

Loyauté entre les acteurs économiques *(février 2015)*

L'ARCEP a pris connaissance avec intérêt des contributions reçues par le Conseil national du numérique (CNNum) sur le thème de la loyauté entre les acteurs économiques. Elle souhaite à ce titre souligner trois éléments qui apparaissent centraux.

1. Assurer un cadre équitable pour l'ensemble des acteurs fournissant un service équivalent

Certains acteurs, alors qu'ils assurent une prestation similaire au sein d'un marché, peuvent se voir appliquer un cadre différent en raison d'origines géographiques diverses ou de différences de technologies utilisées. Cette différence de règles soulève la question de l'équité entre les acteurs lorsqu'ils se font concurrence dans l'accès à des utilisateurs finals qui les considèrent comme substituables.

Cette problématique existe par exemple dans le cadre des communications électroniques, où certains éditeurs de services en ligne concurrencent les opérateurs traditionnels en assurant des prestations de mise en communication d'utilisateurs finals (ex : téléphone), sans être à ce jour déclarés opérateurs au sens du code des postes et des communications électroniques. De la même manière, dans le cas des services de médias audiovisuels, certains éditeurs en ligne, du fait notamment de leur origine géographique, ne se voient pas appliquer les règles en vigueur dans le pays de destination de leur service (par exemple, concernant la fiscalité ou le financement de la création).

Comme cela est suggéré dans la première piste d'action de la synthèse du CNNum, et tout en veillant à préserver les incitations à l'innovation, il est important, afin d'éviter toute concurrence déloyale, de s'assurer à long terme d'une équité des règles applicables entre les différents acteurs proposant des services équivalents.

2. Garantir une loyauté de l'ensemble des plateformes vis-à-vis de tous leurs utilisateurs

Les opérateurs sont tenus, conformément aux dispositions du CPCE (articles L. 33-1, I, b) et D. 98-5, I), de respecter un principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis. L'ARCEP en est la garante. Ces principes peuvent être lus comme traduisant une exigence générique de loyauté pesant sur les opérateurs dans l'exploitation de leurs réseaux. Alors que les plateformes prennent une place croissante dans le fonctionnement d'Internet, la question de leur imposer un principe équivalent se pose.

Les plateformes, telles que définies par le Conseil d'Etat dans son étude annuelle de 2014 sur « *Le numérique et les droits fondamentaux*¹ » proposent, contrairement aux hébergeurs simples, des dispositifs et des services de classement ou de référencement de contenus, biens ou services mis en ligne par des tiers. Sans forcément aller jusqu'à imposer un principe d'accès non discriminatoire, plusieurs contributions reprises dans la synthèse du CNNum proposent de garantir une loyauté minimale des plateformes vis-à-vis de leurs utilisateurs, comme le propose le Conseil d'Etat dans la même étude. L'ARCEP est aussi favorable à la définition dans le droit positif d'un tel principe de loyauté des plateformes, qui doit concerner d'une part les utilisateurs individuels de leurs services, mais également les utilisateurs commerciaux.

Concernant les utilisateurs individuels, l'expérience de l'ARCEP en matière de transparence vis-à-vis du grand public, a permis de mettre en lumière le fait que la compréhension, par l'utilisateur final, des informations à sa disposition est un enjeu primordial.

Concernant les utilisateurs commerciaux (éditeurs, startups, etc.), il est notamment essentiel de prévenir le risque de pratiques abusives ou soudaines de déréférencement ou de déclasserement de certains de leurs services par les fournisseurs de plateformes.

3. Renforcer le contrôle des grands acteurs structurants pour l'économie numérique

Parmi les acteurs d'internet, certains ont une place prépondérante et sont à eux seuls capables, par un changement de pratiques (« polices »), de restructurer significativement le marché et d'influencer fortement les utilisateurs finals. La liberté d'innovation est certes une valeur majeure de l'économie numérique, mais, au-delà d'une certaine dimension, un acteur, aussi innovant soit-il, devient également une menace sur la liberté des autres, ce qui devrait appeler une forme de contrôle ou de régulation. Ce besoin de contrôle peut être encore accentué du fait de la diversification des activités de ces acteurs qui proposent le plus souvent un grand nombre de services complémentaires et interdépendants.

Le premier enjeu d'un tel contrôle sera d'identifier le périmètre des acteurs à réguler, ce qui, compte tenu de leur caractère structurant dépassant les seuls enjeux concurrentiels, ne pourra sans doute pas procéder uniquement des principes du droit de la concurrence et notamment de la notion de position dominante.

La nature des obligations pesant sur ces acteurs spécifiques devra ensuite tenir compte de l'extraordinaire dynamique du marché et devrait sans doute procéder de principes suffisamment généraux tels que l'équité, l'objectivité, la proportionnalité, voire la non-discrimination.

¹ Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2014 – Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La documentation Française, 2014.

En termes de mise en œuvre, le renforcement d'un contrôle des géants du net devra être cohérente à l'échelle internationale, ou a minima européenne, et assurer une forte réactivité compte tenu des évolutions rapides du marché, nécessités rappelées dans la septième piste d'action de la synthèse du CNNum. Des principes directeurs pourraient être adoptés au niveau européen et précisés au niveau national, notamment dans le cadre d'un examen, au cas par cas, par le biais de règlements rapides des litiges entre acteurs, à l'instar de ceux prévus dans le secteur des communications électroniques, où ce type de procédure s'est avéré très efficace pour construire rapidement et de manière pragmatique des règles du jeu équitables.