

# Réponse à la consultation publique sur la revue stratégique de l'ARCEP

## L'évolution du monde des télécoms appelle une actualisation de la régulation

Comme l'ARCEP le précise dans sa consultation publique, « l'action du régulateur a beaucoup évolué depuis sa création en 1997 », à l'image des secteurs du numérique et des télécommunications. Entre autres, l'émergence de nouveaux acteurs et services a modifié le contexte dans lequel l'Autorité agit. Cette évolution a un impact sur l'efficacité des outils à sa disposition pour mener à bien sa mission (notamment des outils législatifs) mais également sur tout ou partie de la raison d'être de sa mission de régulation.

A titre d'exemple, les définitions de « communications électroniques » et de « services de communications électroniques » sur lesquels reposent la légitimité et l'action de l'Autorité ont été arrêtées dans la version du 10 juillet 2004 de l'article L32 du Code des Postes et des Communications Electroniques (CPCE), soit :

- Un an avant la création de Youtube ;
- Deux ans avant l'ouverture au grand public de Facebook, et la création de Twitter et de Leboncoin.fr ;
- Trois ans avant la commercialisation de l'iPhone et le lancement de Deezer ou d'Android ;
- Quatre ans avant le lancement du projet de compteur électrique connecté Linky ;
- Cinq ans avant la création de Whatsapp et de Sigfox ;
- Huit ans avant le lancement du projet Oculus Rift, le périphérique de réalité virtuelle ;
- Dix ans avant l'arrivée de Netflix en France ;
- Etc.

Ainsi les services qui sont fournis via les réseaux de communications électroniques dépassent de loin les seuls services permettant au public de communiquer (au sens littéral du terme) : l'univers des télécoms qui était largement fermé en 2004 est aujourd'hui ouvert de fait, comme tout le reste de l'économie d'ailleurs. Quels sont les secteurs ou activités dans lesquels le numérique n'a pas de prise aujourd'hui ?

Internet est aujourd'hui devenu le vecteur principal d'accès à une multitude de services : messageries, réseaux sociaux, plateformes de distribution de contenu, plateformes de e-commerce... Ces services sont ancrés dans le quotidien des usagers, et la nouvelle vague de services qui se dessine touchera à des aspects critiques de nos vies (e-santé, sécurité des biens et des personnes, communautés intelligentes). Un accès neutre et de qualité à un internet ouvert doit donc constituer le point de départ de toute régulation du secteur.

## Echapper à la tentation expansionniste de la régulation sectorielle

Les définitions susmentionnées et arrêtées par l'article L32 du CPCE sont larges et assez floues :

- Communications électroniques : « On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique. »
- Services de communications électroniques : « On entend par services de communications électroniques les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques. »

Aujourd'hui, la tentation pourrait être d'interpréter ces définitions pour faire entrer pratiquement tous les services et applications en ligne dans ce champ de définition des communications électroniques : un simple site internet, un jeu vidéo dans lequel les joueurs ont la possibilité d'échanger de vive voix, les réseaux sociaux, des plateformes de e-commerce proposant un échange avec des conseillers sur leur site... Il semble donc indispensable de préciser le périmètre des activités ayant vocation à être régulées par l'Autorité, d'autant que ce flou risque de s'intensifier avec les nouveaux services innovants des prochaines années. Ce travail ne peut être fait qu'en prenant pour point de départ la raison d'être de la régulation.

Or les priorités de régulation énoncées dans le document de consultation semblent pensées dans un cadre dépassé lui aussi, sans distinction claire entre l'accès et les services. Si la régulation de l'accès reste nécessaire, et nécessite peut-être même d'être renforcée (nous aborderons ces points ci-après), une partie des raisons d'être de la régulation des services de communication a disparu du fait de la concurrence effective à plusieurs niveaux. Du coup un champ de régulation large et ex ante nous semble assez antinomique avec l'idée d'un pivot de l'ARCEP.

Par ailleurs, quelques termes utilisés dans la consultation semblent traduire une opinion ou une orientation, et de fait ne semblent pas propices à l'établissement d'un débat ouvert sur la revue stratégique de l'ARCEP. A titre d'exemple, les expressions « terrain de jeu équitable entre tous les acteurs » et « concurrence directe entre services du numérique et services régulés » reflètent la vision (et même la rhétorique) développée par les opérateurs télécoms (particulièrement les opérateurs historiques représentés par l'ETNO à Bruxelles) vis-à-vis des fournisseurs de services en ligne.

En effet, lorsque l'on considère les relations entre les fournisseurs d'accès et les opérateurs de services en ligne, la notion de « terrain de jeu équitable » (provenant de l'expression anglaise « Level Playing Field ») est employée par certains opérateurs de réseaux et fournisseurs d'accès pour évoquer une concurrence jugée déloyale. Mais à moins d'estimer que tous les services de communication sont substituables entre eux (ce qui nous semble pour le moins osé), cette affirmation n'a pas de fondement solide en dehors du cadre des services de télécommunication classiques.

