

## La régulation des plateformes

M. Lebourges - Orange

Conférence de la Chaire Innovation Régulation des Services Numériques

7 avril 2015 – Télécom Paristech

Bonjour et merci de m'avoir invité à intervenir sur ce thème de la régulation des plateformes, d'une grande actualité en France et en Europe.

Je m'exprimerai ici en mon nom personnel et mes propos n'engagent ni l'ETNO ni Orange.

Ainsi que l'a rappelé Marc Bourreau en début d'après-midi, la notion de « plateforme » se comprend surtout comme un concept économique associé à la théorie des marchés bifaces. Je vais néanmoins commencer mon intervention en rappelant les caractéristiques techniques essentielles des plateformes internet qui expliquent l'existence d'incohérences dans le traitement réglementaire des services numériques, selon qu'ils sont fournis par des opérateurs de télécommunications ou par des plateformes Internet. Faut-il résoudre ces incohérences en étendant la réglementation des télécom à l'ensemble de la sphère numérique ? Je ne le pense pas. Il faut au contraire focaliser la réglementation des télécom sur les réseaux et sur l'accès à internet. Mais il faut aussi intégrer des dispositions nouvelles adaptées à la numérisation de l'économie dans le droit commun applicable à tous, que ce droit traite de consommation, de contrats entre entreprises, de concurrence, de données personnelles ou de fiscalité.

Les fournisseurs de services de communications électroniques, tels qu'ils sont appréhendés par le cadre réglementaire européen, proposent aux utilisateurs, là où ils sont, une interface d'accès au service. Le fournisseur prend en charge le transport du signal, entre les interfaces d'accès aux services des différents utilisateurs. La faculté de transporter le signal entre interfaces de service caractérise la catégorie des fournisseurs de services de communications électroniques et les obligations qui y sont associées, détaillées dans les 5 directives du cadre réglementaire des télécom.

Avec la diffusion massive des accès haut débit à Internet, les utilisateurs ont accès à une interface de transport IP banalisée et transparente qui ne détermine pas le service utilisé. Les fournisseurs de services sur internet disposent de plateformes techniques localisés à un endroit quelconque de l'internet. Le service est rendu sur cette plateforme par la mise en relation des utilisateurs grâce aux ressources logicielles et matérielles déployées sur la plateforme. Dans cette architecture, le fournisseur du service ne transporte pas lui-même le signal, puisque la prestation d'accès à internet assure cette fonction de transport entre chaque utilisateur et la plateforme de service. Les services fournis sur des plateformes internet ne sont donc pas des services de communications électroniques au sens des directives et ne sont donc pas soumis aux obligations associées. Ils appartiennent – pour simplifier - à la catégorie générale et très peu régulée des services de la société de l'information.

La voix, la messagerie, la vidéo pour ne citer que ces exemples, sont donc réglementés de façon incohérente, avec des règles dépendant du fournisseur ou de la technologie choisis. Cette

incohérence menace la protection des utilisateurs, la lutte contre le crime et le terrorisme, et d'équité concurrentielle.

Comment résoudre ce problème? On pourrait croire que répondre à cette question revient à choisir entre 2 options : soumettre les services des plateformes internet au droit des télécommunications, ou l'inverse. En réalité, il faut je pense distinguer 3 questions :

- un, l'instrument juridique à utiliser pour réguler les plateformes doit-il être sectoriel ou de droit commun,
- deux, quel doit être le contenu des obligations imposées aux plateformes par la réglementation
- trois, quelles institutions garantissent le respect de ces obligations.

Une première idée pourrait être d'étendre le champ d'application du droit des télécom avec armes et bagages, à l'ensemble des services rendus par les plateformes internet. Au niveau des textes, ce ne serait pas difficile : il suffirait en gros de modifier la définition de l'objet de la réglementation sectorielle pour l'étendre par exemple à tout service réalisant une mise en relation électronique. Alors, tout l'arsenal dont dispose par exemple l'Arcep pour intervenir vis-à-vis des télécom serait étendu au champ du numérique.

Mais, je ne pense pas que ce soit la bonne solution.

Premièrement ce cadre a été fait pour accompagner transitoirement le secteur des télécom d'un état de monopole vers un état de concurrence. La multiplication des services offerts par les plateformes internet est une manifestation claire d'un marché des services numériques concurrentiel. Par conséquent le fondement essentiel de la réglementation sectorielle, une concurrence encore émergente, manque dans le secteur du numérique.

Deuxièmement une des priorités de l'Europe est de libérer le dynamisme et l'investissement dans le domaine du numérique. Or la perspective d'être soumis à une réglementation aussi détaillée et rigoureuse que celle des télécoms, donnant des motifs et des pouvoirs d'intervention multiples et puissants à l'autorité publique, risque de réduire l'attractivité du numérique pour les investisseurs et les entrepreneurs en Europe.

Troisièmement, et c'est le plus important, avec la numérisation de l'économie, tous les secteurs de l'industrie et des services sont déjà ou seront prochainement des services numériques. Or par nature, une autorité sectorielle et un droit sectoriel ne peuvent s'appliquer aussi largement. Pour autant, il serait impossible de fixer une frontière qui ne soit rapidement contournée ou dépassée.

Pour ces raisons la solution n'est pas dans l'extension du champ du droit des télécommunications.

Ma conviction est donc qu'à l'occasion de la prochaine révision du cadre réglementaire, le champ d'application du droit des télécom ne doit pas être étendu, mais doit au contraire être restreint à la réglementation des réseaux et au service d'accès à internet.

