



Avis n° 01-A-05 du 26 avril 2001
relatif à une demande d'avis du Gouvernement
concernant le projet de loi sur la société de l'information

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 6 avril 2001 sous le n° A 335, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis concernant le projet de loi sur la société de l'information ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 26 avril 2001 ;

est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Le Gouvernement a saisi, le 6 avril 2001, le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis concernant le projet de loi sur la société de l'information "*en particulier sur les dispositions de ce projet prévues à l'article 11 et au titre III*".

Ce projet de loi a pour objet de consolider et de développer les bases juridiques pour la mise en place de réseaux et de services de communication en ligne, c'est-à-dire "*toute mise à disposition du public... de signes, signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas un caractère de correspondance privée et sont transmis sur demande individuelle par un procédé de télécommunication*" (article 11 du projet de loi).

Il s'inscrit dans un ensemble de mesures déjà adoptées par le législateur, notamment la loi du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, la loi du 1^{er} août 2000, modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. L'ensemble de ces mesures a pour objet le développement de l'Internet en France. Il s'inscrit aussi dans un contexte international visant à une meilleure coopération dans l'organisation et le fonctionnement de l'Internet, notamment en ce qui concerne la lutte contre la cybercriminalité et la gestion du système d'adressage par noms de domaine.

Enfin, de nombreuses dispositions du projet constituent de pures mesures de transposition de la directive

2000/31/CE du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, dite "*directive sur le commerce électronique*".

Traités sous cinq titres différents, le projet aborde en réalité trois grands thèmes : l'accès à Internet, tant au niveau des réseaux que des contenus, la liberté de communication appliquée à Internet et, enfin, le développement du commerce en ligne par la sécurisation d'Internet et l'extension du champ de la signature électronique. Ces trois grands thèmes obligent à revenir sur des règles définies par le code civil, la loi sur la liberté de communication, le code des postes et télécommunications, le code de la propriété intellectuelle et le code général des collectivités territoriales.

Si la saisine vise en particulier l'article 11 du projet et les dispositions relatives au commerce électronique (I), d'autres dispositions de ce texte traitent directement ou indirectement de problèmes de concurrence qui méritent aussi d'être relevés (II).

I - En ce qui concerne l'article 11 du projet et le titre III relatif au commerce électronique

1 - Sur l'article 11

Le projet de loi soumis à l'appréciation du Conseil prévoit, au III de son article 11, l'introduction dans le chapitre VI du titre II de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, relative à la liberté de communication, rebaptisé "*dispositions relatives aux services de communications en ligne*", d'un nouvel article 43-6-1 ainsi rédigé : "*Les dispositions du présent chapitre ainsi que les articles 17 et 41-4 sont applicables aux services de communication en ligne*". Cette disposition n'est que la conséquence de l'extension du champ de la réglementation sectorielle de la communication audiovisuelle aux services de communication en ligne, introduite par le I du même article 11.

L'article 17 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, relative à la liberté de communication, dispose que "*Le Conseil supérieur de l'audiovisuel adresse des recommandations au Gouvernement pour le développement de la concurrence dans les activités de communication audiovisuelle*".

Il est habilité à saisir les autorités administratives ou judiciaires compétentes pour connaître des pratiques restrictives de la concurrence et des concentrations économiques. Ces mêmes autorités peuvent le saisir pour avis".

L'article 41-4 de la même loi dispose que : "*En application du livre IV du code de commerce, le ministre chargé de l'économie saisit le Conseil de la concurrence de toute concentration et de tout projet de concentration concernant directement ou non un éditeur ou un distributeur de services de communication audiovisuelle. Dans ce cas, le Conseil de la concurrence recueille l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et, à cet effet, lui communique toute saisine relative à de telles opérations. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel transmet ses observations au Conseil de la concurrence dans le délai d'un mois suivant la réception de cette communication*".

Le Conseil de la concurrence recueille également l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur les pratiques anticoncurrentielles dont il est saisi dans le secteur de la communication audiovisuelle. Il lui transmet ses observations dans le délai d'un mois suivant la réception de cette communication. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel saisit le Conseil de la concurrence de tout fait susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle au sens du titre II du code de commerce précité dont il a connaissance dans le secteur de la communication audiovisuelle".

Il résulte de la combinaison de ces dispositions que :

- le champ de la consultation obligatoire du Conseil de la concurrence par le ministre chargé de l'économie en matière de concentration dans le secteur de l'audiovisuel est étendu aux services de communication en ligne ;
- le champ de la consultation obligatoire du Conseil supérieur de l'audiovisuel par le Conseil de la concurrence est étendu aux cas de pratiques anticoncurrentielles dont le Conseil de la concurrence est saisi dans le secteur des services de communication en ligne ;
- le champ de la saisine du Conseil de la concurrence par le Conseil supérieur de l'audiovisuel est étendu aux pratiques anticoncurrentielles constatées par ce dernier dans le secteur des services de communication en ligne.

