

**Décision****du Bundesrat**

---

**Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant le code des communications électroniques européen (Refonte)****COM(2016) 590 final ; doc. du Conseil 12252/16**

Lors de sa 952<sup>e</sup> session, le 16 décembre 2016, le Bundesrat a pris les positions suivantes conformément aux articles 3 et 5 de l'EUZBLG (loi allemande relative à la coopération de la Fédération et des Länder sur les affaires de l'Union européenne) :

Remarques fondamentales

1. Le Bundesrat se réjouit que la Commission ait soumis, dans le cadre de son paquet sur la connectivité en date du 14 septembre 2016, une proposition relative à la refonte du cadre juridique des télécommunications afin de tenir compte des évolutions actuelles et futures sur le marché des télécommunications et du haut débit. Il estime que la proposition présentée fournira une bonne base pour les débats à venir au niveau européen. De l'avis du Bundesrat, il est également judicieux que les dispositions jusqu'à présent réparties dans quatre directives (directive cadre ; directive Autorisation ; directive Accès ; directive relative au service universel) soient rassemblées dans un seul texte. À cet égard, il souhaiterait néanmoins que le texte du code soit davantage simplifié.
2. Le Bundesrat juge essentiel, pour ce qui est de la refonte du cadre juridique des télécommunications, de conserver les principes des dispositions juridiques actuelles qui ont été couronnés de succès et de les réduire, de les modifier ou de les compléter seulement aux endroits où l'évolution du marché le justifie. Dans ce contexte, le principe de base doit être de garantir une concurrence

efficace, sachant qu'elle a largement contribué au développement des marchés des télécommunications et du haut débit.

3. Ainsi, le Bundesrat se félicite que le nouveau cadre juridique maintienne a priori le principe de la régulation des entreprises puissantes sur le marché (« significant market power » / régulation SMP) et la concurrence comme principe de base de la régulation. De son point de vue, une réduction de la régulation SMP est uniquement justifiée lorsque cela ne compromet pas la concurrence.
4. Le Bundesrat soutient également l'orientation du nouveau code qui vise à apporter des contributions significatives en faveur de la création et de l'utilisation de réseaux à très haute capacité (« very high capacity » / réseaux VHC). Dans le même temps, il rappelle que selon lui, il ne doit exister, demain comme aujourd'hui, ni objectifs fondamentaux, ni objectifs secondaires dans le cadre juridique.
5. Le Bundesrat craint d'une manière générale que le nouveau code ne débouche pas sur une simplification souhaitable, mais sur une régulation accrue et sur une complexification des procédures.

### Objectifs

6. Le Bundesrat salue l'introduction d'un nouvel objectif à l'article 3, paragraphe 2, point a, à savoir la promotion de l'accès à une connectivité des données à très haute capacité (réseaux VHC). Il estime néanmoins nécessaire que l'article 3, paragraphe 2, accorde clairement une priorité identique aux quatre objectifs étant donné qu'ils sont non seulement liés les uns aux autres, mais aussi fortement interdépendants. Ainsi, la concurrence doit être envisagée comme le principal moteur d'innovation et d'investissement pour les investissements dans les infrastructures en Europe (cf. également l'imprimé du Bundesrat 145/15 (décision)).

### Droit de veto de la Commission concernant les mesures correctrices

7. Le Bundesrat rejette le droit de veto de la Commission prévu à l'article 33, paragraphe 5, point c (conjointement avec l'ORECE ; « système de double verrouillage »), parce que cela porterait une atteinte inacceptable à l'autonomie fondamentale des autorités de régulation nationales.

### Politique en matière de spectre radioélectrique

8. Il rejette également l'extension considérable des pouvoirs d'intervention de la Commission notamment en ce qui concerne les nombreux règlements particuliers envisagés pour l'ensemble des questions fondamentales et des questions de détail des procédures d'attribution des fréquences.

Les pouvoirs de décision contraignants figurant tout particulièrement aux articles 38, 45, 46, 47, 51, 53 et 54 avec la participation de l'ORECE empêchent que les États membres puissent librement choisir la forme et les moyens de la régulation. Or, d'après le libellé de la disposition de droit primaire de l'article 288 du TFUE, ils devraient pouvoir le faire ; de ce fait, le niveau de réglementation voulu par la Commission n'est pas compatible avec le caractère juridique d'une directive telle que proposée ici.

