout service téléphonique accessible au public. L'Institut, sans pouvoir défendre à une entreprise fournissant ces services de publier un annuaire ne contenant que les informations portant sur les abonnés de cette entreprise, peut obliger toutes les entreprises à se concerter afin de publier un annuaire commun, ou à fournir les informations relevantes à l'entreprise qui est chargée de la publication de l'annuaire commun.

Le texte de ce paragraphe 1er devrait être précisé afin que la formule neutre („un annuaire ... doit être publié“) soit remplacée par une autre indiquant l'entité (l'Institut?) chargée d'imposer cette publication.

Quant à la mise à disposition gratuite, elle ne peut fonctionner que si les frais de collecte des informations, de mise en forme, d'impression et de distribution sont couverts par des recettes provenant, en l'état actuel, d'annonces publicitaires. Vu le caractère complet des informations contenues dans l'annuaire, le complément d'informations fournies par de la publicité est marginal, sinon complètement superflu. Le Conseil d'Etat suggère dès lors de sauvegarder la possibilité de publier un annuaire non gratuit, purgé de toutes les mentions inutiles.

Le paragraphe 3 comprend *in fine* la mention de la profession et/ou du titre d'un abonné parmi les éléments à mentionner obligatoirement dans l'inscription standard. Comme tout abonné n'est pas nécessairement à même de remplir cette obligation, le Conseil d'Etat suggère de rendre cette mention facultative.

Article 46 (43 selon le Conseil d'Etat)

La mention du respect dû à la législation en matière de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel est redondante avec la mention de la même législation figurant au paragraphe 1er de l'article 45.

Article 47 (44 selon le Conseil d'Etat)

La notion d'entreprise „fournissant“ l'annuaire universel (aux trois paragraphes de l'article) paraît trop imprécise. Le Conseil d'Etat suggère de dire „l'entreprise chargée de la publication de l'annuaire universel“ ou „l'entreprise éditrice de l'annuaire universel“.

Article 48 (45 selon le Conseil d'Etat)

Quant au fond, sans observation.

Quant à la forme, le Conseil d'Etat suggère de donner au paragraphe 1er la teneur suivante:

„(1) L'Institut veille à ce qu'au moins un service de renseignements téléphoniques soit mis à la disposition de tout utilisateur final, y compris aux utilisateurs des postes téléphoniques payants publics. Le service en question renseigne tous les abonnés des services téléphoniques accessibles au public repris dans l'annuaire universel.“

La mention du respect de la législation en matière de protection des données à caractère personnel ne sera plus nécessaire, du fait que cette condition est déjà imposée en amont, dans l'article 45 (42 selon le Conseil d'Etat).

Article 49 (46 selon le Conseil d'Etat)

La mention de l'indice des prix à la consommation, au paragraphe 1er, comme l'un des éléments dont l'évolution est prise en compte par l'Institut pour juger du caractère abordable des tarifs appliqués, paraît inutile, la mention d'un seul de ces éléments, à défaut de tous les autres, ne constituant pas une règle et ne contribuant donc guère à informer les citoyens sur les critères qui inspireront l'Institut.

Le Conseil d'Etat demande que la formule „un encadrement des prix“ (paragraphe 2) soit expliquée au moins dans le commentaire de l'article. Elle est tellement extraordinaire dans un texte qui doit assurer le libre fonctionnement des marchés que les opérateurs de réseaux ne peuvent pas être abandonnés à l'interprétation qu'ils donneront, chacun de son côté, à cette formule.

Quant à l'intervention du Fonds pour le maintien du service universel, le recours n'y est „pas exclu si l'entreprise ... peut démontrer un coût net induit par ces mesures que l'Institut lui a imposées“ (commentaire de l'article), tandis que le texte de l'article prévoit cette intervention „le cas échéant“, sur demande de l'entreprise. Le Conseil d'Etat estime qu'il doit y avoir un automatisme dans l'allocation d'une compensation, à partir du moment où l'entreprise a démontré que les mesures imposées par l'Institut se soldent par un coût supplémentaire et spécifique.

