

REVUE STRATEGIQUE 2015 DE L'ARCEP

Contribution du Master 2 Droit des Activités Spatiales et des Télécommunications

Réponse à la question n°9

Rédacteurs de la contribution par les étudiants du M2 DAST¹ :

- Daniel BARTA
- Lucie BESSINE
- Pierre-Louis GUEUGNON
- Laurane QUESSART

Coordination par Maître Olivier ITEANU, chargé d'enseignement en droit des communications électroniques internes du M2 DAST.

¹ Master 2 dirigé par Monsieur le Professeur Philippe Achilleas

La neutralité de l'internet est un principe s'appliquant aux réseaux de communications électroniques, visant à traiter sur une base égale les utilisateurs qui se connectent à Internet, et ce quel que soit les contenus et services utilisés. Ce principe pose donc l'obligation pour les exploitants de réseaux ou fournisseurs de services de communications électroniques d'interconnecter et d'acheminer les informations de la même façon pour tous, prohibant ainsi tout accord d'exclusivité rendant prioritaires certains contenus ou ralentissant certains services. Il va ainsi dans le sens de l'innovation du numérique en Europe, car il encourage par exemple les acteurs à investir pour fournir de nouvelles applications.

Dans le projet de loi pour une république numérique² qui vient de passer au Conseil des ministres, il est question que la neutralité du net devienne une obligation. En conséquence, les opérateurs de communications électroniques se verront donc imposer l'interdiction de brider les accès à Internet.

Cependant, ces derniers argumentent de leur légitimité à réagir face aux acteurs OTT qui les freinent vers cet élan de création de richesse et de valeur. En effet, les « géants du Web » exploitent aujourd'hui massivement les réseaux, tirant ainsi la majorité des profits, sans pour autant contribuer à l'investissement du déploiement des infrastructures adéquates. Or, si les opérateurs décident à terme de ne plus investir en raison de ce déséquilibre touchant à la répartition des profits, les réseaux finiront par devenir déficients et les utilisateurs en paieront le prix.

Un nouvel équilibre entre tous les acteurs doit donc s'opérer dans ce nouvel écosystème numérique. C'est dans ce contexte que l'ARCEP justifierait de son bien-fondé à intervenir.

Dans le cadre de sa consultation publique du 13 novembre au 4 décembre 2015, l'ARCEP souhaite identifier les nouveaux chantiers et défis soulevés par la transition numérique et y adapter ses priorités. Nous avons souhaité aborder la problématique de la neutralité du net, soulevée dans la question neuf de cette revue, en la développant en trois parties détaillées ci-après.

² <https://www.republique-numerique.fr/pages/projet-de-loi-pour-une-republique-numerique>

SOMMAIRE

Table des matières

1.Les défis et enjeux pour le régulateurs, notamment en termes économiques.	5
2.La neutralité dans les lois	Erreur ! Signet non défini.
3.Pouvoir de contrôle et de sanction des AAI.....	Erreur ! Signet non défini.

1. Les défis et enjeux pour le régulateur, notamment en termes économiques

Les opérateurs de communications électroniques, dont les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) européens voient leurs marges fondre sur un marché qui est très strictement régulé (droit de la concurrence, régulation ex ante, asymétrique, protection des consommateurs, obligations de traçabilité, données de connexions etc.). De nouvelles sources de financements complémentaires deviennent nécessaires afin de financer leurs services d'accès à Internet, un service qui est la colonne vertébrale de l'écosystème numérique.

Les différents acteurs du Web, les plateformes fournissent leurs services en utilisant le réseau sans faire partie de la chaîne de valeur de l'infrastructure, par conséquent ils échappent au financement de l'infrastructure (fournisseurs OvertheTop, OTTs).

Ces entreprises sont souvent intégrées horizontalement ou verticalement sur le marché. Les données sont devenues des ressources rares du marché du numérique, dans lequel les écosystèmes numériques fermés exercent des activités complexes d'exploitation des données. Ces activités ne sont pas transparentes, soulevant de nouveaux défis pour les régulateurs européens.

L'apparition d'un service optimisé à côté des services d'accès à Internet pose des défis aux régulateurs : il est indispensable de trouver un équilibre entre financement de l'infrastructure et de l'innovation dans le marché numérique. Faciliter la contribution des OTTs au financement de l'infrastructure européen serait un avantage indéniable de l'apparition d'accords de qualité de service. On peut constater également, que ces accords donneraient la possibilité aux FAI européen de financer l'innovation des nouvelles prestations afin de diversifier leurs profils et améliorer leur compétitivité (désintermédiation des FAI).