9. Selon le Bundesrat, les propositions de la Commission concernant la politique en matière de spectre radioélectrique n'apportent aucune réduction de la bureaucratie, n'accélèrent pas les procédures de passation et ne les rendent pas plus efficaces, mais occasionnent des délais importants et une complexification significative des décisions en matière de régulation.

De ce fait, les modalités envisagées pour le processus d'évaluation par les pairs établi à l'article 35 entraînent, en raison du pouvoir de décision en dernier ressort de la Commission concernant toutes les décisions d'attribution des fréquences, un contrôle juridique et technique quasi permanent, dans la régulation en matière de spectre, des autorités de régulation nationales et de la coopération fédérale entre la Fédération et les Länder protégée par la Loi fondamentale en Allemagne.

10. Dans sa prise de position concernant la proposition sur l'utilisation de la bande de fréquences 470 - 790 MHz dans l'Union, le Bundesrat avait d'ores et déjà rejeté de vastes conditions de desserte de la Commission pour l'utilisation de cette bande de fréquences (cf. imprimé du Bundesrat 60/16 (décision)).

Il réitère donc son avis en renvoyant à ladite prise de position d'après laquelle la définition des conditions de desserte fait l'objet de procédures nationales qui doivent être définies en fonction des caractéristiques nationales du marché.

11. Plus particulièrement, le Bundesrat rejette la fixation indifférenciée d'attributions de fréquences pour une durée respective d'au moins 25 ans conformément à l'article 49, paragraphe 2. Il ne comprend pas quelle base ou

quel examen de l'impact sur l'accès au marché, sur la concurrence, sur les incitations à l'innovation et sur les évolutions techniques à venir justifieraient une telle fixation en bloc.

12. De même, le Bundesrat ne saurait accorder à la Commission le pouvoir conformément à l'article 53 de réduire à volonté la durée d'utilisation accordée à des bandes de fréquences d'ores et déjà attribuées, en avançant l'argument d'une harmonisation à l'échelle européenne. Une telle décision entraînerait une forte insécurité juridique pour les acteurs du marché et d'éventuelles demandes de dommages et intérêts des titulaires de droits.
13. À la différence des intentions de la Commission, le Bundesrat estime que la proposition de directive aurait des conséquences négatives pour les « États précurseurs » en ce qui concerne l'attribution d'un spectre de fréquences au sein de l'UE. Dans sa prise de position sur la communication de la Commission relative à la stratégie pour un marché unique numérique en Europe (imprimé du Bundesrat 212/15 (décision)), le Bundesrat avait déjà exprimé son avis selon lequel la gestion nationale du spectre radioélectrique s'est révélée un moyen efficace pour maintenir l'équilibre entre les aspects économiques, sociaux et culturels. Il continue donc de considérer que l'approche jusqu'à présent rapide et prévoyante de l'Allemagne dans l'attribution des fréquences exerce des effets incitant d'autres États membres à remplir les objectifs ambitieux de la Commission en termes de délais.
14. D'après le Bundesrat, les propositions de la Commission concernant la politique en matière de spectre radioélectrique dépassent donc largement les limites à respecter.

Le Bundesrat estime au contraire que les nouvelles règles dans le domaine de la politique en matière de spectre radioélectrique devraient se limiter à la définition de délais de réalisation au sein de l'UE, à la définition d'exigences minimales qualifiées pour la procédure d'attribution des fréquences et à la mise en œuvre de dispositions et de pouvoirs d'exécution appropriés pour la Commission.

### Régulation de l'accès

15. Procédure d'analyse de marché (article 65) : le Bundesrat se félicite que le test des trois critères soit établi comme base fondamentale du système de régulation en matière de concurrence. Il porte toutefois un jugement extrêmement critique sur les exceptions à la régulation SMP prévues dans la proposition de la Commission. Le Bundesrat se demande par exemple si les réseaux VHC qui sont déployés à titre complémentaire par plus d'un exploitant dans le cadre d'une offre de co-investissement ne devraient pas être soumis aux obligations d'accès actuelles pour les tierces parties, dans la mesure où l'accès (virtuel) au réseau est assuré avant le nouveau déploiement. Il doute que la diminution correspondante de l'intensité concurrentielle engendre de nouvelles incitations à l'investissement. L'allongement des cycles d'analyse de marché à une durée pouvant atteindre 5 (+ 1) ans semble acceptable ; cependant, il conviendrait de décrire avec plus de précision les possibilités, pour les autorités de régulation nationales, d'entamer une nouvelle analyse de marché dans un délai plus bref en cas de nouvelles évolutions du marché.

