

**Modification de la loi sur les
télécommunications
(LTC)**

**Rapport explicatif
(procédure de consultation)**

**Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
Berne, juillet 2002**

1 Partie générale

1.1 Contexte

1.1.1 Le nouveau cadre réglementaire européen

Le marché des télécommunications a été ouvert à une pleine concurrence le 1^{er} janvier 1998, tant en Suisse que dans l'Union européenne. Il est toutefois en plein développement, notamment du fait du phénomène de la convergence entre les secteurs des télécommunications, de la radiodiffusion et des technologies de l'information. C'est pourquoi la Commission européenne a initié en 1999 une révision complète du cadre réglementaire applicable aux communications électroniques, conçu à l'origine pour gérer la transition du monopole à la concurrence.

La révision entreprise par l'Union européenne a pour but de systématiser le cadre réglementaire en regroupant les nombreuses dispositions applicables dans six directives, un règlement et une décision (cf. ch. 5). Si elle tient compte du passage progressif à une situation de concurrence effective, elle tend également à donner un nouvel élan à la libéralisation et à l'harmonisation du marché intérieur. C'est ainsi que l'accent est mis sur l'ouverture à la concurrence du dernier kilomètre ou *last mile* (dégroupage de la boucle locale). Par ailleurs, sans aller jusqu'à la création d'un régulateur européen, les pouvoirs de la Commission dans le contrôle des décisions des autorités réglementaires nationales sont accrus (droit de veto de la Commission sur certaines décisions nationales). L'innovation la plus significative consiste sans doute dans l'abrogation du système des licences individuelles et le passage au régime de l'autorisation générale, facilitant ainsi considérablement l'accès des fournisseurs au marché des réseaux et des services de communications électroniques. L'utilisation des radiofréquences et des numéros restera toutefois soumise à l'octroi de droits spécifiques.

Adopté au printemps 2002, le nouveau cadre réglementaire européen devra être transposé dans les droits nationaux des Etats membres d'ici l'été 2003¹. Bien que n'appartenant ni à l'Union européenne, ni à l'Espace économique européen, la Suisse a un intérêt évident à adapter sa propre législation sur les télécommunications à celle de ses voisins. C'est l'une des raisons qui ont amené à la révision totale de la LTC en 1997 et la compatibilité de notre législation avec celle de l'Union européenne reste prioritaire dans un domaine plus que tout autre soumis au phénomène de la mondialisation croissante de l'économie.

1.1.2 Les déficits de la réglementation actuelle

1.1.2.1 Etat de la concurrence

Depuis l'ouverture du marché des télécommunications, le 1^{er} janvier 1998, le processus de libéralisation a déjà déployé de nombreux effets positifs. En effet, le nombre de fournisseurs de services de télécommunication a fleuri, le prix de certaines prestations,

¹ Le Règlement (CE) N° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale a pour sa part déjà été adopté le 18 décembre 2000 et est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2001 (JO L 336 du 30.12.2000, p. 4)

notamment celui des communications nationales et internationales sur réseau fixe ainsi que des communications nationales sur réseau mobile, a diminué de manière significative et la palette de services à disposition des entreprises et des consommateurs s'est singulièrement étoffée. A ces développements positifs, il convient cependant de mettre un certain nombre de bémols. En effet, après quatre années d'ouverture, force est de constater que l'opérateur historique occupe toujours une position dominante sur nombre de marchés relatifs à la fourniture de services sur réseau fixe². Par ailleurs, les internautes ayant recours à la large bande restent encore très largement minoritaires et leur nombre croît moins vite que ce que l'on aurait pu espérer. Enfin, les procédures d'interconnexion, lancées suite aux plaintes déposées par certains fournisseurs de services de télécommunication à l'encontre de l'opérateur historique, ont eu tendance à s'enliser et n'ont pas toujours produit les effets positifs que l'on en aurait escomptés. Les problèmes identifiés traduisent indéniablement des dysfonctionnements du marché, dysfonctionnements qui trouvent principalement leur origine dans le manque d'alternatives permettant d'accéder directement aux usagers ainsi que dans le goulet d'étranglement qui résulte de la main mise de l'opérateur historique sur la boucle locale et les lignes louées.

Compte tenu des coûts élevés de construction des infrastructures, il est difficile, voire impossible, pour les nouveaux entrants de rivaliser à armes égales avec l'opérateur historique, lequel a pu déployer son réseau durant de très longues périodes tout en bénéficiant de la protection de droits exclusifs et en recourant à ses rentes pour assurer le financement. Les entreprises concurrentes restent donc dépendantes des services fournis par l'opérateur historique pour offrir leurs propres services aux abonnés finals. C'est le cas non seulement pour la téléphonie, mais aussi pour les services de données à large bande, permettant notamment un accès à Internet à hauts débits, offerts grâce aux techniques de revalorisation de la ligne d'abonné (xDSL) ou par l'entremise de lignes louées.

Des alternatives existent pour atteindre directement l'abonné, tels les réseaux câblés (CATV), les réseaux locaux sans fil (Wireless Local Loop) ou le réseau électrique (Power Line Communication). Le développement de ces alternatives ne s'est cependant pas fait aussi facilement et rapidement que prévu, si bien que des solutions basées sur l'utilisation de l'infrastructure du fournisseur dominant s'imposent. Parmi celles-ci figurent le dégroupage de la boucle locale ainsi que l'interconnexion des lignes louées. Dans ce dernier cas, le Tribunal fédéral a jugé que les dispositions légales existantes en matière d'interconnexion étaient insuffisantes pour obliger Swisscom à offrir aux autres fournisseurs des lignes louées à des prix orientés sur les coûts (arrêt *Commcare*). Se basant sur les considérants du Tribunal fédéral, la Commission fédérale de la communication (ComCom) a été contrainte de rejeter la demande d'interconnexion de TDC (Sunrise) tendant au dégroupage de la boucle locale.

Le régulateur suisse accuse ainsi un déficit considérable dans les instruments mis à sa disposition pour favoriser l'avènement d'une concurrence efficace à tous les niveaux. L'absence de concurrence au niveau du dernier kilomètre a été jugée suffisamment

2 Nonobstant le fait que l'entreprise Swisscom fournit quasi l'intégralité des raccordements sur réseau fixe dans notre pays, elle disposait encore, à la fin de l'année 2001, d'une part de marché estimée à 83% pour les communications locales, à 69% pour les communications nationales, à 55% pour les communications internationales et à 65% pour les appels émis du réseau fixe en direction du réseau mobile (Source : Company Presentation, Jens Alder, 11 January 2002).

préoccupante pour être mentionnée par le Fonds monétaire international lors du dernier bilan qu'il a tiré sur la situation économique et financière de la Suisse³. Elle a également été relevée dans le cadre du dernier examen mené par l'office américain du commerce extérieur (USTR).

Dans une étude intitulée "Situation du marché suisse des télécommunications en comparaison internationale", dont les résultats ont été publiés en mai 2002⁴, l'institut allemand WIK (Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste) estime de son côté que la libéralisation du marché des télécommunications en Suisse peut être considérée comme ayant parfaitement atteint son but dans la première phase de libéralisation. Dans les derniers mois, la dynamique du marché s'est toutefois nettement ralentie au niveau des services de téléphonie classiques, ce qui constitue un danger pour le développement rapide et dynamique des services à large bande. Le WIK est ainsi de l'avis que sans l'élaboration de nouvelles mesures de réglementation, les effets positifs qu'a eus la concurrence sur le marché de la téléphonie vocale s'estomperont et l'avènement d'une situation de concurrence sur les marchés à large bande sera entravé. Concrètement, le WIK recommande une réglementation des intrants pour les fournisseurs dominants, à savoir l'introduction du dégroupage des raccordements d'usagers ainsi que la réglementation des lignes louées et de l'interconnexion. La revente de services devrait elle aussi être encouragée. De même, dans le domaine de la téléphonie mobile, il conviendrait, selon le WIK, de garantir des droits d'accès au réseau pour la revente de services ou pour les opérateurs de réseaux virtuels (MVNO) et d'agir au niveau des tarifs de terminaison, pour lesquels il n'y a en Suisse que très peu de pression concurrentielle.

Compte tenu de ces circonstances, le Conseil fédéral a pris la décision de principe de soumettre les lignes louées ainsi que le dégroupage de la boucle locale au régime de l'interconnexion par le biais d'une modification de l'ordonnance sur les services de télécommunication (OST; RS 784.101.1). Il convient encore, au niveau de la loi, de procéder aux adaptations nécessaires permettant de régler de manière générale l'ensemble des questions liées à l'accès aux ressources et aux services du fournisseur dominant, dans la perspective d'une réglementation sectorielle *ex ante* (cf. ci-après).

1.1.2.2 Pouvoirs du régulateur

Contrairement à ses homologues européens, la ComCom ne dispose pas de pouvoirs d'intervention autres que dans le cadre d'une procédure d'interconnexion ouverte à la demande d'une partie. Elle n'a notamment pas le pouvoir de désigner d'office les fournisseurs dominants sur les marchés pertinents ou encore celui d'approuver les offres de référence de ces derniers (réglementation *ex ante*). Cette situation nuit grandement à l'établissement de conditions juridiques et économiques stables permettant aux fournisseurs concurrents de procéder à des investissements judicieux. Elle a été clairement mise en évidence dans l'étude du WIK, qui relève encore que les procédures d'interconnexion sont bien trop longues et que le régulateur suisse devrait

³ La dernière évaluation a été réalisée du 22 février au 4 mars 2002. Le „Concluding Statement“ est disponible sur le serveur de l'Administration fédérale des finances, à l'adresse <http://www.efd.admin.ch>.

⁴ L'étude complète (en allemand) ainsi qu'un résumé (en allemand et en français) sont disponibles sur Internet à l'adresse <http://www.ofcom.ch>.

jouer un rôle plus actif afin de contrecarrer les pratiques abusives des fournisseurs dominants dans les négociations commerciales.

1.1.2.3 Protection des consommateurs

Un autre déficit de la législation actuelle concerne la protection des consommateurs. Avec l'augmentation des offres et la multiplicité des tarifs, il est devenu très difficile pour les usagers de pouvoir faire leur choix en toute connaissance de cause. Ceci est sans doute le prix à payer de la libéralisation. Mais le risque d'abus n'en est pas moins réel. Et l'usager se trouve souvent dans une bien mauvaise position lorsqu'il s'aperçoit qu'il a été victime d'un tel abus. Il n'a en effet guère de chances de contester avec succès sa facture téléphonique devant le juge civil. Le législateur de 1997 n'a pas estimé bon de prévoir un règlement facilité des litiges en considérant que les fournisseurs étaient mieux à même de mettre sur pied un organe de médiation de leur propre initiative. Tel n'a cependant pas été le cas et les "plaintes" d'usagers mécontents adressées à l'Office fédéral de la communication (OFCOM) tendent à se multiplier.

1.2 Grandes lignes du projet

1.2.1 Suppression des concessions de services de télécommunication

Le régime de la concession de services de télécommunication (art. 4ss) constitue une barrière à l'entrée sur le marché des fournisseurs de services de télécommunication. Il a en outre donné lieu à des problèmes de délimitation avec les services soumis à l'obligation d'annoncer, ce qui n'a pas contribué à augmenter la sécurité juridique. Aujourd'hui, après l'introduction réussie du marché libéralisé, un tel régime ne se justifie plus. Les fournisseurs de services de télécommunication doivent pouvoir entrer sur le marché sans demander une quelconque autorisation particulière. La seule obligation qui leur incombera encore sera de notifier à l'autorité compétente leur activité en la matière. Le système de l'annonce, que l'on connaît aujourd'hui déjà pour les fournisseurs de services de télécommunication qui n'ont pas l'obligation d'avoir une concession, est ainsi généralisé. Il n'y aura donc plus qu'un type de fournisseurs de services de télécommunication, ce qui contribuera à supprimer les différences de traitement que l'on connaît aujourd'hui entre concessionnaires et fournisseurs ayant l'obligation de s'annoncer. Par le fait qu'elle supprime toute restriction à l'accès au marché suisse des télécommunications, l'obligation d'annoncer respecte les exigences du droit européen et du régime de l'autorisation générale qu'il instaure. Avec le nouveau système, l'État donne l'autorisation générale d'offrir des services de télécommunication dans la loi même. Il réaménage ainsi la régle des télécommunications que lui attribue l'art. 92 de la Constitution.

La généralisation de l'obligation d'annoncer ne fera pas disparaître la concession de service universel (art. 14ss) ni les concessions de radiocommunication (art. 22ss). La concession de service universel est un instrument indispensable pour garantir une offre de base en matière de services de télécommunication d'une qualité déterminée et à un prix abordable à l'ensemble de la population suisse. Elle ne concerne pas l'accès au marché, qui reste libre, mais vise à obliger un ou plusieurs fournisseurs à offrir certaines prestations à des conditions déterminées. Quant aux concessions de radiocommunication, elles octroient le droit d'utiliser le spectre des fréquences, c'est-à-

dire une ressource rare dont l'utilisation doit être réglementée selon les principes d'une gestion rationnelle. Le régime de la concession de radiocommunication subsistera aussi bien pour la fourniture de services de télécommunication (concessions WLL, GSM, UMTS, etc...) que pour les propres besoins du concessionnaire (concessions de radiocommunication à usage professionnel, concessions de radioamateur, etc...). Les ressources d'adressage (art. 28ss), comme les numéros de téléphone, continueront pour leur part d'être attribuées par voie de décision. Dans tous les cas, l'octroi de concessions de service universel ou de radiocommunication ou l'attribution de ressources d'adressage ne supprimeront pas l'obligation d'annoncer les services de télécommunications offerts.

L'assouplissement des règles relatives à l'entrée sur le marché ne diminuera pas pour autant les obligations (légal) auxquelles les fournisseurs de services de télécommunication devront satisfaire. Comme le contrôle lors de l'entrée sur le marché est supprimé, le rôle de surveillance incombant à l'OFCOM et à la ComCom se trouvera renforcé. L'efficacité du système de sanctions que ces autorités peuvent infliger doit dès lors être améliorée (art. 58 et 60).

1.2.2 Renforcement des obligations des fournisseurs dominants et des pouvoirs du régulateur

A l'image de la terminologie européenne, le projet introduit la notion générale d'accès dont l'interconnexion n'est qu'un cas d'application (art. 3, let. d^{bis} et e et art. 11). Le fournisseur dominant aura ainsi l'obligation de donner aux autres fournisseurs un accès transparent et non discriminatoire à ses ressources et à ses services, à des prix orientés sur les coûts. Des obligations spécifiques quant à la présentation des comptes (art. 11a) et concernant l'interdiction de grouper des services (art. 11b) complètent le régime auquel seront soumis les fournisseurs de services de télécommunication dominants.

A ces dispositions de fond viennent s'ajouter des règles de type *ex ante* augmentant la transparence du système et la sécurité juridique. C'est ainsi que la ComCom se verra attribuer la tâche de désigner d'office les fournisseurs de services de télécommunication occupant une position dominante sur les marchés pertinents (art. 10a). Les fournisseurs ainsi désignés devront dans une seconde temps lui soumettre, pour approbation, une offre de référence (art. 11, al. 1^{bis}) sur la base de laquelle seront conclus avec les autres fournisseurs de services les accords particuliers en matière d'accès et d'interconnexion.

1.2.3 Réaménagement du service universel

Dans ses grandes lignes, le régime du service universel (art. 14ss) ne connaîtra pas de changement majeur. Il convient en effet de conserver l'instrument de la concession pour obliger au moins un fournisseur de services de télécommunication à offrir les prestations de base à l'ensemble de la population suisse. La principale nouveauté consiste en la possibilité qui est désormais donnée à la ComCom de répartir les prestations du service universel entre plusieurs concessionnaires dans une même zone de concession (art. 14, al. 2, et 16, al. 1). Par ailleurs, la ComCom disposera de la possibilité de ne pas procéder à un appel d'offres public et de désigner d'office un ou plusieurs fournisseurs chargés d'assurer le service universel lorsqu'il s'avère que la mise au concours ne se déroulera pas dans des conditions concurrentielles. Quant à

l'étendue des prestations relevant du service universel, le Conseil fédéral se voit donner la compétence d'imposer la tenue d'un annuaire universel en complément de l'obligation, déjà existante, de fournir l'accès aux annuaires suisses des usagers du service téléphonique public (art. 16, al. 1, let. d).

Selon le droit actuel, seuls les concessionnaires de services de télécommunication, à l'exclusion des fournisseurs soumis à l'obligation d'annoncer, sont amenés à participer au financement des frais non couverts du service universel par le biais de redevances de concession. Avec l'abrogation des concessions de services de télécommunication, un réaménagement du système s'impose. Tout en s'en tenant au principe du financement du service universel par le secteur lui-même sans recourir aux deniers publics, le projet, dans le sens d'une plus grande équité, élargit le cercle des assujettis à la redevance à l'ensemble des fournisseurs de services de télécommunication (art. 38).

1.2.4 Amélioration de la protection des consommateurs et de la protection des données

De nouvelles dispositions tendent à mieux prendre en compte les intérêts des consommateurs. Au-delà des critères de qualité pour les prestations relevant du service universel (cf. art. 17, al. 1), le projet permet au Conseil fédéral d'obliger tous les fournisseurs de services de télécommunication à publier des informations sur la qualité des services qu'ils offrent (art. 12a). De même, en dehors du système de contrôle des prix des prestations relevant du service universel (cf. art. 17, al. 2), les prix des services à valeur ajoutée, c'est-à-dire des services fournis sur la base d'un service de télécommunication, pourront être plafonnés par le Conseil fédéral (art. 12b). Pour le reste, la concurrence entre fournisseurs de services de télécommunication et les dispositions de la loi contre la concurrence déloyale (LPD; RS 241) relatives à l'indication des prix devraient suffire à garantir des prestations de télécommunication avantageuses à des conditions transparentes. Déjà envisagée lors de l'élaboration de la LTC en 1997, l'instauration d'une procédure de conciliation est concrétisée (art. 12c). La tâche de régler à l'amiable les litiges entre utilisateurs et fournisseurs de services de télécommunication est confiée à l'OFCOM.

Par une modification de la LPD (cf. annexe), les abonnés seront en outre mieux protégés contre la réception de messages publicitaires non désirés (*spamming*). Ils n'auront plus, comme c'est le cas aujourd'hui, à indiquer au moyen d'un astérisque dans l'annuaire téléphonique qu'ils ne souhaitent pas recevoir de tels messages (modèle "opt-out"). Il incombera en effet aux auteurs des messages de requérir préalablement le consentement des abonnés (modèle "opt-in"). Les fournisseurs de services de télécommunication seront quant à eux obligés de mettre en œuvre les mesures appropriées pour empêcher la transmission de messages publicitaires non désirés (art. 45a). Les dispositions proposées donnent suite à la motion Sommaruga (00.3393: Mesures "antispamming". Multipostage abusif) transmise par le Parlement au Conseil fédéral⁵.

⁵ Cf. BO 2000 N 1196 et BO 2001 E 109

1.2.5

Intégration de modifications déjà prévues dans la révision de la LRTV

Hormis la présente révision partielle, le Conseil fédéral prévoit également des adaptations de la LTC à l'occasion de la révision totale de la loi sur la radio et la télévision (LRTV; RS 784.40).

L'accélération des voies de droit (art. 11 et 61), déjà prévue dans la révision de la LRTV et la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, ne sera poursuivie que dans le cadre actuel et n'est donc pas reprise dans la révision de la LTC.

La réglementation ex ante (art. 11), prévue d'abord à l'occasion de la révision de la LRTV, ne sera poursuivie que dans le cadre de la révision de la LTC.

Diverses modifications concernent les deux révisions, à savoir celles portant sur les art. 13, 13a, 13b, 24, 39, al. 3, 58 et 60. Pour ces articles s'applique ce qui suit:

Les modifications des art. 24 et 39, al. 3, sont nécessaires dans le cadre des deux révisions car elles touchent les conditions générales non seulement de la diffusion de programmes radio-TV (qui sera soumise à la LTC par le biais de la révision de la LRTV), mais aussi de la communication individuelle.

Le champ d'application des art. 13, 58 et 60 est élargi. Alors qu'ils ne concernaient jusqu'ici que les concessionnaires, les art. 13 et 58 s'appliquent désormais aussi aux fournisseurs de services de télécommunication (art. 13) et à toutes les personnes soumises à la loi (art. 58). Le champ d'application de l'art. 60 est étendu à toutes les entreprises soumises à la loi. Ces modifications urgentes devant être introduites à l'occasion de la plus rapide des deux révisions, elles font pour l'instant partie des deux projets de révision en parallèle.

Les modifications des articles 58 et 60 ne sont pas concordantes dans la révision de la LRTV et dans celle de la LTC. Cette discordance est nécessaire pour que ces articles puissent être intégrés dans la structure des deux révisions.

Dans la LTC révisée, l'office assume en général la compétence de surveiller et de prendre les sanctions administratives selon les art. 58 et 60. Une telle démarche se justifie non seulement par l'abandon de l'obligation d'obtenir une concession pour les fournisseurs de services de télécommunication qui n'utilisent pas le spectre des fréquences, mais aussi par l'extension précitée du champ d'application des art. 58 et 60. Ces mesures diminuent en effet l'importance des concessions octroyées par la commission. Lorsque cette dernière octroie une concession, elle est toutefois elle aussi responsable des mesures de surveillance et des sanctions administratives aux termes des art. 58, al. 4, et 60, al. 2, 2^e phrase.

Dans la LRTV révisée, la commission est compétente pour la surveillance et les sanctions administratives. En effet, l'office sera converti en un secrétariat de la commission, laquelle, dans le cadre de sa fonction d'organisation fixée de manière générale, devra déléguer certaines tâches au secrétariat; la LRTV révisée ne comprend aucune norme en matière de délégation des tâches.

L'art. 58, al. 2, let. c et d, est différent dans chaque révision. D'une part, la suppression des concessions de services de télécommunication dans la révision de la LTC rend nécessaire la possibilité de suspendre ou d'interdire l'activité de l'auteur de la violation. D'autre part, la révocation de la concession a été supprimée dans le cadre de la révision de la LRTV parallèlement à la formulation dans le texte de la LRTV, et l'apport d'un

complément à la concession ainsi que sa restriction, sa suspension et son retrait sont réunis sous une seule lettre.

Selon l'art. 58, al. 3, en vigueur, le retrait de la concession découle impérativement de la non-observation de conditions essentielles à son octroi. Cet alinéa sera supprimé dans le cadre de la révision de la LRTV, de sorte que les prescriptions en matière de surveillance dans la LTC et dans la LRTV correspondent sur ce point.

Certaines modifications de l'art. 13 ainsi que les nouveaux art. 13a et 13b honorent la promesse faite au Préposé à la protection des données de créer le plus rapidement possible une base juridique pour le traitement et la transmission des données⁶. Ces modifications devant être introduites à l'occasion de la plus rapide des deux révisions, elles font pour l'instant partie des deux projets de révision.

L'office est désormais mentionné plusieurs fois, notamment dans les art. 4, 11, 12a, 12c, 13a, 19a, 24a, 24f, 31, 34, 38, 40, 58 et 59. Ses compétences seront supprimées à l'occasion de la révision de la LRTV, puisqu'il deviendra un secrétariat de la nouvelle commission. Celle-ci pourra, en vertu de son pouvoir d'organisation, déléguer certaines tâches au secrétariat. La loi n'énonce aucune des tâches que remplira le secrétariat.

2 Partie spéciale

2.1 Loi sur les télécommunications

2.1.1 Dispositions générales; art. 3

Il n'apparaît pas nécessaire de reprendre la nouvelle terminologie européenne parlant de "services de communications électroniques". Avec la révision de la LRTV, le champ d'application de la LTC correspondra à celui du nouveau cadre européen dans le sens de la prise en compte du phénomène de la convergence.

La définition donnée à la lettre d^{bis} est reprise de la directive "accès" (art. 2, par. 2, let. a). Selon cette dernière, la notion d'accès inclut notamment l'accès à des éléments de réseaux et à des ressources associées et éventuellement la connexion des équipements par des moyens fixes ou non (cf. en particulier l'accès à la boucle locale ainsi qu'aux ressources et services nécessaires à la fourniture de services via la boucle locale), l'accès à l'infrastructure physique, y compris les bâtiments, gaines et pylônes, l'accès aux systèmes logiciels pertinents, avec notamment les systèmes d'assistance à l'exploitation ainsi que l'accès aux réseaux fixes et mobiles, notamment pour l'itinérance. Quant à la lettre e, elle précise le lien entre la notion générale d'accès et le cas particulier de l'interconnexion. Le champ d'application de la notion d'interconnexion est restreint aux seuls cas où deux réseaux de deux fournisseurs différents sont et restent interconnectés (selon la définition donnée par la directive "accès" à l'art. 2, par. 2, let. b). Le cas du dégroupage de la boucle locale, qui entraîne l'intégration d'une partie du réseau du fournisseur dominant dans le réseau du fournisseur concurrent, cas couvert, suivant les interprétations, par la définition actuelle de l'interconnexion, relèvera quant à lui désormais de la notion générale d'accès.

⁶ Message du 25 août 1999 concernant la création et l'adaptation des bases légales nécessaires au traitement de données personnelles (FF 1999 p. 8410-8411)

2.1.2 Services de télécommunication

2.1.2.1 Dispositions communes

2.1.2.1.1 Art. 4 à 10

L'introduction d'un système correspondant à celui de l'autorisation générale entraîne la suppression des concessions de services de télécommunication (et des art. 5, 6, al. 3, et 7 à 10) ainsi que la généralisation de l'obligation d'annoncer (notification des services). Le régime de l'annonce ne dispense pas les fournisseurs de services de télécommunication de l'obligation d'avoir une concession pour l'utilisation du spectre des fréquences et de requérir l'attribution des ressources d'adressage nécessaires.

Selon l'art. 4, al. 4, les fournisseurs qui auront cessé toute activité pourront être rayés de la liste des fournisseurs de services de télécommunication. Le Conseil fédéral devra notamment examiner dans ce contexte dans quelle mesure les données statistiques livrées par les fournisseurs de services de télécommunication sur la base de l'art. 59, al. 2, pourront être utilisées. Quant à l'art. 4a, il reprend l'actuel art. 6, al. 2.

Privé de ses al. 2 et 3, l'art. 6 constitue un reliquat des conditions d'octroi de la concession de services de télécommunication transformées en exigences imposées aux fournisseurs de services de télécommunication. Si la condition b. va de soi, on peut en revanche se demander si les conditions a. et c. ne sont pas excessives au vu de la directive "autorisation" (cf. annexe, partie A). Quoi qu'il en soit, la Commission des transports et des télécommunications du Conseil national, dans le cadre du traitement de l'initiative parlementaire Strahm (99.450), propose de donner au Conseil fédéral, dans un nouvel al. 1^{bis}, la compétence d'assortir la concession de l'obligation d'offrir des possibilités de formation et de perfectionnement professionnels. Une disposition transitoire (délai de 3 ans pour les fournisseurs de services de télécommunication déjà titulaires d'une concession) serait en outre introduite dans un nouvel art. 68a.

2.1.2.1.2 Art. 10a

Cette disposition introduit une série d'articles renforçant les obligations imposées aux fournisseurs occupant une position dominante sur le marché (art. 11, 11a et 11b). La désignation *ex ante* des fournisseurs dominants accroîtra la sécurité juridique dans le sens d'une plus grande transparence. Elle rapprochera également le droit suisse du cadre réglementaire actuel de l'Union européenne. Selon la nouvelle directive «cadre», la Commission européenne sera amenée à définir les marchés pertinents dans une recommandation adressée aux États membres. La ComCom pourra s'en inspirer pour prendre sa décision (respectivement la Commission de la concurrence pour rendre son avis). Les Lignes directrices de la Commission européenne concernant l'analyse des marchés et l'examen de la puissance significative sur le marché pourront également servir de référence dans la mesure où le droit suisse de la concurrence ne s'y oppose pas. Dans un premier temps, la ComCom devra en effet déterminer un certain nombre de marchés pertinents, sur lesquels elle analysera ensuite la situation de concurrence. La Commission de la concurrence et les milieux intéressés (à savoir les concurrents et les organisations sur les marchés concernés) seront consultés en vertu de l'al. 1. Les dérogations aux prises de position de la Commission de la concurrence – contrairement à celles des milieux concernés – devront être dûment motivées. Les décisions prises par la ComCom seront notifiées aux fournisseurs dont la position sur le marché a fait

l'objet d'une évaluation. Elles seront par ailleurs publiées. En dérogation à la règle générale (art. 55 PA et art. 111 OJ), la décision attaquée reste dans tous les cas valable jusqu'à la décision définitive de l'autorité de recours (pas d'effet suspensif). Cette exclusion de la possibilité d'attribuer un effet suspensif au recours va dans le sens d'une plus grande sécurité juridique des décisions de la ComCom, qui doivent pouvoir déployer immédiatement leurs effets sur un marché caractérisé par une évolution rapide. Les longues procédures de recours pourraient en effet réduire à néant les effets escomptés à court terme. Cette restriction sera toutefois compensée par l'obligation faite à la ComCom de consulter les milieux intéressés et de procéder régulièrement à une analyse du marché (cf. al. 3).

2.1.2.1.3 Art. 11

La modification de cette disposition introduit la notion générale d'accès, dont l'interconnexion ne constitue plus qu'un cas particulier. De cette manière, l'art. 11 couvre désormais non seulement le dégroupage de la boucle locale et l'interconnexion des lignes louées, mais également toutes les questions d'accès aux ressources et services des fournisseurs dominants. La modification vise également à anticiper l'intervention de la ComCom par l'approbation des offres de référence des fournisseurs désignés comme dominants. Les fournisseurs concurrents qui ne parviennent pas à conclure un contrat sur la base de l'offre de référence pourront toujours en appeler à la ComCom pour régler leur différend (al. 3). Ils ne pourront toutefois plus contester les termes de l'offre de référence approuvée préalablement par la ComCom. Le système proposé permet de se rapprocher de celui de l'Union européenne (réglementation *ex ante*) tout en apportant une solution aux difficultés rencontrées actuellement pour imposer des obligations au fournisseur dominant dans le cadre de procédures d'interconnexion longues et complexes.

L'obligation de donner accès à des services (al. 1) permet de garantir que les concurrents d'un fournisseur dominant puissent au moins bénéficier d'offres de gros pour fournir leurs propres services (revente de services). Il incombera au Conseil fédéral de concrétiser les obligations du fournisseur dominant en matière d'accès et d'interconnexion.

L'approbation de l'offre de référence (al. 1^{bis}) intervient à intervalles réguliers. Ces intervalles peuvent être annuels, mais des écarts plus longs ou plus brefs sont également envisageables suivant le marché concerné (comme à l'art. 10a, al. 2). Comme à l'art. 10a, al. 1, les milieux intéressés regroupent les concurrents et les organisations (al. 1^{bis}). Toute modification de l'offre en cours nécessite également l'approbation de la ComCom. Le fournisseur dominant doit prouver que les prix de ses services d'accès et d'interconnexion sont orientés sur les coûts. A défaut, la ComCom fixera les prix sur la base de valeurs comparables conformes aux usages du marché et du secteur en question (*benchmarking*). Elle peut par ailleurs apporter à l'offre de référence toute autre modification qui lui paraît nécessaire.

Sujette à publication, l'approbation de l'offre de référence a les mêmes effets que les décisions en matière de désignation des fournisseurs occupant une position dominante sur le marché (cf. art. 10a). Les recours éventuels n'ont aucun effet suspensif ni de par la loi ni par décision de l'autorité de recours.

La situation reste inchangée pour les fournisseurs de prestations relevant du service universel (al. 2). Ils n'auront d'autres obligations que celle d'offrir l'interconnexion afin de garantir l'interopérabilité. Ils n'auront donc pas d'obligations d'accès au sens large ni n'auront à soumettre d'offre de référence à l'approbation de la ComCom.

Les procédures dites d'interconnexion, qui seront dorénavant étendues aux questions d'accès au sens large (al. 3), perdront sans doute de leur importance dans le cas des marchés ayant fait l'objet d'une analyse par la ComCom sur la base de l'art. 10a. Ni la question de la position dominante d'un fournisseur, reconnue ou non, ni l'offre de référence approuvée par la ComCom ne pourront plus être rediscutées à la demande d'une partie qui n'obtient pas la conclusion d'un contrat d'accès ou d'interconnexion. L'intervention de la ComCom se limitera dans ces cas à des questions de détail et au contrôle du respect du principe de non-discrimination. La procédure gardera en revanche toute son importance pour les cas d'interopérabilité et pour les cas de dominance sur des marchés non examinés par la ComCom. Dans ces derniers cas, la Commission de la concurrence doit au préalable être consultée.

2.1.2.1.4 Art. 11a

Les exigences quant aux informations comptables et financières découlent du principe de la transparence. Elles doivent contribuer à faciliter le contrôle par la ComCom de l'orientation des prix sur les coûts et à vérifier que des fournisseurs tiers ne sont pas discriminés par rapport aux services commerciaux du fournisseur dominant, à ses filiales ou à ses partenaires. Le Conseil fédéral s'inspirera des prescriptions reconnues sur le plan international (*International Accounting Standards*).

2.1.2.1.5 Art. 11b

Conçue en termes généraux, la disposition vise en particulier à éviter que les fournisseurs dominants fassent dépendre certaines de leurs prestations (messagerie vocale intégrée au réseau par exemple) de l'absence de présélection auprès d'un autre fournisseur. Il s'agit également d'empêcher que les filiales du fournisseur dominant ne fournissent leurs prestations (services xDSL par exemple) qu'aux seuls clients qui renoncent à choisir un autre fournisseur que le fournisseur dominant pour leurs communications téléphoniques. Les dispositions générales du droit de la concurrence ne suffisant pas toujours à empêcher de telles pratiques, une disposition spécifique au droit des télécommunications s'impose (cf. également art. 17, par. 2, de la directive "service universel").

2.1.2.1.6 Art. 12a

Les art. 12a à 12c tendent à améliorer la protection des consommateurs. L'art. 12a correspond à l'art. 22 de la directive "service universel". Afin que les informations publiées soient comparables, il convient que le Conseil fédéral et l'OFCOM fixent certaines règles tant quant au contenu (indicateurs) que quant à la forme (présentation) de la publication. Des critères de qualité judicieux seraient par exemple ceux que le concessionnaire du service universel doit observer conformément à l'art. 25 OST.

2.1.2.1.7 Art. 12b

Cette disposition entend protéger les utilisateurs contre les prix abusifs de certains services à valeur ajoutée (08xy et 09xy). Aujourd'hui, de simples services d'information peuvent être fournis jusqu'à un maximum de 10 francs la minute, soit 600 francs l'heure. De tels tarifs peuvent entraîner des factures de l'ordre de milliers de francs. Comme c'est en général le fournisseur de services de télécommunication qui encaisse ces montants pour le compte du fournisseur de services à valeur ajoutée, l'abonné court le risque de se voir couper son raccordement s'il ne paie pas. Le Conseil fédéral pourra donc intervenir si nécessaire en fixant des prix plafonds pour les services à valeur ajoutée. Cette disposition ne s'applique pas aux cas où la prestation est directement facturée à l'utilisateur par le fournisseur du service à valeur ajoutée et non par le fournisseur de services de télécommunication.

2.1.2.1.8 Art. 12c

Cette disposition correspond à l'art. 34 de la directive "service universel". Il apparaît utile de donner la possibilité aux utilisateurs de porter leurs litiges avec les fournisseurs de services de télécommunication devant un organe de conciliation avant de saisir le juge civil. Les procédures de conciliation leur permettent de parvenir à un accord équitable lorsqu'il ne vaut pas la peine de recourir à un juge en raison de la valeur du litige.

La création d'un organe de conciliation opérationnel par la branche des fournisseurs de services de télécommunication serait préférable à la conciliation des litiges par l'OFCOM. C'est pour cette raison que, en 1997, le législateur a renoncé à introduire une procédure allégée pour le règlement des différends. Il estimait que les fournisseurs étaient les mieux à même d'instituer un organe de conciliation.

Jusqu'ici, les fournisseurs n'ont toutefois rien entrepris à ce sujet. S'ils y procédaient encore avant la conclusion de la présente révision, la conciliation par l'office ne serait plus nécessaire et aucun organe de conciliation ne serait constitué auprès de l'office. L'art. 12c serait alors modifié en conséquence. Les modalités de la mise en place et des activités d'un organe de conciliation propre à la branche des télécommunications devraient être soumises à l'approbation de l'administration, afin de permettre au législateur de renoncer à la conciliation de l'office.

Lors de litiges entre eux, les fournisseurs de services de télécommunication n'ont pas accès à la procédure de conciliation (al. 1, 1^{ère} phrase), mais disposent d'autres possibilités pour résoudre leurs conflits.

Quiconque fait appel à l'organe de conciliation afin d'occasionner des frais de procédure au fournisseur de services de télécommunication agit de manière téméraire selon l'al. 1, 2^e phrase.

L'organe de conciliation doit être financée par les fournisseurs de services de télécommunication (al. 2). Le financement par les frais de procédure est conforme au principe de causalité, vu que seules les entreprises qui en arrivent à être en litige avec des clients financent l'organe de conciliation. En outre, la réglementation des coûts de procédure incite tous les fournisseurs de services de télécommunication à rechercher des solutions à l'amiable avec leur clientèle. Un financement par l'imputation de coûts

de procédure aux clients empêcherait, précisément s'il s'agit de valeurs litigieuses de moindre importance, que ceux-ci s'adressent à l'organe de conciliation.

Selon l'al. 3, les parties sont libres de décider si elles veulent se mettre d'accord sur la base de la décision de conciliation.

Les règles suivantes sont envisageables dans le cadre de l'al. 4: les demandes de conciliation doivent être déposées par écrit et ne sont admissibles qu'après que les parties ont cherché sans succès à s'entendre et tant qu'il n'existe aucune décision judiciaire en la matière. La procédure de conciliation est suspendue aussi longtemps qu'un tribunal s'occupe de la même affaire. La procédure prend fin avec le retrait de la demande, l'échec de la conciliation ou la conclusion d'un accord entre les parties. Celles-ci ne sont liées par la décision de conciliation que si elles l'acceptent. Chaque partie assume ses propres frais. Une fois la procédure terminée, les parties qui en font la demande reçoivent un rapport sur le résultat de la conciliation.

Étant donné que la décision de conciliation n'engage pas les parties, il est possible de renoncer aux règles concernant le choix du médiateur, la confidentialité, la récusation et les délais pour introduire une demande.

2.1.2.1.9 Art. 12d

Pour des raisons de systématique, cette nouvelle disposition reprend les al. 1 et 3 de l'art. 21. Elle s'applique en effet à tous les services de télécommunication et non seulement aux prestations relevant du service universel.

2.1.2.1.10 Art. 13

L'obligation d'informer incombant à l'office se limitait jusqu'ici au nom et à l'adresse des concessionnaires, ainsi qu'à l'objet de la concession et aux droits et obligations propres à la concession. Quant aux fournisseurs de services de télécommunication soumis à l'obligation d'annoncer, ils n'étaient pas concernés par cette disposition. La modification proposée vise à encourager la transparence par rapport à l'ensemble des fournisseurs en Suisse, pour le bien de tous les intéressés, et notamment des clients. Pour ce genre d'informations est en outre créée la base légale nécessaire en vertu de la protection des données. L'al. 2 permet en particulier de publier sur l'internet les mesures de surveillance prises contre les fournisseurs de services de télécommunication, en conformité avec les art. 3, let. c, ch. 4, et 19, al. 3, de la loi sur la protection des données (exigence d'une loi formelle qui prévoit l'accès aux données sensibles au moyen d'une procédure d'appel).

2.1.2.1.11 Art. 13a

Le nouvel article 13a répond au souhait du proposé fédéral à la protection des données en constituant une base légale complète pour le traitement des données dans le domaine des télécommunications.⁷

L'article 13a est la base légale formelle pour le traitement des données personnelles (y compris des profils de personnalité et des données sur les poursuites et sanctions administratives ou pénales) par l'autorité compétente suivant le cas (commission ou office), afin que celle-ci puisse exécuter les tâches que lui confie la législation sur les télécommunications. On entend par de telles données personnelles notamment celles portant sur les services de télécommunication offerts ou sur les emplacements d'antennes. La réglementation détaillée tient compte de manière adéquate des exigences liées à la protection des données. Une réglementation plus sévère et surtout plus détaillée – au niveau de la loi – des données à relever n'a aucun sens dans un domaine aussi dynamique que celui des télécommunications; en outre, elle ne ferait qu'empêcher la commission de remplir les tâches lui incombant et s'avèrerait contre-productive pour le développement du marché des télécommunications en Suisse. Le Conseil fédéral peut prendre des dispositions plus flexibles dans le cadre des dispositions d'exécution (al. 3).

2.1.2.1.12 Art. 13b

L'article 13b décrit les conditions auxquelles l'autorité compétente en matière de traitement des données (commission ou office) peut, dans le cadre de l'assistance administrative, transmettre des données à d'autres autorités en Suisse ou à l'étranger.

Il n'est pas nécessaire de mentionner expressément le principe généralement applicable selon lequel l'assistance administrative n'intervient que dans des cas fondés.

Quant à la transmission d'informations statistiques à des services de statistiques publics ou privés, elle est déjà réglementée à l'article 76, alinéa 2, de l'ordonnance sur les services de télécommunication (OST; RS 784.101.1).

⁷ Selon la loi fédérale sur la protection des données (LPD; RS 235.1), les organes fédéraux ne sont en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale. Les exigences légales sont encore plus élevées lorsqu'il s'agit de données personnelles sensibles selon l'art. 3, let. c, LPD, ou de profils de la personnalité. Aux termes de l'art. 17, al. 2, ce genre de données ne peuvent être traitées que si une loi au sens formel le prévoit expressément. Il est fait une exception à ce principe notamment dans le cas où l'accomplissement d'une tâche clairement définie dans une loi au sens formel exige absolument le traitement de ce type de données (art. 17, al. 2, let. a, LPD). Dans le cadre du message du 25 août 1999 concernant la création et l'adaptation des bases légales nécessaires au traitement de données personnelles (FF 1999 p. 8410-8411), le Conseil fédéral a soumis un projet de loi sur la création et l'adaptation des bases légales nécessaires au traitement de données personnelles. Les principes relatifs à la protection des données dans le domaine des télécommunications étaient toutefois exclus de ce projet, puisque la réorganisation entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998 avec la libéralisation des télécommunications a eu des répercussions considérables sur les tâches en matière de protection des données. L'OFCOM a donc été autorisé à élaborer plus tard seulement les fondements indispensables à l'adaptation des dispositions légales (FF 1999 p. 8411).

2.1.2.2 Concessionnaires de service universel; art. 14 à 19b

Pour plus de clarté, la section 2 ne concerne dorénavant que les obligations du concessionnaire du service universel, alors que la nouvelle section 3 contient les obligations de l'ensemble des fournisseurs de prestations relevant du service universel. Malgré la suppression des concessions de services de télécommunication, la concession de service universel subsiste. Outre le déplacement de certaines dispositions visant à augmenter la systématique de la section, celle-ci fait l'objet de quelques nouveautés. Les prestations relevant du service universel pourront notamment dorénavant être partagées entre plusieurs concessionnaires dans la même zone de concession (cf. art. 14, al. 2, et 16, al. 1). Conséquence directe de l'abolition des concessions de services de télécommunication, le mécanisme de financement des coûts non couverts du service universel a en outre été revu (cf. art. 38).

L'art. 14, al. 4, permet nouvellement à la ComCom de ne pas procéder à un appel d'offres public si une étude du marché devait démontrer que la mise au concours ne pourrait pas se dérouler de manière concurrentielle, faute de candidats.

La notion de contribution à l'investissement (art. 15, let. b, et art. 19), dont l'interprétation est aujourd'hui peu claire, est remplacée par la notion plus générale de compensation financière. Il s'agit en fait de financer les frais non couverts du service universel correspondant au coût total net de ce dernier.

Il paraît important de préciser dans la loi que le service téléphonique public doit comprendre le raccordement ainsi que les services additionnels déterminés par le Conseil fédéral (art. 16, al. 1, let. a). La définition du service téléphonique public reste inchangée. Elle comprend comme aujourd'hui notamment les formules à prépaiement. Le Conseil fédéral se voit en outre donner la compétence d'imposer la tenue d'un annuaire universel en complément de l'obligation de fournir l'accès aux données des usagers inscrits dans l'annuaire (art. 16, al. 1, let. d). De cette manière, les données d'annuaires seraient centralisées, alors qu'un des principaux inconvénients du système actuel consiste dans le fait que ce dernier ne prévoit qu'un annuaire global virtuel basé sur le principe de l'accès réciproque aux données d'annuaires (cf. art. 21). Afin d'actualiser l'art. 16 au contenu que le Conseil fédéral a donné au service universel (cf. art. 19 OST), la liste des prestations est complétée par les services en faveur des malvoyants. Signalons à ce sujet que le projet de loi sur l'égalité en faveur des handicapés (Lhand), actuellement en discussion au Parlement, devrait régler de manière globale la question des services de télécommunication garantis aux personnes handicapées dans le cadre du service universel (voir le message du Conseil fédéral du 11 décembre 2000, FF 2001 1605).

L'art. 19a correspond à l'art. 13. La concession de service universel présentant toutefois par définition un intérêt public, la publication d'office des informations s'impose. Quant à l'art. 19b, il vise à compenser l'abrogation des art. 9 et 10.

2.1.2.3 Fournisseurs de prestations relevant du service universel; art. 20 à 21a

L'inclusion des art. 20 et 21 dans une section particulière comprenant également une norme de délégation générale (art. 21a) vise à préciser que ces dispositions s'appliquent à tous les fournisseurs de prestations relevant du service universel et non seulement aux concessionnaires du service universel.

Les compléments apportés à l'art. 21, al. 2, devraient contribuer à résoudre les nombreux problèmes rencontrés actuellement dans le domaine de l'accès aux données d'abonnés par les fournisseurs désirant offrir des services d'annuaires ou d'autres services basés sur les données d'annuaires, comme des services de validation. L'application des principes de la transparence, de la non-discrimination et de l'orientation des prix sur les coûts est indépendante d'une position dominante. Elle se justifie par le fait que les données d'annuaires appartiennent en premier lieu aux abonnés eux-mêmes. Les fournisseurs de services de télécommunication qui les récoltent doivent être équitablement indemnisés, mais ils ne doivent pas pouvoir en tirer un avantage commercial substantiel. Cette réglementation correspond d'ailleurs au nouveau droit européen (cf. art. 25, par. 2, de la directive «service universel»). En outre, les litiges en la matière pourront dorénavant être portés devant la ComCom au même titre que les litiges en matière d'accès et d'interconnexion.

Comme jusqu'à présent, l'obligation de donner accès aux données d'abonnés ne concerne que les seules prestations relevant du service universel, à savoir le service téléphonique public selon l'art. 16. La question se pose de savoir s'il se justifierait de prévoir une telle obligation aux mêmes conditions (orientation des prix sur les coûts notamment) pour d'autres services, en particulier pour la messagerie électronique (adresses e-mail), dans le but de garantir à une ou plusieurs entreprises la possibilité de tenir un annuaire complet des données d'abonnés relatives à ces services. Le présent projet ne contient pas de proposition dans ce sens, mais les milieux consultés sont tout particulièrement invités à se prononcer sur cette question.

Mis à part les appels d'urgence et les annuaires, le Conseil fédéral a déjà eu l'occasion d'imposer des obligations à tous les fournisseurs de prestations relevant du service universel en matière de services pour malentendants et malvoyants (cf. art. 30 OST), de blocage des communications sortantes vers des services à caractère érotique ou pornographique (art. 31 OST) et de justificatif des taxes (art. 32 OST). L'art. 21a lui donnera l'occasion de prévoir encore d'autres obligations visant à garantir l'interopérabilité des prestations relevant du service universel.

2.1.3 Radiocommunication

2.1.3.1 Art. 24

Vu l'abrogation des concessions de services de télécommunication, le complément apporté à l'al. 1 permet de garantir que des obligations liées à la couverture des services offerts (couverture du territoire et de la population) ou des obligations d'itinérance (roaming) puissent continuer à être imposées dans le cadre des concessions de radiocommunication octroyées à la suite d'un appel d'offres public.

L'octroi de concessions de radiocommunication au moyen d'un appel d'offres public (adjudication selon certains critères ou mise aux enchères) est une forme spéciale de l'octroi de concession. Pour cette procédure particulière, les dispositions de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) ne sont pas toujours adéquates. Lors de l'octroi d'une concession par appel d'offres public, l'autorité doit le plus souvent procéder à une évaluation des divers éléments. Il ne s'agit alors pas d'opérer une constatation des faits au sens traditionnel (art. 12 PA), mais d'examiner si les candidats à l'octroi d'une concession seront en mesure de remplir leurs promesses. Dans une telle procédure, les candidats sont beaucoup plus impliqués que si on exige

leur collaboration dans le cadre d'une procédure administrative ordinaire (art. 13 PA); en effet, ils sont seuls compétents pour établir une candidature détaillée et la compléter sur demande de l'autorité. Étant donné que plusieurs parties participent à un appel d'offres public, il est tout particulièrement important de veiller à la protection des secrets d'affaires. C'est pour cette raison que, dans les domaines de la consultation des pièces (art. 26 ss. PA), du droit d'être entendu (art. 30-31 PA) ainsi que de la notification et de la motivation des décisions (art. 34 et 35 PA), des règles spécifiques peuvent s'avérer nécessaires. Ainsi, l'art. 24, al. 2, LTC octroie au Conseil fédéral la compétence de s'écarter des règles précitées de la PA lors de l'aménagement de telles procédures. Cela vaut aussi bien pour la procédure en première instance que pour la procédure de recours. En tous les cas, la procédure doit cependant respecter les principes de l'objectivité, de la non-discrimination et de la transparence, tout en garantissant la confidentialité de toutes les données fournies par les candidats. Les règles correspondantes s'appuient en grande partie sur le système prévu dans la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1).

Les procédures d'appel d'offres ne doivent pas pouvoir être retardées de manière injustifiée, voire empêchées, par le dépôt d'un recours. Ce danger existe notamment dans les cas où les candidats préfèrent voir retardé un appel d'offres pour les fréquences radio, p.ex. pour des raisons financières ou techniques. Lors de retards ou de reports, les fournisseurs de services de télécommunication soumissionnaires devraient complètement revoir leurs plans commerciaux et financiers et renouveler leurs garanties bancaires qui, lors d'une vente aux enchères, peuvent s'élever à des dizaines de millions de francs. Le fardeau serait alors insupportable pour les entreprises candidates. De tels retards auraient toutefois également des répercussions négatives sur le développement du marché suisse des télécommunications et donc sur la place économique suisse. C'est la raison pour laquelle, aux termes de l'art. 24, al. 3, LTC, les décisions préjudicielles et les autres décisions incidentes ne sont pas, en tant que telles, susceptibles d'un recours. Cela ne vaut pas pour les décisions finales.

2.1.3.2 Art. 24a à 24f et art. 27

Les art. 24a à 24f reprennent les art. 5, 7 à 10 et 13 auxquels renvoie l'actuel art. 27, qui est abrogé.

L'art. 24d reprend le régime du transfert des droits d'accès du projet de révision de la LRTV (cf. art. 48 de l'avant-projet soumis à la consultation publique). Il se justifie toutefois, pour les concessions de radiocommunication et pour la concession de service universel (cf. art. 19b), de prévoir un seuil de modification du régime de participation plus élevé (50%) tout en introduisant une obligation d'annoncer les modifications inférieures (de 20 à 50%).

La mention expresse de la capacité pour l'autorité concédante à modifier ou révoquer des concessions de radiocommunication (art. 24e) crée une sécurité juridique pour l'autorité en charge de la gestion du spectre. Avec le développement par l'industrie dans des cycles de plus en plus courts de nouveaux types d'équipements de radiocommunication, la gestion efficace du spectre réclame de pouvoir procéder à son réaménagement suite à la révocation des concessions de radiocommunication préalablement octroyées dans une bande de fréquences déterminée. En effet, à l'avenir l'accès au spectre des fréquences à un instant optimal pour la nouvelle technologie et pour l'économie en général ne pourra plus être assuré au seul moyen des instruments

actuellement utilisés pour des opérations de réaménagement du spectre. Naturellement, en cas de modification ou de révocation de sa concession de radiocommunication, le concessionnaire a droit à un dédommagement lorsque les conditions juridiques pour son paiement sont remplies.

La publication d'informations relatives à l'attribution et à l'assignation des fréquences (art. 24f) est requise par l'art. 5 de la décision «spectre radioélectrique» de l'Union européenne. Les informations sur l'emplacement des émetteurs d'un concessionnaire ne peuvent être données que sur demande (al. 1). La publication de l'emplacement des émetteurs sans mentionner les concessionnaires qui les exploitent peut en revanche se faire dans le cadre de l'al. 2⁸.

2.1.4 Ressources d'adressage; art. 28

Les noms de domaine de la zone ".ch" sont administrés par la fondation Switch conformément à l'art. 28, al. 2, LTC. Ces ressources d'adressage font toutefois l'objet d'abus ("cybersquatting") qui ne peuvent être que difficilement combattus par le biais des voies de droit ordinaires dans le monde immatériel, sans frontières et en rapide évolution de l'Internet. Dans ces conditions, il convient d'ancrer dans la loi la possibilité d'instaurer des procédés contractuels de règlement des différends entre des tiers "lésés" et les titulaires de noms de domaine, à l'image de la procédure UDRP (Uniform Dispute Resolution Policy) de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Un tel service de règlement n'est toutefois réellement efficace que s'il est obligatoire pour l'ensemble des titulaires de noms de domaine. Il ne s'agit bien entendu pas d'une nouvelle voie de droit, les actions civiles étant en tout temps réservées.

2.1.5 Installations de télécommunication

2.1.5.1 Art. 31 à 34

L'art. 31 subit quelques retouches de nature plutôt formelle, afin de clarifier l'articulation des différents alinéas qui le composent.

Parmi les prescriptions les plus importantes que doit pouvoir adopter le Conseil fédéral et qui ne sont actuellement pas mentionnées dans l'al. 1 figurent les exigences essentielles, à savoir des exigences techniques formulées de manière très générale, auxquelles les installations de télécommunication doivent satisfaire pour pouvoir être offertes, mises sur le marché, mise en place et exploitées. Ces exigences essentielles sont concrétisées par l'OFCOM des deux manières prévues à l'al. 2. Il convient de relever que les exigences essentielles couvrent des installations de télécommunication pour lesquelles il peut ne pas encore exister de normes. Dans ce cas, l'OFCOM ne peut en désigner une ou a fortiori la déclarer obligatoire. Pour cette raison, l'obligation faite à l'OFCOM à l'al. 2 doit être assortie d'une réserve pour ces cas précis. Dans la mesure où aucune norme n'a été désignée ou déclarée obligatoire par l'OFCOM, les installations utilisant des technologies non encore normées doivent alors, conformément à l'al. 4, correspondre aux règles reconnues de la technique pour pouvoir être offertes et mises sur le marché. S'agissant de ce dernier alinéa, il faut également relever que le

⁸ Cf. aujourd'hui déjà les informations disponibles sur http://www.ofcom.ch/fr/funk/freq_nutzung/standorte/index.html

terme *prescriptions* a été remplacé par *exigences essentielles* pour les 2 raisons suivantes. Premièrement, les normes, spécifications, etc, dont traite cet alinéa sont liées aux exigences essentielles et non à d'autres prescriptions comme la caractérisation par exemple. Deuxièmement, le Conseil fédéral pourrait, sans avoir édicté d'exigences essentielles, adopter des prescriptions relatives à l'enregistrement, aux informations à fournir à l'utilisateur, etc.

L'al. 3 a dû être adapté en raison de la transformation de l'Office fédéral des affaires économiques extérieures en Secrétariat d'Etat à l'économie (sec).

Lorsqu'il existe des raisons relevant de la sécurité technique des télécommunications, l'al. 5 prévoit que certaines installations ne doivent être remises qu'à des personnes spécialement habilitées. Afin de rendre effective cette limitation et d'éviter que ces installations ne soient remises à des personnes non autorisées, l'OFCOM doit avoir la possibilité de déterminer aussi les modalités de la remise de ces installations (par exemple contre présentation d'un justificatif).

L'art. 32 a été complété en ce sens que le Conseil fédéral doit pouvoir prévoir des exceptions au principe contenu dans ledit article. Il n'y a en effet pas de réserve prévue lorsqu'une modification dans l'attribution des fréquences par exemple aurait pour conséquence que les installations de radiocommunication en exploitation pourraient être perturbées et perturber le service de radiocommunication nouvellement introduit.

La modification de l'art. 34 (nouvel al. 1^{bis}) a été rendue nécessaire en raison des nouvelles procédures de mise sur le marché introduites par la directive européenne 99/5/CE en matière d'installations de télécommunication (R&TTE) et reprise dans la législation suisse. Ces nouvelles procédures se faisant sous la responsabilité du fabricant et n'impliquant pas de contrôle étatique avant la mise sur le marché des installations, le temps nécessaire à prouver la non-conformité d'installations perturbatrices peut être conséquent. Dans l'intervalle, l'OFCOM doit pouvoir prendre des mesures afin d'éviter des perturbations supplémentaires. A noter que l'art. 33 ne trouve pas application, car les mesures qu'il prévoit ne peuvent être prises qu'à l'encontre d'installations non conformes.

2.1.5.2 Art. 35 à 37

Il se justifie de préciser à l'art. 36, al. 2, qu'il s'agit ici non seulement de l'utilisation conjointe d'installations de télécommunication, mais aussi d'autres installations connexes comme les canalisations de câbles ou les emplacements d'émetteurs (mâts d'antennes). En outre, il convient de donner à l'OFCOM la compétence de contraindre plusieurs fournisseurs de services de télécommunication à utiliser conjointement leurs installations avant que celles-ci ne soient construites. Le renvoi aux règles de l'interconnexion n'est enfin d'aucune utilité dans la mesure où tant l'ampleur du dédommagement que la procédure sont spécifiées à l'art. 36, al. 2.

A l'art. 37, ce ne sont pas tellement les lignes, mais surtout les canalisations de câbles qui doivent bénéficier de l'exception au principe de l'accession (art. 667, al. 1, CC) que cette disposition vise à établir. Cette précision s'avère moins nécessaire à l'art. 35 où l'installation et le déplacement des lignes comprend implicitement l'installation et le déplacement des canalisations de câbles.

2.1.6 Redevances

2.1.6.1 Art. 38

Avec la généralisation de l'obligation d'annoncer, tous les fournisseurs de services de télécommunication doivent participer au financement du service universel, et non seulement les concessionnaires de services de télécommunication comme c'est le cas aujourd'hui, ce qui apparaît d'ailleurs plus équitable. Le Conseil fédéral pourra toutefois exonérer les fournisseurs dont le chiffre d'affaires est marginal.

La référence au chiffre d'affaires soumis à la TVA doit être abandonnée. En effet, les prestations de télécommunication ne sont pas définies de la même manière dans la loi sur la TVA (RS 641.20) et dans la LTC. D'autre part, les services de la TVA disposent du chiffre d'affaires global, alors que beaucoup de fournisseurs de services de télécommunication ont d'autres activités et qu'il est ainsi difficile de séparer le chiffre d'affaires résultant de la fourniture de services de télécommunication du chiffre d'affaires provenant de la commercialisation d'autres services. Il incombera dès lors au Conseil fédéral de prendre les dispositions nécessaires à la détermination du chiffre d'affaires des fournisseurs de services de télécommunication soumis au paiement de la redevance de service universel.

2.1.6.2 Art. 39

La notion de "classe de fréquences" (al. 2, let. a) s'étant par le passé avérée trop étroite, il convient de la remplacer par la notion plus large de "qualité des fréquences". La notion de "classe de fréquences" est clairement définie à l'art. 6 de l'ordonnance du 6 octobre 1997 sur la gestion des fréquences et les concessions de radiocommunication (OGC; RS 784.102.1), raison pour laquelle les possibilités d'interprétation sont limitées. Cela signifie qu'une fréquence dans une certaine classe de fréquences coûte le même prix partout, quelle que soit sa région d'utilisation. D'un point de vue économique, il faut toutefois partir du principe qu'une fréquence bénéficiant d'une concession pour être utilisée en zone urbaine a moins de "valeur" que si elle est utilisée en zone rurale. La notion de "qualité des fréquences" est donc introduite pour que le prix des fréquences puisse être déterminé par rapport à l'utilisation effective et aux coûts en résultant. Il s'agira ensuite de compléter l'OGC en ajoutant la définition du nouveau concept "qualité des fréquences".

L'al. 3 définissait jusqu'ici les redevances de concession comme le montant offert, déduction faite des émoluments administratifs. Il est désormais précisé que ces derniers n'englobent que les frais à payer pour l'appel d'offres, le déroulement de la procédure et l'octroi de la concession de radiocommunication. Ils ne comprennent donc pas les frais pour les dépenses consécutives, comme la gestion des fréquences, la surveillance, les modifications ou les mises à jour de concessions, etc. Ce genre de dépenses sont facturées séparément aux concessionnaires sous la forme d'émoluments. Cette façon de faire correspond à la pratique actuelle (voir art. 7 de l'ordonnance du DETEC du 22 décembre 1997 sur les émoluments dans le domaine des télécommunications; RS 784.106.12).

2.1.6.3 Art. 40

Les modifications apportées à l'al. 1 correspondent à des précisions ou à des adaptations aux tâches dévolues aux autorités compétentes par les nouvelles dispositions.

Pour l'al. 1, let. d, voir art. 12c. On pense ici à un émolument calculé en fonction du temps consacré, conformément à l'art. 3a de l'ordonnance du DETEC sur les émoluments dans le domaine des télécommunications.

Lorsqu'une tâche est déléguée à un tiers (al. 2), ce dernier doit pouvoir fixer librement le prix de ses services. Les principes de l'équivalence et de la couverture des coûts ne s'appliquent pas. Il convient toutefois de prévoir les moyens d'éviter des abus, notamment lorsque la concurrence est insuffisante.

2.1.6.4 Art. 41

Le montant des redevances dues pour le financement du service universel ne peut être fixé d'avance par le Conseil fédéral. Celui-ci ne peut qu'édicter des dispositions sur les bases de calcul.

2.1.7 Secret des télécommunications

2.1.7.1 Art. 44a

Cette nouvelle disposition vise les données qui servent à la localisation des abonnés de services de télécommunication mobiles en dehors de l'établissement de toute communication particulière. Ces données permettent en effet aux fournisseurs de services de télécommunication ou à des tiers d'offrir des prestations spécifiques liées à la présence de l'abonné dans une région déterminée, comme des informations sur le programme des cinémas ou sur les infrastructures hôtelières. A l'image de l'art. 9 de la directive «protection des données», il se justifie de prévoir une disposition spéciale à ce sujet dans la LTC limitant le traitement des données en question à la fourniture de services bien déterminés et exigeant le consentement préalable de l'abonné.

La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT, RS 780.1; cf. art. 44) n'est pas touchée par l'art. 44a. En tant que *lex specialis*, elle s'applique dans tous les cas tombant dans son champ d'application. Quant à la localisation de personnes disparues, elle sera intégrée à la prochaine modification de la LSCPT.

2.1.7.2 Art. 45a

Le *spamming* est réglé de manière générale par une modification de la loi contre la concurrence déloyale (cf. annexe). La présente disposition vise quant à elle à responsabiliser les fournisseurs de services de télécommunication. Des mesures de surveillance (art. 58 et 60) pourront ainsi être prises à leur encontre s'ils contribuent à transmettre à leurs abonnés des communications publicitaires non sollicitées. En application du principe de proportionnalité, les moyens qu'ils seront appelés à mettre en

oeuvre sur la base de l'art. 45a dépendront des possibilités techniques ainsi que des coûts liés à leur réalisation.

2.1.8 Intérêts nationaux importants

2.1.8.1 Art. 48a

Le nouvel art. 48a permet au Conseil fédéral d'imposer des conditions pour la sécurité et la disponibilité des infrastructures et des services de télécommunication, et donc d'améliorer la sécurité des télécommunications. Il est ainsi possible de prendre en compte les intérêts en matière de sécurité des télécommunications reconnus aussi bien dans l'UE⁹ qu'en Suisse¹⁰. En raison de l'évolution technologique, on ne peut guère prévoir quelles prescriptions s'imposeront à l'avenir. Aujourd'hui, des prescriptions semblent nécessaires par rapport à la disponibilité, à la saisie d'éléments de réseau non redondants et à l'obligation imposée aux exploitants de pouvoir desservir des réseaux de manière autonome également depuis la Suisse¹¹. L'art. 48a comble une lacune, dans la mesure où l'art. 46 LTC protège les droits de la personnalité contre les atteintes de l'extérieur, et l'art. 47 ne concerne que les situations extraordinaires.

2.1.9 Dispositions pénales

2.1.9.1 Art. 51

Comme expliqué à l'art. 34, les perturbations du trafic des télécommunications ou de la radiodiffusion peuvent découler d'installations électriques non conformes à la définition d'une installation de télécommunication. Celles-ci doivent donc également être comprises dans le champ d'application de l'art. 51.

2.1.9.2 Art. 52

La preuve de l'utilisation effective du spectre (al. 1, let. b) est difficile à apporter. Les appareils sont le plus souvent mis en place (établis), mais rarement exploités, voire même enclenchés lors du contrôle. A l'instar des lettres d et e, qui punissent non seulement l'exploitation mais aussi la mise en place, respectivement la mise sur le marché ainsi que l'offre, il convient de punir tant celui qui aura utilisé le spectre des fréquences sans concession, que celui qui se sera préparé à utiliser le spectre des fréquences sans concession ou en violation de celle-ci. Une telle formulation se retrouve actuellement à l'art. 70, al. 1, let. a, de la loi sur la radio et la télévision

⁹ Résolution du Conseil du 28 janvier 2002 relative à une approche commune et à des actions spécifiques dans le domaine de la sécurité des réseaux et de l'information, JO C 43 du 16.2.2002, p. 2; art. 4 de la proposition de la commission du 12.7.2000 pour une directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, COM (2000) 385 final, JO C 365 E du 19.12.2000, p. 223.

¹⁰ "Sécurité des infrastructures de radiodiffusion et de télécommunication en Suisse lors de situations extraordinaires", rapport du Conseil fédéral du 30 novembre 2001 aux Commissions de la politique de sécurité des Chambres fédérales

¹¹ Voir "Sécurité des infrastructures de radiodiffusion et de télécommunication en Suisse lors de situations extraordinaires", rapport du Conseil fédéral du 30 novembre 2001 aux Commissions de la politique de sécurité des Chambres fédérales, ch. 4.2.1.2 et 4.2.1.5.

(LRTV; RS 784.40). Quant à la modification apportée à la lettre c, elle précise le genre d'utilisation d'une ressource d'adressage qui tombe sous le coup de cette disposition.

2.1.10 Surveillance

2.1.10.1 Art. 58

Désormais, le domaine d'application de l'article 58 ne se limite plus aux concessionnaires, mais il concerne toutes les personnes soumises au droit des télécommunications. Une lacune est ainsi comblée dans le système de surveillance de la LTC puisque, selon le droit en vigueur, aucune mesure de surveillance ne peut être prise contre les fournisseurs de services de télécommunication annoncés (mais pas au bénéfice d'une concession) et contre les titulaires de numéros attribués individuellement (p.ex. 0800, 09XX), même s'ils sont également soumis à la LTC.

En outre, les fournisseurs de services de télécommunication n'utilisant pas le spectre des fréquences n'ont plus besoin d'une concession. Ces personnes viennent ainsi s'ajouter à celles qui ne sont jusqu'ici pas soumises à l'art. 58.

Pour l'instant, il n'est pas prévu de déléguer des tâches de surveillance à des organisations de droit privé (al. 1, 2^o phrase).

Le transfert de la compétence de base pour prendre des mesures de surveillance de la ComCom à l'OFCOM est une conséquence de l'élargissement du cercle des personnes visées par l'art. 58. La ComCom n'a par exemple pas de compétences en ce qui concerne les titulaires de ressources d'adressage ou en matière d'installations de télécommunication. Elle ne demeure compétente pour prendre des mesures de surveillance que dans les cas où elle a octroyé une concession.

L'alinéa 2, lettre d, est complété conformément à la réglementation européenne, ce qui résulte de l'abandon de l'obligation d'obtenir une concession pour tous les fournisseurs de services de télécommunication.

2.1.10.2 Art. 59

Comme pour les mesures de surveillance, l'obligation d'informer (al. 1) est élargie à l'ensemble des personnes soumises à la LTC (voir aussi les dispositions spécifiques de l'art. 29 pour les titulaires de ressources d'adressage ainsi que l'art. 33 pour le contrôle des installations de télécommunication).

La statistique des télécommunications (al. 2) ne concerne en revanche que les fournisseurs de services de télécommunication qui ont l'obligation de s'annoncer. La disposition correspondante est complétée afin de créer la base légale nécessaire pour pouvoir publier leurs parts de marché.

2.1.10.3 Art. 60

Conformément à l'art. 58, l'al. 1 ne concerne plus uniquement les fournisseurs de services de télécommunication, mais les entreprises en général, et notamment les titulaires de numéros attribués individuellement.

Curieusement, le texte français actuel de l'al. 1, qui se réfère à toute entreprise, est plus large que le texte allemand, qui vise uniquement les fournisseurs de services de télécommunication. Il convient de lui donner la préférence dans la mesure où il permet d'agir également contre des entreprises soumises à la loi sur les télécommunications, mais qui ne sont pas des fournisseurs de services de télécommunication (fournisseurs de services à valeur ajoutée, titulaires de concessions de radiocommunication à usage professionnel, etc...). Les particuliers qui n'exploitent pas une entreprise en la forme commerciale, comme les radio-amateurs par exemple, ne sont en revanche pas touchés par cette disposition.

La réalisation d'un bénéfice n'est plus une condition pour décréter une sanction. La sanction doit permettre d'imposer la loi, et peu importe si une entreprise réalise un bénéfice grâce à une infraction. Un éventuel bénéfice peut être pris en compte dans le cadre de la confiscation de l'avantage financier illicitement acquis (art. 58, al. 2, let. b).

L'al. 1 a également été complété de façon à ce qu'une sanction administrative puisse également être décrétée lors d'une infraction au droit applicable. Ce complément permet la prise de sanctions contre les entreprises qui ne sont pas au bénéfice d'une concession lors de graves infractions du droit, sans qu'il soit nécessaire auparavant de sommer par une décision ces entreprises de cesser l'infraction. La commission peut ainsi garantir l'application du droit des télécommunications dans un marché en rapide évolution et par rapport à des sociétés importantes et prêtes à encourir des risques.

Fixer la limite supérieure de la sanction au triple du gain réalisé du fait de l'inobservation n'est pas un critère approprié, puisque le gain ne peut souvent pas être chiffré. Il est donc remplacé par la limite supérieure déjà existante de dix pour cent du dernier chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse. La base est toutefois plus large: il ne s'agit pas uniquement du dernier chiffre d'affaires annuel, mais de la moyenne des trois derniers chiffres d'affaires annuels.

Tout comme à l'art. 58, il convient d'adapter la règle fixant les compétences respectives de l'OFCOM et de la ComCom (al. 2).

Le nouvel al. 3 mentionne les critères les plus importants pour fixer le montant de la sanction. La gravité de la contravention et la situation financière de l'entreprise concrétisent le principe généralement admis de proportionnalité.

2.1.11 Dispositions finales

2.1.11.1 Exécution; art. 62

Le nouvel al. 3 pourrait s'avérer particulièrement utile lorsque les principaux fournisseurs de services de télécommunication adoptent eux-mêmes des prescriptions techniques et administratives, notamment en matière de portabilité des numéros et de libre choix du fournisseur. La déclaration de force obligatoire devra toutefois également tenir compte des intérêts des petits fournisseurs et éviter de leur imposer des investissements disproportionnés.

2.1.11.2 Dispositions transitoires; art. 68a

Les concessions GSM, WLL et UMTS resteront valables en tant que concessions de radiocommunication. Il faudra toutefois les épurer et supprimer toutes les dispositions qui ne concernent pas strictement l'utilisation du spectre des fréquences, en particulier celles rappelant des obligations liées à la fourniture de services de télécommunication (appels d'urgence, interopérabilité, secret des télécommunications, etc...). En vertu de l'art. 24, al. 1, pourront toutefois demeurer les obligations spécifiques d'itinérance et de couverture du territoire et de la population.

2.2 Modification du droit en vigueur; art. 3 LCD

La nouvelle lettre n vise à donner suite à la motion Sommaruga (00.3393: Mesures "antispamming". Multipostage abusif). Elle concrétise le modèle "*opt-in*" prévu à l'art. 13 de la directive "protection des données" et va ainsi plus loin que l'actuel art. 65, al. 1, OST (modèle "*opt-out*"). Sont concernées toutes les formes de communications électroniques (téléphone, télécopie, SMS, e-mails), qu'elles soient faites en masse ou de manière individuelle et personnalisée. La réglementation de cette question dans la LCD plutôt que dans la LTC se justifie par le fait que ce sont avant tout les utilisateurs (et non les fournisseurs) de services de télécommunication qui sont ici visés. Dans une décision récente, la Commission suisse pour la loyauté a jugé qu'un message publicitaire envoyé par courrier électronique à une personne qui n'a pas donné son consentement ou qui ne se trouve pas dans une relation commerciale avec l'auteur du message constituait une pratique déloyale au sens de la LCD. Lorsque la personne destinataire du message publicitaire se trouve dans une relation commerciale avec l'auteur du message, elle conserve en tout temps la possibilité d'indiquer qu'elle ne souhaite plus recevoir de lui des messages publicitaires. Les dispositions de droit civil et de droit pénal prévues par la LCD sont bien sûr applicables.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour les finances et le personnel

3.1.1 Conséquences pour la Confédération

La suppression des concessions de services de télécommunication entraînera une diminution des tâches correspondantes de l'OFCOM et de la ComCom. Cette diminution devrait être compensée par l'accroissement des tâches de surveillance sans qu'il soit toutefois nécessaire de faire appel à du personnel supplémentaire. En revanche, le renforcement des obligations des fournisseurs dominants et l'introduction d'une réglementation *ex ante* exigera l'engagement de spécialistes dans le domaine de l'analyse des marchés et du calcul des coûts. Si les procédures de règlement des différends entre fournisseurs de services de télécommunication devraient logiquement perdre de leur importance, la conciliation des litiges entre fournisseurs et utilisateurs nécessitera également du personnel supplémentaire. Le besoin supplémentaire en personnel ne devrait toutefois pas excéder l'équivalent de six postes complets.

Dans tous les cas, les coûts supplémentaires en résultant pour les autorités compétentes seront couverts par le secteur lui-même à travers la perception d'émoluments.

3.1.2 Frein aux dépenses

On rappellera que l'art. 19 (compensation financière pour le service universel), auquel le projet n'apporte pas de modifications substantielles, est soumis au régime du frein aux dépenses (cf. Message du Conseil fédéral du 10 juin 1996 concernant la révision de la loi sur les télécommunications; FF 1996 III 1425).

3.1.3 Conséquences pour les cantons et les communes

Le projet ne modifie pas la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. Les cantons et les communes continueront d'être essentiellement concernés par les procédures liées à l'utilisation du domaine public et à l'octroi de permis de construire pour la mise en place d'installations de télécommunication. Tout au plus pourrait-on envisager une plus grande mise à contribution des tribunaux civils dans le cadre de l'exécution des accords en matière d'accès et d'interconnexion (cf. art. 11, al. 4), dans la mesure où les litiges liés à la conclusion de ces accords auront eux certainement tendance à diminuer (cf. ch. 3.1.1). Dans tous les cas, cela ne devrait pas atteindre des proportions telles qu'il faille envisager des ressources financières et humaines accrues, surtout qu'à l'inverse, l'instauration d'une procédure de conciliation devrait contribuer à la diminution des cas portés par les utilisateurs devant le juge civil.

3.2 Conséquences économiques

3.2.1 Conséquences pour les différentes catégories d'acteurs de la vie économique et sociale

Grâce à la suppression des concessions de services de télécommunication, les entreprises entrant sur le marché et n'utilisant pas le spectre des fréquences de radiocommunication n'auront plus besoin de constituer un dossier, d'envoyer une demande et d'attendre le feu vert des autorités avant que de démarrer leurs activités. Elles gagneront donc ainsi du temps et de l'argent. Par ailleurs, le nouveau régime aura pour effet de répercuter l'éventuel financement du coût du service universel sur tous les fournisseurs de services de télécommunication actifs sur le marché et non plus sur les seuls fournisseurs détenteurs d'une concession. Cette répartition, plus égalitaire, présente l'avantage de ne pas pénaliser ceux qui prennent le plus de risques en investissant dans une infrastructure et, corrélativement, de ne pas les inciter à réorganiser leurs activités¹² de manière à se soustraire partiellement au paiement des redevances.

En évitant de longues et coûteuses procédures à l'issue incertaine, l'instauration de règles de type *ex ante* dans le domaine de l'accès et de l'interconnexion permettra aux nouveaux arrivants de prendre des décisions relatives à la nature des processus de production mis en œuvre dans un environnement plus transparent et plus stable, ce qui favorisera une allocation plus efficace des ressources.

Suite à l'introduction des nouvelles règles visant à relancer et à stimuler la concurrence, la position privilégiée que détient l'opérateur historique devrait naturellement s'éroder.

¹² Par exemple, en créant des entreprises soumises au régime de l'annonce.

Néanmoins, ces changements constitueront également pour lui une chance puisqu'ils l'inciteront à ne pas relâcher ses efforts dans la course à l'efficacité. Les stimulations nécessaires au maintien à long terme de la compétitivité de l'entreprise seront donc bien présentes et ne manqueront pas de jouer un rôle positif.

Une concurrence accrue sur le marché des télécommunications présentera indéniablement des avantages pour les entreprises et les particuliers (prix plus bas, émergence de nouveaux services susceptibles de mieux satisfaire les demandes, ...). Par ailleurs, l'obligation faite aux fournisseurs de services de télécommunication de publier des données relatives à la qualité des prestations et la création d'un organe de conciliation permettront de fluidifier le marché et de réduire les coûts de transaction.

3.2.2 Implications pour l'économie dans son ensemble

On relèvera que les mesures préconisées ont pour vocation essentielle d'améliorer les conditions générales de fonctionnement du marché. Leur succès n'est donc pas garanti de facto. Il sera tributaire des modalités exactes d'application et dépendra largement de la présence sur le marché d'opérateurs alternatifs dotés d'une véritable capacité d'action ainsi que de la disposition à payer des consommateurs pour de nouveaux services.

Une intensification de la concurrence, au cas où elle devrait se concrétiser, exercera une pression sur les coûts de fourniture des services de télécommunication et stimulera l'innovation, tant sur le plan commercial que technologique. Il en résultera une allocation plus efficace des ressources, des prix plus bas et une optimisation du bien-être des consommateurs.

Sachant que 2 à 4% des coûts directs des entreprises européennes sont imputables aux équipements et services de télécommunication¹³, la possibilité de recourir à une palette de services de télécommunication différenciés offerts à des prix concurrentiels devrait accroître la productivité des entreprises et renforcer leur compétitivité au niveau international. Si tous les secteurs d'activités seront susceptibles de tirer profit de conditions plus attractives, l'impact le plus important devrait néanmoins se manifester dans les secteurs de la haute technologie et des services à forte valeur ajoutée, comme la finance, les assurances, la recherche et le développement, soit des secteurs aptes à stimuler la croissance et à créer des emplois.

En principe, les nouveaux services, notamment les services à large bande, seront d'abord destinés aux entreprises et au segment supérieur du marché des usagers. Cependant, avec l'expansion du marché, il sera possible de réaliser des économies d'échelle ce qui entraînera une baisse des prix des services, lesquels deviendront accessibles à une plus grande partie de la population. Ainsi, un pas de plus en direction de la société de l'information telle qu'elle a été désirée par le Conseil fédéral¹⁴ sera franchi.

Enfin, la volonté politique d'instaurer une plus grande concurrence et de renforcer l'euro-compatibilité de notre réglementation permettra également d'émettre un signal positif. Cela soulignera l'importance que notre pays attache à des notions telles que

¹³ Source : Analysys, Report Number 01-263, 25. September 2001, p. 53.

¹⁴ Cf. Stratégie du Conseil fédéral pour une société de l'information en Suisse, 18 février 1998.

l'ouverture et la concurrence, ce qui ne manquera pas de renforcer l'attrait de la place économique suisse et d'attirer de nouveaux investisseurs.

3.2.3 Aspects pratiques de l'exécution

La mise en œuvre des mesures préconisées entraînera une réorganisation des tâches pour les organes concernés (OFCOM et ComCom) et nécessitera la création de nouveaux postes de travail. Il convient cependant de souligner que les mesures présentant l'impact le plus significatif, soit le renforcement des obligations des fournisseurs dominants ainsi que l'introduction de règles de type *ex ante*, ont pour objectif essentiel d'accompagner la transition qui sépare un marché dominé par un monopole étatique à celui où règne une concurrence efficace. Au fur et à mesure que la concurrence s'installera au niveau des infrastructures, le poids de ces changements devrait perdre de son importance. Ces nouvelles mesures tomberont définitivement en désuétude le jour où plus aucun opérateur n'occupera une position dominante sur les marchés jugés pertinents.

3.3 Autres conséquences

Le rapprochement du droit suisse de celui de l'Union européenne permettra à l'OFCOM de continuer de partager ses expériences avec ses homologues européens et de jouer un rôle actif au sein de l'IRG (*Independent Regulators Group*), respectivement de l'ERG (*European Regulators Group*) créé par la Commission européenne dans le cadre de la mise en place des nouvelles directives. De même, la conclusion d'un accord bilatéral avec l'Union européenne dans le domaine des services en sera grandement facilitée. La position de la Suisse au sein de l'Organisation mondiale du commerce pourra également de la sorte être renforcée.

4 Programme de la législature

Le projet n'est pas mentionné dans le rapport sur le Programme de la législature 1999-2003 (FF 2000 2168). Il devrait toutefois faire l'objet du prochain programme de législature.

5 Rapports avec le droit européen

L'Union européenne a révisé son cadre réglementaire relatif aux télécommunications. Désormais, le secteur des communications électroniques sera régi par les textes suivants:

- Règlement (CE) N° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale¹⁵;

¹⁵ JO L 336 du 30.12.2000, p. 4

- 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 (directive “cadre”)¹⁶;
- 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 (directive “accès”)¹⁷;
- 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 (directive “autorisation”)¹⁸;
- 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 (directive “service universel”)¹⁹;
- Directive 2002/.../CE du Parlement européen et du Conseil du ... concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive “protection des données”)²⁰;
- Décision 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 (décision “spectre radioélectrique”)²¹;
- Directive 2002/.../CE de la Commission du ... relative à la concurrence dans les marchés des services de communications électroniques (directive “...”)²².

Le règlement relatif au dégroupage de la boucle locale est directement applicable et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Quant aux directives du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002, les Etats membres ont jusqu'au 24 juillet 2003 pour les transposer dans leur droit national.

Le projet de modification de la LTC est en grande partie marqué par la volonté d'adapter notre législation à celle de l'Union européenne (cf. ci-dessus ch. 1.1.1). Il n'en reprend toutefois pas l'intégralité. En particulier, lorsque la ComCom désigne un fournisseur de services de télécommunication comme étant dominant sur un marché, les obligations spécifiques auxquelles ce fournisseur est tenu sont fixées dans la loi. Dans les Etats membres de l'Union européenne, l'autorité réglementaire nationale dispose d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer les obligations spécifiques qu'elle entend imposer au fournisseur dominant parmi celles qui sont prévues par les directives (cf. notamment art. 8, par. 2 et 4, de la directive «accès»). L'octroi d'un tel pouvoir d'appréciation à la ComCom ne semble toutefois pas approprié dans la mesure où c'est la qualification même de fournisseur dominant qui doit entraîner un certain nombre d'obligations spécifiques et non une évaluation des circonstances particulières.

¹⁶ JO L 108 du 24.04.2002, p. 33

¹⁷ JO L 108 du 24.04.2002, p. 7

¹⁸ JO L 108 du 24.04.2002, p. 21

¹⁹ JO L 108 du 24.04.2002, p. 51

²⁰ Cette directive n'est pas encore adoptée; voir la proposition de directive publiée au JO C 365 E du 19.12.2000, p.223

²¹ JO L 108 du 24.04.2002, p. 1

²² Cette directive n'est pas encore adoptée; voir le projet de directive publié au JO C 96 du 27.03.2001, p. 2

De même, en dehors des prestations relevant du service universel (cf. art. 17, al. 2, LTC) et des services à valeur ajoutée (art. 12*b* du projet), il n'est pas prévu de système de contrôle des prix de détail (cf. art. 16, par. 1, let. a, et art. 17 de la directive «service universel»). Les instruments disponibles au niveau des prix de gros des fournisseurs dominants (orientation en fonction des coûts) ainsi que les dispositions de la loi sur les cartels (pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante) et de la loi contre la concurrence déloyale (indication des prix au consommateur) devraient suffire à garantir des prix équitables selon les lois du marché. Par ailleurs, une réglementation détaillée du contrat de fourniture de services de télécommunication telle qu'elle est prévue dans l'Union européenne (cf. art. 20 de la directive «service universel») constituerait une intervention excessive dans les rapports de droit privé entre fournisseurs et utilisateurs.

En dépit de ces différences, le projet est dans son ensemble compatible avec les dispositions européennes. Dans le cadre des prochaines négociations bilatérales sur les services, il faut toutefois s'attendre à ce que l'Union européenne exige une reprise de l'acquis communautaire la plus large possible. Il n'est donc pas exclu qu'il faille revenir sur ces différences et procéder aux adaptations nécessaires du droit suisse.

6 Bases juridiques

6.1 Constitutionnalité

La LTC a pour base juridique l'art. 92 de la constitution fédérale. Les modifications proposées se fondent sur la même disposition constitutionnelle. En outre, la modification de la loi contre la concurrence déloyale s'inscrit dans le cadre des dispositions constitutionnelles qui lui servent de base (art. 95, 97, 122 et 123 cst.).

6.2 Délégation de compétences législatives

Les modifications proposées délèguent au Conseil fédéral la réglementation des points suivants:

- modalités de l'annonce et mise à jour régulière de la liste des fournisseurs de services de télécommunication (art. 4, al. 4);
- nature des informations comptables et financières que doivent produire les fournisseurs de services de télécommunication dominants et principes qui doivent régir leur présentation (art. 11*a*);
- obligation des fournisseurs de services de télécommunication de publier des informations sur la qualité de leurs services (art. 12*a*);
- fixation de prix plafonds pour les services à valeur ajoutée (art. 12*b*);
- procédure de conciliation (art. 12*c*, al. 4);
- traitement des données personnelles par la ComCom et l'OFCOM (art. 13*a*, al. 3);
- obligation de tenir un annuaire universel des abonnés du service téléphonique public (art. 16, al. 1, let. d);
- obligations des fournisseurs de prestations relevant du service universel (art. 21*a*);

- instauration d'un service de règlement des différends dans le cadre de la délégation de la gestion de ressources d'adressage à des tiers (art. 28, al. 2);
- exceptions pour la mise en place et l'exploitation d'une installation de télécommunication (art. 32);
- exonération du paiement de la redevance servant au financement du service universel et modalités de la fourniture des informations nécessaires à la répartition et au contrôle des frais non couverts du service universel (art. 38, al. 3 et 4);
- modalités du financement du service universel (art. 41, al. 1);
- sécurité et disponibilité des installations et des services de télécommunication (art. 48a);

En outre, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) reçoit la compétence de fixer des prix plafonds pour les services d'un organisme chargé d'accomplir une tâche de droit public (art. 40, al. 2).

Enfin, l'art. 62, al. 3, délègue à la ComCom la compétence de donner force obligatoire aux conventions multilatérales des fournisseurs de services de télécommunication.