Du coup, la classification de l'ORECE (BEREC) publiée en Octobre 2015 dans une première version de son rapport sur les services « Over-the-top »<sup>1</sup>, nous semble pertinente dans ce contexte :

- OTT-0 : services de voix en ligne avec possibilité d'appeler sur le réseau commuté ;
- OTT-1 : services de voix en ligne ou de messagerie instantanée, sans possibilité d'appeler sur le réseau commuté ;
- OTT-2 : e-commerce, services de streaming audio et vidéo.

Ces précisions lexicales sont nécessaires pour déterminer les types de services qui peuvent effectivement engendrer une « concurrence directe entre service du numérique et services régulés », et qui pourraient entrer dans le champ de la régulation.

Quant à l'utilisation du terme « terrain de jeu équitable » elle nous semble confuse, d'autant que selon l'acteur qui l'utilise elle signifie quelque chose de différent. Ainsi, pour un opérateur concurrent de l'opérateur historique, le « terrain de jeu » de l'accès au réseau n'est probablement pas « équitable » : une inégalité de fait existe entre le propriétaire du réseau qui l'exploite également pour ses propres services et celui qui doit le lui louer. Une réflexion sur un « terrain de jeu équitable » entre ces acteurs nous semblerait d'ailleurs un élément pertinent du champ de la régulation, particulièrement dans son articulation avec les missions de Solidarité Territoriale embrassées par l'ARCEP. L'exemple de la Nouvelle-Zélande montre qu'un régime de séparation structurelle permet d'établir un véritable « terrain de jeu équitable » au niveau de l'accès. Mais il démontre également qu'en focalisant la mission d'un opérateur de réseau wholesale sur l'infrastructure de long terme on peut créer les conditions d'un investissement pérenne sur fonds privés y compris dans les zones rurales. C'est d'ailleurs dans ce cadre que s'inscrit le travail en cours de l'OFCOM en Grande Bretagne sur la possible séparation structurelle de BT et Openreach.

## Une évolution de la régulation pour se recentrer sur les obstacles critiques

La réflexion de l'ARCEP sur la place des services en ligne et sur une éventuelle concurrence vis-à-vis des opérateurs d'accès est justifiée. Il convient néanmoins, à la manière de l'ORECE, de s'interroger sur la nature des services qui ont vocation à être régulés ou surveillés, et d'établir le périmètre avec une terminologie précise.

Il paraît ainsi judicieux d'ancrer plus profondément dans la régulation la différence structurelle entre les réseaux et les services. La plus grosse partie des objectifs de la régulation est liée à la fourniture ou à l'accès au réseau. À l'accès au réseau

<sup>1</sup> [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/download/0/5431-draft-berec-report-on-ott-services\\_0.pdf](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/5431-draft-berec-report-on-ott-services_0.pdf)

téléphonique commuté, notamment à l'interconnexion et au plan de numérotation, sont associées des obligations en termes d'interopérabilité. Mais ce sont l'universalité et l'interopérabilité de ces services de communication, de par leur lien avec l'interconnexion du réseau commuté qui font leur valeur différenciée : là où un utilisateur de Facebook Messenger ou Apple Facetime ne peut communiquer qu'avec des utilisateurs du même service, un appelant utilise le réseau pour contacter quiconque est connecté à ce même réseau (national ou international) par un numéro de téléphone. Dans le cas de la téléphonie, l'accès au plan de numérotation et à l'interconnexion marque ainsi une différence structurelle, et devrait être l'élément déclencheur de la régulation.

De même, pour ce qui relève d'internet, un « terrain de jeu équitable » pourrait être mis en œuvre par l'implémentation d'une régulation de l'accès uniquement, centrée autour de la qualité et de la neutralité de la connexion. Il s'agit en effet de s'intéresser au maillon de la chaîne de valeur qui présente la plus grande capacité de limitation de l'accès effectif aux services en ligne.

L'extension de la régulation à des services de communication en ligne est abstraite car les fonctions de communication sont aujourd'hui des briques unitaires dans des applications ou services plus complexes, dont les contours sont flous. Ces applications et services concernent aussi tous les secteurs de l'économie. Par ailleurs, il n'existe pas de monopole naturel sur les services de communication en ligne, contrairement aux réseaux de télécommunication.

Focaliser la régulation autour de l'accès, c'est donc cibler l'élément où pèsent réellement les risques. Cette régulation de l'accès pourrait être matérialisée par un remaniement du service universel, en y incluant l'accès haut débit (voire même en en faisant l'élément fondateur). Une réflexion pourra alors être entamée sur les obligations associées au service universel haut débit en termes de neutralité et de qualité de connexion, mais aussi sur les mécanismes qui permettront de financer les investissements nécessaires à la couverture des foyers les plus isolés géographiquement.