Article 50 (47 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat suggère de donner au début du texte sous examen la teneur suivante:

„Il est interdit à l'entreprise fournissant un service universel d'établir, dans les conditions générales qui concernent son offre de services, des liens entre les prestations fournies dans le cadre du service universel et des compléments de service et/ou des services qui se grefferaient sur les prestations de service résultant du service universel, de façon à éviter que ...“

Article 51 (48 selon le Conseil d'Etat)

Le texte d'une loi ayant pour seul but de mettre en place des règles, et l'explication de ces règles étant renvoyée soit à l'exposé des motifs soit au commentaire des articles, le Conseil d'Etat demande que la première partie du premier alinéa soit supprimée, de sorte que le début de l'article se lirait comme suit:

„L'entreprise fournissant un service universel est obligée de fournir à ses abonnés les services et compléments de service suivants: ...“

Sous a), deuxième tiret, la partie de phrase „... et d'exercer ainsi un certain contrôle sur leurs factures“ est à abandonner, puisqu'elle fait double emploi avec la formule „... de vérifier et de contrôler les frais inhérents à l'utilisation du réseau ...“ du premier tiret.

Quant à la dernière phrase de la lettre a), le Conseil d'Etat suggère de la lire comme suit: „L'abonné a le droit de demander que lui soit délivrée gratuitement une facture non détaillée.“

Sous b), le Conseil d'Etat suggère de lire „l'interdiction sélective et gratuite des appels sortants, ...“.

Le texte sous c) se lirait plus facilement s'il avait la teneur suivante:

„les systèmes de prépaiement: l'Institut peut imposer à l'entreprise de rendre possibles l'accès au réseau et l'utilisation des services téléphoniques moyennant recours à un système de prépaiement.“

Article 52 (49 selon le Conseil d'Etat)

Cet article est destiné à permettre à l'Institut d'imposer des critères de qualité minimale pour les services fournis dans le cadre du service universel. Le recours, dans ce contexte, aux procédures de

consultation prévues aux articles 76 et 77, semble d'une utilité douteuse. L'apport des entreprises qui seront chargées du service universel est inutile puisque l'Institut devrait être à même de fixer, avec les moyens dont il dispose, le niveau de qualité technique des services à offrir. Quant à une consultation des consommateurs, elle prendra un temps considérable et laisse prévoir des divergences d'appréciation inconciliables – il serait préférable d'accepter l'arbitrage de l'Institut.

L'Institut se fait ensuite délivrer les informations nécessaires pour vérifier si les critères de qualité ont été respectés. Enfin, l'Institut peut fixer des objectifs de performance à l'entreprise chargée du service universel, et se faire mettre à disposition toutes les informations nécessaires pour vérifier si les critères ont été respectés.

Article 53 (50 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat suggère de lire les deuxième et troisième phrases du paragraphe 1er comme suit:

„Il a accès à tous les documents de cette entreprise en relation avec la fourniture du service universel. En présentant à l'entreprise une requête motivée, il peut en outre se faire produire ...“

Article 54 (51 selon le Conseil d'Etat)

Cet article organise les modalités de sélection et de désignation de l'entreprise (ou des entreprises) qui fourniront le service universel ou un de ses éléments. En principe, l'Institut choisit une entreprise qui a participé à l'appel d'offres lancé par l'Institut et auquel toutes les entreprises notifiées peuvent participer.

Article 55 (52 selon le Conseil d'Etat)

Si l'appel d'offres prévu à l'article précédent n'a pas donné de résultat, l'Institut peut désigner d'office et d'autorité une entreprise puissante sur le marché pour assumer le service universel. S'il y a plusieurs entreprises puissantes sur le marché, l'Institut procède à une consultation „des parties“ – sans que l'article ne précise qui sont ces parties intéressées: les seules entreprises susceptibles de se voir chargées du service universel, ou aussi les consommateurs?

Article 56 (53 selon le Conseil d'Etat)

L'entreprise chargée de l'obligation d'assumer le service universel a droit à une compensation financière si elle peut démontrer que l'obligation de fournir le service universel aboutit pour elle à „une charge inéquitable“.