Ce projet ne modifie pas les règles procédurales en vigueur, fixant les modalités de ces trois procédures consultatives. À ce titre, il y a lieu de rappeler que la rédaction actuelle de l'article 41-4 de la loi précitée du 30 septembre 1986 résulte d'une modification, introduite par la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000, à propos de laquelle le Conseil de la concurrence a rendu l'avis n° 99-A-07 du 6 avril 1999. Cet avis avait formulé des réserves sur les règles de procédure alors envisagées dans la nouvelle rédaction de l'article 41-4, qui avaient été, en majeure partie, prises en compte dans la rédaction finale de la loi du 1^{er} août 2000. Si de nouvelles réserves n'ont donc pas à être émises sur un point précis, il y a lieu, en revanche, de renouveler une réflexion d'ordre général sur la coopération entre le Conseil de la concurrence et les autorités en charge de la régulation sectorielle de l'audiovisuel et des télécommunications.

L'extension du champ de la réglementation sectorielle de l'audiovisuel aux services de communication en ligne n'est que l'illustration au plan réglementaire du phénomène dit "*de convergence*" à l'œuvre dans le secteur des télécommunications à mesure que s'installe la technologie numérique. Cette convergence technologique rend la frontière entre les réglementations sectorielles relatives, respectivement, à l'audiovisuel et aux télécommunications, de plus en plus incertaine, alors que les règles de concurrence ont vocation à s'appliquer de façon transversale, quel que soit le secteur d'activité en cause.

Comme l'observait déjà le Conseil de la concurrence dans son avis précité du 6 avril 1999, les mécanismes de coopération entre le Conseil de la concurrence et le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne prévoient pas de consultation par ce dernier en matière non contentieuse, alors que l'article 17 précité de la loi du 30 septembre 1986 prévoit une telle consultation de la part du Conseil de la concurrence.

Cette situation contraste avec les mécanismes de coopération prévus par le code des postes et télécommunications, tel que modifié par la loi du 26 juillet 1996, qui confèrent une large place à la

consultation du Conseil de la concurrence par l'Autorité de régulation des télécommunications dans l'exercice de ses compétences de régulateur et en dehors de tout contentieux (articles L. 33-1, L. 34-8, L. 36-9, L. 36-10 du code des télécommunications).

Le régime de liberté d'accès à l'activité de prestataire de services de communication en ligne, défini, notamment, par l'article 4 de la directive précitée du 8 juin 2000 et repris dans le présent projet de loi, implique que le jeu de la concurrence soit pleinement assuré et justifie que les procédures de consultation du Conseil de la concurrence par les autorités sectorielles soient harmonisées. Le Conseil de la concurrence renouvelle donc la proposition formulée dans son avis du 6 avril 1999, quant à l'introduction dans la loi sur la liberté de communication d'une disposition prévoyant que le Conseil supérieur de l'audiovisuel saisit pour avis le Conseil de la concurrence lorsqu'il a à se prononcer sur une question de concurrence à l'occasion de l'application des dispositions de la réglementation sectorielle de l'audiovisuel.

2 - Sur le titre III relatif au commerce électronique

Ce titre du projet, qui a pour objet de transposer la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite "*directive sur le commerce électronique*", ne contient pas de disposition de fond concernant directement le droit de la concurrence, mais se borne à rappeler, dans son article 21, que l'activité de fourniture de biens ou de services faite à distance, par voie électronique, par des personnes physiques ou morales agissant à titre professionnel et établies sur le territoire de la République est "*assujettie aux dispositions générales régissant cette activité sur ledit territoire*", ce qui revient à dire, notamment, que l'activité de commerce électronique assurée par des prestataires établis en France, au sens du droit européen, est de plein droit soumise aux règles de concurrence du droit français posées par le code de commerce.

Sur le plan formel, le Conseil de la concurrence relève que le projet de loi retient une définition variable de cette activité selon les articles, puisque l'article L. 1369-3 mentionné à l'article 27 du projet vise la "*fourniture de biens ou la prestation de services*", alors que l'article 1369-4, mentionné au même article du projet, vise "*le produit ou le service*".

Par ailleurs, sur le fond, ce titre comporte notamment un chapitre III sur "*les contrats par voie électronique*", qui vise à étendre le champ de la reconnaissance de l'écrit électronique, non seulement lorsque l'écrit est admis à titre de preuve, règle déjà posée par la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, mais aussi aux cas où il est exigé pour la validité d'un acte juridique. Ce chapitre, qui sera intégré dans le code civil, ouvre la voie de la dématérialisation de nombreux contrats civils et commerciaux.