De l'avis du Bundesrat, l'évaluation des défaillances du marché sur la seule base de l'observation des marchés de détail est insuffisante ; les défaillances du marché devraient continuer d'être (également) rapportées à une étude des marchés de gros.

16. Accès au génie civil (articles 70 et 71) : le Bundesrat estime que cet accès doit être salué, mais qu'il devrait se limiter pour des raisons de cohérence aux entreprises SMP. Il faudrait néanmoins renoncer à la spécification ou à la recommandation d'un tel produit d'accès de gros primaire. Il faudrait au contraire que des produits d'accès de gros alternatifs soient disponibles sur la base des infrastructures et des marchés existant dans les différents États membres.
17. Régulation symétrique (article 59) : le Bundesrat estime que l'introduction supplémentaire d'éléments de régulation symétriques qui est envisagée par le code représente un changement de paradigme non acceptable par rapport à la régulation en vigueur, qui postule a priori un besoin de régulation uniquement pour les entreprises puissantes sur le marché. De l'avis du Bundesrat, cela entraînerait davantage de régulation, cela réduirait l'intensité concurrentielle sur les marchés et entraverait les investissements des concurrents. De plus, la

directive de l'UE relative à la réduction du coût (mise en œuvre en Allemagne par le biais de la loi visant à faciliter le déploiement de réseaux numériques à haut débits – DigiNetzG) s'est accompagnée de l'introduction d'éléments supplémentaires d'une régulation symétrique dont les effets sur les marchés devraient tout d'abord être observés. De ce fait, le Bundesrat rejette l'introduction d'éléments supplémentaires d'une régulation symétrique.

18. Marchés transnationaux (articles 63 et 64) : le Bundesrat ne voit en principe aucune nécessité de contrôler et de réguler les marchés transnationaux. Cela risquerait en outre de dévaloriser la réglementation nationale. Il prie néanmoins la Commission de vérifier si un « rôle d'arbitre » de l'ORECE en cas de problèmes aux frontières entre les États membres pourrait s'avérer utile.
19. Cartographie (article 22) : le Bundesrat reconnaît les efforts déployés par la Commission pour remédier non seulement au problème des « taches blanches » dans le déploiement des réseaux à haut débit, mais aussi au risque d'excès de déploiement au niveau des réseaux à haute performance déjà existants. Il tient cependant à rappeler que le cadre juridique des télécommunications doit faire partie du droit de la concurrence et qu'il n'est pas adéquat comme champ d'action pour les aspects relatifs aux aides d'État et à la promotion, et encore moins pour la planification par l'État du déploiement des réseaux à haut débit. De plus, l'instrument cartographique représente une lourde charge bureaucratique sans que l'on puisse en attendre des bénéfices concrets concernant l'objectif visé. Si les autorités de régulation nationales devaient à l'avenir cartographier les intentions d'investissement des exploitants de réseau dans les infrastructures de réseau et si elles étaient autorisées à sanctionner des informations fausses, il ne faudrait pas considérer cette mesure comme un outil d'incitation adéquat, mais plutôt craindre une réticence accrue à l'investissement. Le Bundesrat suggère donc de supprimer ces dispositions et prie la Commission d'examiner s'il existe d'autres outils compatibles avec le cadre juridique des télécommunications en vue d'atteindre les objectifs poursuivis. En outre, il suggère de mieux articuler le régime réglementaire et le régime d'aides.
20. Assouplissement tarifaire dans le cas des entreprises SMP (article 72) : le Bundesrat prie la Commission d'expliquer en quoi des dispositions particulières en dérogation au test des trois critères seraient justifiées.
21. Traitement des nouveaux éléments de réseau sur le plan de la régulation

(article 74) : le Bundesrat considère cette règle (« pauses réglementaires ») comme une entrave significative à la concurrence. Cette règle devrait donc être supprimée.

22. Migration vers de nouveaux réseaux (article 78) : Le Bundesrat juge très utiles la transparence envisagée et l'accompagnement du processus de migration par les autorités de régulation nationales. Les nouveaux réseaux doivent en principe se voir appliquer les mêmes conditions réglementaires que les réseaux actuels sur la base du test des trois critères.