Le mécanisme de compensation mis en place soulève une série de questions:

- le texte ne précise pas qui sera l'entité qui versera et qui prendra en charge la compensation, lacune qu'il convient évidemment de combler;
- la compensation n'est due que si l'Institut constate le caractère inéquitable de la charge démontrée par l'entreprise. Le Conseil d'Etat est à se demander s'il ne faut pas rendre automatique la compensation à partir du moment où l'entreprise a réussi à démontrer le „coût net“ résultant pour elle de la fourniture du service universel;
- la fixation du montant de la compensation est confiée au seul Institut, auquel une seule règle est imposée à cet effet: il ne peut pas dépasser le „coût net“ démontré par l'entreprise.

La part d'arbitraire que comporte ce système ne manquera pas de provoquer des litiges qui seront tranchés par des juridictions qui n'apprécieront pas en équité, mais en droit.

Article 57 (54 selon le Conseil d'Etat)

L'article détermine la façon dont sera fixé le „coût net“ mentionné à l'article 56.

L'Institut ne prend sa décision qu'après „consultation des parties“ – ce qui soulève la question de savoir si les entreprises concurrentes interviendront dans la fixation de la compensation. Si c'est l'Institut qui discute la compensation avec la seule entreprise concernée directement, il faudrait remplacer, au paragraphe 1er, les termes „... après consultation des parties ...“ par ceux de „... après consultation de l'entreprise concernée ...“.

Article 58 (55 selon le Conseil d'Etat)

Cet article institue un fonds pour le maintien du service universel et règle le mode de contribution des entreprises notifiées, seuls contribuants.

Le paragraphe 1er donne lieu aux observations suivantes:

- le début de la première phrase commence par une déclaration d'intention, ce qui n'est pas le propre d'une loi qui doit se limiter à établir des règles. Il suffirait donc de dire: „Il est institué un fonds pour le maintien du service universel qui est géré par l'Institut.“;
- en soumettant la gestion du fonds au seul contrôle d'un auditeur externe, les auteurs du projet de loi restent en retard sur l'évolution qui s'est faite en la matière à la Chambre des députés, postérieurement au dépôt du projet de loi. Dans le contexte de la modification de la législation concernant le Fonds d'aménagement et d'urbanisation du Kirchberg, la commission compétente de la Chambre des députés a insisté pour soumettre au contrôle de la Cour des comptes l'intégralité des comptes du Fonds, alors que le projet gouvernemental avait soumis à ce contrôle les seuls comptes en relation avec les deniers en provenance de contributions de l'Etat. Il serait donc opportun de faire concorder le texte de l'article sous examen avec celui du projet de loi mentionné ci-dessus.

Le délai accordé par le paragraphe 3 aux entreprises concernées pour le versement de leurs contributions paraît excessif. La date-limite retenue pour la détermination, par l'Institut, de chaque contribution, le 30 juin, se situe à un moment de l'année où toute entreprise a normalement clôturé ses comptes de l'exercice précédent. Le versement des contributions pourrait donc intervenir à une date rapprochée de la première, alors que le texte du projet accorde un délai de 6 mois.

Article 59 (56 selon le Conseil d'Etat)

Le texte de cet article suscite deux observations de la part du Conseil d'Etat:

- le paragraphe 1er peut être supprimé, alors qu'il se recoupe avec le texte du paragraphe 4 de l'article 57;
- il suggère de lire ainsi la partie finale du paragraphe 2:
 „... et signalant les avantages commerciaux que peut avoir procuré à l'entreprise l'exécution de sa mission de service universel.“

TITRE VI

Droits des utilisateurs finals

Ce Titre impose aux entreprises offrant des services de communications électroniques accessibles au public de fournir aux utilisateurs des informations détaillées destinées à renforcer la transparence du marché, notamment en permettant aux consommateurs de se faire une idée précise sur les avantages relatifs des différentes offres.

Article 60 (57 selon le Conseil d'Etat)

Au sujet du paragraphe 2, le Conseil d'Etat constate que, malgré les nombreuses et volumineuses informations que la loi (spécialement les articles 61 et 62) obligera les entreprises de mettre à la disposition des intéressés, l'Institut sera obligé en sus de faire l'effort de synthèse destiné à faciliter aux organisations de protection des utilisateurs et des consommateurs la comparaison entre les avantages et les désavantages relatifs des différentes offres de services. Soit le rôle des organisations deviendra, en cette matière, superflu, soit le caractère indépendant de l'évaluation qu'elles sont appelées à établir sera hypothétique.