Au regard des règles de concurrence, le développement de la signature électronique ne peut qu'accentuer la mutation réalisée par l'Internet quant à la définition des produits, services et marchés. Plus précisément, sans aborder la définition du marché du produit ou du service concerné par chaque transaction, la possibilité de procéder valablement à l'échange de consentement via Internet induit nécessairement un décloisonnement géographique de ce marché et cela, à plus forte raison, si, comme ce sera le cas, l'échange de consentement en ligne obéit notamment à des règles juridiques unifiées au sein de l'Union européenne. Il n'est donc pas exclu que le marché géographique pertinent puisse alors s'étendre à des zones dépassant le cadre purement national. Cette constatation qui, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, ne fait pas échec à l'application des règles de

concurrence nationales, ne manquera pas de poser de nouveaux problèmes, à la fois juridiques et techniques, dans la recherche, la mise en évidence et la poursuite de pratiques anticoncurrentielles par une autorité de concurrence nationale.

Le Conseil relève aussi que le développement de la signature électronique ouvre aussi un nouveau marché de prestations de services liées aux procédés techniques de sécurisation et d'authentification de la signature électronique. Ainsi, le projet soumis à l'appréciation du Conseil comporte un titre V relatif à la sécurité de la société de l'information qui traite dans son chapitre II de la "*Liberté d'utilisation des moyens et des prestations de cryptologie*".

L'article 42 du projet énonce que les moyens de cryptologie et que la fourniture des moyens de cryptologie, dont la seule fonction est l'authentification ou le contrôle d'intégrité, notamment à des fins de signature électronique, sont libres.

L'article 43 du projet prévoit, cependant, que l'activité de fourniture de prestations de cryptologie est soumise à un régime de déclaration préalable, dans des conditions définies par décret, ou que les personnes physiques ou morales exerçant cette activité peuvent faire l'objet d'une accréditation volontaire dans des conditions fixées par décret.

Quant aux modalités de contrôle administratif préalable de l'activité de fournisseur de prestations de cryptologie, le Conseil rappelle que l'article L. 462-2 du code de commerce prévoit, notamment, que tout projet de texte réglementaire qui aurait pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives doit être adopté après consultation obligatoire du Conseil de la concurrence.

Enfin, le Conseil de la concurrence observe que la prestation de cryptologie est susceptible de constituer un nouveau marché. Il lui paraît utile de souligner, à cet égard, que le contrat passé sous forme électronique est juridiquement distinct de la prestation de sécurisation ou de certification.

II - Sur les autres dispositions du projet

1 - En ce qui concerne les dispositions relatives aux noms de domaine

Le projet soumis à l'appréciation du Conseil comporte un article 2 aux termes duquel : "*Les domaines de premier niveau du système d'adressage par domaines de l'Internet, correspondant au pays de la France, constituent une ressource publique limitée. Ils sont gérés dans l'intérêt général en garantissant des conditions d'accès objectives, transparentes et non discriminatoires aux noms de domaines, dans le respect des droits de propriété intellectuelle.*

Le ministre chargé des télécommunications désigne, après consultation des utilisateurs et professionnels concernés, les organismes chargés de gérer les domaines de premier niveau basés sur les codes pays de la France. Il veille au respect par ces organismes des principes énoncés à l'alinéa précédent. Ces organismes adressent au ministre un rapport d'activité annuel. La gestion de ces domaines ne confère pas aux

organismes qui en sont chargés des droits de propriété intellectuelle sur les noms correspondants.

Le ministre peut procéder au retrait de la désignation d'un organisme en cas de méconnaissance par celui-ci des obligations prévues au présent article.

Un décret en Conseil d'Etat précise en tant que de besoin les conditions d'application du présent article".

Ces dispositions constituent la première initiative des pouvoirs publics tendant à encadrer légalement la gestion des domaines de l'Internet, alors que, jusqu'à ce jour, cette gestion est assurée dans un cadre international auto-régulé sous l'égide de l'ICANN (Internet Corporation For Assigned Names and Numbers), société privée à but non lucratif de droit californien créée en octobre 1998. Les domaines de l'Internet sont actuellement subdivisés en deux "TLD" (Top Level Domain), les "gTLD" (generic top level domain) et les "ccTLD" (country code top level domain) qui comportent chacune des extensions, soit génériques : ".com", ".net", ".org", ou rattachée au territoire d'un Etat, comme ".fr", ou d'une entité géographique non étatique, comme ".EU" pour l'espace européen. L'administration de chaque extension est organisée par une entité juridique unique, désignée généralement par le terme de "NIC", pour network information center, dont le statut est variable : association, fondation, université, société privée. Cet organisme peut subdéléguer une partie de ses fonctions. L'architecture organisationnelle généralement rencontrée distingue :

- la fonction de définition des règles de gestion du domaine, consignées dans un texte fixant des conditions plus ou moins restrictives d'attribution des noms de domaines, appelé généralement "*charte de nommage*" ;
- la fonction technique de tenue et de gestion du registre des noms de domaine dans l'extension considérée qui comporte des informations nombreuses sur l'identité de la personne enregistrée et la gestion informatique de l'ensemble de la base de donnée constituée par ce registre (registry ou registries) ;
- la fonction d'enregistrement proprement dite, assurée par des "greffiers" ou "registrar", qui consiste à assurer, contre rémunération, une prestation technique et administrative d'enregistrement du nom de domaine choisi par le demandeur dans le registre considéré.