### ORECE

23. Le Bundesrat se réjouit qu'il soit prévu de renforcer l'indépendance des autorités de régulation nationales et d'harmoniser leurs missions.
24. Il estime que la forme d'organisation actuelle de l'ORECE, qui chapeaute le conseil des régulateurs et qui se compose des représentants des autorités de régulation nationales et de l'Office de l'ORECE, a fait ses preuves. Cela permet à l'ORECE d'avoir le caractère d'un groupement des autorités de régulation nationales visant à se concerter à l'échelle de l'UE sur la régulation des télécommunications, sans être une agence de l'UE rattachée à la Commission et dotée de droits souverains propres. Le Bundesrat estime que ce sont ces structures qui sont les plus à même de préserver l'indépendance des autorités de régulation nationales.
25. Il rejette donc la création, telle que prévue par la proposition de règlement, d'une agence « ORECE » dotée de la personnalité juridique, avec l'attribution de nouvelles tâches et les transferts envisagés de compétences jusqu'à présent réservées aux autorités de régulation nationales. Les préoccupations portent tout particulièrement sur la régulation en matière de spectre, un domaine dans lequel la nouvelle agence serait dotée de pouvoirs essentiels jusque dans les moindres détails concernant toutes les questions d'adjudication et d'attribution.
26. À cet égard, le Bundesrat fait observer que la Commission doit fournir une motivation circonstanciée pour une centralisation à ce point étendue de la régulation en matière de spectre. Au lieu de cela, seuls des termes globaux tels que « harmonisation », « mise en œuvre harmonisée du cadre réglementaire », « lacunes du dispositif institutionnel existant », « manque de cohérence »,

« surveillance efficiente », « rôle plus important », « aspects transfrontières », « tenue centrale de registres » sont avancés comme motivation.

27. Le Bundesrat refuse que les autorités de régulation nationales soient soumises aux orientations d'une agence européenne et de la Commission avec pour conséquence la perte de l'indépendance des autorités de régulation nationales.
28. Il considère qu'il en va de même pour la centralisation de la gestion du spectre radioélectrique. Aux avantages potentiels d'une coordination centrale s'opposent des étapes de concertation lourdes et bureaucratiques qui ralentiraient voire entraveraient, eu égard à la moyenne de l'UE, les évolutions futures dans l'utilisation du spectre.
29. Le Bundesrat s'oppose donc instamment non seulement à la centralisation de l'ORECE au sein d'une agence comme le prévoit la proposition de règlement, mais aussi à la gestion du spectre radioélectrique en tant que tâche de cette agence.
30. Il se prononce au contraire pour des autorités de régulation indépendantes et pour une gestion du spectre radioélectrique au niveau des États membres. Le Bundesrat souligne dans ce contexte que les structures existantes de l'ORECE et de la gestion du spectre radioélectrique ont en principe fait leurs preuves et qu'il conviendrait de les maintenir dans leurs structures de base actuelles. Le Bundesrat saluerait néanmoins un renforcement supplémentaire (notamment en personnel) de l'ORECE dans le cadre des structures et des compétences actuelles.

#### Régulation pour les prestataires de services par contournement (« over the top » – OTT)

31. Il approuve fondamentalement que la Commission considère les services de communications par contournement comme des services de communication électroniques, tout en apportant un éclairage sur les modalités de marchés fondamentalement différentes selon lesquelles les prestations de services par contournement sont fréquemment fournies en échange d'une contrepartie non financière, par exemple en échange de données à caractère personnel ou en échange de l'attention de l'utilisateur final à des fins publicitaires.

Du fait également de la forte capacité d'innovation des services de communications par contournement, il estime que les obligations de régulations spécifiques aux télécommunications ne sauraient être transposées

telles qu'elles à de nouvelles structures de services par contournement. Il juge néanmoins adéquate l'égalité de traitement des services de communications par contournement constituant des substituts fonctionnels aux services de télécommunication et ce, tout particulièrement dans les domaines de la protection des données et des consommateurs ou encore de la sécurité des données.