Articles 61 et 62 (58 et 59 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

TITRE VII

Numérotation

Article 63 (60 selon le Conseil d'Etat)

Les règles établies par cet article sont destinées à préserver l'égalité entre les différentes entreprises actives sur le marché et à faciliter les changements d'attribution des numéros.

Sans observation.

TITRE VIII

Droits de passage*Article 64 (61 selon le Conseil d'Etat)*

Les intentions des auteurs du projet de loi restent ambiguës. S'agit-il d'accorder aux entreprises notifiées un droit de passage destiné à leur ouvrir l'accès vers des installations qu'elles se font autoriser par ailleurs à implanter soit sur les domaines de l'Etat et des communes, soit sur des immeubles privés accessibles uniquement à travers des domaines publics, ou s'agit-il de les autoriser à implanter leurs équipements sur des domaines publics? La lecture combinée du texte de l'article et de son commentaire permet de conclure que ce sont les deux hypothèses qui sont visées.

Le Conseil d'Etat suggère dès lors de réaménager le texte du paragraphe 1er de l'article sous examen qui pourrait se lire comme suit:

„(1) Toute entreprise notifiée bénéficie d'un droit de passage sur les domaines publics de l'Etat et des communes; ce droit permet aussi bien l'accès à des infrastructures et équipements techniques que leur implantation et installation.“

Article 65 (62 selon le Conseil d'Etat)

Le droit de passage, qui semble absolu, est cependant relativisé par cet article qui prévoit que l'exploitation du droit de passage est subordonnée à des conventions à conclure entre les entreprises et les propriétaires. Ces conventions permettront à l'Etat et aux communes d'imposer des conditions d'utilisation compatibles avec la destination principale des immeubles.

Le passage par les voies routières et ferroviaires fait l'objet de précautions particulières, en raison des risques pour la sécurité des utilisateurs et la fluidité du trafic. Le Conseil d'Etat estime que l'utilisation de la formule, au début du paragraphe 2, „L'occupation des domaines routier et ferroviaire“ prête à ambiguïté, et suggère de la remplacer par „Le passage par les domaines routier et ferroviaire ...“.

Au paragraphe 3, le Conseil d'Etat suggère de remplacer les termes „Pour le droit d'utilisation des domaines publics de l'Etat et des communes ...“ par ceux de „Pour le passage par les domaines ...“.

Il constate que la gratuité garantie, pour ce qui est du passage par le domaine public de l'Etat et des communes, n'est accordée qu'aux opérateurs, et pas à toutes les entreprises indistinctement.

Article 66 (63 selon le Conseil d'Etat)

Le texte de cet article ne restitue pas la diversité des situations qu'envisage le commentaire de l'article. Le paragraphe 1er met en place le principe d'un partage de l'investissement réalisé entre l'entreprise et le propriétaire du domaine public – ce qui est incompréhensible. Le Conseil d'Etat ne voit en effet pas pour quelle raison l'Etat ou une commune serait associé de droit aux frais d'installation de certains équipements de télécommunications. Dans la présentation du commentaire de l'article, cette participation fait sens, puisqu'il s'agit de nouvelles constructions routières ou ferroviaires réalisées par l'Etat ou par une commune, hypothèse dans laquelle il n'est que normal que l'entreprise intéressée prenne à sa charge la partie de l'investissement liée aux équipements qu'elle veut voir installés dans le contexte des travaux de construction. Le texte du paragraphe 1er vise la situation inverse: l'Etat ou la commune semblent obligés de prendre en charge une partie des frais des équipements de l'entreprise.

Le Conseil d'Etat insiste fermement pour que la clarté nécessaire soit faite.

Article 67 (64 selon le Conseil d'Etat)

Lorsque, à l'occasion de travaux que l'Etat ou une commune entend entreprendre d'une façon générale dans l'intérêt du domaine sur lequel un droit de passage est demandé par une entreprise, le propriétaire est saisi du plan des installations de l'entreprise, il peut modifier le plan proposé par l'entreprise. Le Conseil d'Etat voit dans cette règle l'application du principe que l'intérêt général prime évidemment l'intérêt particulier, dût-il s'agir de l'intérêt de l'ensemble des clients du réseau de l'une des entreprises notifiées. Tout aussi normalement, les frais résultant de cette modification des plans sont à charge de l'entreprise notifiée.