En parallèle, des dispositions comme celles suggérées en 2014 par le Conseil National du Numérique et par le Conseil d'Etat, ou inspirées par le droit des télécom, devraient être inscrites dans un texte européen de droit commun, portant par exemple sur le droit de la consommation, applicable sans frontière sectorielle par des juridictions ordinaires : des obligations générales de loyauté et transparence, d'ouverture et d'absence de blocage, de portabilité, voire dans certaines circonstances d'interopérabilité sont à introduire. La compétence des juridictions ordinaires n'interdit pas bien sûr que des autorités spécialisées dans le numérique, aient un rôle d'expertise, de saisine voire d'instruction reconnu.

Cette approche par le renforcement du droit commun s'applique aussi à la protection de l'équilibre des contrats entre entreprises commerciales. De telles dispositions existent en droit français et visaient à l'origine à prévenir les déséquilibres contractuels entre petits producteurs et grandes chaînes de distribution. Des dispositions analogues existent en droit britanniques, allemand, espagnol, italien et bien d'autres pays de l'Union, mais pas en droit communautaire. Harmonisé au niveau communautaire, ce serait un levier puissant pour prévenir là où ils s'exercent, dans les contrats, les abus auxquels peut conduire un pouvoir de négociation excessif. Cette approche ignore les concepts abstraits de marchés pertinents ou de position dominante. Elle s'appuie simplement sur une analyse concrète de la normalité et de l'équilibre de contrats particuliers.

Les droits communs de la consommation et du commerce peuvent donc contribuer à la régulation des plateformes. Qu'en est-il du droit de la concurrence ? Nous en saurons plus d'ici quelques semaines, puisqu'il devrait y avoir du nouveau dans un cas qui oppose la Commission Européenne à une très grande plateforme Internet. Aujourd'hui, je formulerai quelques remarques inspirées par la décision de la Commission d'autoriser sans conditions le rachat de What's App par Facebook. Rappelons que Facebook, pour éviter des examens dans plusieurs pays européens, a soumis directement son cas à la Commission qui n'aurait pas pu s'en saisir elle-même. En effet les seuils en chiffres d'affaires prévus dans le règlement européen sur les concentrations pour déclencher un contrôle de la Commission n'étaient pas atteints. On voit ici que pour des plateformes globales opérant sur des marchés biface avec des volumes d'activité considérables mais sans chiffre d'affaires directement localisé dans les pays d'utilisation, les critères classiques comme les revenus et les prix ne sont plus suffisants pour que le droit de la concurrence apprécie le comportement des acteurs. A ce sujet, une doctrine solide sur les services gratuits dans le cadre du droit de la concurrence reste à construire.

Sur le fond, la décision Facebook What's App de Commission suit un raisonnement clair qui distingue comme séparés les marchés des communications, des réseaux sociaux et de la publicité en ligne. Elle affirme que FB et WA n'ont pas de synergies significatives et que les éventuels effets de réseaux dont ils bénéficient sont compensés par la faculté qu'ont les utilisateurs d'accéder pour rien à d'autres applications concurrentes. Malgré sa clarté, la thèse laisse perplexe car elle n'explique pas les 19 G\$ dépensés par FaceBook pour racheter WA dont le chiffre d'affaires est faible.

Ce cas d'espèce souligne une question plus générale : oui, l'effet réseau associé à un service peut être neutralisé par la faculté qu'ont les utilisateurs d'accéder pour rien à de nombreux produits concurrents. Mais lorsqu'une plateforme internet propose un ensemble de services ayant chacun son propre effet réseau, et exploite des effets de levier entre services, notamment en croisant les

données personnelles provenant de chaque service, alors ces plateformes disposent d'une surface fonctionnelle que la concurrence service par service ne compense pas.

Cela m'amène à la réglementation des données personnelles avec le projet de règlement GDPR que la Commission souhaite faire aboutir. Ce projet vise à harmoniser la protection des données personnelles en Europe, à la rendre opposable à tout acteur visant des utilisateurs européens, et au passage à en renforcer le contenu.

Orange et tous les opérateurs européens soutiennent l'harmonisation et la cohérence dans l'application de la protection des données personnelles. Mais il faut aussi que le contenu de cette réglementation soit proportionné, fondé sur une analyse rationnelle des risques et compatible avec le développement de services efficaces pour les utilisateurs. La question du contenu et la question du champ d'application de la réglementation des données personnelles doivent absolument être menés de front : en effet, c'est seulement si ces règles sont appliquées à tous les acteurs visant les utilisateurs européens, que ces règles seront proportionnées et efficaces. Si en revanche elles ne s'appliquaient qu'aux acteurs européens, alors elles risqueraient d'être disproportionnées et de laisser le bénéfice de règles économiquement efficaces aux acteurs non européens.

En conclusion, réguler les plateformes c'est essentiellement adapter le droit commun à la numérisation de l'économie, qu'il s'agisse de consommation, de contrats, de concurrence ou de données personnelles. Le droit sectoriel des télécom ne doit pas être étendu au numérique, mais au contraire circonscrit aux réseaux et à l'accès à internet, ce qui n'empêche pas les régulateurs spécialisés d'apporter leur expertise à l'exercice du droit commun lorsqu'il touche au numérique. C'est vrai aussi pour la fiscalité : la bonne voie est de rendre l'application de la loi commune efficace.