

L'Arcep pivote et, ce faisant, cherche à étendre son champ d'intervention : à tort ou à raison ?

Avec sa « revue stratégique » de janvier 2016, l'Arcep veut élargir la régulation des « communications électroniques » aux « communications numériques ». En Europe, deux visions s'opposent entre les partisans d'une régulation des acteurs du Net et ceux craignant une sur-régulation des « marchés émergents ».

Par Winston Maxwell (Hogan Lovells) et Stéphane Piot (Analysys Mason)



Le « virement » stratégique de l'Arcep [1], présenté en janvier 2016, est structuré autour de quatre piliers (investissement dans les infrastructures, territoires

connectés, Internet ouvert, prisme pro innovation) et trois nouveaux modes d'interventions (bâtir une régulation par la donnée, co-construire la régulation et jouer un rôle d'expert neutre dans le numérique et le postal). Une feuille de route détaillée comprenant 21 thèmes a été arrêtée et 12 chantiers prioritaires ont été définis pour 2016/2017.

Internet ouvert à une nouvelle régulation ?

Le périmètre d'intervention que s'octroie l'Arcep dans le cadre de ce pivot est large. De nombreux chantiers et thèmes d'intervention apportent une continuité (rassurante) avec l'activité de l'Arcep (avant qu'elle ne pivote) : transition du haut vers le très haut débit, revue des marchés pertinents, analyse de la couverture mobile, etc. Toutefois, alors que le développement d'une concurrence effective sur les marchés fixe et mobile – à l'exception du marché entreprise ? – devrait conduire à un allègement de l'environnement réglementaire, le pivot de l'Arcep a conduit à se positionner sur de nouveaux sujets. Certes, un élargissement de son périmètre d'intervention réglementaire n'est pas encore d'actualité. On parle principalement d'une mise en place de groupes de travail, de renforcement de la capacité de suivi et de prospective, de coopération avec l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (Orece ou Berc) [2], mais également de contributions à la révision des directives européennes qui pourraient donner à l'Arcep et à l'ensemble des régulateurs télécoms des Vingt-huit de nouvelles prérogatives.

Parmi les nouvelles pistes de réflexion de l'Arcep, plusieurs éléments nous semblent mériter une attention particulière :

- La notion de « plateformes numériques et terminaux ouverts » pour garantir l'ouverture d'Internet. Grâce à une terminologie assez astucieuse, la notion de terminaux ouverts permet à l'Arcep – par le biais du principe

d'un Internet ouvert posé par le règlement européen du 25 novembre 2015 [3] – de s'immiscer par l'autre bout de la chaîne dans la problématique de la neutralité des plateformes en ligne. Cette problématique est par ailleurs déjà abordée dans le projet de loi « République numérique » d'Axelle Lemaire, tandis qu'une consultation publique de la Commission européenne sur le sujet a également été réalisée en 2015. Le débat sur la régulation des terminaux et les plateformes numériques met en lumière deux visions opposées de la régulation. La vision de l'Arcep repose sur le besoin d'anticiper des problèmes potentiels créés par ces terminaux et plateformes, afin d'adresser ces problèmes le plus en amont possible. L'autre vision consiste à attendre et à n'intervenir que si l'application du droit existant – tribunaux, DGCCRF [4], l'Autorité de la concurrence, Cnil [5] – s'avère inefficace.

Selon cette école, la création d'une régulation spécifique n'est jamais anodine, et doit être envisagée comme un remède de dernier ressort. Pour justifier sa vision, l'Arcep s'appuie sur le caractère « incontournable » des terminaux et plateformes. Cependant, avant d'aller plus loin dans une intervention réglementaire (non explicitement demandée par l'Arcep), il faudrait étudier le vrai niveau d'« incontournable » et les défaillances du marché engendrés par les plateformes numériques et l'écosystème actuel des terminaux. Dans une étude de 2014 l'Autorité de la concurrence française et de son homologue britannique [6] ont conclu que les écosystèmes numériques fermés n'étaient pas plus nuisibles pour le consommateur que les écosystèmes ouverts. Les deux systèmes peuvent conduire à des comportements anti-concurrentiels, sans pour autant que ce ne soit une fatalité. Ainsi, le caractère « incontournable » des terminaux et des plateformes, et les effets de verrouillage (au détriment des utilisateurs) qui en découlent, ne sont pas systématiques au point de mériter une régulation ciblée.

Notion de « communications numériques »

- Élargir la notion de « services de communications électroniques » aux « communications numériques ». L'Arcep déclare vouloir s'engager au deuxième semestre 2016 sur une revue de la notion d'acteurs définis comme opérateurs de communications électroniques, au regard

Notes

(1) - Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep).

(2) - Le Body of European Regulators for Electronic Communications (Berc) a son siège à Riga, en Lettonie, avec un effectif permanent de 27 personnes.

(3) - Voir le règlement « Neutralité du Net » du 25 novembre 2015 : <https://lc.cx/Net25-11-15>

(4) - Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF).

(5) - Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil).

notamment des fournisseurs de services numériques (VPN (7), messagerie électronique, ...). Analysys Mason et Hogan Lovells ont d'ailleurs déjà travaillé en 2011 sur cette problématique pour l'Arcep en rédigeant une étude sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques (8).

De manière associée, l'Arcep participera à la révision du cadre réglementaire européen pour veiller à la prise en compte de services OTT (Over-The-Top). Dans sa contribution à la consultation publique de la Commission européenne sur la révision du cadre européen des télécoms (9), l'Arcep introduit ainsi la notion de régulation de communications numériques.