Le paragraphe 2 établit une présomption que le Conseil d'Etat ne saurait admettre et dont le maintien le mettrait dans l'obligation de refuser au texte voté la dispense du second vote constitutionnel. Les

travaux imposés au seul propriétaire en vue de permettre le partage ultérieur des installations entre plusieurs opérateurs seraient donc à charge du propriétaire, et non des véritables bénéficiaires finals, les opérateurs! L'exemple donné par le commentaire de l'article montre que le projet de texte oublie que sa finalité, c'est l'établissement de la transparence sur le marché des télécommunications, et non pas le subventionnement occulte de ce marché par le Trésor. Si, le long d'un tronçon de route donné, un opérateur a installé ses équipements, le propriétaire peut exiger de cet opérateur qu'il procède, à l'occasion de travaux d'entretien effectués normalement, à une augmentation des capacités d'accueil de ses installations, dans le but d'éviter que des travaux d'extension deviennent nécessaires si, après les travaux d'entretien, un second opérateur présente une demande d'obtenir son droit de passage. Le coût des travaux d'extension anticipés, sous prétexte qu'ils diminuent l'incommodement des riverains, est mis à charge du propriétaire! L'extension anticipative des capacités n'a de sens, en définitive, que si une seconde entreprise se propose d'utiliser elle aussi ces capacités. Si cette éventualité ne se réalise pas, les travaux auront été effectués en pure perte. Puisque ce n'est certainement pas le propriétaire qui peut se faire une idée de l'évolution future des marchés de télécommunications, ce serait normalement au premier opérateur à risquer l'investissement, quitte à rentrer dans ses frais au moment où se présentera un concurrent. Et si l'Etat ou la commune risque de procéder à un investissement inutile dans le court terme et potentiellement rentable à moyen ou long terme, il ne serait que normal que le propriétaire puisse rentrer dans ses frais au moment où se présente une entreprise intéressée à utiliser les surcapacités installées.

Article 68 (65 selon le Conseil d'Etat)

La première phrase de l'article est superflue, puisqu'elle est la conséquence du droit de propriété: si une entreprise veut utiliser le terrain d'un propriétaire privé, il faut qu'elle se mette préalablement d'accord avec le propriétaire sur le principe de l'utilisation, sur les modalités de détail de l'utilisation et sur l'indemnisation éventuellement exigée par le propriétaire.

Par contre, la précaution d'imposer au „premier utilisateur“ l'obligation de faire autoriser avec son passage le passage ultérieur éventuel d'autres entreprises, est une précaution opportune, d'autant plus que cette autorisation nécessaire prévient l'inclusion, dans la convention de passage, d'une clause d'interdiction dirigée contre des concurrents qui se présenteraient plus tard et qui se verraient obligés d'emprunter un autre tronçon ou d'autres sites pour l'installation de leurs équipements.

Article 69

Cet article ne fait que mettre en œuvre les principes du droit commun en matière de responsabilité civile, – il est donc inutile.

TITRE IX

Partage d'infrastructures

Article 70 (66 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen a pour objet de prévoir l'épuisement des capacités d'accueil d'un terrain du fait des équipements installés par une seule entreprise. Le propriétaire est alors obligé de ne concéder le droit de passage que sous condition que l'entreprise visée réalise des travaux permettant le partage ultérieur des installations. L'Institut doit être informé de ces travaux anticipés et est obligé de publier cette information sur ses pages Internet.

Le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du projet de loi qui veulent diminuer le coût des installations et prévenir l'utilisation par une seule entreprise de la ressource limitée des domaines utiles pour l'implantation des équipements techniques. Cependant, en imposant au propriétaire du terrain – donc à l'Etat ou à une commune – l'obligation de décider si les capacités d'occupation du terrain sont épuisées, ils présument des connaissances techniques du propriétaire. Puisque l'inaction du propriétaire risque d'exposer celui-ci aux revendications en dédommagement à venir de la part d'une seconde entreprise qui voudrait utiliser le même terrain, le texte sous examen agit avec trop de légèreté. Le Conseil d'Etat recommande fermement de reconsidérer cette obligation à l'exercice d'une prévoyance dont le sujet involontaire est incapable.

