

**Réponse de Colt Technology Services à la consultation
de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes
sur les propositions afin d'améliorer les offres faites aux consommateurs
de services de communications électroniques et postales**

1 Synthèse

Colt Technology Services [Colt] remercie l'Autorité d'avoir lancé cette consultation publique. Toutefois Colt s'étonne des faits suivants :

- Pourquoi l'ARCEP n'a-t-elle pas cosigné cette consultation avec la DGCCRF ?
- Pourquoi le processus lancé par l'ARCEP ne s'inscrit-il pas dans un cadre analytique assurant l'instruction à charge et à décharge comme le sont, par exemple, les analyses de marché ?
- Pourquoi ces mesures sont-elles proposées sans étude d'impact ?

2 Intérêt de Colt à répondre à la présente consultation

Colt n'a pour clients directs que des entreprises. Néanmoins, quand ces entreprises s'adressent directement au grand public sur la base des services fournis par Colt, Colt est impacté par les mesures susceptibles d'être prises au nom du consommateur. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne les services à valeur ajoutée et la Net Neutralité.

3 Compétence de l'ARCEP à agir seule en matière de consommation

3.1 Au titre de la loi en vigueur

Selon la loi, l'ARCEP agit *seule* en matière de *régulation* (différends entre opérateurs au titre de l'article L.36-8 du CPCE, sanctions contre ceux-ci au titre de l'article L.36-11) et *conjointement* avec le pouvoir exécutif en matière de *réglementation* (en application de l'article L.36-6 du CPCE). La France maintient dans ce domaine une tradition qui distingue réglementation et régulation, qui définit la régulation comme la mise en œuvre d'une politique définie au plan législatif et réglementaire, comme l'écrivait Jean-Michel Hubert en janvier 2003 à la chaire de régulation de l'Institut d'Etudes Politiques¹.

Or les mesures proposées dans la présente consultation relèvent pour la plupart du pouvoir réglementaire. Il est donc étonnant que l'ARCEP se mette ainsi en avant dans un domaine où elle n'est pas censée agir seule.

¹ http://www.regulation.sciences-po.fr/fr/documentation/DER_1/Hubert.pdf : « Il peut être utile de revenir sur la notion même de régulation. Selon le sens qu'en propose la quasi-totalité des autorités administratives concernées en France, la régulation désigne la mise en œuvre dans ses processus et ses méthodes, d'une politique publique définie par la législation et la réglementation. »

3.2 A titre d'anticipation de la retranscription en droit français du Paquet Télécom

Dans sa version française, la directive européenne 2009/136/CE pour les droits des utilisateurs mentionne tantôt l'Autorité de Réglementation Nationale; tantôt l'autorité nationale compétente. Cela désigne en principe effectivement des autorités distinctes, sauf si l'Etat Membre a choisi d'en rendre une seule/la même autorité responsable.

Dans sa version anglaise, la même directive emploie les mots « *National Regulatory Authority* » là où la version française parle d'Autorité de Réglementation Nationale.

Ceci illustre le fait que, selon les pays de l'Union, le pouvoir de législation secondaire (publication de décrets et arrêtés) accordé à l'exécutif n'est pas le même. De plus, les services de l'Etat à compétence intersectorielle ne sont pas toujours aussi développés dans d'autres pays qu'ils le sont en France. L'Autorité de la Concurrence et surtout la DGCCRF n'ont pas forcément d'équivalent direct dans les autres pays de l'Union. En conséquence, là où l'exécutif dispose de peu de pouvoir de législation secondaire ou d'une administration peu développée qui soit directement compétente sur un sujet intersectoriel, l'Autorité de nationale compétente peut coïncider avec l'Autorité de Régulation Nationale. Mais ce n'est pas le cas en France, notamment sur les questions de consommation.

On touche là à la limite de l'opportunité d'une auto-saisine par l'ARCEP de sujets relatifs à la consommation.

4 Questions de méthodologie

Quand l'ARCEP prend une mesure de réglementation, cette mesure est co-signée par le ministre en charge de l'industrie.