32. Le Bundesrat partage l'analyse de la Commission selon laquelle une définition orientée vers l'avenir des services de communication électroniques ne devrait pas reposer uniquement sur des paramètres techniques, mais devrait plutôt s'appuyer sur une approche multifonctionnelle. Il doute toutefois sérieusement que la distinction suggérée par la Commission entre services de communications interpersonnelles fondés sur la numérotation et non fondés sur la numérotation fournisse une base pratique durable pour poursuivre le développement à long terme du cadre juridique destiné à la communication électronique, étant donné que la question de l'application d'une ressource de numérotation nationale ou internationale conformément aux dispositions d'ITU-E.164 constitue avant tout un paramètre technique ne permettant pas de se prononcer par exemple sur le caractère de substitution d'un service de communications électroniques du point de vue de l'utilisateur final.
33. Le Bundesrat constate que face à ce défi extrêmement complexe, la Commission a posé à de nombreux égards de bons jalons, par exemple avec la possibilité d'initier des mesures destinées à garantir l'interopérabilité en cas de menace réelle pour la connectivité ou pour l'accès effectif aux services d'urgence. D'autres passages de la proposition de directive font toutefois douter de sa capacité à refléter de manière adéquate, à long terme, la dynamique d'innovation prévisible, étant donné par exemple que les réseaux sociaux ne doivent explicitement pas être considérés comme des services de communications interpersonnelles, alors qu'en l'occurrence l'intégration plus poussée de services de communications semble possible.
34. Dans ce contexte et compte tenu du manque de clarté manifeste de la structure des retombées, par exemple de la future directive « vie privée et communications électroniques » et du règlement général sur la protection des données concernant des aspects essentiels des services de communications interpersonnelles, comme la protection des données et des consommateurs ou encore la sécurité des données, le Bundesrat suggère une structure fondamentalement évolutive en vue de classer les services de

communications par contournement : à cette fin, il conviendrait d'intégrer dans le code des communications électroniques une habilitation de l'ORECE afin qu'un identifiant de substitution ou un identifiant jugé approprié soit utilisé, par exemple par le biais de « Lignes directrices de l'ORECE pour les communications électroniques » qui soient appropriées et qui fourniraient une base évolutive et adaptée aux besoins en vue notamment de classer les services de communications par contournement.

35. De l'avis du Bundesrat, une structure aussi évolutive permettrait mieux à long terme d'œuvrer conformément aux besoins pour un niveau identique de protection des données, de sécurité des données et de protection des consommateurs dans les services de communications classiques et dans les services par contournement. Pour le reste, le Bundesrat se réfère à sa résolution « Ajustement du cadre réglementaire à l'ère de la numérisation dans le domaine des télécommunications – sécurité juridique dans le cas des services de messagerie, des services de localisation et autres modèles opérationnels nouveaux » en date du 22 avril 2016 (imprimé du Bundesrat 88/16 (décision)).

### Services universels

36. Le Bundesrat salue la modernisation de la réglementation sur les services universels qui renonce aux prestations devenues caduques et met l'accent sur les services de communication vocale et un service d'accès à Internet fonctionnel.
37. Il estime que dans un objectif d'harmonisation des conditions dans l'UE, le mécanisme de définition unique prévu pour les États membres en vue d'organiser l'accès de base à l'Internet haut débit ne doit pas déboucher sur une organisation excessivement différenciée de l'accès de base à l'Internet haut débit. Le Bundesrat demande donc de veiller, dans la suite de la procédure, à prévoir pour les spécifications de chaque État des cadres réglementaires et des procédures cadres harmonisés à l'échelle de l'UE.
38. Il plaide également pour que la réussite du modèle allemand d'un déploiement du haut débit conduit par le marché, en association avec les modèles d'aides élaborés pour l'Allemagne en conformité avec les exigences du marché pour aménager les « tâches blanches » de l'accès au haut débit, ne soit pas contrecarrée par le déploiement inadéquat d'un accès de base à l'Internet haut

débit tourné vers le service universel.

#### Protection des consommateurs

39. Le Bundesrat approuve fondamentalement le renforcement de l'harmonisation des dispositions relatives à la protection des consommateurs à l'échelle européenne.
40. Il rappelle qu'au cours des dernières années, une attention particulière a été accordée en Allemagne à la protection sectorielle des consommateurs dans le domaine des télécommunications.
41. Le Bundesrat constate que l'Allemagne offre un niveau élevé de protection sectorielle des consommateurs, et que les entreprises du secteur des télécommunications se sont régulièrement adaptées, au prix d'efforts considérables, aux réglementations et procédures concernées.
42. Il demande donc de faire en sorte que le cadre sectoriel allemand de protection des consommateurs actuellement en vigueur soit intégré avec une continuité et une fiabilité aussi élevées que possible dans le futur cadre réglementaire sectoriel harmonisé à l'échelle de l'UE pour la protection des consommateurs.
43. Le Bundesrat se réserve le droit de remettre à l'ordre du jour la proposition de directive, et de la commenter, sur la base de l'état respectif des débats à l'échelle européenne.

#### Transmission directe à la Commission

44. Le Bundesrat transmet cette prise de position directement à la Commission.