Enfin, le Conseil d'Etat suggère de lire comme suit le début de l'article: „Lorsque les capacités d'occupation d'un domaine public sont épuisées par l'usage qu'en fait une seule entreprise notifiée ...“.

Il recommande en outre de remplacer les termes „l'autorité compétente pour le domaine“ par „le propriétaire“, qui ne peut être en l'occurrence (cf. article 64, paragraphe 1er) que l'Etat ou une commune.

Article 71 (67 selon le Conseil d'Etat)

Ce texte organise la cohabitation de plusieurs entreprises notifiées sur un même terrain. Si une première entreprise a déjà installé ses équipements, et s'il est irrelevante du point de vue technique que le ou les nouveaux-venus installent leurs équipements séparément ou en partage avec ceux de la première entreprise, le propriétaire invite toutes les entreprises concernées à trouver un arrangement pratique. Le Conseil d'Etat relève que, malgré le volume considérable d'informations détaillées que les entreprises sont obligées de lui faire parvenir, ce n'est pas l'Institut qui invite les entreprises concernées à se concerter, mais le propriétaire.

Quant au texte du paragraphe 1er, il est d'une complication excessive. Le Conseil d'Etat suggère de le lire comme suit:

„Lorsque, dans les conditions déterminées à l'article 64, une entreprise notifiée veut utiliser un terrain pour y installer ses équipements et que ce terrain est déjà utilisé par une autre entreprise notifiée, le propriétaire du terrain oblige les deux entreprises à négocier une convention de partage des installations déjà en place qui règle notamment la répartition des frais d'entretien des équipements et installations partagés. En cas de désaccord ou de litige, chacune des parties concernées, y compris le propriétaire, peut demander à l'Institut de trancher, en vertu des pouvoirs qui lui sont accordés par l'article 79 de la présente loi.“

Faute d'explications fournies par le commentaire de l'article, et en raison de l'imprécision qui marque le texte du paragraphe 2, et notamment en raison de la non-détermination de „l'autorité compétente“ mentionnée, le Conseil d'Etat ne voit pas l'utilité de ce paragraphe et la numérotation du paragraphe 1er est également à omettre.

Article 72 (68 selon le Conseil d'Etat)

Le paragraphe 1er de cet article fait double emploi avec l'article 65. Il peut donc être omis, de même que la numérotation du paragraphe 2.

TITRE X

Autorité de régulation

Articles 73 et 74 (69 et 70 selon le Conseil d'Etat)

Si le Conseil d'Etat n'a pas d'observation fondamentale à présenter quant au fond, il suggère néanmoins les changements suivants quant à la forme:

- en vertu de la définition fournie par l'article 2, (13), l'article 73 devrait se lire *in fine*: „... sont confiées à l'Institut.“;
- le paragraphe 4 de l'article 74 serait à intégrer dans l'article 73, comme paragraphe 2;
- la concertation entre l'Institut et l'autorité chargée de l'application de la législation du droit de la concurrence devrait faire l'objet d'un seul et même paragraphe qui deviendrait le paragraphe 2 de l'article 74 et qui se lirait comme suit:

„(2) Avant l'adoption par l'Institut ... (phrase finale du paragraphe 1er de l'article 74)“

Suivrait, comme deuxième alinéa, le texte de l'actuel paragraphe 2 de l'article 74, suivi à son tour, comme alinéa 3, du texte de l'actuel paragraphe 3 de l'article 74.

Article 75 (71 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 76 (72 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation concernant le fond, et se limite à quelques observations destinées à alléger le texte proposé par l'article sous examen qui pourrait se lire comme suit:

„Avant de décider une mesure ayant des incidences importantes sur un marché, l'Institut donne aux parties intéressées l'occasion de présenter endéans le délai d'un mois leurs observations sur le

projet de mesure. A cette fin, il met en place une procédure de consultation qu'il publie au Mémorial et sur son site Internet qui fournit aussi, sauf s'il s'agit d'informations confidentielles, les informations concernant les consultations en cours et les résultats des consultations passées."

Article 77 (73 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation, sauf la suggestion d'ajouter à la fin de l'article, afin de prévenir toute ambiguïté, les termes „du présent article“.