En France, la gestion des domaines de premier niveau représenté par le code pays ".fr" est assurée par l'AFNIC (Association française pour le nommage internet en coopération), association régie par la loi de 1901. Cette association assure les deux premières fonctions décrites ci-dessus, c'est-à-dire la fonction de définition des règles et principes de nommage et la tenue du registre des noms de domaines ".fr". La fonction d'enregistrement est confiée à des prestataires extérieurs conventionnés par l'AFNIC, qui sont des professionnels opérant dans les secteurs de la création de sites web, des télécommunications ; 892 prestataires sont actuellement conventionnés. En outre, dans la charte de nommage de la zone ".fr" , l'AFNIC a prévu une subdivision de cette zone en quatre grands types de domaines : domaines publics réglementés, domaine public libre, domaines sectoriels et conventions de nommage, qui obéissent à des règles d'enregistrement plus ou moins restrictives et à des modalités de gestion partagée du registre variables en fonction des types considérés.

La question des conditions de gestion, tant internationale que nationale, des noms de domaines a fait l'objet

d'un débat très nourri au cours de la période 1998-2000, notamment sous l'impulsion de la Commission européenne (voir notamment : Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen du 11 avril 2000 sur l'organisation et la gestion de l'infrastructure de l'Internet. Enjeux internationaux et européens 1998-2000, COM 2000, 202 final. Voir aussi rapport Massimo Carraro devant le Parlement européen, sur la communication de la commission précitée, 19 février 2001 A5-0063/2001 Final). Ce débat a conduit le GAC (Government Advisory Committee), organe consultatif de l'ICANN représentant les gouvernements de chaque pays, qui émet des avis sur la gestion des "ccTLD" nationaux, à publier le 23 février 2000 des règles directrices pour la gestion des "ccTLD" nationaux.

De ce document il ressort notamment les points suivants :

- un consensus international est établi sur le principe que le système des noms de domaines de l'Internet est une ressource publique qui doit être gérée dans l'intérêt commun des utilisateurs ;
- la gestion du domaine lui-même ne peut faire l'objet d'une appropriation privée et ne peut donc notamment pas générer des droits de propriété intellectuelle au bénéfice des personnes qui le gèrent ;
- la gestion de ce système n'échappe pas aux règles juridiques des États nationaux et notamment pas aux règles de concurrence ;
- les États sont fondés à définir, en coopération avec l'ICANN, des règles nationales de gestion des noms de domaines nationaux ;
- la gestion des diverses fonctions du domaine peut être subdéléguée sous le contrôle des États et de l'ICANN.

Dans sa communication précitée du 11 avril 2000, la Commission dégage un principe général de distinction entre, d'une part, les fonctions de définition des règles générales d'enregistrement et de tenue des registres, qui relèvent plutôt d'une logique de régulation permettant la mise en place de conditions d'accès aux noms de domaines objectives, transparentes et non discriminatoires, et, d'autre part, les fonctions de tenue de registre proprement dites et d'enregistrement qui font appel à des prestations techniques et pour l'exécution desquelles la concurrence entre opérateurs doit pouvoir pleinement s'exercer.

Le projet de loi soumis au Conseil reprend globalement à son compte ce principe.

Il existe, en effet, un risque concurrentiel en cas de confusion, au sein d'une seule et même entité, des fonctions de tenue de registre et de prestataire d'enregistrement, dans la mesure où la tenue d'un registre -par hypothèse, dans la situation actuelle, la tenue globale du domaine ".fr" ou d'une subdivision de celui-ci-, pourrait conférer à son titulaire, sous réserve de l'appréciation portée sur l'existence d'un marché spécifique, une position de monopole. Il y a lieu de souligner que le droit de la concurrence permet déjà de traiter ce type de questions, comme le démontrent les raisonnements suivis par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 00-D-32 du 9 juin 2000, AFNIC.

En tout état de cause, il serait souhaitable que le Conseil de la concurrence soit saisi pour avis à l'occasion des décrets pris pour application de la loi.