Le service d'accès à un Internet optimisé constitue un avantage compétitif aux acteurs qui ont les moyens d'accéder à ce service. **L'introduction de ce type de prestation remet en question les valeurs d'un Internet ouvert et peut facilement constituer une barrière à l'entrée au marché. L'enjeu est d'empêcher l'apparition des nouveaux acteurs, qui ne peuvent pas exploiter ces services.**

L'autre enjeu est l'équilibre des deux types de service d'accès à Internet : les services optimisés ne doivent pas détourner les investissements du service d'accès à Internet ouvert, qui deviendrait un marché isolé où les acteurs ne peuvent pas réussir et innover.

Le défi principal du régulateur est la veille de ces deux prestations, et empêcher que l'Internet optimisé (une prestation dont le financement serait résolu par les accords entre les OTTs et les FAIs) devienne prioritaire en terme d'investissement de l'infrastructure pour les FAIs. Le manquement de l'investissement des réseaux de l'Internet ouvert peut conduire à un marché où l'innovation ne peut pas éclore.

2. La neutralité du net dans les lois

Dans le cadre communautaire, l'Union Européenne a commencé à prendre en compte ce principe dans la réforme de 2009 du paquet législatif des télécommunications. En effet, annexé à la directive « Meilleure régulation », le paquet contient une déclaration de la Commission sur la neutralité de l'internet qui rappelle le principe de neutralité technique et renforce les droits du consommateur tout en permettant quelques limitations tant que celles-ci sont notifiées aux abonnés. Depuis la Commission a publié la communication COM(2011) 222 sur l'internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe du 19 avril 2011. Elle confirme le droit d'accès des citoyens et des entreprises à un internet ouvert et neutre et donne la possibilité de prendre des mesures plus contraignantes pour que la concurrence s'exerce et qu'ainsi les consommateurs en bénéficient.

L'Union européenne était donc toutefois restée assez prudente et tous les regards se sont alors tournés sur le nouveau règlement des télécommunications qui donne dorénavant le nouveau cadre qui sera applicable en avril 2016. Adopté le 27 octobre 2015³ par le Parlement européen, **le règlement sur le marché unique des communications électroniques ne porte finalement pas la notion de « neutralité de l'internet », présente dans la première version adoptée en première lecture, mais l'expression plus modeste d'« internet ouvert ».**

C'est en effet la version issue du trilogue qui a été votée, **moins protectrice et traduisant un compromis que les défenseurs de la neutralité regrettent. Le règlement crée une obligation de traitement égalitaire tous les paquets (qu'importe le contenu, l'origine ou la destination) mais ouvre des brèches pour satisfaire les FAI.** De plus le texte reste relativement flou en n'abordant pas certaines pratiques telles que le « zero rating ». Si ce texte marque une première avancée, l'absence de l'expression de neutralité du net est regrettable et nul doute qu'il devra être révisé afin d'être complété.

Si le débat avait bien été entamé au niveau national notamment grâce à l'ARCEP, il est désormais en passe d'avoir en France un cadre légal avec l'article 11 du projet de loi pour une République numérique. Cet **article a pour objectif « d'affirmer et d'organiser la neutralité de l'internet applicable en France ».** Avec ce projet, **l'ARCEP pourra sanctionner les manquements faits à la neutralité de l'internet dont le respect deviendra une obligation.** L'article serait donc une grande avancée en faveur du principe. Le Gouvernement dans ses réponses aux propositions faites par les citoyens aux projets de lois reconnaît par ailleurs que **des sanctions dissuasives sont nécessaires pour assurer le respect de la neutralité du net possibles grâce aux sanctions de l'ARCEP, mais refuse pourtant de transformer la violation du principe en délit.**

Cependant, en l'état actuel de projet, il est clairement précisé que celui-ci sera modifié en fonction de la version finale du règlement européen qui vient d'être adopté et dont l'expression de neutralité de l'internet a été retirée. Il faudra donc attendre l'adoption du projet de loi pour savoir comment sera organisée et appliquée la neutralité de l'internet en France.