Quand l'ARCEP procède à une analyse de marché, la démarche poursuivie respecte une méthodologie rigoureuse : l'Autorité détermine des marchés pertinents, puis identifie par marché si il y a un ou plusieurs acteurs y exerce(nt) une influence significative, puis prend les mesures ex ante *proportionnées à la réalisation des objectifs* mentionnés à l'article L. 32-1².

Colt invite l'Autorité à appliquer une rigueur méthodologique comparable à l'analyse du dysfonctionnement des marchés du point de vue du droit de la consommation et de la protection des consommateurs. Une telle méthodologie devrait comprendre en particulier :

- Une analyse quantifiée du dysfonctionnement présumé,
- Une étude d'impact de la mesure envisagée,
- Une consultation formelle des entités avec lesquelles l'ARCEP partage ses pouvoirs de réglementation et de régulation symétriques (ministère de l'industrie et DGCIS, secrétariat d'état à la consommation et DGCCRF).

L'adoption formelle d'une telle méthodologie, qui n'est pas aussi formellement définie par les textes, serait certainement beaucoup plus efficace pour une coopération harmonieuse entre

² L'article L. 38 – I du code des postes et des communications électroniques prévoit que « *les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques peuvent se voir imposer, en matière d'interconnexion et d'accès, une ou plusieurs des obligations [...], proportionnées à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1* ».

l'ARCEP et les autres services de l'Etat que la mise en place auprès de l'ARCEP d'un Commissaire du Gouvernement.

5 Consommateurs et clients entreprises

L'ARCEP ne rappelle pas suffisamment dans le libellé des mesures qu'elle préconise que celles-ci ne visent que le consommateur et non le client entreprise.

6 Question n° 1 : L'ARCEP invite les acteurs à commenter son analyse de la situation actuelle en ce qui concerne la transparence des offres de communications électroniques, ainsi que ses propositions.

6.1 Qui a besoin de transparence ? De quoi le consommateur a-t-il besoin ?

Le mot transparence est largement employé par les directives et par la loi. Il recouvre cependant deux réalités bien différentes dont l'une mérite le nom de transparence et l'autre non :

- Du point de vue du régulateur, le marché est transparent s'il peut être comparé à ce qu'est pour le biologiste une boîte de Petri, c'est-à-dire un environnement séparé de l'observateur par une vitre permettant l'observation du phénomène ;
- Du point de vue du client, la demande est double : le contrat, puis le produit, doivent être intelligibles d'une part, puis le produit doit être sans surprise ; pour cela le produit doit être capable de feedback : ma voiture dispose d'un compteur de vitesse et d'une jauge à carburant. Son coût de possession est calculé par des tiers (par exemple des organes de presse tels que l'Auto-Journal). En revanche, ma voiture n'a pas à être transparente.

En résumé :

- Le régulateur a besoin de transparence,
- Le client a besoin de lisibilité, de prévisibilité et de feedback.

6.2 Jusqu'à quel point la transparence est-elle bonne ? Quelles sont les conséquences d'une transparence totale ?

La transparence est l'une des cinq conditions que doit satisfaire un marché de concurrence pure et parfaite :

- atomicité des agents : il y a un grand nombre d'acheteurs et de vendeurs qui empêchent toute coalition entre acteurs économiques.
- homogénéité des produits : les produits sont semblables.
- transparence de l'information : toutes les caractéristiques du marché sont connues des acteurs.
- libre entrée et libre sortie
- libre circulation des facteurs de production.

Il s'agit donc d'un cadre très contraignant et constitue une simplification de la réalité pour permettre la modélisation mathématique.

Si un certain niveau de transparence peut remédier aux effets négatifs d'une trop grande asymétrie d'informations entre les acteurs, une transparence totale d'un marché n'est pas compatible, par exemple, avec une stratégie de différenciation des produits.

Donc là où il n'y a pas homogénéité des produits, ni libre entrée et libre sortie des vendeurs, ni libre circulation des facteurs de production, la transparence ne peut être vue comme un absolu.