L'ARCEP s'interroge également, dans le cadre de sa revue stratégique, sur les « effets de réseau structurants de certaines plateformes numériques », et le suivi de ces dernières. Il convient, avant d'envisager un contrôle par le régulateur, de définir le cadre des activités devant être observées et non pas de cibler des acteurs particuliers parce qu'ils représentent un trafic important ou qu'ils concernent un nombre d'utilisateurs significatif. En effet, si le poids des services proposés par certains acteurs ne peut être contesté (Facebook, Google, Twitter...), leur « capacité de limitation de l'accès effectif à certains services en ligne » ne semble pas nécessairement vérifiée, et une régulation trop contraignante pourrait s'avérer dangereuse pour la prolifération de services innovants en France. Par ailleurs, alors que la question d'interopérabilité est inévitable lorsque des acteurs sont appelés à échanger autour d'un même réseau (qu'il soit physique ou virtuel), l'interopérabilité entre des services de communication en ligne ne semble pas aussi critique.

D'autre part, la définition (et par conséquent une éventuelle obligation d'ouverture) des dites plateformes numériques doit être faite sur une base rationnelle et non pas en fonction de la nationalité ou de la taille des acteurs concernés. Il existe des plateformes de services à différents niveaux de la chaîne de valeur, et toutes doivent être envisagées. Ainsi, si l'on souhaite forcer des acteurs des terminaux mobiles à ouvrir de manière plus transparente leurs équipements à des applications tierces, il faut également imposer ces obligations aux box des opérateurs, aujourd'hui fermées. Il faut également s'interroger alors sur la diffusion de contenus exclusifs par ces acteurs.

En tout état de cause, ces problématiques nous semblent être du ressort des pratiques anticoncurrentielles, et la mise en œuvre de mécanismes pour lutter contre ces dernières relèvent des missions attribuées à l'Autorité de la Concurrence, telles que définies dans l'article L49 de la loi n°2008-776 de modernisation de l'économie. Il nous semble donc que la régulation de la majorité des services en ligne incombe à l'Autorité de la Concurrence, et n'a pas vocation à être assumée par l'ARCEP, hormis par l'intermédiaire d'avis consultatifs. Une réflexion sur l'extension du champ de régulation nous semble donc à la fois redondante et potentiellement dangereuse en ce qu'elle diluerait l'attention de l'ARCEP sur les sujets essentiels liés au réseau qui sont eux de son ressort.

## Conclusion

Les nouveaux services de communication, l'obsolescence des technologies ou encore l'émergence de nouveaux réseaux, sont à l'origine de nouvelles questions pour la protection du consommateur. De façon plus générale, la diffusion massive du numérique dans l'économie entraîne de nombreux changements dans les activités professionnelles et personnelles. Une extension du champ de la régulation de l'ARCEP ne nous semble pas être un modèle souhaitable pour répondre à ces défis, soit parce que certains éléments de régulation n'ont plus lieu d'être, soit parce que les institutions en place (et particulièrement l'Autorité de la Concurrence et DG Comp en Europe) sont à même de traiter les positions anti-concurrentielles. En synthèse, nous pensons que :

- Le pivot de l'ARCEP doit être articulé autour de la régulation de l'accès, principal goulot d'étranglement difficilement substituable,
- La régulation sectorielle des services de communication n'a lieu d'être que lorsque ces services (en ligne ou non) sont interconnectés au réseau commuté,
- La régulation des plateformes nous semble redondante avec le travail de l'autorité de la concurrence et en tout état de cause ne saurait se limiter aux acteurs en ligne,
- Le sens de l'histoire n'est pas à une extension du périmètre de régulation de l'ARCEP mais à une focalisation de ses missions sur les sujets de l'accès. Ils sont en l'état fort nombreux.

Il est politiquement correct de nos jours de s'en prendre aux grands acteurs de l'Internet sous prétexte qu'ils sont américains et ont des pratiques fiscales discutables. Ce ne sont pas là les sujets de la régulation sectorielle des communications électroniques. Celle-ci se doit d'être objective, neutre et efficace. L'ARCEP doit pivoter dans ce sens, et pas dans un sens qui satisferait à court terme les politiques en place et l'opérateur historique au détriment de son efficacité future.

## Contacts

- **Benoît FELTEN, CEO de Diffraction Analysis**
  - [benoit@diffractionanalysis.com](mailto:benoit@diffractionanalysis.com)
- **Guillaume SOULERES, Analyste à Diffraction Analysis**
  - [guillaume@diffractionanalysis.com](mailto:guillaume@diffractionanalysis.com)