

"Les avancées du Paquet Telecom adopté le 24/11/2009"¹

« Jeter les bases de l'Europe des Telecoms de demain », telle était l'ambition des institutions de l'Union Européenne lorsque l'examen des propositions de la Commission européenne a débuté dans le courant de l'année 2008.

A n'en point douter l'enjeu était de taille tant il vrai que chacun a désormais conscience que les techniques de communication et l'accès à ces techniques sont devenues l'accessoire de nos libertés individuelles et l'expression de leur meilleure garantie.

Il est vrai que la liberté de penser, si elle a un prix, se trouve tout de même grandement dépréciée si l'on entrave la possibilité de l'exprimer, de la diffuser, de la confronter.

Au-delà d'une vision idéalisée de la technique venant au soutien de l'émancipation des citoyens, les instances européennes, fidèles en cela aux principes fondamentaux ayant présidés à leur propre création, ont pris conscience de l'existence d'un marché stratégique, en rapide et constante évolution.

Dans une posture non moins traditionnelle, l'Union Européenne a donc forgé les outils de la régulation, pour tenter d'assurer une concurrence libre et non faussée, et, partant, la sécurité des Etats membres et de ses citoyens.

Un peu d'histoire récente.

Le 1er janvier 1998, le marché européen des télécommunications a été totalement libéralisé.

Mais déjà à l'époque, les institutions européennes avaient rapidement souligné la nécessité de réviser le cadre réglementaire applicable à travers la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions intitulée : Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés - Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications (*COM [99]0539 final*).

La refonte du droit européen sera essentiellement motivée par la promotion d'une concurrence plus efficace ; ainsi, l'ensemble des réseaux doit être régulé selon une approche économique, par ailleurs respectueuse des intérêts du citoyen européen.

C'est ainsi que sera adopté ce que l'on a appelé d'une manière fort inspirée le nouveau "**paquet télécom**", expression qui est désormais entrée dans la culture commune des acteurs du secteur.

¹ Par Renaud ARLABOSSE, Avocat à la Cour inscrit au barreau de Draguignan
renaud.arlabosse@avocat-conseil.fr

Ce « paquet télécom » était composé de sept documents principaux :

- la directive 2002/21/CE, dite directive "cadre" ;
- la directive 2002/20/CE, dite directive "autorisation" ;
- la directive 2002/19/CE, dite directive "interconnexion" ;
- la directive 2002/22/CE, dite directive "service universel" ;
- la directive 2002/58/CE, dite directive "vie privée et communications électroniques"
- la directive 1999/5/CE, concernant les équipements hertziens, dite directive "R&TTE" ;
- la directive 2002/77/CE, dite directive "concurrence" ;

Ce n'est que par une loi du 9 juillet 2004 que la France opérera la transposition du «paquet télécom » de 2002.

Mais déjà de nouveaux enjeux, notamment liés au développement structurel des réseaux (très haut débit), à l'harmonisation des spectres et des traitements des terminaisons d'appel mobiles et à la convergence entre les contenus et les réseaux, imposaient de réfléchir à l'adaptation du cadre juridique existant.

Prémices au 3^{ème} « paquet télécom » qui sera livré en France par Le *Journal officiel* du 18 décembre 2009 après avoir été adopté par le Parlement, le 24 novembre 2009, à une très large majorité (510 voix pour, 40 contre et 24 abstentions), chaque État membre devant transposer les garanties instituées par ce texte dans sa législation nationale avant le 24 mai 2011.

Quelles sont donc les avancées de ce troisième « paquet télécom » adopté le 24 novembre 2009 ?

Si certains estiment que son aspect le plus nouveau est d'ordre institutionnel avec la création de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE)², d'autres y voient un nouvel instrument de l'intensification de la régularisation sectorielle³, ce qui n'est pas antinomique.

L'analyse du 3^{ème} « paquet télécom » révèle que plusieurs mesures emblématiques ont finalement été adoptées pour affiner les mécanismes de régulation (1°), augmenter les droits des utilisateurs (2°) et offrir un Internet plus accessible (3°).