Pour établir la pertinence d'une mesure proposée de transparence, il faut avoir déterminé le niveau idéal de transparence sur ce marché, et évalué en quoi la mesure proposée rapproche de ce niveau idéal, ce que ne fait pas la consultation de l'Autorité.

7 Question n° 2 : L'ARCEP invite les acteurs à commenter son analyse de la situation actuelle en ce qui concerne la fluidité des marchés de communications électroniques, ainsi que ses propositions.

Comment se mesure la fluidité ? Est-ce la proportion de clients qui changent de fournisseur au cours d'une période donnée ? Quel est l'optimum du taux de fluidité d'un marché ? L'optimum du marché du mariage est-il de 100% de divorces tous les ans ? Au-delà de cet exemple, la question du taux de fluidité optimal d'un marché doit être posée, avant de proposer une mesure visant à accroître cette fluidité.

En communications électroniques, le marché le plus fluide est la sélection du transporteur. C'est aussi le marché sur lequel l'innovation a atteint le degré zéro. En matière de téléphonie fixe, l'admission sur le marché de tous les terminaux qui ne nuisent pas au réseau a fluidifié le marché des terminaux, au prix d'une stagnation totale du service. Celui-ci n'a repris le chemin de l'innovation que dans le cadre de nouvelles offres moins fluides (*triple play, smartphones*).

Sur un marché totalement fluide, comme sur un marché totalement transparent, quel est l'incitation à l'investissement, quand il y a pour les vendeurs un fort coût à entrer sur le marché et à en sortir ?

Sur le marché ou les marchés grand public de la prestation de services sur la fibre, il serait opportun de se poser la question de la valeur de l'actif représenté par le segment mutualisé. Si dans les immeubles neufs le fibrage est à la charge du constructeur de l'immeuble, et donc ultimement du propriétaire et de son locataire, dans les immeubles anciens, il est à la charge des opérateurs. Si les prix de détail des opérateurs tenaient compte du fait que le segment terminal à l'intérieur de l'immeuble a été fourni ou non par l'opérateur, si le segment terminal pouvait être acheté ou revendu par le consommateur, avec un impact de sa situation quant à la propriété de ce segment sur le prix du service de communication électronique utilisant ce support, on pourrait fluidifier le marché de ce segment terminal. On voit par cet exemple que la loi de modernisation de l'économie n'a pas choisi une fluidité maximale du marché du segment terminal de la fibre.

Avant de proposer des mesures pour améliorer la fluidité des marchés de communications électroniques l'ARCEP devrait donc se demander comment déterminer l'objectif de fluidité sur chaque marché.

En matière de lisibilité des contrats, rappelons l'importance des travaux qu'est en train de mener l'APNF dans la spécification d'un échange de données à la fois sophistiqué et intelligible, entre le consommateur et son fournisseur de communications électroniques, sur les conséquences d'une résiliation selon son champ d'application.

8 Question n° 3 : L'ARCEP invite les acteurs à commenter son analyse de la situation actuelle en ce qui concerne la qualité et la disponibilité des services de communications électroniques, ainsi que ses propositions.

La qualité de service se compose de deux domaines distincts :

- La fourniture initiale du service ou sa réparation d'une part,
- Le fonctionnement du service en régime établi d'autre part.

Sur le premier point, l'ARCEP a mis en place un dispositif, qui n'appelle pas de la part de Colt de remarque particulière.

Le second point a été rouvert par le débat sur la Net Neutralité. Les restrictions systématiques d'accès à certains contenus doivent bien évidemment être explicitées par le contrat. Mais, en ce qui concerne le fonctionnement au jour le jour, l'internet se caractérise par une transparence protocolaire exceptionnelle. De nombreuses commandes réseau (whois, ping, traceroute,...) permettent à l'utilisateur de connaître le site correspondant à une adresse IP, de connaître l'adresse IP d'un site, de connaître le chemin par lequel il y accède et, dans une certaine mesure, le délai mis par chaque élément de réseau traversé à faire savoir qu'il l'a été. Paradoxalement, en cours de fonctionnement, du point de vue d'un public sans culture technique, l'internet est plus transparent que lisible. Il manque davantage de lisibilité (et de prévisibilité dans le cas de l'internet mobile) que de transparence.