³ <https://www.laquadrature.net/fr/Neutralit%C3%A9-du-Net-recul-majeur-pour-Internet-libre>

3. Pouvoir de contrôle et sanction des AAI

Pour l'heure, les dispositifs de l'ARCEP comprennent en premier lieu un **contrôle par la collecte d'informations**, consacré par l'arrêt du **Conseil d'Etat du 10 juillet 2013, AT&T Global Network services France (SAS) n°360397**, affectant l'ensemble des opérateurs de communications électroniques même situés hors de l'Union européenne, dont l'activité a un impact significatif pour les usagers français. Dans cet arrêt, la plus haute juridiction administrative française reconnaissait à l'ARCEP la faculté d'instaurer « *un mécanisme de collecte d'informations relatives aux conditions d'interconnexion et d'acheminement de données auprès des exploitants de réseaux et prestataires de services de communications électroniques* » mais « *proportionné aux besoins liés à l'accomplissement de ses missions* », tel étant le cas des dispositions en matière de neutralité de l'Internet issues de la transposition du 3^e paquet Télécoms.

Le Conseil d'Etat dans le même arrêt est allé plus loin puisqu'en se basant sur le point 2) de la recommandation de la Commission Européenne du 17 décembre 2007, il a affirmé la faculté des autorités réglementaires nationales des États membres à recenser des marchés pertinents susceptibles d'une régulation ex ante des marchés. **Bien que l'ARCEP n'ait pas prévu à ce stade d'engager de démarches de régulation ex ante, rien ne semble s'opposer à ce que cela puisse être le cas dans la mesure où la haute juridiction administrative reconnaît désormais à l'autorité une base légale pour mettre en place une régulation d'une telle nature. De cette manière, un contrôle en amont pourrait être effectué sur le marché d'interconnexion et d'acheminement des données.**

L'autorité possède en outre des **pouvoirs d'intervention ex post notamment au titre de règlement des différends**. Ceux-ci, couplés par la fixation d'exigences minimales de qualité de service, permettent la résolution de ces derniers en matière de gestion de trafic et d'interconnexion. Par ailleurs, l'ARCEP qui dispose d'ores et déjà d'un **pouvoir d'enquêtes administratives** au regard des règles de concurrence (ex : enquêtes sur la qualité des services mobiles) pourrait **étendre ce dernier au respect du principe de la neutralité du net**. Par ailleurs, ce **mécanisme d'enquêtes pourrait être déclenché à la requête d'une association agréée, d'un opérateur ou d'une autorité publique, voire également faire l'objet d'une auto saisine de l'ARCEP** quand, sur la base d'une analyse par faisceau d'indices du marché (notamment des coûts et de la vitesse du trafic internet pour un opérateur donné), des indices graves et concordants relèveraient une atteinte au principe de neutralité.

Aujourd'hui, les sanctions de l'ARCEP revêtent principalement deux formes. L'autorité peut suspendre totalement, partiellement, ou retirer dans la limite de trois ans le droit d'établir, d'exploiter un réseau ou de fournir un opérateur de communications électroniques, mais elle peut aussi condamner à des sanctions pécuniaires qui pourront s'élever au maximum à 3% du chiffre d'affaires de l'opérateur, et jusqu'à 5% en cas de récidive (Art. 3611

CPCE). **En cas de non respect au principe de l' « Internet ouvert », l'ARCEP pourrait disposer d'un pouvoir de sanctions pour non conformité similaire à celui de la CNIL et appliquer les sanctions existantes actuelles.**

En conclusion et en synthèse

Face aux enjeux soulevés par la neutralité du net, l'ARCEP devra mettre en œuvre les points suivants :

- 1) Veiller à ce que l'Internet optimisé ne devienne pas prioritaire en terme d'investissement de l'infrastructure pour les FAIs.
- 2) Mettre en œuvre des démarches de régulation ex ante, et de cette manière, un contrôle en amont pourra être effectué sur le marché d'interconnexion et d'acheminement des données.
- 3) Etendre son pouvoir d'enquête au respect du principe de la neutralité du net. Mécanisme qui pourrait être déclenché à la requête d'une association agréée, d'un opérateur ou d'une autorité publique, voire également faire l'objet d'une auto saisine de l'ARCEP si elle relève des indices graves et concordants qui relèveraient d'une atteinte au principe de neutralité.
- 4) Développer un pouvoir de sanctions pour non conformité similaire à celui de la CNIL et appliquer les sanctions existantes actuelles.