² Laurence IDOT – Revue Europe n° 2, Février 2010, comm. 76

³ Frédéric FORSTER - Gazette du Palais, 24 avril 2010 n° 114, P. 23

I. LE RENFORCEMENT DES MECANISMES DE REGULARISATION

Le 3^{ème} « paquet télécom » a mis en place l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) destiné à remplacer le Groupe des régulateurs européens dont l'action était jugée insuffisante et pas assez transparente (règlement européen sur l'ORECE).

L'ORECE n'est pas une agence communautaire et n'est pas dotée de la personnalité juridique

Cette institution qui regroupe comme son nom l'indique les régulateurs nationaux est assistée d'un office. Le texte traduit un net recul par rapport à la proposition originale de créer une véritable Agence européenne des régulateurs destinée à remplacer l'ERG (association des 27 régulateurs nationaux) et l'ENISA (Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information).

En effet, l'ORECE dispose essentiellement de pouvoirs consultatifs et est chargé d'assurer une mission de conseil et d'assistance dans le cadre des travaux engagés par les régulateurs nationaux et les institutions communautaires.

Sa mise en place est prévue au printemps 2010.

Notons également, au titre du renforcement des mécanismes de régulation que :

- la Commission pourra désormais exercer, en coopération avec l'ORECE, un droit de regard sur les projets de remèdes dans le cadre d'une nouvelle procédure pour la mise en place cohérente des solutions proposées (dir. n° 2002/21/CE « cadre » révisée, art. 7 bis) et voit donc ses pouvoirs augmenter
- la nouvelle réglementation renforce l'indépendance des Autorités de Régulation Nationales (ARN) en soustrayant leurs activités à toute influence politique et en instaurant une protection contre le licenciement arbitraire de leurs dirigeants et des membres du collège (dir. n° 2002/21/CE « cadre » révisée, art. 3 bis)
- les ARN disposeront d'un moyen supplémentaire pour obliger, en dernier recours, les opérateurs de télécommunications à séparer les activités de gestion des infrastructures et des réseaux de la fourniture de services aux utilisateurs finals (dir. n° 2002/19/CE « accès » révisée, art. 13 bis)
- les ARN auront la possibilité de prendre des mesures pour soutenir le développement des infrastructures nouvelles, comme les réseaux de fibres optiques, notamment en incitant les opérateurs à investir (dir. n° 2002/21/CE « cadre » révisée, art. 8, § 5).

II. UN RENFORCEMENT DES DROITS DES UTILISATEURS

Le renforcement des droits des utilisateurs/consommateurs se caractérise par une amélioration de la fluidité de la circulation des abonnés entre les offres des différents opérateurs (a), par une meilleure information contractuelle (b) et par une amélioration de la protection de la vie privée (c).

C'est ainsi que :

a) le délai d'activation de la portabilité fixe et mobile est ramené à un jour ouvrable (dir. n° 2002/22/CE « service universel » révisée, art. 30, § 4) ; et qu'une limitation de la durée des contrats avec un opérateur ne peut plus excéder vingt-quatre mois avec la possibilité de conclure un contrat d'une durée maximale de douze mois (dir. n° 2002/22/CE « service universel » révisée, art. 30, § 5)

b) la directive oblige les opérateurs de communications électroniques :

- à insérer dans leurs contrats des clauses indiquant le niveau minimal de qualité de service auquel ils s'engagent, assorti d'une indemnisation en cas de non-atteinte de ce niveau (dir. n° 2002/22/CE « service universel » révisée, art. 20 et 21)
- à insérer dans leurs contrats des informations claires sur toutes les conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation, autorisées en vertu du droit national conformément au droit communautaire (dir. n° 2002/22/CE « service universel » révisée, art. 1, § 3 et 21, § 3).

c) les opérateurs seront tenus :