Avec autant d'intelligence à l'extérieur du réseau, quel rôle doit être donné aux mécanismes d'observation extérieure par rapport aux observations délivrées par les FAI ?

L'opérateur peut fournir des données techniques de qualité de service. Il n'a pas de vision de bout en bout. Un observateur extérieur quant à lui peut mesurer une qualité de service perçue, c'est-à-dire de bout en bout. Rappelons à ce sujet l'adage américain : « *Perception is reality* ». In fine, ce qui compte, c'est la perception du consommateur. Et cette perception n'a pas vocation à être élaborée par le fournisseur.

Colt appelle de ses vœux le fait que les travaux menés par l'ARCEP sur la qualité de service de l'internet fassent une large place à l'éducation du public et à la popularisation des outils de mesure librement fournis (gratuitement ou de façon payante) par des tiers, plutôt qu'à des informations nouvelles à fournir systématiquement par les opérateurs.

9 Question n° 4 : L'ARCEP invite les acteurs à commenter son analyse de la situation actuelle en ce qui concerne le fonctionnement du marché des SVA, ainsi que ses propositions.

Sur la proposition 16, Colt s'étonne que l'ARCEP demande conjointement aux opérateurs et aux éditeurs de service de veiller à ce que le prix facturé au consommateur soit proportionné à la qualité et à la nature du service délivré. En effet, si les opérateurs peuvent fournir différents paliers tarifaires, voire dans certains cas une modulation tarifaire, ils ne sont pour rien dans la qualité du service délivré. Ils peuvent s'organiser avec les éditeurs pour mettre fin aux comportements qui ne respectent pas les recommandations déontologiques, mais il paraît tout à fait dangereux de vouloir faire des opérateurs ceux qui veillent sur la qualité des services à valeur ajoutée.

Colt s'étonne de voir, à travers les propositions 17 et 19, le dialogue entre l'ARCEP et le gouvernement sur un tel point se faire par l'intermédiaire d'une consultation publique.

Sur les propositions 18 et 20, Colt s'étonne de voir l'ARCEP dicter aux opérateurs la composition de leurs offres. Il y a d'autres moyens d'informer le consommateur d'un tarif particulier, par exemple par une annonce avant le décroché. Il n'est pas proportionné à un objectif de transparence d'imposer à un opérateur la composition de ses offres d'abondance.

Sur la proposition 21, Colt est opposé au « droit le filtrer » les Numéros de Désignation Secondaires (NDS) que l'ARCEP veut octroyer aux opérateurs quand ces NDS sont des numéros surtaxés. Colt préconise au contraire de créer la contravention de présentation d'un numéro appelant surtaxé³ (et encore en la limitant au 0899), plutôt que de permettre aux opérateurs d'empêcher un comportement qui n'est pas pour le moment positivement interdit.

Colt voit dans la mesure proposée une impatience de l'ARCEP la conduisant à vouloir agir seule en prenant une mesure inappropriée plutôt que d'agir en commun avec le co-détenteur du pouvoir réglementaire pour prendre la mesure adéquate.

Sur la proposition 22, Colt partage le souhait de l'ARCEP que soit créée une instance déontologique. Colt souhaite qu'il s'agisse d'une institution strictement paritaire ayant pour objet unique de résoudre les conflits de déontologie dans les contrats entre professionnels des services téléphoniques à valeur ajoutée.

10 Question n° 5 : L'ARCEP invite les acteurs à commenter son analyse de la situation actuelle en ce qui concerne l'accès des personnes handicapées aux services de communications électroniques, ainsi que sa proposition.

Colt, qui ne fournit aucun terminal, n'a pas de commentaire à faire sur cette proposition.

³ comme le propose la CEPT. Voir : <http://www.ero.dk/E052DC67-3415-4726-AAC8-2368FB2B83BD?frames=no&>