2 - En ce qui concerne les dispositions relatives à l'accès aux données publiques

L'article 3 du chapitre II, relatif à "*L'accès aux données publiques*", prévoit, notamment, que : "*La mise à disposition des données, dans des conditions prévues aux précédents alinéas, peut donner lieu à la perception d'une redevance, incluant, le cas échéant, une participation forfaitaire aux dépenses de création, de maintenance et de mise à jour des systèmes d'information nécessaires à leur collecte ou à leur traitement. Si la mise à disposition est faite à des fins d'exploitation commerciale, il peut en outre être demandé une rémunération tenant compte des ressources tirées de cette exploitation*".

Ces dispositions distinguent trois situations possibles, cumulables, dans le cadre desquelles une personne publique peut percevoir une rémunération pour la mise à disposition de données publiques :

- une rémunération pour la mise à disposition proprement dite des données (redevance pour services rendus) ;
- une participation forfaitaire aux dépenses de création, de maintenance et de mise à jour des systèmes d'information nécessaires à leur collecte ou à leur traitement ;
- une rémunération liée à l'exploitation commerciale de ces données publiques par la personne qui a bénéficié de cette mise à disposition.

Ainsi, la mise à disposition de données publiques peut constituer une offre de prestations de services proposée en réponse à une demande d'accès à ce service, faisant naître un marché où peut s'exercer la concurrence ; le projet prévoit non seulement que les personnes publiques peuvent céder les données publiques qu'elles détiennent, mais n'exclut pas que ces mêmes personnes publiques les exploitent elles-mêmes directement.

Le Conseil de la concurrence a rappelé à de multiples reprises qu'une entreprise qui détient une position dominante sur un marché économique, qui lui a été conférée par l'attribution d'un monopole légal sur un service public, doit exercer ses activités d'intérêt général et ses activités ouvertes à la concurrence en opérant une séparation, organique, par filialisation ou, à défaut, comptable, entre ces deux types d'activités, de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés (notamment : avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence).

Sans qu'il soit possible, dans le cadre du présent avis, de recenser tous les problèmes de concurrence susceptibles de résulter de la commercialisation de données publiques, il y a lieu de rappeler que le droit de la concurrence permet déjà de traiter différents cas de ce type, que la détention par le propriétaire des données constitue, ou non, une facilité essentielle.

Ainsi, dans sa décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000, relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et par sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public, le Conseil de la concurrence a estimé "*qu'est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire d'un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs*

ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, entraîne une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle". Le Conseil, considérant que la mise à disposition de moyens tirés de l'activité de monopole pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel, sans contreparties financières, équivalait à l'octroi de subventions, a ajouté "*qu'une subvention croisée peut à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché*".

Dans le même sens, le Conseil de la concurrence, dans son avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 (avis n° 97-A-10 du Conseil de la concurrence en date du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine), à propos précisément de la question de la cession de droits de reproduction de données publiques officielles, a estimé que, s'il était démontré que le service public en cause établissait des prix de cession des droits de reproduction des données dans des conditions discriminatoires ou imputait, dans le prix de revient de ses propres ouvrages, un coût correspondant inférieur à la redevance perçue auprès des opérateurs privés avec lesquels il est en concurrence, il pourrait être conclu à l'existence d'une entrave au jeu de la concurrence. Poursuivant cette analyse, le Conseil estimait que la vérification de la tarification de l'accès des opérateurs privés à ces données publiques suppose l'élaboration d'une comptabilité analytique reflétant de façon satisfaisante la vérité des coûts.

Dans une décision n° 98-D-60 du 29 septembre 1998 relative à la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, le Conseil de la concurrence a considéré que l'opérateur public, qui détenait un monopole sur le marché de l'établissement des listes d'abonnés au téléphone, abusait de sa position dominante en appliquant des prix discriminatoires sur le marché aval des fichiers de prospection. Dans sa décision, le Conseil de la concurrence avait relevé que la liste des abonnés au téléphone constituait, pour les personnes ayant recours au marketing direct, une "*ressource unique*".

Les éléments ainsi relevés conduisent à émettre les réserves suivantes :

- le projet ne contient aucune disposition faisant obligation aux personnes publiques, qui cèdent, contre redevance, leurs données publiques, de retracer cette activité dans le cadre d'une comptabilité séparée de l'activité de service public générant la production de ces données publiques, alors même que la circulaire du Premier ministre du 14 février 1994, relative à la diffusion des données publiques, préconise le recours à des "*techniques d'analyse de prix de revient*" de nature à "*concourir à une claire identification des coûts*" (JO du 19 février 1994, page 2864) ;
- si la disposition du projet prévoyant que les personnes publiques peuvent, en sus de la redevance, demander une rémunération sur les recettes tirées par un tiers de l'exploitation commerciale de données publiques ne pose pas en soi de problème de concurrence, la fixation de cette rémunération à un niveau trop élevé (notion de prix abusivement élevé), ou à un niveau trop bas (notion de prix prédateur), ou encore à un niveau ne permettant pas à des concurrents de subsister sur le marché par la mise en oeuvre d'effets de ciseau tarifaire, pourrait constituer des abus sanctionnables sur le fondement du droit de la concurrence.

L'expression "*tenant compte*", employée dans le projet de loi à propos du niveau de rémunération, appelle donc une réserve, dans la mesure où cette disposition est imprécise et s'écarte du principe général exposé ci-

dessus, selon lequel la rémunération de la mise à disposition de données publiques doit se faire dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

3 - En ce qui concerne les dispositions relatives à l'itinérance

L'article 34 du projet prévoit que :

"La section 4 du chapitre II du titre 1er du livre II du code des postes et télécommunications est complétée par un article L. 34-8-1 ainsi rédigé :

"Art. L. 34-8-1. - On entend par itinérance la prestation fournie par un opérateur de radiocommunications mobiles à un autre opérateur de radiocommunications mobiles autorisé en application de l'article L. 33-1 permettant l'accueil sur son réseau des clients de cet opérateur.

"Lorsque cela est nécessaire pour assurer une concurrence loyale, le ministre chargé des télécommunications peut imposer à un opérateur de radiocommunications mobiles de faire droit aux demandes raisonnables d'itinérance. En ce cas, il fixe, les conditions générales et les principes de tarification auxquels les accords d'itinérance doivent satisfaire dans le cahier des charges annexé à l'autorisation de l'opérateur concerné.

"L'itinérance fait l'objet d'une convention entre les deux parties concernées. Cette convention détermine, dans le respect des dispositions du présent code et des décisions prises pour son application, les conditions techniques et financières de l'itinérance. Elle est communiquée à l'Autorité de régulation des télécommunications.

"Lorsque le cahier des charges le prévoit, les litiges relatifs aux refus d'itinérance, aux désaccords sur la conclusion ou l'exécution d'accords d'itinérance peuvent être soumis à l'Autorité de régulation des télécommunications conformément à l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications."

L'article 35 du projet prévoit que :

"Il est inséré, après le 2° du II de l'article L. 36-8 du chapitre IV du titre 1er du livre II du code des postes et télécommunications, un 3° ainsi rédigé :

"Les refus d'itinérance, les désaccords sur la conclusion ou l'exécution d'accords d'itinérance, lorsque le cahier des charges le prévoit."

L'exposé des motifs du projet présente les dispositions sur l'itinérance comme un moyen de contribuer au développement des téléphones mobiles de troisième génération qui seront un vecteur important de l'accès à l'Internet à haut débit. Ainsi, selon le projet, *"l'itinérance permettra à un opérateur UMTS qui ne disposerait pas d'un réseau GSM de bénéficier, pendant la période nécessaire au déploiement de son propre réseau, de la couverture géographique des réseaux GSM existants"*.

Ces dispositions appellent de la part du Conseil une réserve de fond et une réserve relative à la procédure envisagée.

Sur le fond, il y a lieu d'observer que cet article étend le champ de la régulation des télécommunications à l'itinérance, laquelle demeurera une prestation commerciale soumise au droit de la concurrence.

Sans se prononcer sur la nécessité ou non de réguler ce secteur d'activité, le Conseil de la concurrence constate, en premier lieu, que cette disposition crée des obligations supplémentaires à la charge des opérateurs de télécommunications mobiles GSM titulaires d'une licence L. 33-1, en donnant la possibilité au ministre de contraindre ces opérateurs à permettre l'utilisation de leurs installations par des opérateurs concurrents qui se verront attribuer des licences UMTS, y compris dans des cas où ces opérateurs GSM ne disposent pas de position dominante, et ce, dans des conditions répondant à des principes de tarification fixés dans le cahier des charges des opérateurs concernés.

En second lieu, le Conseil de la concurrence observe que la disposition porte sur une question de concurrence fondamentale, puisqu'elle traite de la possibilité et des conditions d'accès d'un opérateur économique à une infrastructure détenue par un concurrent, dans des conditions comparables à la prestation réciproque d'interconnexion. Comme en matière de dégroupage (décret n° 2000-881 du 12 septembre 2000 modifiant le code des postes et télécommunications et relatif à l'accès à la boucle locale), le projet de loi réserve la possibilité d'itinérance au bénéfice des seuls opérateurs titulaires d'une licence L. 33 1, ce qui revient à exclure tous les autres opérateurs dont les "*Opérateurs mobiles virtuels*" ou MVNO ("*mobile virtual network operator*" - OFTEL Statement on mobile virtual network operators, October 1999 <http://www.oftel.gov.uk/publications/1999/competitio/mvno1099.htm>). Si la question du développement de cette activité demeure encore aujourd'hui largement théorique, puisque le seul cas européen connu d'accord opérationnel d'itinérance concerne un accord intervenu entre l'entreprise suédoise, Télé2, et l'opérateur mobile danois, Sanofon, pour l'utilisation par le premier du réseau GSM du second au Danemark, il y a lieu d'observer que de nombreuses entreprises européennes ont déclaré être intéressées par cette prestation, notamment pour permettre le développement de connections transeuropéennes entre opérateurs ne disposant que de licences nationales et jusque dans le secteur de la grande distribution.