Article 78 (74 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 79 (75 selon le Conseil d'Etat)

In fine de ses commentaires concernant l'article 81 ci-dessous, le Conseil d'Etat souligne la nécessité de prévoir un recours en réformation devant les juridictions administratives contre toute décision de l'Institut faisant grief. Afin de préserver le respect de ce principe élémentaire du droit, les auteurs du projet de loi devraient reconsidérer l'article 79. En effet:

- ou bien les parties portent un litige devant la juridiction compétente, et l'on voit mal l'Institut prendre, en cours d'instance ou après le jugement rendu, une „décision contraignante“ susceptible de trancher le litige, comme le prévoit le paragraphe 1er; si cet amalgame de compétences était maintenu dans le texte du projet de loi, le Conseil d'Etat serait obligé de lui refuser la dispense du second vote constitutionnel;
- ou bien la loi confie à l'Institut une mission véritable d'arbitre capable de mettre un terme à un litige moyennant une décision liant les parties, et alors le recours parallèle à la juridiction compétente devrait être fermé aux parties par une décision commune reflétant leur accord à renoncer à saisir la juridiction normalement compétente et à accepter la décision d'arbitrage de l'Institut.

Article 80 (76 selon le Conseil d'Etat)

Le texte sous examen envisage un litige opposant deux ou plusieurs parties établies dans des Etats membres différents. Il devrait pas conséquent se lire ainsi *in fine*:

„... le litige peut être soumis, de l'accord de toutes les parties en cause, à une seule des autorités concernées.“

TITRE XI

Sanctions

Article 81 (77 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat estime que la mise en place de sanctions disciplinaires qui ne produisent aucun effet concret à l'égard de l'entreprise fautive ne fait pas de sens. La prononciation d'un avertissement ou d'un blâme, si elle ne provoque pas, par exemple, une augmentation de l'amende d'ordre, ou si un deuxième ou troisième avertissement ou blâme ne donne pas lieu à l'application d'une sanction plus forte que celle qui serait intervenue à la première violation des règles, est donc inutile.

Le texte du paragraphe 3 serait à préciser grâce à la reformulation suivante:

„Si une entreprise ne se met pas en conformité avec la loi ou la réglementation lorsqu'une violation de celles-ci a été constatée et notifiée, ou si elle commet la même violation, l'Institut peut ...“

En ce qui concerne le paragraphe 5, le Conseil d'Etat est d'avis que toute décision de l'Institut faisant grief devrait être susceptible d'un recours en réformation devant les juridictions administratives. Il y aurait donc lieu d'inscrire une disposition afférente dans le projet à l'endroit des dispositions générales du titre Ier, tout en faisant abstraction du paragraphe 5 à l'article 81.

TITRE XII

Abrogations, dispositions transitoires et finales

Le Conseil d'Etat suggère de lire ainsi l'intitulé du Titre XII: „Dispositions abrogatoires, transitoires et finales“.

Article 82 (78 selon le Conseil d'Etat)

Il suffit de donner à cet article la teneur suivante:

„**Art. 78.**– La loi modifiée du 21 mars 1997 sur les télécommunications est abrogée.“

La partie finale du texte du projet de loi ne sert à rien: les textes abrogés par la loi du 21 mars 1997 restent abrogés, même si la loi abrogatoire (celle de 1997) est abrogée à son tour. Un texte de loi ou de règlement abrogé n'est pas appelé à revivre suite à la disparition du texte qui l'a abrogé.

Article 83 (79 selon le Conseil d'Etat)

Au paragraphe 4, il serait opportun de mentionner l'intitulé précis du ou des règlements visés. La seule mention „... en exécution de la réglementation antérieure ...“ est en effet trop vague et provoque l'insécurité juridique.

Au paragraphe 5, il serait opportun, pour la raison indiquée ci-dessus, de fournir une référence au texte précis dont résulte le statut d'entreprise notifiée sous la législation ou réglementation antérieure.

Par ailleurs, le texte de ce même paragraphe se recoupe avec celui de l'article 22 du projet de loi.

Le paragraphe 7 ferait utilement l'objet d'un article à part clôturant le Titre V: *Service universel*.

Article 84 (80 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Sous réserve des observations qui précèdent, le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec le projet de loi sous examen.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 4 mai 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES