

03.0xx

**Message
relatif à la modification de la loi
sur les télécommunications
(LTC)**

du 12 novembre 2003

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous priant de l'adopter, une modification de la loi sur les télécommunications (LTC).

Par la même occasion, nous vous proposons de classer l'intervention parlementaire suivante:

2001 M 00.3393 Mesures «anti-spamming». Multipostage abusif
(N 6.10.00, Sommaruga; E 15.3.01)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

12 novembre 2003 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Pascal Couchepin
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

La libéralisation du marché suisse des télécommunications est intervenue le 1^{er} janvier 1998. Elle a permis un choix plus grand de prestations pour le consommateur et les prix ont connu une baisse notable, en particulier dans le secteur des communications téléphoniques sur réseau fixe. La téléphonie mobile a connu un essor considérable, suivie par les services de données à large bande permettant un accès rapide à l'internet. Toutes les régions du pays ont profité de l'ouverture des marchés à la concurrence, le service universel jouant son rôle de garde-fou.

Le processus de libéralisation qui a occasionné ces développements positifs s'essouffle cependant, par le fait que l'opérateur historique possède l'infrastructure donnant un accès direct aux clients (réseau de raccordement). Il convient dès lors d'assurer aux nouveaux entrants un accès équitable à l'infrastructure et aux services du fournisseur dominant et de leur permettre d'investir dans les technologies qui leur semblent les plus favorables. Ils pourront ainsi offrir à leurs clients des services propres taillés sur mesure. Par voie d'ordonnance, le Conseil fédéral a déjà ouvert le dernier kilomètre à la concurrence (dégrouper de la boucle locale). Il propose encore au Parlement de régler de manière générale toutes les questions liées à l'accès aux ressources et services du fournisseur dominant.

Le présent projet de modification de la loi sur les télécommunications (LTC) s'inspire largement du nouveau cadre réglementaire de l'Union européenne. Il n'en reprend toutefois pas tous les instruments. En particulier, le Conseil fédéral renonce à proposer l'introduction de dispositions de type ex ante permettant au régulateur, d'une part, d'intervenir d'office dans la définition des marchés pertinents et dans la désignation des fournisseurs dominants sur ces marchés et, d'autre part, d'imposer à ces fournisseurs des obligations spécifiques. Comme c'était le cas jusqu'à présent, les relations entre fournisseurs de services de télécommunication continueront d'être réglées par les parties elles-mêmes. Ce n'est que si l'une d'entre elles le demande que la Commission fédérale de la communication (ComCom) pourra intervenir, après avoir requis l'avis de la Commission de la concurrence, et imposer au fournisseur dominant les obligations qui lui incombent de par la loi.

Le projet reprend en revanche du nouveau droit européen le système de l'autorisation générale et prévoit l'abrogation du régime des concessions de services de télécommunication et la généralisation de l'obligation d'annoncer (notification des services). Des concessions seront toujours nécessaires pour l'obligation de fournir le service universel et pour l'utilisation du spectre des fréquences radioélectriques.

Tout un pan du projet est consacré à la protection des consommateurs et à la protection des données personnelles. Le Conseil fédéral propose l'institution d'un organe de conciliation chargé de résoudre les litiges entre les utilisateurs et les fournisseurs de services de télécommunication ou de services à valeur ajoutée. L'OFCOM pourra confier la création d'un tel organe aux milieux intéressés. Par ailleurs, il est proposé de modifier la loi contre la concurrence déloyale (LCD) pour

y poser le principe de l'interdiction de l'envoi en masse, par voie de télécommunication, de messages publicitaires non sollicités (spamming).

Les mesures proposées visent à stimuler la concurrence sur le marché des télécommunications et à augmenter la transparence pour les consommateurs, ce qui devrait également entraîner des répercussions bénéfiques sur l'ensemble de l'économie et, en définitive, améliorer l'attrait de la place économique suisse. La présente modification est compatible avec la position de notre pays dans le cadre d'organisations internationales (OMC, OCDE) et devrait améliorer notre position dans nos relations avec l'Union européenne (négociations bilatérales).

Message

1 **Partie générale**

1.1 **Contexte**

1.1.1 **L'évolution du marché suisse des télécommunications depuis 1998**

L'ouverture du marché, survenue le 1^{er} janvier 1998, a considérablement modifié le paysage des télécommunications dans notre pays. Ainsi, après des décennies de monopole étatique, plus de 300 fournisseurs de services de télécommunication sont actuellement actifs sur le marché suisse¹. De tailles diverses et œuvrant sur des marchés différents, ces nouveaux acteurs ont permis, grâce à leur présence, d'étoffer singulièrement la palette des services à la disposition des consommateurs et des entreprises. De toute évidence, la clientèle a apprécié les nouvelles possibilités de choix qui lui étaient offertes et les opérateurs alternatifs ont su peu à peu gagner leur confiance. Ainsi, à la fin du troisième trimestre de l'année 2002, les nouveaux entrants actifs sur le réseau fixe détenaient une part de marché estimée approximativement à 28 % pour les communications locales, à 32 % pour les communications nationales, à 46 % pour les communications internationales et à 36 % pour les appels émis du réseau fixe en direction du réseau mobile². Quant aux nouveaux opérateurs présents sur le marché de la téléphonie mobile, ils avaient conquis un peu moins de 40 % de parts de marché à la fin de l'année 2002³.

Globalement, l'émergence puis le développement de la concurrence a également eu une incidence positive sur le niveau des prix. Lorsqu'on examine l'évolution de l'indice des prix à la consommation des services de télécommunication, on constate qu'il a baissé de 31,2 % entre janvier 1998 et mars 2003. L'évolution est cependant très contrastée selon la période considérée. Si la baisse des prix a été modeste la première année (environ 2,6 %), elle s'est ensuite fortement accélérée en 1999 (moins 15 % approximativement) et en 2000 (moins 16 %). Depuis, les prix se sont stabilisés⁴.

Grâce à la libéralisation – ou malgré elle –, les entreprises de la branche ont continué à investir dans les infrastructures. Suite à l'installation de raccordements numériques de type RNIS⁵, le nombre de canaux d'accès a ainsi sensiblement augmenté depuis

¹ Source: OFCOM, Statistiques des télécommunications, Evolution jusqu'au 31 décembre 2002 pour certains indicateurs, Recueil de sources diverses, Bienne, mai 2003, p. 49. Ce document est disponible sur le site de l'OFCOM:

<http://www.bakom.ch/fr/telekommunikation/statistik/publikationen/index.html>.

² Ces informations sont extraites d'une présentation publiée sur le site de Swisscom sous le titre «Simply Steady, Simply Solid, Simply Swisscom» et datée du 21 novembre 2002.

³ Soit 37,1 % exactement. Source: OFCOM, Statistiques des télécommunications, Evolution jusqu'au 31 décembre 2002 pour certains indicateurs, Recueil de sources diverses, Bienne, mai 2003, p. 18.

⁴ Cet indice est calculé par l'Office fédéral de la statistique et comprend la téléphonie fixe et la téléphonie mobile ainsi que l'accès à l'internet. Source: OFCOM, Statistiques des télécommunications, Evolution jusqu'au 31 décembre 2002 pour certains indicateurs, Recueil de sources diverses, Bienne, mai 2003, p. 21.

⁵ Réseau numérique à intégration de services.

le début de la libéralisation⁶. En matière de téléphonie mobile, le taux de desserte, exprimé en pourcentage de la superficie du territoire national, s'est également amélioré. Fin 2001, 80 % du territoire national étaient couverts par les réseaux de radiocommunication mobiles (réseaux GSM) contre 70 % fin 1998. Relevons encore qu'à l'heure actuelle la quasi-intégralité de la population (99 %) a accès aux services fournis par de tels réseaux⁷. En comparaison internationale, la Suisse est extrêmement bien dotée du point de vue des infrastructures. En 2001, elle se trouvait en effet en troisième position de tous les pays de l'OCDE, juste après le Luxembourg et la Suède, pour ce qui relève du nombre de canaux de télécommunication (canaux fixes et canaux mobiles) pour 100 habitants⁸.

La libéralisation du marché suisse des télécommunications a également contribué à créer un environnement favorable à l'essor de la société de l'information. Preuve en est le vif succès remporté par l'internet; en effet, un tiers de la population, actuellement, a contracté un abonnement auprès d'un fournisseur d'accès à l'internet alors que ce chiffre n'était que de 1 % à la fin 1997⁹. L'usage de l'internet, confidentiel au départ, s'est donc largement généralisé, au point que les usagers sont devenus plus gourmands en vitesse de transmission. Ainsi, le nombre de raccordements à large bande (accès ADSL et accès par modem-câble) a crû de manière soutenue en 2001 et 2002¹⁰.

Les conditions plus favorables créées par la libéralisation du marché et la concurrence qu'elle a permise ont largement modifié les comportements et ont stimulé la consommation de services de télécommunication, l'exemple le plus frappant étant indéniablement celui de la téléphonie mobile. On rappellera en effet qu'entre la fin de l'année 1997 et la fin de l'année 2002, le taux de pénétration des raccordements mobiles a plus que quintuplé, passant de 14,7 % à 79,1 % (estimation)¹¹. Quant aux SMS, qui ne sont autres qu'un produit dérivé, leur usage a littéralement explosé au cours de ces dernières années (plus de 3 milliards de SMS ont été envoyés en 2001¹²). En termes de recettes des télécommunications publiques par habitant, la Suisse se trouvait dans le peloton de tête des pays de l'OCDE en 2001¹³. On relèvera qu'un tel indicateur illustre d'un point de vue global l'effet

⁶ Le nombre de canaux d'accès est en effet passé de 4 688 000 fin 1997 à approximativement 5 419 000 fin 2002. Source: OFCOM, Statistiques des télécommunications, Evolution jusqu'au 31 décembre 2002 pour certains indicateurs, Recueil de sources diverses, Bienne, mai 2003, p. 10.

⁷ Source: OFCOM, Statistique officielle des télécommunications 2001, Bienne, mai 2003, p. 26. Ce document est disponible sur le site de l'OFCEM: <http://www.bakom.ch/fr/telekommunikation/statistik/publikationen/index.html>.

⁸ Source: OCDE, Perspectives des communications de l'OCDE 2003, Paris, mai 2003, p. 88.

⁹ Source: OFCOM, Statistiques des télécommunications, Evolution jusqu'au 31 décembre 2002 pour certains indicateurs, Recueil de sources diverses, Bienne, mai 2003, p. 43.

¹⁰ Si fin 2000 on comptait 48 466 raccordements de ce type, il y en avait en revanche déjà 455 220 à la fin de l'année 2002. Source: OFCOM, Statistiques des télécommunications, Evolution jusqu'au 31 décembre 2002 pour certains indicateurs, Recueil de sources diverses, Bienne, mai 2003, p.12.

¹¹ Source: OFCOM, Statistiques des télécommunications, Evolution jusqu'au 31 décembre 2002 pour certains indicateurs, Recueil de sources diverses, Bienne, mai 2003, p. 16.

¹² Source: OFCOM, Statistique officielle des télécommunications 2001, Bienne, mai 2003, p. 29.

¹³ Source: OCDE, Perspectives des communications de l'OCDE 2003, Paris, mai 2003, p. 66.

stimulant qu'ont eu la diversification de l'offre et la baisse des prix sur la consommation.

L'émergence puis le développement de la concurrence a également eu une incidence positive sur le nombre d'emplois dans la branche, celui-ci étant passé de 22 145 en 1997 à 24 772 fin 2001¹⁴. Vu la situation conjoncturelle, l'on ne peut exclure qu'un certain tassement se soit produit en 2002 et au cours du premier semestre 2003. On signalera également que les entreprises actives sur le marché suisse des télécommunications sont dans l'ensemble très compétitives. Selon un indicateur de productivité calculé par l'OCDE, le chiffre d'affaires par employé plaçait la Suisse en troisième position de tous les pays de l'OCDE pour l'année 2001¹⁵. Quant à l'entreprise Swisscom, force est de constater qu'elle n'a pas perdu de plumes depuis l'ouverture du marché. En dépit de la morosité ambiante et comparativement à la plupart de ses homologues étrangers, l'opérateur historique affiche une excellente santé financière.

Comme on a pu le constater, la libéralisation du marché des télécommunications et la concurrence qu'elle a permise ont déployé de nombreux effets positifs. La diversification de l'offre, l'augmentation de l'éventail de services ainsi que la baisse des prix ont largement profité à l'ensemble des consommateurs et entreprises de notre pays, et ce quelle que soit leur localisation territoriale. C'est là un point à mettre en exergue alors qu'on craignait que la libéralisation ne risque de préjudicier la situation de certaines catégories d'utilisateurs, tels ceux disposant de revenus modestes ou résidant dans les régions périphériques.

A ces développements positifs, il convient cependant de mettre un certain nombre de bémols. En effet, plus de cinq ans après l'ouverture du marché, force est de constater que l'opérateur historique, Swisscom, occupe toujours une position dominante sur nombre de marchés relatifs à la fourniture de services sur réseau fixe et que la concurrence a tendance à stagner¹⁶. La situation s'avère en particulier préoccupante sur les marchés du raccordement et de la téléphonie locale. En effet, à la fin de l'année 2002, l'entreprise Swisscom fournissait encore la quasi-totalité des raccordements à bande étroite dans notre pays. Quant au marché de la téléphonie locale, on soulignera que la perte de parts de marché observée entre 2001 et 2002 (diminution de 82 % à, approximativement, 72 %) est moins le fruit d'un regain de concurrence que celui d'un changement imposé au niveau des conditions-cadres. En effet, depuis l'introduction du nouveau plan de numérotation, survenue à la fin du mois de mars 2002¹⁷, la plupart des clients ayant présélectionné un opérateur alternatif recourent désormais exclusivement aux services de ce dernier et ne passent

¹⁴ Source: OCDE, Perspectives des communications de l'OCDE 2003, Paris, mai 2003, p. 222.

¹⁵ Source: OCDE, Perspectives des communications de l'OCDE 2003, Paris, mai 2003, p. 217.

¹⁶ A cet égard, on relèvera qu'à la fin du troisième trimestre de l'année 2002, Swisscom détenait une part de marché estimée approximativement à 72 % pour les communications locales (contre 84 % en 2000 et 82 % en 2001), à 68 % pour les communications nationales (69 % en 2000 et 68 % en 2001), à 54 % pour les communications internationales (57 % en 2000 et 2001) et à 64 % pour les appels émis du réseau fixe en direction du réseau mobile (68 % en 2000 et 65 % en 2001). Ces informations sont extraites de deux présentations publiées sur le site de Swisscom, soit:
a) Company Presentation, «Solid as a Rock», 11 January 2002;
b) «Simply Steady, Simply Solid, Simply Swisscom», 21 November 2002.

¹⁷ La nouvelle plan de numérotation a notamment eu pour conséquence de rendre indispensable la composition de l'indicatif pour les appels locaux.

donc plus par Swisscom pour leurs communications locales. Enfin, il convient de mentionner que la disparition du tarif local, survenue dans le sillage de l'entrée en vigueur du nouveau plan de numérotation, a provoqué une augmentation du prix des communications locales.

Sur le marché tout récent des services de raccordement à l'internet à haut débit, la situation semble être moins préoccupante, puisque le nombre de raccordements ADSL a connu récemment une croissance réjouissante (195 220 abonnements fin 2002 contre 33 379 fin 2001¹⁸). Malgré tout, l'offre de services xDSL disponible sur le marché présente la caractéristique d'être relativement homogène, ce qui s'explique par le fait que les opérateurs alternatifs sont dépendants des services en gros livrés par Swisscom. Leur marge de manœuvre est donc extrêmement étroite et l'on ne peut que craindre l'influence inhibitrice que cela pourrait avoir sur le développement à long terme du marché, notamment en termes d'innovation technologique et commerciale. Afin que le développement de la concurrence ne s'enlise pas et que les consommateurs et entreprises ne soient pas à terme privés de ses bienfaits, il s'avère opportun de prendre des mesures visant à pallier certaines carences réglementaires.

1.1.2 Les déficits de la réglementation actuelle

1.1.2.1 Etat de la concurrence

On doit donc se résoudre à admettre que tout ne va pas pour le mieux sur le marché suisse des télécommunications et que la concurrence éprouve certaines difficultés à prendre racine et à déployer ses effets positifs sur quelques segments du marché. On relèvera que ces difficultés 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 très élevés de construction des infrastructures, il est en effet difficile, voire impossible, pour les nouveaux entrants de rivaliser à armes égales avec l'opérateur historique, lequel a pu déployer son réseau durant une très longue période tout en bénéficiant de la protection de droits exclusifs et en recourant à ses rentes pour assurer le financement. Les barrières à l'entrée sur le marché étant difficiles à surmonter, les fournisseurs alternatifs sont donc largement tributaires des services fournis par l'opérateur historique pour pouvoir offrir leurs propres services aux abonnés finals. Cette relation de dépendance se vérifie non seulement pour la téléphonie, mais également pour les services de données à large bande, permettant notamment l'accès à l'internet à haut débit, offerts grâce aux techniques de revalorisation de la ligne d'abonné (xDSL) ou par l'entremise de lignes louées.

Le problème de la barrière à l'entrée que constitue l'infrastructure est encore aggravé par le fait que les technologies substitutives telles que les réseaux câblés (CATV), les réseaux locaux sans fil (Wireless Local Loop) ou le réseau électrique (Power Line Communication), qui permettraient également de fournir des services de détail directement aux abonnés, ne sont pas encore parvenues à remplir les attentes qu'elles avaient suscitées au départ et ne constituent pas, à l'heure actuelle,

¹⁸ Source: Swisscom, Rapport annuel 2002, L'essentiel en bref.

une alternative réelle au réseau de raccordement de l'opérateur historique¹⁹. Certes, le 18 février 2003, Cablecom a lancé un nouveau service intitulé «cablecom digital phone» qui permet de téléphoner par l'entremise du modem-câble. S'il s'agit d'une première qui laisse augurer les plus grands espoirs, il convient cependant de ne pas oublier que ce produit est encore en phase de lancement²⁰ et que le réseau de Cablecom est loin de couvrir l'ensemble du territoire, contrairement à celui de l'entreprise Swisscom²¹. Dans ces perspectives, il est difficile d'appréhender l'évolution future de ce service et, plus encore, d'évaluer l'impact définitif qu'il aura sur le marché de la téléphonie sur réseau fixe. En parallèle, les câblo-opérateurs offrent depuis un certain temps déjà la possibilité de se raccorder à l'internet via le modem-câble et connaissent d'ailleurs dans ce domaine un succès certain²². La pression concurrentielle exercée par les câblo-opérateurs sur le marché des raccordements à large bande s'avère réjouissante et a déjà induit certains effets positifs. En effet, on peut subodorer que cette pression, conjuguée avec la probabilité que l'obligation de dégroupage de la boucle locale soit introduite, a très largement incité l'entreprise Swisscom à procéder aux investissements nécessaires à l'extension du taux de couverture de l'ADSL. Par ailleurs, on a pu observer, au printemps 2002, des baisses de prix significatives sur le marché de détail. Malgré ces développements satisfaisants, il convient de rester attentif au fait que certaines parties du territoire suisse ne sont pas desservies par des réseaux câblés permettant d'établir une communication bidirectionnelle, c'est-à-dire offrant la possibilité de se raccorder à l'internet à haut débit, et que d'autres ne disposent tout simplement pas de tels réseaux. Enfin, les risques de saturation du réseau câblé sont relativement élevés puisque plus il y a de clients, plus il faut investir pour accroître la bande passante, ce qui ne va pas forcément de soi²³. Dans ces circonstances, il paraît légitime de favoriser l'adoption de mesures susceptibles de stimuler l'émergence et le développement d'une concurrence saine et durable sur l'ensemble du territoire.

Parmi ces mesures figurent le dégroupage de la boucle locale ainsi que l'interconnexion des lignes louées, mesures qui ne s'adressent qu'à l'opérateur jouissant d'une position dominante sur le marché. En ce qui concerne le deuxième cas, on rappellera que le Tribunal fédéral avait jugé que le droit alors en vigueur en matière d'interconnexion ne permettait pas d'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 ComCom n'avait pu que constater son impuissance et avait été contrainte de rejeter la demande d'interconnexion de TDC (Sunrise) portant sur le dégroupage de la boucle locale.

¹⁹ Le lecteur qui souhaite disposer d'un panorama sur les diverses technologies d'accès à la large bande ainsi que sur leurs possibilités d'utilisation consultera avec intérêt le document suivant: OFCOM, Technologies à large bande: point sur la situation en Suisse, Bienne, juillet 2002, http://www.bakom.ch/imperia/md/content/francais/medieninformationen/mediengesprch02/breitbandbericht_f.pdf.

²⁰ En avril 2003, cette offre était limitée à une centaine d'utilisateurs dans le cadre d'un «consumer test launch».

²¹ On estime que le réseau de Cablecom dessert approximativement 40 % des ménages suisses. Ce réseau n'est par ailleurs pas encore équipé de manière à permettre l'établissement de communications bidirectionnelles partout.

²² Fin décembre 2002, les câblo-opérateurs enregistraient 260 000 raccordements à l'internet (cf. www.swisscable.ch).

²³ Une des grandes différences entre le réseau filaire de Swisscom et celui des câblo-opérateurs réside dans le fait que dans le premier cas chaque client dispose en exclusivité d'une ligne de raccordement alors que dans le second les clients doivent se partager la ligne.

On soulignera, si besoin est, que la volonté d'introduire de telles mesures ne constitue en rien une fougade. En effet, comparativement à ses homologues étrangers, le régulateur suisse accuse 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 d'ailleurs été jugée suffisamment préoccupante pour être mentionnée par le Fonds monétaire international lors du bilan qu'il a tiré en 2002 de la situation économique et financière de la Suisse²⁴. Dans le cadre de l'examen 2002 relatif à la situation économique suisse, l'OCDE recommande pour sa part également l'introduction du dégroupage de la boucle locale²⁵.

Quant à la société allemande WIK Consult GmbH de l'institut WIK (Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste), qui a réalisé une étude sur la situation suisse des télécommunications²⁶, elle est 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 que l'avènement d'une situation de concurrence sur les marchés à large bande sera entravé. Concrètement, l'étude recommande une réglementation des intrants pour les fournisseurs dominants, en particulier l'introduction du dégroupage des raccordements d'utilisateurs ainsi que la régulation du marché des lignes louées. La revente de services devrait elle aussi être encouragée. De même, dans le domaine de la téléphonie mobile, il conviendrait 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 déjà pris la décision de soumettre les lignes louées ainsi que le dégroupage de la boucle locale (accès totalement dégroupé et accès partagé au raccordement d'abonné) et l'accès à haut débit (Bitstream Access) au régime de l'interconnexion par le biais d'une modification de l'ordonnance sur les services de télécommunication (OST; RS 784.101.1, RO 2003 544), entrée en vigueur le 1^{er} avril 2003. Pour plus de transparence juridique, il convient encore d'inscrire expressément ces instruments dans la loi tout en procédant 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.

1.1.2.2 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 parfois difficile pour les usagers de faire leur choix en connaissance de cause parmi les différentes prestations qui leur sont proposées. C'est le prix à payer pour pouvoir

²⁴ L'évaluation en question a été réalisée du 22 février au 4 mars 2002. Le «Concluding Statement» est disponible sur le serveur du Département fédéral des finances: <http://www.efd.admin.ch/f/dok/medien/medienmitteilungen/2002/03/iwf2.htm>.

²⁵ Cf. OCDE, Etudes économiques de l'OCDE, Suisse, Paris, 2002, p. 17 et 113.

²⁶ Etude réalisée sous le titre: «Situation du marché suisse des télécommunications en comparaison internationale». Les premiers résultats de cette étude sont parus en mai 2002. L'étude complète (en allemand) ainsi qu'un résumé (en allemand et en français) sont disponibles sur le site de l'OFCOM, à la page suivante: <http://www.bakom.ch/fr/telekommunikation/marktanalysen/index.html>.

bénéficiaire d'une large palette de services de télécommunication sur un marché libéralisé. Mais le risque d'abus n'en est pas moins réel. En outre, l'utilisateur 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 de téléphone devant le juge civil. Le législateur de 1997 n'a pas estimé bon de prévoir un règlement extrajudiciaire 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'utilisateurs mécontents adressées à l'Office fédéral de la communication (OFCOM) tendent à se multiplier.

De plus, certaines prestations et pratiques se sont établies récemment, qui nécessitent des mesures de protection des consommateurs. Il s'agit notamment de l'envoi en masse, par voie de télécommunication, de messages publicitaires non sollicités («spamming»), de l'utilisation de données de localisation dans les communications mobiles ou encore du traitement de données stockées sur des appareils appartenant à autrui («cookies»).

1.1.3 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 à laquelle l'Union européenne a procédé a permis de systématiser le cadre réglementaire en regroupant les nombreuses dispositions existantes dans six directives, un règlement et une décision:

- Règlement (CE) N° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale²⁷;
- 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»)²⁸;
- 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»)²⁹;
- 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»)³⁰;
- 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

²⁷ JO L 336 du 30.12.2000, p. 4.

²⁸ JO L 108 du 24.04.2002, p. 7.

²⁹ JO L 108 du 24.04.2002, p. 21.

³⁰ JO L 108 du 24.04.2002, p. 33.

réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»)³¹;

- Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques»)³²;
- 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»)³³;
- Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques³⁴.

Sur la base de la directive «cadre», la Commission européenne a en outre adopté des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché³⁵ ainsi qu'une recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante³⁶.

Si elle tient compte du passage progressif à une situation de concurrence effective, la nouvelle réglementation européenne tend également à donner un nouvel élan à la libéralisation et à l'harmonisation du marché intérieur. C'est ainsi que l'accent a été mis sur l'ouverture à la concurrence du dernier kilomètre ou *last mile* (dégroupage de la boucle locale) ainsi que sur la définition et l'analyse des marchés dans le but d'imposer des obligations spécifiques aux entreprises occupant une position dominante sur ces marchés (réglementation ex ante). 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 ont été accrus (droit de veto de la Commission sur certaines décisions nationales). Enfin, le système des licences individuelles a été abrogé et remplacé par le 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 reste toutefois soumise à l'octroi de droits spécifiques.

Alors que le règlement relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, directement applicable dans les Etats membres, est déjà entré en vigueur le 2 janvier 2001, les directives du Parlement européen et du Conseil devaient être transposées dans les droits nationaux des Etats membres jusqu'au 24 juillet 2003 (jusqu'au 31

³¹ JO L 108 du 24.04.2002, p. 51.

³² JO L 201 du 31.07.2002, p. 37.

³³ JO L 108 du 24.04.2002, p. 1.

³⁴ JO L 249 du 17.09.2002, p. 21.

³⁵ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03; JO C 165 du 11.07.2002, p. 6).

³⁶ Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (2003/311/CE; JO L 114 du 08.05.2003, p. 45).

octobre 2003 pour la directive «vie privée et communications électroniques»). Bien que n'appartenant ni à l'Union européenne, ni à l'Espace économique européen, la Suisse a un intérêt certain à adapter sa législation sur les télécommunications à celle de ses voisins. En effet, l'offre de services de télécommunication requiert la plupart du temps des compétences particulières ainsi que des capitaux élevés, dont seuls de grands opérateurs actifs sur le plan international («global players») peuvent se prévaloir. Or, pour attirer puis retenir de tels investisseurs, il convient de veiller à ce que notre réglementation ne présente pas de disparités trop importantes par rapport à celles qui sont appliquées dans les pays qui nous entourent, un trop grand nombre de spécificités réglementaires pouvant constituer une entrave sérieuse au développement des activités. On rappellera que la volonté d'éviter qu'un fossé ne se creuse avec nos voisins avait déjà largement motivé la révision totale de la LTC en 1997. La compatibilité de notre législation avec celle de l'Union européenne doit donc rester prioritaire dans un domaine plus que tout autre soumis au phénomène de la mondialisation croissante de l'économie. Les services de télécommunication font en outre partie intégrante des négociations bilatérales bis qui ont débuté en 2002. Dans ce contexte, la Commission européenne insiste sur la reprise intégrale de l'acquis communautaire et rejette les éventuelles divergences subsistant en droit suisse (voir en particulier la question de la réglementation ex ante aux ch. 1.2.3 et 5).

1.2 Résultats de la procédure préliminaire

1.2.1 Avant-projet mis en consultation

Le 15 juillet 2002, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication a mis en consultation un avant-projet de modification de la LTC. Le Conseil fédéral ayant en outre décidé de créer à plus court terme, au niveau de l'ordonnance, les bases légales nécessaires pour soumettre le dégroupage de la boucle locale et les lignes louées au régime de l'interconnexion, l'avant-projet de loi était accompagné d'un projet de modification de l'ordonnance sur les services de télécommunication (OST). D'autres propositions de modification concernaient par ailleurs l'ordonnance sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications (ORAT).

Les milieux intéressés étaient invités à se prononcer sur ces projets jusqu'au 15 octobre 2002. Ont participé à la consultation 25 cantons, le Tribunal fédéral, le Tribunal fédéral des assurances, 7 partis politiques, 7 associations faîtières, 48 organisations et associations, 14 entreprises actives dans le secteur des télécommunications ainsi que 3 personnes privées, soit 106 participants au total³⁷.

1.2.2 Résultats de la procédure de consultation

D'une manière générale, la plupart des participants à la consultation se sont déclarés favorables au projet de révision. De nombreuses prises de position ont souligné que la réglementation proposée favorisait une concurrence efficace et améliorerait la

³⁷ Les documents soumis à la consultation, la synthèse des résultats ainsi que tous les avis exprimés peuvent être consultés à l'adresse internet suivante:
<http://www.ofcom.ch/fr/telekommunikation/grundlagen/gesetzesanderungen/index.html>

desserte des consommateurs. Beaucoup ont insisté sur le fait qu'il fallait continuer d'empêcher tout affaiblissement du service universel (notamment dans les régions périphériques). Quant à l'eurocompatibilité, elle a été saluée par une majorité, même si certains l'ont considérée comme étant surévaluée. En outre, la plupart des participants ont estimé que le projet se répercuterait de manière plutôt positive sur la protection des consommateurs et le marché du travail. Certains (Swisscom, des syndicats, quelques cantons et partis) se sont toutefois dits sceptiques sur les actions à entreprendre ou sur le rythme des réformes. Enfin, quelques participants ont souligné que la mise en place, l'entretien et l'exploitation de l'infrastructure de télécommunication pourraient être (à nouveau) confiés à une ou plusieurs entreprises étatiques (société de réseau), que la coordination entre la révision de la loi sur la radio et la télévision et celle de la LTC devrait être améliorée et qu'il faudrait, lors de l'élaboration des dispositions, davantage tenir compte des différences techniques existant entre les réseaux câblés de télévision et les réseaux téléphoniques.

1.2.3 Suite à donner au projet

Le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation le 19 février 2003. Il a dans l'ensemble confirmé les orientations de l'avant-projet et a pris lui-même les mesures nécessaires à l'introduction immédiate du dégroupage de la boucle locale et à la soumission des lignes louées au régime de l'interconnexion par une modification de l'OST du 7 mars 2003, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2003.

S'agissant de l'introduction d'une réglementation de type *ex ante* telle qu'elle avait été proposée dans l'avant-projet à l'instar de l'Union européenne³⁸, le Conseil fédéral a constaté que les avis étaient partagés à ce sujet. Les uns ont estimé qu'une telle réglementation contribuerait à une plus grande transparence et à l'égalité des chances sur le marché. Les autres ont fait valoir qu'elle comportait le risque de voir s'imposer une réglementation sectorielle là où les règles du droit général de la concurrence suffisaient à combattre les abus; ils ont également estimé, pour certains, qu'il valait mieux attribuer au régulateur les ressources nécessaires à un règlement plus rapide des litiges.

Compte tenu des expériences faites jusqu'à présent, le Conseil fédéral est d'avis qu'il est nécessaire d'améliorer le système en vigueur sans toutefois aller jusqu'à le changer radicalement. Outre le fait qu'elle entraînerait des coûts administratifs non négligeables, une intervention systématique du régulateur sur les marchés pertinents n'est pas nécessaire. Les instruments du droit de la concurrence s'avèrent dans la plupart des cas suffisants et il convient de laisser aux acteurs du marché la possibilité de convenir des conditions de leurs relations en évitant les écueils d'un interventionnisme excessif (primauté des négociations). Aussi le Conseil fédéral renonce-t-il à proposer l'introduction de règles de type *ex ante*.

³⁸ Alors qu'aujourd'hui la ComCom ne peut intervenir en cas de litige entre fournisseurs de services de télécommunication que sur demande de l'un d'entre eux après l'échéance d'un délai de négociation de trois mois (cf. art. 11, al. 3, LTC), elle aurait reçu la tâche de désigner périodiquement les fournisseurs occupant une position dominante sur les marchés pertinents et d'approuver leurs offres de référence (cf. art. 10a et 11, al. 1^{bis}, de l'avant-projet).

1.3 Grandes lignes du projet

1.3.1 Suppression des concessions de services de télécommunication

Le régime de la concession de services de télécommunication (art. 4 ss) 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. 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 n'ayant 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 elle-même. Il réaménage ainsi la régle des télécommunications que lui attribue l'art. 92 de la Constitution. La nouvelle réglementation correspond ainsi également à l'approche qui a été adoptée dans le cadre de la révision de la LRTV.

La généralisation de l'obligation d'annoncer ne fera pas disparaître la concession de service universel (art. 14 ss) ni les concessions de radiocommunication (art. 22 ss). 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 besoins propres du concessionnaire (concessions de radiocommunication à usage professionnel, concessions de radioamateur, etc.). Autre bien disponible en quantité limitée, les ressources d'adressage (art. 28 ss), 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 et de radiocommunication et l'attribution de ressources d'adressage ne supprimeront pas l'obligation d'annoncer les services de télécommunication offerts.

L'assouplissement des règles relatives à l'entrée sur le marché ne diminuera pas pour autant les obligations (légales) 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

s'en trouvera renforcé. L'efficacité des sanctions que ces autorités peuvent infliger doit dès lors être améliorée (voir art. 58 et 60).

1.3.2 Renforcement et précision des obligations des fournisseurs dominants

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 et 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 en fonction des coûts. Outre l'interconnexion, la loi mentionne comme exemples le dégroupage de la boucle locale (accès totalement dégroupé et accès partagé), l'accès à haut débit ainsi que les lignes louées, et délègue à la ComCom la compétence de déterminer par voie d'ordonnance les obligations d'accès qui seront effectivement imposées aux fournisseurs occupant une position dominante sur le marché. Des obligations spécifiques concernant l'interdiction de grouper les services de détail (art. 11a) complètent le régime auquel seront soumis les fournisseurs de services de télécommunication dominants.

1.3.3 Réaménagement du service universel

Dans ses grandes lignes, le régime du service universel (art. 14 ss) 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 s'il apparaît que la mise au concours ne pourra pas se dérouler dans des conditions concurrentielles (art. 14, al. 4). 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 participent au financement des frais non couverts du service universel par le biais de redevances de concession; les fournisseurs soumis à l'obligation d'annoncer n'y participent pas. 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 recours 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).

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

Les nouvelles dispositions visent à mieux prendre en compte les intérêts des consommateurs. Au-delà des critères de qualité pour les prestations relevant du service universel (art. 17, al. 1), le Conseil fédéral peut dorénavant exiger que soient publiées des informations sur la qualité des services de télécommunication (art. 12a). Afin qu'il puisse réagir avec plus de flexibilité aux abus dans le domaine des services à valeur ajoutée, il se voit donner la compétence de régler ces services, par exemple en introduisant des prix plafonds, en arrêtant des dispositions sur l'indication des prix ou des dispositions imposant un siège ou un établissement (art. 12b). Déjà envisagée lors de l'élaboration de la LTC en 1997, l'instauration d'un organe de conciliation est concrétisée (art. 12c).

Les progrès réalisés dans les domaines du traitement et de la transmission de données ne cessent d'accroître les possibilités d'utilisation de ces données, y compris dans le secteur des télécommunications. Le législateur doit fixer un cadre pour l'utilisation des données, de façon à protéger la sphère privée des consommateurs de services de télécommunication.

Par une modification de la LPD (cf. annexe), les abonnés seront mieux protégés contre la publicité de masse par voie de télécommunication (*spamming*). Il incombera désormais aux expéditeurs de publicité de masse de requérir préalablement le consentement des abonnés (modèle «opt-in»). Les fournisseurs de services de télécommunication seront quant à eux obligés de lutter contre la publicité de masse déloyale (art. 45a). Les dispositions proposées donnent suite à la motion Sommaruga (00.3393: Mesures «antisspamming». Multipostage abusif) transmise par le Parlement au Conseil fédéral³⁹. L'utilisation de données de localisation concernant des abonnés à des services mobiles est réglée à l'art. 45b; quant au traitement de données stockées sur des appareils appartenant à autrui, il fait l'objet de l'art. 45c.

1.3.5 Reprise de modifications intégrées à la révision de la LRTV

Hormis la présente révision partielle, le Conseil fédéral propose également des adaptations de la LTC dans le message sur la révision totale de la loi sur la radio et la télévision (LRTV; RS 784.40)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 ce cadre et n'est donc pas reprise dans la révision de la LTC.

Diverses modifications concernent les deux révisions, à savoir celles portant sur les art. 13 (information), 13a (traitement des données), 13b (assistance administrative), 24 (octroi de la concession), 39, al. 3 (redevances de concession de radiocommunication), 58 (surveillance) et 60 (sanctions administratives). Un

³⁹ Cf. BO 2000 N 1196 et BO 2001 E 109.

⁴⁰ Message relatif à la révision totale de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV) du 18 décembre 2002 (FF 2003 1425–1673).

traitement en parallèle de ces articles s'avère indispensable pour plusieurs raisons. On peut distinguer les catégories suivantes:

- L'abandon du régime de la concession au profit de la seule obligation d'annoncer pour les fournisseurs de services de télécommunication a pour corollaire que différentes dispositions, qui ne concernaient jusqu'ici que les concessionnaires, s'appliqueront désormais à tous les fournisseurs de services de télécommunication soumis à l'obligation d'annoncer (art. 58 et 60).
- Certaines dispositions ont été reprises dans les deux projets parce qu'elles sont urgentes et doivent être traitées dans la plus rapide des deux révisions (art. 13, 13a, 13b, 24).
- Certaines dispositions ne sont pas exactement semblables dans les deux projets ou devraient encore être adaptées suite à la proposition d'une réorganisation structurelle soumise dans le cadre de la révision de la LRTV. Selon cette dernière, l'OFCOM devrait devenir le secrétariat de la commission nouvellement créée. Le cas échéant, les compétences attribuées à l'OFCOM par la loi devraient être transférées soit au secrétariat, soit à la commission (voir art. 4, 11, 12a, 12c, 13a, 19a, 24a, 24f, 31, 34, 38, 40, 58 et 59).

En ce qui concerne les points précités, il importera que le Parlement accorde toute l'attention nécessaire à la coordination du contenu du présent projet avec celui de la LRTV; si en effet les deux lois sont traitées simultanément ou presque, ce qui est probable, par les commissions préparatoires puis par le Parlement, elles seront soustraites à l'influence de l'administration une fois le message adopté.

1.4 Classement d'interventions parlementaires

Transmise au Conseil fédéral le 15 mars 2001, la motion Sommaruga (00.3393) demande que des mesures de protection efficaces soient prises contre le multipostage abusif de messages électroniques. La modification proposée de la loi fédérale contre la concurrence déloyale ainsi que le nouvel art. 45a LTC permettent d'atteindre les objectifs poursuivis par la motion si bien que celle-ci peut être classée.

2 Partie spéciale

2.1 Loi sur les télécommunications

2.1.1 Dispositions générales

Art. 3

Tout en rapprochant les concepts et termes de la LTC de ceux de l'Union européenne, le projet ne reprend pas la nouvelle terminologie européenne de «services de communications électroniques». Avec la révision de la LRTV, le champ d'application de la LTC correspondra en effet à celui du nouveau cadre

européen dans le sens de la prise en compte du phénomène de la convergence, même si on continue de parler de «services de télécommunication».

L'introduction de la notion d'accès (cf. art. 11) nécessite en revanche de nouvelles définitions. La définition donnée à la let. 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.

Sont également définis les cas particuliers d'accès mentionné à l'art. 11, à savoir le dégroupage de la boucle locale (accès totalement dégroupé ou accès partagé au raccordement d'abonné; let. d^{ter}, d^{quater} et d^{quinquies}), l'accès à haut débit (let. d^{sexies}) et les lignes louées (let. e^{bis}). Contrairement à celle figurant dans l'ordonnance du 31 octobre 2001 sur les services de télécommunications (OST; RS 784.101.1), la définition de l'accès totalement dégroupé à la boucle locale, qui s'inspire de celle de la réglementation européenne, n'est pas formulée de manière technologiquement neutre, mais se réfère à la paire torsadée métallique comme c'est le cas pour l'accès partagé à la boucle locale. Cela s'explique par le fait que l'accès dégroupé à la boucle locale est mentionné comme exemple concret à l'art. 11, al. 1. Cela n'empêche toutefois pas la ComCom, sur la base de l'art. 11, al. 2, de pouvoir imposer des obligations d'accès semblables sur d'autres infrastructures que la paire torsadée métallique si cela devait s'avérer nécessaire et techniquement faisable.

Quant à la let. e, elle est modifiée afin de préciser 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 ainsi 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, selon la loi et l'ordonnance en vigueur (cf. modification de l'OST du 7 mars 2003; RO 2003 544), par la notion d'interconnexion, relèvera quant à lui désormais de la notion générale d'accès.

2.1.2 Services de télécommunication

2.1.2.1 Dispositions communes

Art. 4 à 10

L'introduction d'un système correspondant à celui de l'autorisation générale en droit européen entraîne la suppression des concessions de services de télécommunication ainsi que la généralisation de l'obligation d'annoncer (notification des services, art. 4, al. 1). 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. 3, le Conseil fédéral pourra notamment prévoir que les fournisseurs qui auront cessé toute activité seront rayés de la liste des fournisseurs de services de télécommunication. Pour constater qu'un fournisseur a cessé ses activités, l'OFCOM pourra utiliser les données collectées ou communiquées à des fins statistiques conformément au nouvel art. 59, al. 2^{bis}, let. d. Quant à l'art. 5, il ne définit plus l'autorité concédante, mais reprend en lieu et place, tout en l'adaptant, 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. Les art. 7 à 10 relatifs aux dispositions particulières régissant les concessions ainsi qu'à la durée, au transfert et à la modification de la concession de services de télécommunication doivent tout naturellement être abrogés.

Art. 11

S'il est vrai que la notion d'interconnexion permettrait, selon le droit en vigueur déjà, d'inclure des formes d'accès telles que le dégroupage de la boucle locale, les lignes louées et l'accès à haut débit, l'adoption du «système de l'accès» comporte différents avantages. Outre l'eurocompatibilité, le remplacement de la notion d'interconnexion par le concept plus vaste et général de l'accès (cf. art. 3, let. d^{bis}) offre avant tout plus de flexibilité et permet de prendre en considération les avancées de la technique plus rapidement et de façon plus adaptée. De cette manière, l'art. 11 couvre désormais clairement toutes les questions d'accès aux ressources et services des fournisseurs dominants. La loi mentionne elle-même à titre d'exemple plusieurs cas d'accès (al. 1): l'accès dégroupé à la boucle locale (accès totalement dégroupé et accès partagé), l'accès à haut débit, l'interconnexion et les lignes louées. Alors que le Conseil fédéral est comme jusqu'à présent chargé de préciser les principes régissant l'accès, la ComCom, en tant qu'autorité indépendante proche du marché des télécommunications, reçoit la compétence de fixer par voie d'ordonnance les obligations d'accès qui seront effectivement mises à la charge des fournisseurs de services de télécommunication occupant une position dominante sur le marché (al. 2). Outre l'accès dégroupé à la boucle locale tel que défini dans la loi, elle pourrait imposer au besoin, et pour autant que cela soit techniquement réalisable, l'accès totalement dégroupé et l'accès partagé au raccordement d'abonné pour d'autres infrastructures que la paire torsadée métallique, telles que le câble CATV ou la fibre optique, voire des liaisons par radiocommunication comme le WLL (Wireless Local Loop). Dans le sens d'une moins grande emprise des fournisseurs concurrents dans la chaîne de création des valeurs, la ComCom pourrait également imposer l'accès à haut débit (Bitstream Access). Moins contraignante encore, l'obligation de donner accès à des services permettrait 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). Sur cette base, la ComCom pourrait par exemple prévoir une offre de gros portant sur les services liés au raccordement (revente de l'abonnement) comme instrument complémentaire du dégroupage de la boucle locale et de l'accès à haut débit. En fonction de l'extension de leur propre réseau, les fournisseurs concurrents auraient ainsi le choix d'exiger du fournisseur dominant les services dont ils ont effectivement besoin pour avoir une relation directe avec leurs abonnés.

Sur la base des dispositions légales actuelles, le Conseil fédéral a introduit par voie d'ordonnance les obligations d'accès à haut débit (Bitstream Access) et d'accès partagé (Shared Line Access) et totalement dégroupé (Full Access) au raccordement d'abonné (art. 43, al. 1, let. a^{ter} à a^{quinquies}, OST). Ces formes d'accès permettent aux fournisseurs alternatifs de s'affranchir de la dépendance unilatérale par rapport à l'offre de gros du fournisseur dominant, de réaliser les investissements dans les technologies qui leur semblent les plus favorables et d'entretenir un contact direct avec leurs clients en leur proposant une palette de services propres. Elles devraient entraîner l'apparition d'offres variées, novatrices et avantageuses dans le domaine de la large bande, taillées sur mesure en fonction des besoins spécifiques des clients. Le développement de la concurrence au niveau du réseau de raccordement se fera à l'avantage des utilisateurs, tant privés que professionnels, et stimulera l'utilisation de services à large bande par une large frange de la population. L'attrait de la place économique suisse devrait en être considérablement améliorée. Quant au fournisseur dominant, loin d'être sacrifié sur l'autel de la concurrence, il devrait également profiter de cette dynamique, comme l'a démontré l'ouverture du marché de la téléphonie mobile. Il sera par ailleurs indemnisé de manière à ce que ses coûts soient couverts et à ce que le capital utilisé pour les investissements consentis soit rémunéré conformément aux usages dans la branche.

Indépendante d'une position dominante, l'obligation des fournisseurs de prestations relevant du service universel d'offrir l'interconnexion en vue de garantir l'interopérabilité (ancien al. 2), rajoutée à l'époque au cours des délibérations parlementaires, relève plus d'un souci de desserte de base que de la politique de la concurrence. Elle fait donc désormais plus naturellement l'objet d'une disposition séparée et complétée au sein de la section traitant des obligations relatives à la fourniture de services spécifiques (cf. art. 21a).

L'al. 3 de l'art. 11 reprend pour l'essentiel l'actuel al. 5. Quant à l'al. 4, il règle, comme l'actuel al. 3, la procédure permettant à la ComCom de résoudre les litiges des fournisseurs de services de télécommunication quant à la conclusion de contrats en matière d'accès. Il est complété par un nouvel al. 5 relatif aux informations comptables et financières que les fournisseurs dominants doivent livrer dans le cadre d'une telle procédure. Ces exigences découlent du principe de la transparence et doivent contribuer à faciliter le contrôle par la ComCom de l'orientation des prix en fonction des 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.

Dans le cadre de la consultation publique, les milieux intéressés ont demandé qu'un délai maximum soit imposé à la ComCom pour résoudre un litige en matière d'accès (par exemple 4 mois). Une telle limitation apparaît excessive et peu respectueuse des droits que la procédure administrative garantit aux parties. L'al. 5 devrait toutefois contribuer à remédier aux problèmes rencontrés aujourd'hui dans la détermination des coûts pertinents du fournisseur dominant, cause principale de l'allongement de la durée des procédures. Il incombera en outre à l'OFCOM, en tant qu'autorité d'instruction, de fixer des délais appropriés pour la fourniture des informations comptables et financières demandées et de prévoir les sanctions éventuelles en cas de non-respect de ces délais. En particulier, faute d'informations suffisamment précises fournies dans le délai fixé, l'OFCOM pourrait proposer à la ComCom de décider en fonction de valeurs comparables conformes aux usages du marché et du secteur en question (benchmarks).

Le nouvel al. 6 reprend le principe de l'ancien al. 4 selon lequel les litiges portant sur un accord ou sur une décision en matière d'accès relèvent de la compétence des tribunaux civils et non de celle de la ComCom.

Art. 11a

Les fournisseurs de services de télécommunication peuvent en principe offrir leurs services sous forme de bouquets, ce qui leur permet d'en tirer des avantages (coûts moindres) et de proposer ainsi à leurs clients des offres attractives. L'offre de services sous forme de bouquets répond à un besoin des clients, qui peuvent ainsi profiter de prix plus bas et alléger leurs coûts d'information et de transaction.

Toutefois, pour tenir compte également des besoins des clients qui préfèrent se voir offrir des services «à la carte», l'art. 11a exige que les services offerts sous forme de bouquets soient aussi offerts séparément. Le pouvoir du demandeur par rapport au fournisseur dominant s'en trouve ainsi renforcé. Cela est en particulier nécessaire parce que les fournisseurs dominants sont fortement incités à reporter sur le marché de détail la puissance qu'ils détiennent sur le marché de gros (effet de levier). Aussi l'al. 2 garantit-il que les fournisseurs dominants ne peuvent limiter la liberté contractuelle de leurs clients que si des raisons techniques ou économiques ou si la sécurité de l'exploitation ou la fourniture des prestations à un niveau de qualité déterminé exigent un regroupement des services.

Selon cette réglementation, les fournisseurs dominants et leurs filiales devraient par exemple offrir l'accès ADSL à l'internet également aux clients présélectionnés auprès d'autres fournisseurs. Aujourd'hui, l'accès ADSL à l'internet n'est offert par Bluewin qu'à la condition qu'aucune présélection ne soit installée auprès d'un concurrent de Swisscom Fixnet pour les services de téléphonie vocale. Cette limitation ne se justifie ni techniquement ni économiquement et ne vise qu'à renforcer la dépendance du client par rapport au fournisseur qui groupe ses services.

La fourniture de services de réseau spécifiques, couramment liée à l'abonnement dans le domaine de la téléphonie mobile⁴¹, continuerait en revanche d'être autorisée. Ces services ne devraient pas être également offerts séparément à des clients d'autres fournisseurs de services téléphoniques mobiles, car cela ne serait pas réalisable de manière efficace, ni techniquement ni économiquement, et serait donc couvert par l'al. 2. La vente d'appareils terminaux à prix réduits lors de la conclusion ou du renouvellement d'abonnements continuerait également d'être possible: tant les appareils terminaux que les abonnements à des services de téléphonie mobile sont offerts séparément, ce qui satisfait à l'obligation prévue à l'al. 1.

L'obligation d'offrir séparément des services proposés sous forme de bouquets ne vaut que si le fournisseur est dominant pour au moins un de ces services. La dominance n'est pas une propriété de l'entreprise en soi, mais se réfère à la puissance que celle-ci détient sur un marché de services déterminé. Elle devrait en conséquence faire l'objet d'une consultation auprès de la Commission de la concurrence (par analogie avec les dispositions de l'art. 11, al. 4). Contrairement à ce qui est prévu dans le droit général de la concurrence (cf. art. 7 de la loi sur les

⁴¹ Par exemple: la synchronisation des messages électroniques, du carnet d'adresses et du calendrier entre un téléphone portable et le serveur du fournisseur, l'accès à des services à valeur ajoutée exclusifs via des numéros courts, etc.

cartels), la constatation d'un abus de position dominante n'est en revanche sciemment pas exigée, ce qui a pour effet d'abaisser le seuil d'intervention.

Le respect des dispositions de l'art. 11a sera assuré dans le cadre de la surveillance des fournisseurs de services de télécommunication (cf. art. 58 et 60).

Art. 12

Pour des raisons de systématique, l'art. 12 est déplacé et inséré dans la nouvelle section 3, relative aux obligations découlant de la fourniture de services spécifiques (cf. art. 21b).

Art. 12a

L'art. 12a aide les consommateurs dans le choix de services de télécommunication. Parmi les critères de sélection des usagers (en particulier des entreprises) figurent non seulement des considérations sur le prix, mais aussi une évaluation de la qualité de la prestation. En vue de favoriser la diversité et donc l'offre de services de télécommunication de qualité, le Conseil fédéral peut obliger les fournisseurs de services de télécommunication à publier des informations sur la qualité des services qu'ils offrent.

Afin de permettre une comparaison des informations sur la qualité éventuellement publiées, il convient que le Conseil fédéral fixe certaines règles portant tant sur le contenu (indicateurs) que sur 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.

L'al. 2 permet à l'office d'encourager la transparence du marché par rapport aux prix et tarifs pratiqués, de préférence en faisant référence aux comparaisons de prestations privées déjà réalisées. Ce n'est qu'en l'absence de telles offres d'informations privées que l'office devrait mettre à disposition ses propres informations.

L'al. 1 correspond à l'art. 22, l'al. 2 à l'art. 21 de la directive «service universel» de l'Union européenne.

Art. 12b

Les services à valeur ajoutée ne sont pas des services de télécommunication au sens de l'art. 3, let. b, LTC. Ils ont toutefois un rapport étroit avec ces derniers: ils sont généralement transmis au moyen de services de télécommunication et payés via la facture de téléphone. C'est pourquoi ils sont aussi régis par le droit des télécommunications à l'art. 12b.

Aujourd'hui, il est admis que des services à valeur ajoutée soient offerts à des prix excessivement élevés. Selon la pratique actuelle des fournisseurs de services de télécommunication, de simples services d'information peuvent par exemple être fournis jusqu'à un maximum de 10 francs la minute, soit 600 francs de l'heure. Ces tarifs peuvent entraîner des factures de l'ordre de milliers de francs. De telles factures ont des conséquences sociales trop lourdes pour les utilisateurs privés.

L'obligation, abstraite et difficile à appréhender, de payer via la facture de téléphone incite les utilisateurs privés à consommer des services à valeur ajoutée en trop grande quantité. De plus, il y a sans cesse de nouvelles escroqueries impliquant des

services à valeur ajoutée. Les prestations fournies par téléphone n'ont parfois aucune valeur comparable, ni même approchante, avec le montant inscrit sur la facture. Elles ne servent que de prétexte aux fournisseurs de services à valeur ajoutée pour faire valoir des créances élevées obtenues par la tromperie. Ainsi, les clients de certains fournisseurs de services à valeur ajoutée ont été dupés et poussés à établir des liaisons internet par un «web-dialer» via des numéros onéreux de services à valeur ajoutée. Autre cas de figure: des clients de téléphonie mobile sont bombardés de messages après avoir souscrits à des services à valeur ajoutée par SMS payants.

Comme c'est en général le fournisseur de services de télécommunication qui encaisse les factures de services à valeur ajoutée pour le compte du fournisseur de services à valeur ajoutée, l'abonné court le risque d'entrer en conflit avec son fournisseur de services de télécommunication au sujet de sa facture de téléphone, uniquement en raison des services à valeur ajoutée. Pour les raccordements téléphoniques qui ne sont pas exploités par le concessionnaire du service universel, un différend de la sorte peut mener au blocage du raccordement.

La 2^e phrase entend notamment protéger les consommateurs contre les prix abusifs des services à valeur ajoutée en permettant au Conseil fédéral de fixer des prix plafonds pour ces services. Si l'on veut prévenir de nouvelles formes d'abus, il faut vraisemblablement réglementer également d'autres aspects des services à valeur ajoutée. Cela concerne notamment des obligations détaillées en matière d'indication des prix (qui font actuellement l'objet de l'ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix⁴²). Il est aussi imaginable d'imposer un siège ou un établissement en Suisse, ce sous réserve des obligations internationales pertinentes, puisque les parties concernées (fournisseurs de services à valeur ajoutée, titulaires des ressources d'adressage utilisées pour les services à valeur ajoutée) se soustraient à leurs clients mécontents en élisant domicile à l'étranger. On pourrait enfin envisager une réglementation de la facturation et des mécanismes de décompte entre les parties impliquées.

Art. 12c

Cette disposition correspond à l'art. 34 de la directive «service universel» de l'Union européenne. Les utilisateurs reçoivent la possibilité de porter leurs litiges avec les fournisseurs de services de télécommunication ou de services à valeur ajoutée 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. Le nombre d'usagers qui s'adresse à l'OFCOM à défaut d'une autre instance ne cesse de croître. Actuellement, l'OFCOM reçoit chaque mois entre 150 et 200 plaintes écrites dans ce domaine, ce qui démontre bien le besoin d'avoir une instance de conciliation.

La création, par la branche des fournisseurs de services de télécommunication, d'un organe tenant compte des intérêts des consommateurs serait préférable à la conciliation des litiges par l'OFCOM. C'est pour cette raison que, en 1997, le législateur a renoncé à prévoir une telle procédure. Jusqu'ici, les fournisseurs n'ont toutefois rien entrepris à ce sujet. S'ils y procèdent à l'avenir, cet organe pourra être

⁴² RS 942.211

chargé des tâches de conciliation par l'OFCOM⁴³. Lors de litiges entre eux, les fournisseurs de services de télécommunication n'ont pas accès à la procédure de conciliation (al. 1, 2^e phrase). Ils disposent d'autres possibilités pour résoudre leurs conflits.

Pour éviter tout abus, la conciliation s'accompagnera de frais pour le requérant (al. 2, 1^{re} phrase). Toutefois, la taxe perçue pour le traitement des demandes doit être suffisamment abordable pour qu'il soit possible d'avoir recours à la conciliation même pour les litiges mineurs. L'organe de conciliation doit être financé en majeure partie par les fournisseurs de services de télécommunication et de services à valeur ajoutée (al. 2, 2^e phrase). Le financement par les frais de procédure est conforme au principe de causalité, vu que seules les entreprises qui ont des litiges avec leurs clients financent l'organe de conciliation. En outre, la réglementation des coûts de procédure incite tous les fournisseurs à rechercher des solutions à l'amiable avec leurs clients.

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 en particulier 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. Elle prend fin avec le retrait de la demande, l'échec de la conciliation ou la conclusion d'un accord entre les parties. Une fois la procédure terminée, les parties qui en font la demande reçoivent un rapport sur le résultat de la conciliation. Le montant de l'émolument dû pour le traitement de la plainte doit en outre être fixé. Si l'organe de conciliation est créé par les fournisseurs eux-mêmes, il est indispensable, en raison de la proximité de l'organe avec ces derniers, d'établir des règles qui puissent garantir sa neutralité.

Art. 12d

A son al. 1, cette disposition reprend les al. 1 et 3 de l'art. 21. Pour des raisons de systématique, elle est placée dans la section relative aux dispositions communes. Elle s'applique en effet à tous les services de télécommunication et pas uniquement aux prestations relevant du service universel. Elle charge en outre expressément le Conseil fédéral de définir le contenu minimal d'une inscription dans l'annuaire (al. 2), comme cela est déjà le cas aujourd'hui à l'art. 29, al. 2, OST.

Art. 13

L'obligation d'informer incombant à l'office se limite selon le droit en vigueur 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. Les fournisseurs de services de télécommunication non soumis au régime de la concession et les fournisseurs de services à valeur ajoutée n'étaient pas concernés par cette disposition. La modification proposée vise à assurer la transparence concernant les fournisseurs en Suisse, que ce soit de services de télécommunication ou de services à valeur ajoutée,

⁴³ Il semble que les fournisseurs soient prêts à assumer de telles tâches lorsque l'art. 12c entrera en vigueur.

pour tous les intéressés, notamment pour les clients. Cela est d'autant plus important qu'à l'avenir moins de fournisseurs seront soumis au régime de la concession. L'extension de l'obligation d'informer aux fournisseurs de services à valeur ajoutée diminuera le risque d'abus et renforcera les mesures prévues à l'art. 12*b* pour lutter contre les abus dans le domaine des services à valeur ajoutée.

Par ailleurs, la base légale nécessaire en vertu de la protection des données est créée. Si l'intérêt public est suffisant, l'al. 2 permet en particulier de publier sur l'internet les mesures de surveillance prononcées contre les fournisseurs de services de télécommunication, conformément aux art. 3, let. c, ch. 4, et 19, al. 3, de la loi sur la protection des données (exigence d'une loi au sens formel prévoyant l'accès aux données sensibles par procédure d'appel).

L'al. 3 règle l'information et la publication de données sur les procédures de surveillance ou les procédures pénales en cours. Les motifs justifiant l'information ou la publication doivent primer l'intérêt au secret digne de protection des parties (notamment en procédure pénale administrative). C'est par exemple le cas quand l'office informe les personnes qui ont dénoncé le comportement en cause. Il est également concevable de publier l'ouverture d'une procédure dans les cas qui intéressent particulièrement le public.

Art. 13a

Le nouvel art. 13*a* constitue une base légale complète pour le traitement des données dans le domaine des télécommunications⁴⁴.

L'art. 13*a* est la base légale formelle qui permet à l'autorité compétente dans le cas d'espèce (ComCom ou OFCOM) de traiter des données personnelles (y compris des profils de la personnalité et des données sur les poursuites et les sanctions administratives ou pénales) nécessaires à l'exécution des tâches qui lui incombent en vertu de la législation sur les télécommunications. Ces données personnelles sont notamment celles qui portent sur les services de télécommunication offerts ou sur les emplacements d'antennes. La réglementation exhaustive tient compte de manière adéquate des exigences liées à la protection des données. Une réglementation plus stricte et plus détaillée – au niveau de la loi – des données à collecter serait absurde dans un domaine aussi dynamique que celui des télécommunications; en outre, elle empêcherait la commission et l'office de remplir les tâches qui leur incombent et

⁴⁴ 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 sensibles selon l'art. 3, let. c, LPD, ou de profils de la personnalité. Aux termes de l'art. 17, al. 2, ces données ne peuvent être traitées que si une loi au sens formel le prévoit expressément. Il est dérogé 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 son message du 25 août 1999 concernant la création et l'adaptation des bases légales nécessaires au traitement de données personnelles (FF **1999** 8381), le Conseil fédéral a soumis un projet de loi sur la création et l'adaptation de bases légales concernant le traitement de données personnelles. Les principes relatifs à la protection des données dans le domaine des télécommunications étaient toutefois exclus de ce projet, car la réorganisation de l'OFCom, le 1^{er} janvier 1998, à la suite de la libéralisation du secteur des télécommunications, a eu des répercussions considérables sur les tâches en matière de protection des données. L'OFCom a donc été autorisé à achever plus tard les travaux préalables à l'adaptation des dispositions légales (FF **1999** 8411).

nuirait au développement du marché des télécommunications en Suisse. Le Conseil fédéral pourra tenir compte de l'évolution de la situation dans les dispositions d'exécution (al. 3).

Art. 13b

L'art. 13b décrit les conditions auxquelles l'autorité compétente en matière de traitement des données (ComCom ou OFCOM) 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.

La transmission d'informations statistiques à des services de statistiques publics ou privés est régie à l'art. 76, al. 2, de l'ordonnance sur les services de télécommunication (OST; RS 784.101.1).

L'«application de la législation sur les télécommunications» inclut aussi l'exécution des sanctions prononcées en vertu de la présente loi.

2.1.2.2 Concession de service universel

Art. 14 à 19b

Pour plus de clarté, la section 2 ne concerne dorénavant plus 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 ou des fournisseurs d'autres services spécifiques. Malgré la suppression des concessions de services de télécommunication, la concession de service universel subsiste. Outre le déplacement de certaines dispositions visant à améliorer la systématique de la section, celle-ci fait l'objet de quelques nouveautés. Les prestations relevant du service universel pourront notamment être partagées dorénavant entre plusieurs concessionnaires dans la même zone de concession (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 désormais 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 toutefois inchangée. Elle comprend notamment, comme aujourd'hui, 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, la centralisation des données d'annuaires, permettant la fourniture de services de renseignements complets, pourrait être garantie au cas où le marché ne l'assurerait pas lui-même⁴⁵. 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). Quant à la notion de cabine publique utilisée dans le texte français, elle est remplacée par celle de poste téléphonique payant public (art. 16, al. 1, let. c), que l'on trouve également en droit européen (cf. art. 6 de la directive «service universel»).

Signalons en outre que la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand, FF 2002 7640) modifie l'art. 16 LTC (abrogation de l'al. 1, let. e, et ajout d'un nouvel al. 1^{bis}), qui réglera ainsi de manière globale la question des services de télécommunication garantis aux personnes handicapées, y compris aux malvoyants, dans le cadre du service universel.

L'art. 19a vise à compenser l'abrogation des art. 9 et 10 s'agissant du transfert et de la modification de la concession de service universel. Quant à l'art. 19b, il 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.

2.1.2.3 Obligations découlant de la fourniture de services spécifiques

Art. 20 à 21b

L'inclusion des art. 20 (appels d'urgence) et 21 (accès aux annuaires) dans une section particulière comprenant également un nouvel article sur l'interopérabilité (art. 21a) vise à préciser que ces dispositions s'appliquent à tous les fournisseurs de prestations relevant du service universel et pas uniquement aux concessionnaires du service universel. Par ailleurs, les art. 21a et 21b prévoient également la possibilité d'imposer certaines obligations à des fournisseurs d'autres services spécifiques.

La terminologie des art. 20 et 21 est adaptée afin que l'expression «prestations relevant du service universel» qui figure dans l'ancien art. 11, al. 2, repris dans le cadre de l'art. 21a, soit utilisée de façon uniforme. Quant aux al. 1 et 3 de l'ancien art. 21, qui ont une portée plus générale, ils constituent désormais le nouvel art. 12d.

Les compléments apportés à l'art. 21, al. 3, 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. Par services basés sur les données d'annuaires, il faut entendre des services pour lesquels l'utilisation de données sur les abonnés est absolument indispensable, comme c'est le cas aujourd'hui pour un nombre toujours plus grand de services ou de prestations diverses (surveillance des télécommunications, localisation de la provenance des

⁴⁵ Aujourd'hui, Swisscom Directories tient un annuaire centralisé comportant les données de tous les abonnés au service téléphonique public.

appels aux services d'urgence, services de validation⁴⁶). La notion de services basés sur les annuaires exclut en revanche l'utilisation de données d'annuaires pour faire de la publicité directe.

L'application des principes de la transparence, de la non-discrimination et de l'orientation des prix en fonction des coûts se justifie par le fait que les fournisseurs de services de télécommunication ont un accès exclusif aux données de leurs abonnés. Pour que la concurrence fonctionne pleinement et déploie ses effets positifs, l'information des utilisateurs de services de télécommunication est primordiale et les données d'annuaires constituent de ce point de vue une ressource clé. Il convient donc d'éviter le risque que ceux qui détiennent en première main les données d'abonnés ne restreignent leur communication à des tiers de manière abusive. En outre, 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»). Relevons encore que les litiges en la matière pourront dorénavant être portés devant la ComCom au même titre que les litiges en matière d'accès.

Avec l'importance croissante des données d'abonnés en relation avec la fourniture de services ou de prestations de télécommunication se pose la question de savoir si une gestion centralisée et neutre de ces données ne constituerait pas une solution avantageuse pour la branche, notamment en matière de qualité. La question avait été abordée dans le cadre d'un groupe de travail réunissant les milieux intéressés, mais la proposition d'une base de données centralisée, solution pourtant en vigueur dans bon nombre de pays européens, avait été rejetée, combattue par certains acteurs qui invoquaient l'absence de base légale. Bien que cette alternative n'ait pas été proposée dans le cadre de la procédure de consultation, elle pourrait également constituer une solution apte à résoudre les problèmes mis en exergue.

Jusqu'à présent, l'interopérabilité était prévue à l'art. 11, al. 2. N'ayant pas pour but l'amélioration des conditions de concurrence, mais visant à garantir la communication de bout en bout entre les utilisateurs de certains services de télécommunication, elle est plus à sa place, du point de vue de la systématique, dans une section consacrée aux obligations des fournisseurs de services spécifiques (art. 21a), même si elle entraîne une obligation d'interconnexion (al. 3). Cette dernière va toutefois moins loin que pour les fournisseurs occupant une position dominante sur le marché, dans la mesure où elle peut être garantie de manière indirecte et où le principe de l'orientation des prix en fonction des coûts ne s'applique pas (cf. art. 48 OST). Pour le reste, les dispositions de droit administratif et de procédure fixées à l'art. 11 demeurent applicables. Par ailleurs, le Conseil fédéral reçoit la compétence d'imposer d'autres obligations aux fournisseurs tenus d'assurer l'interopérabilité de manière à garantir que certaines prestations soient fournies à l'ensemble des utilisateurs quel que soit leur fournisseur. C'est notamment le cas aujourd'hui en matière de services pour malentendants et malvoyants (cf. art. 30 OST), de blocage des communications sortantes vers des

⁴⁶ Les services de validation permettent d'établir la relation entre un numéro de téléphone et une personne, d'où leur importance dans le cadre de la fourniture de prestations par des tiers qui n'ont pas forcément un lien privilégié avec les abonnés comme c'est le cas, par exemple, pour la présélection du fournisseur, la portabilité des numéros ou l'envoi de SMS via l'internet.

services à caractère érotique ou pornographique (cf. art. 31 OST) et de justificatif des taxes (cf. art. 32 OST). Signalons enfin que le Conseil fédéral pourra étendre le champ d'application de l'art. 21a à d'autres services que les prestations relevant du service universel (cf. al. 2). Cela pourra notamment être le cas de services ayant acquis une importance économique et sociale suffisante pour pouvoir être considérés comme utiles à l'ensemble des utilisateurs, sans qu'ils soient pour autant indispensables au point de figurer dans les prestations relevant du service universel. On peut penser ici aujourd'hui aux messages courts via le réseau téléphonique (SMS) ou encore aux futurs services de données qui pourront être fournis dans le cadre de la téléphonie mobile de troisième génération (UMTS).

L'art. 21b reprend l'ancien art. 12 tout en l'adaptant au nouveau régime prévalant pour la fourniture de services de télécommunication (abolition des concessions). Il prévoit en outre que la ComCom doit publier ses éventuelles décisions d'imposer à des fournisseurs de services de télécommunication une offre de détail en matière de lignes louées. Il y a en effet un intérêt public évident à ce que les utilisateurs, en particulier les petites et moyennes entreprises des régions périphériques, connaissent les fournisseurs auprès desquels ils peuvent obtenir des lignes louées à des prix orientés en fonction des coûts.

2.1.3 Radiocommunication

Art. 24

L'octroi de la concession de radiocommunication par appel d'offres public (adjudication selon certains critères ou mise aux enchères) est une forme particulière de l'octroi de concession. Pour cette procédure, les dispositions de la loi fédérale du 20 décembre 1968 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 pas de constater les faits au sens traditionnel (art. 12 PA), mais d'établir si les candidats à la concession seront en mesure de remplir leurs engagements. Dans une telle procédure, les candidats sont beaucoup plus impliqués que lorsqu'ils sont tenus de collaborer dans le cadre d'une procédure administrative ordinaire (art. 13 PA), car il leur appartient d'établir un dossier de candidature détaillé et de le compléter sur demande de l'autorité. Étant donné que plusieurs candidats participent à un appel d'offres public, la protection des secrets d'affaires est cruciale. 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 et 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 déroger aux règles de la PA pour la procédure en première instance et la procédure de recours. La procédure doit cependant toujours respecter les principes de l'objectivité, de la non-discrimination et de la transparence, tout en garantissant la confidentialité des données fournies par les candidats. Les règles applicables s'inspirent en grande partie du système prévu par la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1).

Les appels d'offres ne doivent pas être retardés de manière injustifiée, voire empêchés, par le dépôt d'un recours. Ce danger existe en particulier dans les cas où

les candidats préféreraient qu'un appel d'offres pour des fréquences radio soit retardé, pour des raisons financières ou techniques. En cas 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 peuvent s'élever à des dizaines de millions de francs pour les ventes aux enchères. Le fardeau serait alors insupportable pour les entreprises candidates. Des 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. Les décisions finales ne sont pas visées.

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.

Par rapport aux dispositions actuelles, l'art. 24d précise la notion de transfert économique de la concession en se référant aux dispositions du droit de la concurrence (cf. l'art. 4, al. 3, let. b, de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence⁴⁷ ainsi que l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises⁴⁸).

La mention expresse de la capacité pour l'autorité concédante à non seulement modifier, mais également 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. A l'avenir, en effet, 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. La révocation constituera en principe une solution de dernier recours, et si elle est décrétée, le concessionnaire aura droit à un dédommagement tout comme en cas de modification substantielle.

L'assignation des fréquences constitue un élément essentiel de l'objet de la concession. Il se justifie dès lors de soumettre l'OFCOM à l'obligation de donner des informations à ce sujet (art. 24f). Quant aux informations sur l'emplacement des émetteurs, leur publication peut répondre à un intérêt public au sens de l'al. 2⁴⁹.

La nouvelle teneur de l'art. 27 précise que les dispositions des art. 13a et 13b sur le traitement des données personnelles et l'assistance administrative sont également valables dans le domaine des radiocommunications.

⁴⁷ RS 251

⁴⁸ RS 251.4

⁴⁹ Cf. aujourd'hui déjà les informations disponibles sur le site internet de l'OFCOM à l'adresse suivante: http://www.ofcom.ch/fr/funk/freq_nutzung/standorte/index.html.

2.1.4

Ressources d'adressage

Art. 28

Les modes alternatifs de règlement des différends (Alternative Dispute Resolution [ADR]) font référence à l'ensemble des processus de résolution extrajudiciaire des litiges qui sont conduits par une tierce partie neutre, à l'exclusion de l'arbitrage. Ils connaissent une période d'expansion, d'expérimentation et d'innovation dans toute l'Europe. Ils sont devenus une priorité politique dans le contexte du commerce électronique pour l'UE (cf. Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial [COM (2002)196]). Ce développement des ADR tient aux difficultés d'accéder à la justice (durée, complexité et coût des procédures, en particulier lors de litiges transfrontaliers avec des conflits de loi et de juridiction), difficultés qui se sont accentuées dans le monde immatériel, sans frontières et en rapide évolution de l'internet.

Les ADR se sont largement imposés pour faire face aux enregistrements de noms de domaine qui violent à dessein les droits de tiers en matière de propriété intellectuelle («cybersquatting» ou «Domain Name Grabbing»). L'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) a en particulier adopté, le 24 octobre 1999, la procédure UDRP (Uniform Dispute Resolution Policy) et accrédité quatre centres de résolution des litiges pour les domaines génériques (gTLD comme «.com», «.org» ou «.info»). Dans sa résolution 102 adoptée lors de la Conférence des plénipotentiaires de Marrakech en 2002, l'Union internationale des télécommunications (UIT) a estimé qu'il est de l'intérêt général que le système de gestion des noms de domaine et des adresses internet comporte des procédures de règlement des différends. Pour ce qui est du domaine dont la gestion relève de la compétence de la Suisse sur la base de l'art. 28, al. 1, LTC, soit le ccTLD (country code Top Level Domain) «.ch», l'art. 14g de l'ordonnance du 6 octobre 1997 sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications (ORAT; RS 784.104) prévoit déjà l'institution, par la fondation Switch, d'un service de règlement des différends.

Compte tenu de l'importance que prennent les ADR, il convient d'ancrer dans la loi la possibilité de recourir à ce mode de règlement des litiges en fonction des besoins pour l'ensemble des ressources d'adressage et de confier au Conseil fédéral le soin de prévoir si nécessaire des règles quant à l'organisation, à la procédure, à la solution des litiges et à la nomination des experts. Les ADR n'ont en revanche pas pour finalité de trancher les questions sur les éventuels dommages et intérêts ou quant à la validité des éventuels droits de tiers en matière de propriété intellectuelle.

Un ADR ne constitue une alternative crédible à une procédure judiciaire que s'il présente des avantages en termes de rapidité, d'efficacité et de coûts, tout en respectant certains droits fondamentaux des parties. Son efficacité dépend dans une large mesure de l'obligation pour les titulaires de ressources d'adressage concernés de s'y laisser attirer par les tiers «lésés», sous peine de se voir infliger certains préjudices. Elle dépend également de la faculté de la tierce partie neutre de trancher et d'imposer sa solution (révocation, transfert) aux entités – OFCOM ou tiers délégataires – qui administrent les ressources d'adressage concernées. Ces caractéristiques distinguent l'ADR du service de conciliation tel qu'il est prévu à l'art. 12c du présent projet. Parmi les garanties minimales de procédure dont doit faire preuve un ADR, il y a lieu de retenir les principes d'impartialité du «tiers» au

regard des parties, de transparence, d'efficacité, d'équité et de confidentialité. Ces principes impliquent une concrétisation en fonction des types d'ADR et des litiges concernés. L'instauration d'un ADR n'implique aucune restriction du droit fondamental à l'accès à la justice, le recours aux voies civiles demeurant en tout temps réservé.

Comme l'indique le Livre vert de l'UE, les relations procédurales entre les systèmes d'ADR et les actions judiciaires sont très complexes et doivent encore être approfondies. La question de savoir si les ADR doivent se voir accompagner d'un régime de suspension des délais de prescription qui pourrait éviter l'extinction de l'action n'est, en particulier, pour l'heure pas tranchée. Le fait que les décisions des ADR puissent être obligatoires pour les entités qui gèrent les ressources d'adressage peut en outre avoir pour conséquence de modifier complètement le rôle et la position juridique des parties à un éventuel procès. Le titulaire qui se voit retirer une ressource d'adressage doit prouver son intérêt à la protection judiciaire s'il veut introduire une action en constatation de l'inexistence d'un droit ou d'un rapport juridique. Il lui appartient en outre de supporter le fardeau objectif de la preuve (art. 8 CC), alors qu'il était à l'origine titulaire d'un droit d'usage sur une ressource d'adressage. La mention que les actions civiles des titulaires de ressources d'adressage sont réservées indique que ces derniers doivent se voir reconnaître un intérêt à agir dans tous les cas. Il convient, compte tenu des incertitudes juridiques actuelles et du fait que les rapports entre procédure civile et ADR dépendent dans une large mesure des caractéristiques de l'ADR en question, de déléguer la solution des autres questions sur les relations procédurales entre les systèmes d'ADR et les actions judiciaires au Conseil fédéral.

2.1.5 Installations de télécommunication

Art. 31 à 34a

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, qui découlent de la réglementation européenne applicable, 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 ni, 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 terme *prescriptions* a été remplacé par *exigences essentielles* pour les deux 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 (seco).

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 directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunication et la reconnaissance mutuelle de leur conformité (R&TTE)⁵⁰, qui a été reprise globalement par le législateur suisse, prévoit en son art. 1 une réserve pour les installations «utilisées exclusivement dans des activités ayant trait à la sécurité publique ou aux activités de l'Etat dans le domaine du droit pénal». Dans le but de favoriser la prévention et la lutte contre le crime, l'art. 32a crée la base légale permettant d'exclure des installations de télécommunication (par ex. des installations perturbatrices, des émetteurs permettant la localisation d'un objet ou d'une personne ou des mini-espions) des dispositions ordinaires en vigueur sur l'offre, la mise sur le marché, la mise en service, la mise en place et l'exploitation, pour autant qu'elles doivent être exploitées par les autorités (en particulier les autorités de police et d'exécution des peines) afin de garantir la sécurité publique.

Selon l'art. 34, al. 1^{er}, le Conseil fédéral réglemente les conditions dans lesquelles la police et les autorités d'exécution des peines peuvent, dans l'intérêt de la sécurité publique, mettre en place, mettre en service et exploiter une installation perturbatrice sans se rendre coupable d'une infraction au sens de l'art. 51. Si la mise en œuvre d'installations perturbatrices provoque une atteinte excessive à d'autres intérêts publics ou à ceux de tiers, l'OFCOM doit pouvoir prendre des mesures à l'encontre de leur exploitant, comme pour tout autre exploitant d'une installation de télécommunication d'ailleurs (cf. 2^e phrase).

L'introduction de l'art. 34, 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 reprises 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 pour prouver la non-conformité d'installations perturbatrices peut être conséquent. Dans l'intervalle, l'OFCOM doit pouvoir prendre des mesures afin

⁵⁰ JO L 91 du 07.04.1999, p. 10.

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.

Le nouvel art. 34a précise que les dispositions des art. 13a et 13b sur le traitement des données personnelles et l'assistance administrative sont également valables dans le domaine des installations de télécommunication.

Art. 35 à 37

L'art. 35 ne subit que des adaptations en matière de terminologie. Suite à l'abolition des concessions de services de télécommunication, le droit d'utiliser le domaine public concerne à présent tous les fournisseurs de services de télécommunication. Cela ne devrait toutefois pas entraîner une plus grande mise à contribution du domaine public qu'aujourd'hui, dans la mesure où les fournisseurs qui mettent en place des installations de télécommunication sur le domaine public sont en principe, selon le droit actuel (art. 4, al. 1, LTC), soumis à l'obligation d'avoir une concession. L'abolition du régime de la concession n'aura donc pas pour effet d'accroître le nombre de fournisseurs utilisant le domaine public. Quant à la notion de cabine publique utilisée dans le texte français, elle est remplacée par celle de poste téléphonique payant public (cf. aussi art. 16, al. 1, let. c), que l'on trouve également en droit européen (cf. art. 6 de la directive «service universel»).

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 (al. 3). Le renvoi aux règles de l'interconnexion à l'actuel al. 2, 2^e phrase, n'est enfin plus d'aucune utilité dans la mesure où tant l'ampleur du dédommagement que la procédure sont suffisamment spécifiées à l'al. 2. Il y est en effet en particulier précisé que l'OFCOM ne peut intervenir que sur demande.

S'agissant du régime de l'expropriation prévu à l'art. 36, al. 1, que le présent projet ne modifie pas, le Conseil fédéral avait précisé, dans son message du 10 juin 1996⁵¹, que l'intérêt public était présumé pour les concessionnaires de services de télécommunication. Avec l'abolition du régime des concessions de services de télécommunication, cela devrait continuer d'être le cas pour la construction de réseaux destinés à la fourniture de services de télécommunication accessibles au public.

A l'art. 37, ce ne sont pas tant les lignes que 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. Pour les raisons déjà mentionnées à l'art. 35, la suppression des concessions de télécommunication et la généralisation du droit de propriété sur les lignes à tous les fournisseurs de services de télécommunication ne devraient pas avoir de conséquences pratiques.

⁵¹ FF 1996 III 1397

2.1.6 Redevances

Art. 38

Avec la généralisation de l'obligation d'annoncer, tous les fournisseurs de services de télécommunication, et pas uniquement les concessionnaires de services de télécommunication comme c'est le cas aujourd'hui, doivent participer au financement du service universel. Ce système est d'ailleurs plus équitable et permet d'éviter des distorsions sur le marché. Le Conseil fédéral pourra toutefois exonérer de cette redevance les fournisseurs dont le chiffre d'affaires est marginal.

Il s'agit d'une redevance de compensation affectée à un but précis, dans la mesure où elle sert à compenser la charge publique du concessionnaire du service universel aux fins de financer le service universel. Elle contribue ainsi à favoriser une concurrence équitable entre le concessionnaire du service universel et les autres fournisseurs de services de télécommunication de même qu'à garantir un service universel satisfaisant dans toutes les régions du pays. Elle dépend ainsi directement de l'art. 92 de la Constitution (Cst.).

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. Par ailleurs, 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 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.

Art. 39

Les critères pour le calcul des redevances sur les concessions de radiocommunication (al. 2), essentiellement d'ordre technique, se sont par le passé avérés trop limitatifs. Il convient de leur adjoindre le critère économique de la «valeur des fréquences». Par exemple, les fréquences pour lesquelles les concessions de radiocommunication permettent une utilisation en zone urbaine ont plus de valeur que celles où une utilisation en zone rurale uniquement est permise. Ceci est dû au fait que l'encombrement du spectre en zone urbaine est plus fort qu'en zone rurale. L'autorité en charge de la gestion du spectre n'accédera par conséquent que difficilement aux demandes de concessions pour des fréquences permettant une utilisation en zone urbaine, alors qu'elle attribuera plus facilement des concessions en vue d'une utilisation en zone rurale. Le nouveau critère permet ainsi une fixation du montant des redevances en fonction de la demande dont les fréquences font l'objet.

Selon l'al. 3 en vigueur, la redevance de concession correspond au montant offert, déduction faite des émoluments. Le nouvel al. 3 précise que les émoluments n'englobent que les frais découlant de l'appel d'offres, de la procédure et de l'octroi de la concession de radiocommunication. Ils ne comprennent donc pas les frais subséquents découlant de la gestion des fréquences, de la surveillance, des modifications ou des adaptations de concessions. Ces frais sont facturés séparément

aux concessionnaires comme 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 télécommunications⁵²).

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.

L'al. 1, let. c, se réfère à l'art. 12c. On pense ici à un émolument calculé en fonction du temps comme dans l'ordonnance du DETEC du 22 décembre 1997 sur les émoluments dans le domaine des télécommunications.

Lorsqu'une tâche est déléguée à un tiers (al. 2 et 3), 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.

Art. 41

Le montant des redevances dues pour le financement du service universel ne peut être fixé d'avance par le Conseil fédéral (cf. art. 38). Celui-ci ne peut qu'édicter des dispositions sur les bases de calcul.

2.1.7 Secret des télécommunications et protection des données

Art. 45a

La publicité de masse envoyée par des moyens de télécommunication est réglée par le nouvel art. 3, let. o, de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (cf. annexe). Il est trop aisé pour les expéditeurs de publicité de masse déloyale d'agir à leur guise si tous les fournisseurs de services de télécommunication ne luttent pas sans exception contre de tels agissements. C'est pourquoi l'art. 45a oblige – et autorise – tous les fournisseurs de services de télécommunication à employer les moyens appropriés et proportionnés pour lutter contre cette forme de publicité. Quant aux fournisseurs qui s'opposent déjà de leur plein gré à cette publicité de masse déloyale, ils pourront désormais justifier leur action contre les expéditeurs en invoquant l'obligation qui leur incombe aux termes de l'art. 45a. L'art. 45a n'exige et ne permet que des mesures judicieuses, qui sont réalisables avec des moyens raisonnables et qui sont possibles au niveau technique (pour autant qu'il s'agisse de mesures techniques). Le Conseil fédéral peut déterminer quelles sont ces mesures en fonction de l'évolution technique. Ces mesures peuvent par exemple consister dans la révocation du contrat de prestations conclu entre un fournisseur de services de télécommunication et un client, lorsque des plaintes ont été déposées à plusieurs reprises auprès du fournisseur par des usagers ayant reçu de la publicité de masse non sollicitée de la part de ce client.

⁵² RS 784.106.12

Art. 45b

Il est nécessaire de disposer de données sur la localisation des clients qui ont souscrit à des services de télécommunication mobiles pour leur offrir ces services et les facturer. Ces données peuvent également être utilisées à d'autres fins. Grâce à elles, les fournisseurs de services de télécommunication ou des tiers peuvent offrir aux clients des services en rapport avec l'endroit où ils se trouvent, par exemple le programme des cinémas locaux, des informations sur l'hôtel le plus proche ou encore l'itinéraire à suivre pour se rendre à une adresse donnée. Cependant, certaines utilisations pourraient aussi constituer une violation de la sphère privée des clients. Celle-ci doit donc être protégée en ce qui concerne les données de localisation. L'art. 45b permet l'utilisation de données de localisation dans trois cas de figure uniquement, à savoir lorsqu'elles sont nécessaires pour fournir et facturer des services de télécommunication, lorsqu'elles ont été rendues anonymes, ou pour fournir d'autres services avec le consentement des clients. Cette réglementation correspond à l'art. 9 de la directive «vie privée et communications électroniques» de l'Union européenne.

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 visée par l'art. 45b. En tant que *lex specialis*, elle est applicable dans tous les cas qui relèvent de son champ d'application.

Art. 45c

Une partie toujours plus importante des télécommunications se déroule entre des appareils, et parfois sans que l'utilisateur le remarque. Or, la sphère privée de l'être humain englobe également les appareils qu'il utilise. C'est pourquoi ce dernier doit être protégé contre tout accès non souhaité, voire illicite, de tierces personnes à ces appareils. Ce principe est aussi valable lorsque ces appareils ne sont pas, comme le prévoient les art. 143 et 143^{bis} du code pénal⁵³, spécialement protégés contre tout accès indu. Il convient en outre d'établir des règles pour diriger les processus de télécommunication qui se passent en partie à l'insu du consommateur.

Le traitement de données au sens de l'art. 45c comprend l'enregistrement, la consultation et toute autre forme de traitement. Les immixtions visées comportent par exemple l'installation et l'utilisation de «cookies», de virus internet, d'identificateurs cachés ou de «spyware». Certains de ces programmes transfèrent des données, en partie de façon indépendante, par le biais de techniques de télécommunication. Ils transmettent à leurs utilisateurs des informations notamment sur les pages internet consultées à partir d'appareils appartenant à autrui, mais peuvent également servir à bien d'autres fins. L'art. 45c régit l'utilisation de tels programmes. Il garantit que le traitement de données effectué sur des appareils appartenant à autrui sert à fournir des services de télécommunication ou, lorsque tel n'est pas le cas, peut être contrôlé par les utilisateurs des appareils. Il correspond à l'art. 5, al. 3, de la directive «vie privée et communications électroniques» de l'Union européenne.

⁵³ RS 311.0

2.1.8 Intérêts nationaux importants

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'UE⁵⁴ qu'en Suisse⁵⁵. 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 des éléments de réseaux non redondants et à l'obligation imposée aux exploitants de rendre possible la desserte des réseaux de manière autonome également depuis la Suisse⁵⁶. L'art. 48a comble une lacune: l'art. 46 protège uniquement les droits de la personnalité dans les télécommunications et ne s'applique qu'aux atteintes de l'extérieur alors que l'art. 47 ne concerne que les situations extraordinaires.

2.1.9 Dispositions pénales

Art. 52

La lettre a de l'al. 1 est adaptée à la suppression des concessions de services de télécommunication. 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

Art. 58

Le champ d'application de l'art. 58 ne se limite plus aux concessionnaires, mais 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 concessionnaires) et contre les titulaires de numéros attribués individuellement (p.ex. 0800, 09XX), même s'ils sont également soumis à la LTC.

⁵⁴ 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. 23 de la directive «service universel».

⁵⁵ «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.

⁵⁶ 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.

En outre, les fournisseurs de services de télécommunication n'utilisant pas le spectre des fréquences n'ont plus besoin d'une concession. Ils doivent pourtant eux aussi continuer d'être soumis à la surveillance de l'office.

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

Suite à l'élargissement du cercle des personnes visées par l'art. 58, la règle fixant la compétence de prendre des mesures de surveillance a été inversée: ce n'est plus la ComCom mais l'OFCOM qui est mentionné. La ComCom demeure compétente pour prendre des mesures de surveillance dans les cas où elle a octroyé une concession. Matériellement, l'art. 58 ne change donc rien à la répartition des compétences entre la ComCom et l'OFCOM.

L'al. 2, let. 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. Il n'est plus possible de mettre fin, par le retrait de la concession, à l'activité d'un fournisseur qui ne doit plus être titulaire d'une concession. Toutefois, l'autorité de surveillance doit, en dernier recours, pouvoir mettre un terme à l'activité d'un fournisseur en cas d'infractions fondamentales au droit applicable.

Lorsque la commission est compétente selon l'al. 4, la personne responsable doit naturellement aussi informer la commission (et non l'office) des dispositions prises selon l'al. 2, let. a, in fine.

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. Les données personnelles qui sont récoltées à des fins statistiques ne peuvent en principe être utilisées à d'autres fins. L'al. 2^{bis} rappelle ce secret statistique tout en fixant les exceptions. Les décisions régulatrices (let. d) comprennent notamment les décisions en matière d'accès (art. 11) et celles résultant de la surveillance du marché (art. 58 et 60). Compte tenu de la structure particulière et du besoin de transparence du marché des télécommunications, il convient en outre d'autoriser l'OFCOM à publier les parts de marché des fournisseurs (al. 2^{ter}).

Art. 60

A l'instar de l'art. 58, l'al. 1 ne s'applique plus uniquement aux fournisseurs de services de télécommunication, mais aux entreprises en général, et notamment aux 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 qui sont 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 radioamateurs par exemple, ne sont en revanche pas touchés par cette disposition.

Il n'est plus nécessaire de réaliser un gain pour qu'une sanction soit prononcée. La sanction vise à imposer le respect de la loi, et peu importe qu'une entreprise réalise un gain grâce à une infraction. L'art. 58, al. 2, let. b, permet de confisquer l'avantage financier illicitement acquis.

L'al. 1 a été complété de façon à ce qu'une sanction administrative puisse aussi être prononcée en cas d'infraction au droit applicable. Ce complément permet de sanctionner des entreprises non concessionnaires en cas d'infractions graves, sans qu'il soit nécessaire de les sommer auparavant de cesser l'infraction. La commission et l'office peuvent ainsi garantir l'application du droit des télécommunications dans un marché qui évolue rapidement et où des sociétés importantes sont prêtes à courir des risques.

Etant donné que le gain réalisé du fait de l'inobservation est souvent impossible à chiffrer, il ne représente pas un critère approprié pour déterminer le montant maximal de la sanction (triple du gain). Il est donc remplacé par le paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse, déjà prévu dans le texte en vigueur, mais calculé sur une base plus large correspondant à 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).

L'al. 3 mentionne les critères les plus importants pour fixer le montant de la sanction. La gravité de la violation et les conditions financières de l'entreprise concrétisent le principe général de proportionnalité.

2.1.11 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.). Pourront toutefois demeurer les obligations spécifiques d'itinérance et de couverture du territoire et de la population, selon les principes généraux du droit administratif. Quant à la concession de service universel octroyée à Swisscom jusqu'au 31 décembre 2007, elle continuera d'être régie par les anciennes dispositions.

2.2 Modification du droit en vigueur (annexe)

2.2.1 Art. 3 LCD

L'envoi de publicité de masse par des moyens de télécommunication ne cesse d'augmenter partout dans le monde, sans que les destinataires puissent faire quoi que ce soit pour stopper cette pratique. Contrairement à d'autres formes de publicité, l'envoi de publicité de masse génère des coûts négligeables pour les expéditeurs. Les frais occasionnés sont supportés par les fournisseurs chargés de la transmission et par les destinataires. Ce sont eux qui doivent mettre en place des capacités de transmission et de stockage et qui supportent les conséquences du blocage de ces capacités par les envois de publicité de masse. Ils doivent de plus investir du temps pour le traitement et la réception de ces messages. En comparaison des autres formes de publicité, on constate une inversion de la répartition des coûts, face à laquelle les destinataires sont impuissants. La publicité de masse a pris des proportions qui sont inacceptables pour la majorité des destinataires.

C'est contre ce phénomène que les fournisseurs chargés de la transmission et les destinataires n'ayant pas sollicité de publicité doivent être protégés. La nouvelle let. o de l'art. 3 LCD accorde ainsi aux destinataires le droit de décider s'ils désirent recevoir cette publicité. La réglementation proposée donne suite à la motion Sommaruga (00.3393: Mesures «antispamming». Multipostage abusif) et correspond à l'art. 13 de la directive «protection des données». Elle revêt aussi une importance particulière par le fait que certains moyens de communication, tels que les messages électroniques, pourraient à défaut devenir totalement inutilisables. La publicité de masse n'est pas régie par la LTC, mais par la LCD, parce qu'elle concerne en premier lieu les utilisateurs (et non les fournisseurs) de services de télécommunication. Les fournisseurs chargés de la transmission de la publicité sont en outre visés par l'art. 45a LTC. Le recours au droit de la protection des données n'est en aucun cas exclu.

Puisque seule l'automatisation permet l'envoi en masse de messages publicitaires, la notion de publicité de masse comprend toutes les formes de publicité automatisée (appels automatisés, télécopie, SMS, courrier électronique, etc.). N'est pas concernée la publicité non automatisée, qui nécessite un travail humain (p. ex. appels publicitaires) et qui conduit donc à peu d'abus. Pour cette dernière, c'est la réglementation, tout à fait suffisante, de l'art. 65, al. 1, OST qui continue à s'appliquer («opt-out»). La présente disposition ne concerne pas non plus l'envoi de publicité en rapport avec la demande d'un contenu (p. ex. publicité sur les sites internet, publicité par la radiodiffusion).

Le champ d'application de la let. o est donc limité à la publicité de masse sans rapport avec la demande d'un contenu. La publicité de masse doit:

1. être envoyée avec le consentement du client;
2. contenir la mention correcte de l'émetteur;
3. indiquer la possibilité de s'opposer à ce genre de publicité.

Est considérée comme publicité sans mention correcte de l'émetteur la publicité sans mention de l'expéditeur et la publicité dont les données de l'émetteur ne permettent pas d'établir qui en est le mandant. La personne destinataire peut à tout moment refuser des messages publicitaires électroniques, même si elle avait préalablement donné son accord. Elle doit en être avertie clairement à chaque contact. Le refus ne

doit pas nécessiter trop de temps ni entraîner de frais pour le destinataire (exception faite des frais marginaux et pratiquement inévitables du type de ceux occasionnés par l'accès à l'internet lors de l'envoi de messages électroniques).

La 2^e phrase élargit les possibilités de publicité par rapport à la 1^{ère} phrase: si un client a donné son adresse pour un achat, celle-ci peut être utilisée pour de la publicité de masse, pour autant que le client ne s'y soit pas opposé après avoir été rendu attentif à la possibilité de le faire. En dérogation à la 1^{ère} phrase, la 2^e phrase ne règle que la question du consentement. Les autres conditions (mention correcte de l'émetteur, indication de la possibilité de s'opposer) restent valables.

2.2.2 Art. 10 LSF

L'Office fédéral de la statistique (OFS) fournit des prestations d'information dans l'intérêt de l'Etat, de l'économie et de la société. Les informations statistiques fiables sont indispensables dans nos sociétés modernes. Citons à ce titre la statistique sanitaire, les Comptes nationaux (calcul du PIB) et l'indice suisse des prix à la consommation (IPC), qui sert de base de calcul à la compensation du renchérissement lors des négociations salariales et lors de l'adaptation annuelle des rentes. La majorité des statistiques reposent sur des enquêtes auprès de la population. Ces dernières ne sollicitent qu'une partie de la population. Il s'agit d'enquêtes dites par sondage, qui sont réalisées auprès de ménages et de personnes tirés au hasard dans un registre d'échantillonnage.

La qualité des statistiques dépend dans une large mesure de celle du registre d'échantillonnage. Des biais aux répercussions économiques considérables, qui seraient occasionnés par exemple par une adaptation erronée suite à un calcul inexact de la compensation du renchérissement, ne peuvent être évités que si le registre d'échantillonnage couvre le plus complètement possible les ménages résidant en Suisse.

Actuellement, c'est l'annuaire téléphonique de Swisscom qui forme la base du registre d'échantillonnage pour les enquêtes auprès des ménages. Or, la qualité de l'annuaire téléphonique s'est constamment amoindrie ces dernières années, notamment parce que les clients n'ont plus l'obligation de faire inscrire leur numéro de téléphone dans un annuaire public. La part des clients du réseau mobile qui ne sont plus raccordés au réseau fixe s'est accrue et c'est précisément parmi ces derniers que l'on compte le plus grand nombre de personnes n'inscrivant plus leur numéro de téléphone dans un annuaire public. La représentativité du registre d'échantillonnage n'est donc plus garantie.

Pour remédier à cette situation problématique, il serait nécessaire que les fournisseurs de services téléphoniques publics transmettent à l'OFS les données suivantes concernant leurs clients: numéro d'appel, nom, prénom et adresse des clients ainsi que toute information disponible concernant leur langue, leur numéro privé, leur numéro professionnel, le type de service téléphonique et une éventuelle interdiction d'adresser de la publicité ou décision de ne pas figurer dans l'annuaire. Pour être fiable, le registre d'échantillonnage doit aussi contenir les données de clients qui ne veulent pas figurer dans un annuaire téléphonique et, si possible, celles de la clientèle à prépaiement.

Il n'existait pas, jusqu'à présent, de bases légales concernant l'obligation pour les fournisseurs de services téléphoniques publics de communiquer des données sur leur clientèle et concernant leur indemnisation pour cette charge d'intérêt public. Le Conseil fédéral propose donc de créer ces bases dans un nouvel al. 3^{quater} de l'art. 10 de la loi du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale (LSF, RS 431.01).

Dans le nouvel alinéa, il est précisé que les données du registre d'échantillonnage doivent servir exclusivement à l'exécution des relevés statistiques au sens de la loi sur la statistique fédérale. Leur utilisation à des fins administratives ou se rapportant à des personnes est exclue; toute utilisation abusive et à des fins non statistiques est sanctionnée. La protection des données peut être pleinement garantie par la législation fédérale s'y rapportant.

Les milieux participant aux enquêtes, en particulier les instituts de sondage qui effectuent des enquêtes pour le compte de la Confédération, n'ont pas le droit d'utiliser ces données pour leurs propres besoins. Ils doivent les détruire ou les restituer à la Confédération. Des accords de protection des données conclus entre la Confédération et les instituts de sondage ainsi que des amendes conventionnelles garantissent le respect de cette disposition.

Le registre d'échantillonnage sera bientôt complété par des données provenant des registres des habitants cantonaux et communaux. Au printemps 2003, le DFI a organisé une consultation concernant une loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes. Cette loi a pour objectif principal d'harmoniser les registres des habitants communaux et cantonaux en vue de pouvoir réaliser, en 2010, un recensement de la population sur la base de ces registres.

Les données des registres des habitants ne suffisent pas pour effectuer une enquête par sondage, car les numéros de téléphone n'y figurent pas. Or, pour des questions de coûts et de qualité, la plupart des enquêtes sont aujourd'hui réalisées par téléphone. Les données sur les clients des fournisseurs de services téléphoniques sont en conséquence indispensables.

Dans un premier temps, il est prévu de créer une base légale pour le registre d'échantillonnage constitué des données sur les clients des fournisseurs de services téléphoniques publics. Plus tard, le registre d'échantillonnage comportera aussi des données provenant des registres des habitants.

2.2.3 Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)

2.2.3.1 Généralités

La police et les services de sauvetage reçoivent de plus en plus d'annonces de disparitions. Les personnes disparues ont de plus en plus souvent un téléphone portable sur elles. Et les progrès de la technique permettent de les localiser avec une précision croissante, pour autant que les appareils soient allumés et qu'ils se trouvent dans une région desservie par les réseaux de téléphonie mobile. Certes, ces avancées ouvrent de nouvelles perspectives pour la recherche des personnes disparues, mais elles interfèrent aussi avec la protection garantie par le secret des télécommunications.

Différentes interventions, provenant des autorités de police comme des fournisseurs de services de télécommunication, ont mis en exergue la nécessité d'une réglementation de la recherche des personnes portées disparues en ayant recours aux données du trafic des télécommunications.

Le but de la présente modification consiste à créer une base légale pour pouvoir déroger au secret des télécommunications, permettant de mettre à profit les possibilités offertes par la technologie de la téléphonie mobile pour la recherche de personnes disparues. Il est en outre nécessaire de définir clairement le déroulement de la procédure afin de permettre le déploiement rapide et efficace des équipes de sauvetage.

Vu que, depuis l'introduction de la LSCPT, la réglementation de la surveillance de la correspondance par télécommunication est contenue dans une seule loi, il s'avère judicieux de fixer dans la même loi les dispositions sur la surveillance en dehors des procédures pénales. De plus, il convient, pour la recherche des personnes disparues, d'avoir recours à l'infrastructure et au savoir-faire existants ainsi qu'à la procédure éprouvée dans le cadre de la surveillance officielle.

2.2.3.2 Commentaires des modifications

Art. 1

Le champ d'application est étendu à la recherche des personnes disparues, c'est-à-dire à des faits en dehors d'une procédure pénale.

Art. 3a

Les cas dans lesquels il est permis de faire intrusion dans le secret des télécommunications en dehors d'une procédure pénale doivent être décrits, conformément à l'extension du champ d'application. En accord avec les objectifs de la réglementation, seules les télécommunications sont concernées. Selon la terminologie du message du 1^{er} juillet 1998 concernant la LSCPT⁵⁷, l'expression «données relatives au trafic et à la facturation», telle qu'elle est employée à l'art. 5, al. 1, let. b, comprend «pour les téléphones mobiles, la localisation de ces derniers au moment de la communication» (cf. supra, p. 3707, ch. 212.11).

C'est la police qui détermine si une personne a disparu, étant donné qu'elle dispose de l'infrastructure technique et des ressources en personnel nécessaires aux recherches. Pour justifier une intrusion dans le secret des télécommunications, il faut également que des indices sérieux laissent penser que la personne réputée disparue court un danger grave et imminent. Seuls les cas où la personne est en danger de mort sont concernés et la surveillance ne peut être ordonnée que dans les cas d'urgence avérés. Pour qu'un tel danger soit constaté, il faut des signes extérieurs visibles, par exemple la disparition dans certaines situations particulièrement dangereuses ou encore un risque de suicide certain. Le but de la recherche de personnes portées disparues consiste toujours à sauver la personne en question. Cet article ne peut en aucun cas être utilisé pour contourner les conditions plus strictes applicables dans le cadre d'une procédure pénale.

⁵⁷ FF 1998 3689

Le secret des télécommunications est un droit fondamental, ancré à l'art. 13 de la constitution fédérale. Les conditions pour une limitation de ce droit doivent donc être suffisamment strictes lorsque la sphère privée de tiers non concernés est touchée par la surveillance. Conformément à la Constitution, il s'agit d'appliquer le principe de proportionnalité pour justifier toute limitation des droits fondamentaux.

Art. 6

La désignation des autorités compétentes doit être déléguée aux cantons, en accord avec la répartition des compétences entre ces derniers et la Confédération. L'art. 18 prévoit un délai de transition à cet effet. Tant que les autorités compétentes ne sont pas désignées, la surveillance peut aussi être ordonnée en dehors d'une procédure pénale par une autorité au sens de l'art. 6, let. a, ch. 4.

Art. 8

Cette réglementation correspond au principe élémentaire de la protection des données, selon lequel les données ne sont utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été récoltées. Elle doit empêcher que l'extension du champ d'application aux surveillances selon l'art. 3a n'entraîne un détournement des conditions en partie plus strictes qui s'appliquent à l'institution de mesures de surveillance dans des procédures pénales.

Art. 9

Le but d'une délimitation claire des mesures de surveillance selon les art. 3 et 3a est aussi poursuivi avec l'interdiction d'utiliser les informations recueillies fortuitement.

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 tant pour l'OFCOM que pour 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. Il en ira de même au niveau des conséquences financières. La diminution des émoluments dus pour l'octroi des concessions de services de télécommunication sera largement compensée par l'augmentation des émoluments liés à la surveillance de l'ensemble des fournisseurs de services de télécommunication. En revanche, l'extension des obligations des fournisseurs dominants exigera l'engagement de spécialistes dans le domaine de l'analyse et du calcul des coûts, en vue notamment d'appuyer les ressources déjà consacrées aux procédures de règlement des différends entre fournisseurs de services de télécommunication. Le besoin supplémentaire en personnel ne devrait toutefois pas excéder l'équivalent de deux postes complets. Par ailleurs, la conciliation des litiges entre fournisseurs et utilisateurs selon l'art. 12c nécessitera également du renfort au cas où cette fonction ne serait pas déléguée à des tiers mais assurée par l'OFCOM

lui-même. Dans un tel cas, il conviendrait de compter avec deux postes à temps complet en plus.

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, selon le principe ancré à l'art. 40, al. 1. Dans la mesure où l'offre d'informations comparatives sur les services de télécommunication est pour l'instant assurée par les milieux privés de manière satisfaisante, une intervention de l'OFCOM ne se justifie pas. L'art. 12a, al. 2, n'entraînera donc à moyen terme aucun besoin de moyens financiers supplémentaires. Quant aux coûts encourus par la Confédération pour dédommager les fournisseurs de services téléphoniques publics en exécution de la modification apportée à la loi sur la statistique fédérale, ils devraient s'élever à environ 100 000 francs par année.

3.1.2 Frein aux dépenses

Lors de son adoption, l'art. 19 relatif au financement du service universel était soumis au régime du frein aux dépenses en application de l'art. 88, al. 2, de l'ancienne Constitution (cf. message du Conseil fédéral du 10 juin 1996 concernant la révision de la loi sur les télécommunications; FF 1996 III 1425). Sa modification n'entraînant pas de nouvelles dépenses, l'art. 159, al. 3, let. b, de la nouvelle Constitution n'est pas applicable. Quant au nouvel art. 10, al. 3^{quater}, de la loi sur la statistique fédérale, il n'entraînera pas de dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs et n'est donc pas non plus soumis au frein aux dépenses.

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'octroi de permis de construire et à l'utilisation du domaine public pour la mise en place d'installations de télécommunication. Alors que les tribunaux cantonaux continueront d'être compétents pour juger les litiges entre fournisseurs de services de télécommunication portant sur un accord ou résultant d'une décision en matière d'accès, l'instauration d'une procédure de conciliation devrait contribuer à la diminution des cas portés par les utilisateurs de services de télécommunication ou de services à valeur ajoutée devant le juge civil. L'introduction dans la loi contre la concurrence déloyale d'une norme interdisant l'envoi de messages publicitaires non sollicités pourrait en revanche avoir comme conséquence une augmentation des plaintes, aussi bien devant les tribunaux civils que devant le juge pénal.

3.2 Conséquences économiques

3.2.1 Conséquences pour les différentes catégories d'acteurs sur le marché des télécommunications

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 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 activités⁵⁸ de manière à se soustraire partiellement au paiement des redevances.

Suite à l'introduction des nouvelles mesures visant à relancer et à stimuler la concurrence, notamment au dégroupage de la boucle locale, la position privilégiée que détient l'opérateur historique devrait naturellement s'éroder⁵⁹. En particulier, l'avantage comparatif qui résulte d'un accès exclusif à la boucle locale disparaîtra et, avec lui, la possibilité de jouir d'éventuelles rentes de situation. Néanmoins, ces changements constitueront également une chance pour lui puisqu'ils l'inciteront à ne pas relâcher ses efforts dans la course à l'efficacité et à l'excellence. 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 positif⁶⁰.

Quant aux nouveaux entrants, ils auront désormais l'opportunité de compléter utilement leur réseau et d'entretenir une relation commerciale exclusive et indépendante avec leurs clients. Ils pourront proposer à ces derniers un portefeuille complet de services vocaux et de données et choisir les spécificités technologiques qui leur semblent les plus adéquates. L'innovation tant commerciale que technologique devrait être stimulée.

L'argument en vertu duquel le dégroupage pourrait avoir des répercussions négatives sur les incitations à investir a plusieurs fois été évoqué par les détracteurs de cette mesure. Ces derniers arguent du fait que l'opérateur dominant serait le seul à supporter le risque lié à l'investissement et que le rendement dont il pourrait tirer profit serait par trop limité. Il est bien évidemment malaisé de se prononcer sur une question telle que les incitations à investir dans la mesure où l'évolution des investissements est tributaire d'un grand nombre de facteurs (climat économique, dispositions à payer des consommateurs, etc.) en sus des règles propres à fixer un cadre général favorable au bon fonctionnement de la concurrence. Néanmoins, pour aborder la question correctement, il convient de ne pas se focaliser sur les investissements d'un seul opérateur mais de considérer l'ensemble des investissements susceptibles d'être consentis par la branche. Or, en offrant des possibilités de développement inédites, l'introduction du dégroupage devrait incontestablement motiver les nouveaux entrants à réaliser les investissements

⁵⁸ Par exemple, en créant des entreprises soumises au régime de l'annonce.

⁵⁹ Pour une analyse circonstanciée des effets économiques du dégroupage, cf. OFCOM, Impact économique de l'obligation de dégroupage de la boucle locale. Bienne, mai 2002, <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/francais/telecomdienste/principesetconsultations/consultations/8.pdf>.

⁶⁰ Même s'il ne s'agit pas du même marché, l'évolution observée dans le secteur des services mobiles illustre de manière exemplaire les effets stimulants que peut produire la concurrence. Quant à l'opérateur historique, nul ne peut prétendre qu'il est ressorti affaibli du processus de libéralisation, bien au contraire. Déjà bien implanté sur le marché de la téléphonie mobile avant son ouverture, il a bénéficié d'un avantage de départ que jamais ses concurrents ne pourront rattraper.

nécessaires pour conquérir le marché de la téléphonie vocale ainsi que celui des services à large bande. Quant à l'entreprise Swisscom, il est difficile d'imaginer qu'elle ne suivra pas le mouvement. Une intensification prévisible de la concurrence constitue sans nul doute un aiguillon puissant pour consolider aussi vite que possible sa position sur un marché jeune et en pleine expansion tel que celui des services à large bande («first mover advantage»). Swisscom ne pourra par ailleurs affronter la concurrence que si elle dispose d'une meilleure offre que celle de ses concurrents, tant sur les plans technique que qualitatif. Dans ces circonstances, il serait extrêmement inopportun de renoncer à rentabiliser les investissements que l'entreprise a déjà consentis – la couverture ADSL de Swisscom étant déjà de 95 %⁶¹ et Swisscom estimant à approximativement 400 000 le nombre de clients devant lui permettre d'atteindre le seuil de rentabilité⁶² – et de ne pas tirer profit des synergies possibles. Le dégroupage ne prêterait pas non plus les investissements futurs. Premièrement, l'entreprise peut difficilement identifier les clients qui décideront de passer à la concurrence et n'est donc pas véritablement en mesure de déterminer à l'avance dans quelles parties de son réseau il lui faut investir ou ne pas investir. Deuxièmement, en cas de cession du raccordement, l'entreprise Swisscom n'aura à subir aucun préjudice puisqu'elle recevra un prix couvrant adéquatement ses coûts et garantissant, en particulier, un rendement satisfaisant tenant compte du risque encouru⁶³. Enfin, soulignons-le encore, c'est au client qu'il appartiendra en dernier ressort d'exercer son libre arbitre et de jeter son dévolu sur un opérateur plutôt que sur un autre. La volonté de libéraliser ayant pour objectif premier et fondamental l'augmentation de la satisfaction des usagers, il paraît dès lors légitime de vouloir renforcer leur possibilité de choix.

Grâce à la réduction des barrières administratives et économiques à l'entrée sur le marché, la concurrence sur le marché des services de télécommunication devrait s'intensifier, ce qui comportera indéniablement des avantages pour les entreprises et les particuliers (prix plus bas, émergence de nouveaux services susceptibles de mieux satisfaire les demandes, etc.). En particulier, les consommateurs se verront offrir des alternatives qui n'existent pas jusqu'à présent et auront plus de latitudes pour exercer leur libre arbitre. Par ailleurs, l'obligation que le Conseil fédéral pourra imposer aux fournisseurs de services de télécommunication de publier des données relatives à la qualité des prestations et la création d'un organe de conciliation entre fournisseurs et utilisateurs permettront de fluidifier le marché et de réduire les coûts de transaction.

61 A ce propos, voir le communiqué de presse de Swisscom du 3 décembre 2002: http://www.swisscom.com/mr/content/media/index_FR.html?2002.

62 Il s'agit du «breakeven on a standalone basis». Source: Présentation Swisscom, Analyst meeting, Annual results 2002 «rock- solid- return(s)», 26 March 2003, Zurich, p. 18.

63 Pour calculer le prix, on devrait appliquer le modèle traditionnellement utilisé dans le domaine de l'interconnexion (modèle dit du «Forward Looking Long Run Incremental Cost based on Modern Equivalent Assets»). Précisons encore que le prix ainsi calculé comprend un rendement du capital usuel dans la branche pour les investissements consentis, rendement qui est pondéré selon les risques encourus. Dans l'interconnexion, il est par ailleurs de coutume de recalculer les prix chaque année.

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, notamment du point de vue financier, ainsi que de la disposition des consommateurs à payer pour de nouveaux services⁶⁴. En arrière-plan, l'évolution de la conjoncture économique ainsi que celle des marchés financiers joueront un rôle non négligeable.

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 sur le plan technologique. Il en résultera une allocation plus efficiente 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 télécommunication⁶⁵, 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 sont 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, l'offre de nouveaux services, notamment les services à large bande, s'adresse d'abord aux entreprises et au segment supérieur du marché. 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. Parallèlement, l'augmentation de la demande va permettre à ce qu'on appelle les externalités de réseau⁶⁶ de déployer leurs effets positifs.

Par analogie, le développement de nouvelles offres devrait prioritairement concerner les régions urbaines avant de s'étendre aux régions périphériques. En effet, chaque fois qu'il s'agit de développer un nouveau marché, les entreprises commencent toujours par offrir leurs services là où les coûts sont les moins élevés et la demande la plus forte. Ce n'est qu'une fois le marché testé et consolidé qu'elles se mettront à la recherche de nouveaux débouchés pour leurs services et étendront leurs domaines d'activités.

⁶⁴ Afin de mieux saisir l'ampleur et la nature de la demande, en particulier pour les services internet, l'OFCOM s'est attaché à décrire la situation en recourant à quelques indicateurs statistiques choisis ainsi qu'en présentant les résultats principaux de sondages d'opinions réalisés au cours des années 2001 et 2002. Ce document, réalisé en octobre 2002, est disponible à la page suivante: <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/francais/telecomdienste/analysesdemarch/3.pdf>.

⁶⁵ Source: Analysys, Report Number 01-263, 25th September 2001, p. 53.

⁶⁶ Ce terme traduit le processus en vertu duquel la satisfaction de l'utilisateur d'un service fourni par un réseau croît au fur et à mesure que la consommation de ces services par d'autres usagers augmente, favorisant ainsi les possibilités d'interaction.

Relevons d'ailleurs que ce phénomène est confirmé par diverses investigations menées par l'OFCOM. Ainsi, il apparaît clairement que toutes les régions périphériques n'ont pas encore accès à la large bande (via l'ADSL ou le modem-câble). Cependant, là où une offre est présente, les utilisateurs ne semblent pas être confrontés à des difficultés majeures lors de l'installation et de l'exploitation du service. Le marché des services à large bande étant encore fort jeune, il serait prématuré de conclure que la situation au niveau des infrastructures disponibles dans les régions périphériques constitue, à l'heure actuelle, une préoccupation majeure. Ceci s'avère d'autant plus vrai que selon une étude publiée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) en mai 2002, les petites et moyennes entreprises (PME) suisses, toutes localisations confondues, ont encore beaucoup de peine à saisir puis à mettre en œuvre toutes les fonctionnalités que pourraient leur offrir les infrastructures et services déjà disponibles⁶⁷. Par ailleurs, on subodore que les potentialités offertes par les services de télécommunication et l'internet sont utilisées encore moins intensivement par les PME sises dans les régions périphériques que par celles localisées dans le reste de la Suisse, surtout pour ce qui relève des applications les plus complexes et les plus avancées (par exemple, mise en place d'un service à la clientèle sur l'internet). Les principaux obstacles à la diffusion des services les plus avancés dans les régions périphériques semblent être le manque de connaissances sur les possibilités et les avantages des technologies à large bande ainsi que la faible pression exercée par les fournisseurs et les clients des entreprises.

On remarquera que ce processus de diffusion du centre vers la périphérie, qui relève d'ailleurs de la pure rationalité économique, est d'autant plus marqué que les barrières à l'entrée sur le marché sont importantes. Ainsi, en réduisant ces dernières, on réunit toutes les conditions nécessaires à une résorption plus rapide du décalage existant entre le centre et la périphérie. Certes, une fois que la dynamique concurrentielle aura épuisé ses effets, on devra peut-être se résoudre à constater que certaines inégalités subsistent dans l'offre de services tant du point de vue de l'accès que des prix pratiqués. S'il devait apparaître que ces disparités entravent sévèrement la participation de tout un chacun à la vie économique et sociale, il serait alors envisageable de recourir à l'instrument de la concession de service universel ou, éventuellement, à d'autres mesures. Dans l'immédiat, il serait utile, dans la mesure du possible, d'observer avec soin l'évolution de la desserte territoriale des services. Par ailleurs, si l'on voulait favoriser l'essor des services à large bande, il pourrait se révéler extrêmement opportun d'agir sur la demande en lançant ou renforçant diverses mesures (échange d'informations et de savoir-faire, mesures destinées à créer un milieu innovateur, etc.). Plusieurs acteurs étant susceptibles d'intervenir (groupe de coordination sur la société de l'information, OFCOM, seco, cantons, secrétaires régionaux, etc.) et plusieurs instruments déjà existants pouvant être mis en œuvre, la mise en place de processus de coordination s'avérerait indispensable de manière à garantir une certaine efficacité des interventions.

En ce qui concerne plus précisément le service universel, certains ont éprouvé la crainte qu'il ne soit mis en péril par l'introduction de l'obligation de dégroupage de la boucle locale. Ces inquiétudes n'ont cependant pas de raison d'être. En effet, la

⁶⁷ Pascal Sieber & Partners AG, Einsatz und Nutzung des Internets in kleinen und mittleren Unternehmen in der Schweiz, Von der Einführung 1999 zur Entwicklung erster geschäftskritischer Anwendungen 2002, Bern, 2003, 83 p. L'étude ainsi que son résumé sont disponibles sur le site du seco: http://www.pmeinfo.ch/index.html?Art=SEITE1.1&SeiteID=04.00_kmu_und_internet.

ComCom continuera, comme par le passé, à octroyer une ou plusieurs concessions de service universel. Le Conseil fédéral dispose par ailleurs de toute latitude pour fixer les prix et les critères de qualité à respecter et pour adapter périodiquement le catalogue des prestations de manière à tenir compte de l'évolution des besoins de la société et de l'économie ainsi que de l'état de la technique. Un mécanisme de financement destiné à garantir les éventuels frais non couverts du service universel a également été prévu.

La volonté politique d'instaurer une plus grande concurrence et de renforcer l'euro-compatibilité de notre réglementation n'aura pas que des effets tangibles, aisément identifiables sur les marchés considérés. Elle comporte également une dimension hautement symbolique. Le fait de souligner l'importance que notre pays attache à des notions telles que l'ouverture et la concurrence constitue un signal positif 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 un élargissement des tâches pour les organes concernés (OFCOM et ComCom) et nécessitera la création de nouveaux postes de travail. Il convient cependant de souligner que la mesure présentant l'impact le plus significatif, soit le renforcement des obligations des fournisseurs dominants, a 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 et services, le poids des changements devrait perdre de son importance. Ces nouvelles mesures tomberont définitivement en désuétude le jour où plus aucun opérateur n'occupera de 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*) et de l'ERG (*European Regulators Group*), créé par la Commission européenne dans le cadre de la mise en place des nouvelles directives. La conclusion d'un accord bilatéral avec l'Union européenne dans le domaine des services en sera aussi 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).

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. 1.1.3). Il n'en reprend toutefois pas l'intégralité.

Aux termes de l'art. 11, la primauté des négociations reste valable pour l'accès aux services et ressources du fournisseur dominant (accès dégroupé au raccordement d'abonné, accès à haut débit, interconnexion, lignes louées, etc.). Selon ce principe, la Commission fédérale de la communication (ComCom) ne fixe les conditions de l'interconnexion que lorsque les parties n'ont pas pu parvenir à un accord par le biais des négociations. La liberté contractuelle prime l'intervention de l'autorité, tant et si bien que même dans le cadre de l'instruction de la procédure, il faut encore essayer d'amener les parties à trouver un accord. Les inconvénients de ce système résident principalement en ce que les conditions d'interconnexion ne sont déterminées qu'au terme de procédures s'étendant sur plusieurs années et en ce qu'elles ne valent que pour les parties à la procédure.

Par opposition à ce système, le nouveau cadre réglementaire de l'UE impose l'introduction d'une réglementation dite *ex ante*. La substitution d'une telle réglementation au principe de la primauté des négociations aurait pour corollaire la possibilité pour la ComCom d'intervenir d'office au cas où une position dominante sur le marché serait constatée par la Commission de la concurrence, et de fixer les conditions techniques et commerciales de l'interconnexion indépendamment de toute demande d'un fournisseur de services de télécommunication. Ainsi, les conditions d'entrée sur le marché seraient connues, dès le départ, de tous les fournisseurs de services de télécommunication. De plus, les conditions d'interconnexion fixées par la ComCom seraient valables non seulement pour les parties impliquées dans la procédure, mais aussi pour tous les fournisseurs de services de télécommunication actifs en Suisse. Un tel système abrégerait également fortement la durée des procédures d'interconnexion.

Cette compétence *ex ante* ne correspond toutefois pas à la tradition juridique suisse de la subsidiarité des réglementations et comporte en particulier le danger d'un interventionnisme exagéré du régulateur. En outre, des imprécisions ou des erreurs de réglementation pourraient causer des distorsions du marché, lesquelles risqueraient d'entraîner des incitations négatives à l'innovation et à l'investissement. C'est pourquoi il n'est pas prévu d'abandonner le système actuel.

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), de la loi concernant la surveillance des prix (mesures visant à empêcher des augmentations de prix abusives ou le maintien de prix abusifs) 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. C'est pourquoi elle n'est pas reprise.

En dépit de ces différences, le projet est dans son ensemble compatible avec les dispositions européennes. Dans le cadre des négociations bilatérales en cours sur les services, il faut toutefois s'attendre à ce que la Commission européenne exige une reprise de l'acquis communautaire la plus large possible. Cette dernière a en particulier déjà laissé entendre qu'elle ne pourrait accepter la non-reprise en droit suisse de la réglementation ex ante. Il est donc tout à fait possible qu'il faille revenir sur certaines divergences 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 du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101). Les modifications proposées se fondent sur la même disposition constitutionnelle. En outre, les modifications de la loi contre la concurrence déloyale, de la loi sur la statistique fédérale et de la loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication s'inscrivent dans le cadre des dispositions constitutionnelles qui leur servent de base (art. 95, 97, 122 et 123 Cst. pour la LCD, art. 65, 100 et 164, al. 1, let. g, Cst. pour la LSF et art. 92 et 123 Cst. pour la LSCPT).

6.2 Délégation de compétences législatives

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

- modalités de l'annonce et de la mise à jour régulière de la liste des fournisseurs de services de télécommunication (art. 4, al. 3);
- obligation des fournisseurs de services de télécommunication de publier des informations sur la qualité de leurs services, et contenu et forme de la publication (art. 12a, al. 1);
- mesures contre les abus en matière de services à valeur ajoutée (art. 12b);
- modalités de la conciliation (art. 12c, al. 4);
- contenu minimal d'une inscription dans l'annuaire (art. 12d, al. 2);
- dispositions d'exécution sur le traitement des données personnelles par la ComCom et l'OFCOM (art. 13a, al. 3);
- obligation de tenir un annuaire universel des abonnés du service téléphonique public (art. 16, al. 1, let. d);
- obligations d'interopérabilité et services concernés (art. 21a, al. 2 et 3);
- dérogation aux dispositions de la loi sur la procédure administrative pour la procédure de première instance et la procédure de recours concernant l'appel d'offres public pour l'octroi d'une concession de radiocommunication (art. 24, al. 2);

- instauration d’un mode alternatif de règlement des différends dans le domaine des ressources d’adressage et réglementation de la procédure applicable à ce mode de règlement, de ses effets et de ses conséquences sur la procédure civile (art. 28, al. 2^{bis});
- exceptions aux exigences pour la mise en place et l’exploitation d’une installation de télécommunication (art. 32);
- offre, mise sur le marché, mise en service, mise en place et exploitation des installations de télécommunication que les autorités doivent mettre en œuvre afin de garantir la sécurité publique (art. 32a);
- conditions dans lesquelles la police et les autorités d’exécution des peines peuvent mettre en place, mettre en service ou exploiter une installation perturbatrice (art. 34, al. 1^{er});
- 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);
- mesures que les fournisseurs de services de télécommunication doivent prendre pour lutter contre la publicité de masse déloyale (art. 45a, al. 2);
- prescriptions techniques et administratives sur la sécurité et la disponibilité des infrastructures et des services de télécommunication (art. 48a);
- modalités relatives au registre d’échantillonnage (art. 10, al. 3^{quintes}, LSF).

Quant à la ComCom, elle sera désormais compétente pour déterminer les types particuliers d’accès qu’il conviendra d’imposer aux fournisseurs de services de télécommunication occupant une position dominante sur le marché (art. 11, al. 2) et pour définir la nature des informations comptables et financières que lesdits fournisseurs devront produire dans une procédure de règlement des différends en matière d’accès (art. 11, al. 5).

En outre, le Département fédéral de l’environnement, des transports, de l’énergie et de la communication (DETEC) recevra la compétence de fixer des prix plafonds pour les services d’un organisme chargé d’accomplir une tâche de droit public (art. 40, al. 3).

Les délégations de compétences législatives au Conseil fédéral et à la ComCom découlent de l’évolution rapide du monde des télécommunications, qui entraîne une relative incertitude quant aux problèmes futurs et aux règles à fixer. Le Conseil fédéral et la ComCom peuvent ainsi prévoir des solutions modernes au niveau de l’ordonnance et tenir compte du dynamisme considérable de l’évolution technologique, sociale et économique. Régler ces problèmes dans la loi alourdirait les procédures de révision et retarderait les adaptations indispensables, au détriment des entreprises de télécommunication suisses. Les délégations de compétences à la ComCom sont en outre motivées par le fait qu’elle jouit de l’indépendance ainsi que de la connaissance et de l’expérience du marché des télécommunications suisse nécessaires.

La délégation directe au DETEC prévue à l'art. 40, al. 3, s'inscrit dans le cadre de la compétence de fixer le montant des émoluments que la loi confère déjà à ce département (cf. art. 41, al. 2).

Table des matières

Condensé	2
1 Partie générale	4
1.1 Contexte	4
1.1.1 L'évolution du marché suisse des télécommunications depuis 1998	4
1.1.2 Les déficits de la réglementation actuelle	7
1.1.2.1 Etat de la concurrence	7
1.1.2.2 Protection des consommateurs	9
1.1.3 Le nouveau cadre réglementaire européen	10
1.2 Résultats de la procédure préliminaire	12
1.2.1 Avant-projet mis en consultation	12
1.2.2 Résultats de la procédure de consultation	12
1.2.3 Suite à donner au projet	13
1.3 Grandes lignes du projet	14
1.3.1 Suppression des concessions de services de télécommunication	14
1.3.2 Renforcement et précision des obligations des fournisseurs dominants	15
1.3.3 Réaménagement du service universel	15
1.3.4 Amélioration de la protection des consommateurs et de la protection des données	16
1.3.5 Reprise de modifications intégrées à la révision de la LRTV	16
1.4 Classement d'interventions parlementaires	17
2 Partie spéciale	17
2.1 Loi sur les télécommunications	17
2.1.1 Dispositions générales	17
2.1.2 Services de télécommunication	18
2.1.2.1 Dispositions communes	18
2.1.2.2 Concession de service universel	26
2.1.2.3 Obligations découlant de la fourniture de services spécifiques	27
2.1.3 Radiocommunication	29
2.1.4 Ressources d'adressage	31
2.1.5 Installations de télécommunication	32
2.1.6 Redevances	35
2.1.7 Secret des télécommunications et protection des données	36
2.1.8 Intérêts nationaux importants	38
2.1.9 Dispositions pénales	38
2.1.10 Surveillance	38
2.1.11 Dispositions transitoires	40
2.2 Modification du droit en vigueur (annexe)	41
2.2.1 Art. 3 LCD	41
2.2.2 Art. 10 LSF	42
2.2.3 Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)	43
2.2.3.1 Généralités	43

2.2.3.2 Commentaires des modifications	44
3 Conséquences	45
3.1 Conséquences pour les finances et le personnel	45
3.1.1 Conséquences pour la Confédération	45
3.1.2 Frein aux dépenses	46
3.1.3 Conséquences pour les cantons et les communes	46
3.2 Conséquences économiques	46
3.2.1 Conséquences pour les différentes catégories d'acteurs sur le marché des télécommunications	46
3.2.2 Implications pour l'économie dans son ensemble	49
3.2.3 Aspects pratiques de l'exécution	51
3.3 Autres conséquences	51
4 Programme de la législature	51
5 Rapports avec le droit européen	52
6 Bases juridiques	53
6.1 Constitutionnalité	53
6.2 Délégation de compétences législatives	53
Loi sur les télécommunications (<i>Projet</i>)	58