Il n'y a pas eu en France de réflexion générale sur les enjeux de concurrence concernant les opérateurs mobiles virtuels et l'itinérance, ni de la part du Conseil de la concurrence, ni de la part de l'Autorité de régulation des télécommunications, ce qui ne permet pas au Conseil d'examiner ce point de manière approfondie dans le cadre du présent avis.

Mais, on peut craindre que, par ces dispositions, les pouvoirs publics ne prennent le risque de figer une situation qui demeure très évolutive, tant au regard de l'innovation technologique en cours, que de son appréhension probable au niveau européen, et ce, alors qu'un bilan concurrentiel global reste à faire sur cette question pour déterminer, notamment, dans quelle mesure un élargissement de la concurrence à court terme dans ce secteur pourrait ou non constituer un frein à l'investissement pour des opérateurs auxquels sont déjà imposées de lourdes obligations en termes de couverture nationale.

Quant à la procédure envisagée, le Conseil de la concurrence constate qu'elle s'éloigne du modèle de

régulation tel qu'il a été arrêté en matière d'interconnexion et de dégroupage, sans que soient exposées les raisons de ces différences.

En effet, le projet prévoit, d'abord, que, sauf si le cahier des charges prévoit que l'ART est compétente pour régler les conflits relatifs à l'itinérance dans les conditions fixées à l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications, c'est au ministre chargé des télécommunications que revient la décision d'arbitrer le différend, alors qu'en matière d'interconnexion cette compétence revient directement à l'ART. L'exception à la compétence de l'ART, sauf dans le cas d'une disposition expresse du cahier des charges, ne précise pas dans quelles conditions les cahiers des charges en cours d'application pourraient être modifiés afin d'inclure une telle disposition, alors que la durée d'application de ces documents est celle de l'autorisation, soit quinze ans.

Le projet prévoit, ensuite, qu'en cas de refus d'une demande raisonnable d'itinérance, le ministre peut imposer cette itinérance pour assurer une concurrence loyale, et fixe les conditions générales et les principes de tarification auxquels les accords d'itinérance doivent satisfaire dans le cahier des charges annexé à l'autorisation, délivrée par arrêté, tandis que les conditions générales et des principes de tarification auxquels les accords d'interconnexion doivent satisfaire, sont fixés par décret, après avis du Conseil de la concurrence.

Enfin, le projet ne prévoit pas, comme en matière d'interconnexion, la possibilité pour l'autorité de régulation sectorielle de demander, après avis du Conseil de la concurrence, la modification des conventions en cas, notamment, d'inégalité constatée dans les conditions d'exercice de la concurrence (article L. 34-8 du code des postes et télécommunications).

Ainsi, les dispositions du projet de loi confient au ministre la fonction de réguler un secteur, à des conditions financières qu'il détermine, alors qu'il délivre des licences permettant à des opérateurs d'y intervenir et qu'il en contrôle l'opérateur le plus puissant. Le Conseil émet un avis réservé sur cette procédure et propose que la compétence de règlement des litiges d'itinérance soit attribuée à l'Autorité de régulation des télécommunications, avec saisine possible du Conseil de la concurrence pour ce qui concerne les questions relevant de sa compétence.

4 - En ce qui concerne les dispositions relatives à la création d'infrastructures de réseau par les collectivités territoriales

Le projet soumis à l'appréciation du Conseil comporte un chapitre consacré à la création d'infrastructures par les collectivités territoriales. L'article 30 du projet prévoit que :

"L'article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales est remplacé par les dispositions suivantes :

"Art. L. 1511-6 -Les collectivités territoriales, ou les établissements publics de coopération locale ayant bénéficié d'un transfert de compétence à cet effet, peuvent, après une consultation publique destinée à recenser les besoins des opérateurs ou utilisateurs, créer des infrastructures destinées à supporter des réseaux de télécommunication.

"Ces collectivités ou établissements ne peuvent pas exercer les activités d'opérateur au sens du 15° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications.