- d'informer les autorités chargées de la protection des données personnelles et leurs clients des atteintes à la sécurité de données personnelles (dir. n° 2002/58/CE « vie privée et communications électroniques » révisée, art. 4)
- d'informer les utilisateurs et d'obtenir leur consentement préalable avant d'utiliser des *cookies* (dir. n° 2002/58/CE « vie privée et communications électroniques » révisée, art. 5, § 3)
- de mettre en place, sous peine de sanction judiciaires en cas de négligence, des systèmes de contrôle des « spams » (pourriels) de manière à permettre à ceux qui en sont victimes d'engager des actions en justice contre les responsables (dir. n° 2002/58/CE « vie privée et communications électroniques » révisée, art. 13, § 6)

III. LES REGLES SPECIFIQUE A L'INTERNET ET LA QUESTION DE LA NEUTRALITE DES RESEAUX

Deux questions ont plus particulièrement animé le débats ; celle de la restriction au droit d'accès à Internet (a) et celle de la neutralité des réseaux (b).

a) La question de la restriction au droit d'accès à Internet

Alors que les débats sur l'instauration de l'HADOPI faisaient rage en France, un point de la discussion sur l'adoption du 3^{ème} « paquet télécom » divisait encore le Parlement européen et le Conseil des ministres : la protection de l'accès à Internet par le droit communautaire.

Le Parlement revendiquait qu'« aucune restriction ne [puisse] être imposée aux droits et libertés fondamentales des utilisateurs finaux sans décision préalable des autorités judiciaires sauf lorsque la sécurité publique est menacée » (amendement 138 du Paquet Télécoms, dit « amendement Bono »).

Un compromis a finalement été trouvé.

Le texte énonce en substance, que « l'accès d'un utilisateur à l'Internet pourra être restreint seulement si cela est jugé nécessaire et proportionné au terme d'une procédure juste et impartiale tenant compte du droit pour l'internaute d'être entendu, de la présomption d'innocence et du droit à la vie privée » (dir.n° 2002/21/CE «cadre» art.1er).

b) La question de la neutralité des réseaux

Le principe de neutralité impose aux opérateurs de réseaux de ne pas contrôler a priori les contenus, les applications et les services, tant sur le plan des technologies mises en œuvre qui pourraient intrinsèquement sélectionner certains contenus ou leurs accès, que sur le plan des services eux-mêmes.

Actuellement, les opérateurs peuvent pratiquer de telles discriminations notamment en imposant des tarifs différents entre les services et les plateformes d'accès à des contenus en fonction des ressources consommées afin de mieux gérer leurs réseaux souvent encombrés, ou en interdisant purement et simplement l'emploi d'une technologies sur leur plateforme⁴.

Mais au-delà de ces considérations de gestion, on comprend que c'est le spectre de la censure qui est ici clairement visé.

L'enjeu est donc de taille et provoque des débats enflammés, notamment aux Etats-Unis d'Amérique, le candidat OBAMA, désormais Président, en ayant d'ailleurs fait l'un de ses thèmes de campagne.

Pourtant l'Union Européenne semble ne pas avoir su ou pu prendre la mesure de l'enjeu car les nouveaux textes ne créent pas une obligation de principe en faveur de la neutralité de l'Internet.

Seules quelques dispositions permettent à la Commission et aux Autorités de Régulation Nationales d'intervenir en la matière.

Notamment il appartient désormais aux ARN de favoriser la capacité des utilisateurs à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix (dir. n° 2002/21/CE « cadre » modifiée, art. 8, § 4) ou d'imposer des normes de qualité de service afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux (dir. n° 2002/22/CE « service universel » révisée, art. 22, § 3).

⁴ Ex : SFR qui interdit le « streaming » ou le téléchargement à l'aide de clé 3G

Il semble qu'une consultation sur la neutralité d'Internet ait été engagée sous l'égide de l'ARCEP⁵.

Le problème reste donc entier, passionnant et à suivre...

⁵ COLLOQUE DE L'ARCEP SUR LA NEUTRALITÉ DES RÉSEAUX – 14 avril 2010 <http://www.arcep.fr/index.php?id=1>