Tous les pays ne sont pas d'accord

La France semble ainsi partisane d'une extension de la régulation existante vers les activités numériques, alors que d'autres pays tels que le Royaume Uni et les pays nordiques restent hostiles à une extension de la réglementation existante. Cet élargissement, est loin d'être anodin et pourrait avoir un impact structurant sur l'écosystème numérique dans la mesure où les services de messageries et vocaux OTT (Skype to Skype, Viber, WhatsApp, iMessages, ...) échappent pour l'instant à toute régulation sectorielle. Lors de l'élaboration des directives européennes de 2002, la notion de « service de communication électronique » a été définie de manière étroite pour éviter un débordement de la régulation des télécommunications vers les applications numériques. Les services et applications Internet devaient notamment rester en dehors de la sphère de régulation des télécommunications, afin d'encourager l'innovation et la croissance, traduisant la crainte d'une sur-régulation des « marchés émergents ».

Avant d'étendre la sphère de la régulation, il faudrait préciser la nécessité de le faire. Une problématique-clé pour les services OTT pourrait concerner l'application des règles d'interceptions légales. Mais d'autres sujets – tels que l'interconnexion, l'accès aux ressources rares, le service universel, et la protection du consommateur – ne semblent pas jusqu'à présent justifier une extension de la régulation des services de communications électroniques vers les services OTT.

• **Le recours à la collecte d'information par des outils de production participative (crowdsourcing).** Un chantier « Crowdsourcing » a été identifié comme prioritaire pour l'Arcep. Ce chantier consiste à nouer des partenariats et, le cas échéant, créer en propre des outils de *crowdsourcing* pour enrichir les données concernant la qualité de service et la couverture des réseaux. Cette évolution est intéressante dans la mesure où elle permettra à l'Arcep de mesurer l'expérience-client réellement perçue par les utilisateurs, et ainsi de monter en pertinence. Toutefois,

plusieurs acteurs se sont déjà positionnés sur la mesure de services télécoms en *crowdsourcing* tels que Speedtest ou RootMetrics. Dans ce contexte, l'intervention de l'Arcep pourrait impacter le modèle économique et les rapports de force entre acteurs.

• **L'Arcep deviendra-t-elle l'agence de protection des consommateurs sur Internet ?** A un moment où la régulation asymétrique des télécommunications a tendance à se réduire, l'Arcep doit-elle devenir une agence de protection du consommateur sur Internet ? D'autres institutions telles que la DGCCRF, la Cnil et le CSA (10) ont vocation à appliquer des règles de protection du consommateur. La vraie question donc est de savoir si l'Arcep doit évoluer vers une autorité de protection du consommateur sur Internet et dans ce contexte, si elle peut ou doit, pour des raisons de cohérence et d'efficacité, partager cette responsabilité avec d'autres régulateurs. L'Arcep est connue pour la qualité de ses analyses économiques, techniques et juridiques. L'Arcep serait probablement très bien placée pour remplir le rôle d'agence de protection des consommateurs sur Internet. Mais ce n'est pas sa vocation d'origine. Il reste par ailleurs la question de fond : les différentes activités économiques qui se déploient sur Internet ne sont-elles pas déjà suffisamment régulées ? Le Conseil d'analyse économique (CAE), qui dépend des services du Premier ministre, recommande d'« éviter de créer un "secteur du numérique", quels qu'en soient les contours, auquel s'appliqueraient des régimes particuliers » (11). Selon le CAE, il est « de toute façon vain de chercher à définir un secteur numérique ».

• **Encourager l'expérimentation.** L'Arcep préconise un « cadre législatif d'expérimentation », faisant écho des recommandations du CAE pour « un droit à l'expérimentation pour les entreprises innovantes ». Compte tenu de l'évolution rapide des marchés et technologies numériques, le régulateur ne peut pas anticiper tous les effets de son action sur l'écosystème numérique, et notamment sur l'innovation et la croissance.

Risque d'une régulation à deux vitesses

D'où la théorie de la « régulation expérimentale » (12) ou « adaptative » (13) qui permettrait de laisser émerger de nouveaux modèles économiques à une échelle réduite avec un mode de régulation légère et adaptable. Cette idée est pertinente, mais difficile à appliquer en pratique sans tomber dans un système de régulation à deux vitesses, où les acteurs établis seraient soumis à un ensemble de règles assez contraignantes, alors que les start-up voulant les concurrencer en seraient exonérées. Une telle approche pourrait être qualifiée de discriminatoire, et aurait tendance à pénaliser la réussite des acteurs établis. @

Notes

(6) - « Analyse économique des systèmes ouverts et fermés », par l'Autorité de la concurrence et Competition & Markets Authority, le 16 décembre 2014: <http://lc.cx/Reg>

(7) - Virtual Private Network (VPN).

(8) - Etude sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques, Analysys Mason et Hogan Lovells pour l'Arcep - Juin 2011: <http://lc.cx/Reg>

(9) - Contribution de l'Arcep: <https://lc.cx/Arcep-CE>

(10) - Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

(11) - « Economie numérique », par le Conseil d'analyse économique, n° 26, octobre 2015.

(12) - Ranchordas, S. (2013), "The Whys and Woes of Experimental Legislation", *Theory and Practice of Legislation* 415-440.

(13) - Whitt, R.S. (2009), "Adaptive Policy-Making: Evolving and Applying Emergent Solutions for U.S. Communications Policy", *61 Federal Communications L.J.* 483