"Les infrastructures mentionnées au 1^{er} alinéa peuvent être mises à la disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs par voie conventionnelle, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires et à des tarifs assurant la couverture des coûts correspondants, déduction faite des subventions publiques qui, dans certaines zones géographiques, peuvent être consenties selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. La mise à disposition d'infrastructures par les collectivités ou établissements publics ne doit pas porter atteinte aux droits de passage dont bénéficient les opérateurs de télécommunications autorisés.

"Les dépenses et les recettes relatives à la construction, à l'entretien et à la location des infrastructures mentionnées au 1^{er} alinéa sont retracées au sein d'une comptabilité distincte."

Cette nouvelle rédaction de l'article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales a pour objectif de mettre un terme à une évolution controversée de la législation permettant aux collectivités territoriales de construire des infrastructures passives de télécommunications, en vue de les mettre à disposition des opérateurs de télécommunications.

Le Conseil de la concurrence a déjà émis un avis sur cette question le 1^{er} décembre 1998 (avis n° 98-A-21 du Conseil de la concurrence en date du 1^{er} décembre 1998 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sur un projet de circulaire du ministre de l'économie des finances et de l'industrie relative aux l'interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications), dans lequel il s'est déclaré favorable à la mise à disposition par les collectivités territoriales d'infrastructures passives de télécommunications, dès lors qu'elles pouvaient constituer un des moyens pour promouvoir la concurrence au niveau de la boucle locale. Le principe même de cette intervention des collectivités territoriales est donc favorable au développement de la concurrence.

Le projet modifie trois conditions posées par le texte actuellement en vigueur et considérées comme trop restrictives pour la mise en œuvre des initiatives locales.

En premier lieu, il n'exige plus que la décision de création de ces infrastructures soit précédée d'un constat de carence, soumis à une procédure de publicité, quant à la capacité des acteurs du marché à offrir, à un prix abordable, des services ou des réseaux de télécommunications à haut débit, conformes aux exigences techniques. Cette décision ne serait plus précédée que d'une consultation publique destinée à recenser les besoins des opérateurs ou utilisateurs.

Cette disposition est neutre au regard de l'application des règles de concurrence, celles-ci ne visant que les conditions de fonctionnement concurrentiel d'un marché, quelle que soit la qualité, publique ou privée, des opérateurs économiques en présence. Mais, dès lors qu'elle vise à assouplir les conditions de l'initiative publique en la matière, c'est-à-dire à faciliter l'accès d'un nouvel offreur sur le marché, une telle disposition est de nature à stimuler potentiellement et indirectement le développement de la concurrence sur ce marché et les marchés aval.

En deuxième lieu, le projet ne fait plus obligation aux collectivités territoriales d'amortir des investissements sur une durée de huit ans, ce qui les obligeait à renchérir d'autant les tarifs de mise à disposition des réseaux et, du même coup, à rendre cette offre moins attractive en termes de concurrence vis-à-vis, notamment, de l'offre alternative proposée par l'opérateur historique.

S'il est vrai que la construction de réseaux comporte une part importante de travaux de génie civil, qui justifie, en principe, un amortissement sur une période de 30 ans, il convient de rappeler que la possibilité qui sera laissée aux collectivités territoriales de déterminer librement les conditions de rentabilisation des investissements doit s'exercer dans le cadre d'une tarification transparente et non discriminatoire permettant de garantir l'absence de distorsions de concurrence entre opérateurs ayant une efficacité économique comparable.

Il y a lieu aussi de rappeler que l'intervention publique en la matière peut procéder de choix légitimes ne relevant pas d'une stricte approche économique, telle qu'elle serait opérée par un acteur économique privé animé par la seule volonté de maximiser ses profits et que, dans cette mesure, la décision d'investissement publique peut être un facteur de perturbations exogènes du fonctionnement normal du marché tel qu'il résulterait de choix d'investissements purement privés.

En troisième lieu, le projet prévoit que les tarifs de mise à disposition du réseau doivent assurer *"la couverture des coûts correspondants, déduction faite des subventions publiques qui, dans certaines zones géographiques, peuvent être consenties selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat"*.

Dans son avis précité du 1^{er} décembre 1998, le Conseil précisait que *"la fixation d'un prix de mise à disposition à un niveau bas, trop éloigné des coûts, pourrait dans certaines circonstances... s'analyser comme une aide faussant ou menaçant de fausser la concurrence"* au sens du droit communautaire qui regarde comme une aide, non seulement le fait de verser une subvention, mais également les interventions qui, quelle qu'en soit la forme, allègent le prix payé par les entreprises.

En quatrième lieu, le projet élargit la mise à disposition des réseaux aux *"utilisateurs"*, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. En l'état, cette disposition n'appelle pas d'observations particulières.

Délibéré, sur le rapport de MM. Beaufaÿs et Bourhis, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président, et Mme Pasturel, vice-présidente.

La rapporteure générale adjointe,
Valérie Michel-Amsellem

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen