

**Contribution de Verizon France
en réponse à la consultation publique de l'ARCEP**

**Projet de collecte trimestrielle d'informations sur les conditions
techniques et tarifaires d'interconnexion et d'acheminement des données**

Verizon France, fournisseur de services de communications électroniques aux entreprises, a pris connaissance du projet de décision de l'Autorité, soumis à consultation publique, relatif à la mise en place d'une collecte trimestrielle d'informations sur les conditions techniques et tarifaires d'interconnexion et d'acheminement de données.

Verizon France remercie l'Autorité de lui donner l'occasion de s'exprimer à ce sujet, et souhaite par le présent document lui faire part des motifs qui la conduisent à s'opposer à la mise en place du dispositif envisagé.

1. Le cadre juridique applicable

Par les articles L 33-1 I), L 37-1, et D 98-11 du code des postes et des communications électroniques, le législateur a confié au Gouvernement, et non pas à l'ARCEP, la responsabilité de définir les informations et documents que l'Autorité est habilitée à recueillir auprès des opérateurs, aux fins de vérifier le respect par lesdits opérateurs de leurs diverses obligations, ou de procéder aux analyses de marché.

Les dispositions concernées, plus précises que celles de l'article L 32-4, prévalent sur ces dernières. Par conséquent, l'Autorité ne saurait se prévaloir de l'article L 32-4, pris isolément, pour exiger des opérateurs la fourniture d'informations dans le but d'une vérification générale de conformité, ou de la réalisation d'analyses de marché.

Quant à l'article 5 de la directive cadre du 7 mars 2002 tel que modifié par la directive 2009/140/CE, cité par l'Autorité au §I du projet de décision, il n'apporte aucun élément utile dès lors qu'il a précisément été transposé en droit français.

1.1. Articles L 33-1 I) et D 98-11 du CPCE

L'article L 33-1 fournit la liste des règles et obligations auxquelles sont soumis les opérateurs selon la loi française, et renvoie à un décret en fixant les modalités d'application.

Ce décret n°2005-862, codifié à l'article D 98-11 du CPCE, précise les « *Règles portant sur les obligations qui s'imposent à l'exploitant pour permettre son contrôle par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et celles nécessaires pour l'application de l'article L. 37-1* », et les conditions dans lesquelles « *l'opérateur doit fournir à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes des éléments chiffrés relatifs à l'exploitation de son réseau et à la fourniture des services, dans les domaines financiers, commerciaux et techniques* ».

L'article D 98-11 dispose ainsi que « *Selon une périodicité définie par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ou à sa demande, l'opérateur lui communique les informations nécessaires* » :

- a) A la collecte des taxes prévues à l'article L. 33-1 et des redevances prévues, notamment aux articles L. 42-1 et L. 44 ;
- b) Au calcul des contributions au financement du service universel ;
- c) A l'établissement par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes de bilans comparatifs dans l'intérêt des utilisateurs, relatifs à la qualité de service et aux prix ;
- d) A la conduite des analyses des marchés prévues à l'article L. 37-1 [...] ».

Le même article énumère plus loin les informations que les opérateurs sont tenus de communiquer à l'Autorité, à sa demande, selon une périodicité qu'elle définit, nécessaires à l'Autorité pour vérifier le respect des règles prévues à l'article L. 33-1 :

- l'ensemble des conventions d'interconnexion, d'accès et d'acheminement de trafic ;
- les contrats entre l'opérateur et les distributeurs, revendeurs ou sociétés de commercialisation ;
- l'ensemble des conventions d'occupation du domaine public non routier ;
- lorsque l'opérateur loue des fibres nues sur le domaine public, la convention définissant les conditions techniques et financières de cette location ;
- les conventions de partage des infrastructures ;
- les contrats avec les opérateurs des pays tiers ;
- les contrats avec les clients ;
- la description, sous réserve des dispositions relatives à la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat, de l'organisation et des mesures techniques prises afin de respecter les obligations de défense et de sécurité ;
- toute information nécessaire pour vérifier le respect de l'égalité des conditions de concurrence, et notamment les conventions, contrats ou accords conclus entre les filiales de l'opérateur, les sociétés appartenant au même groupe ou des branches d'activité de l'opérateur distinctes de celles couvertes par la déclaration ;

Enfin, sont précisées les informations que les opérateurs sont tenus de communiquer à l'Autorité dans le cadre de l'attribution et du contrôle du respect des conditions d'utilisation des ressources en fréquences et en numérotation.

A l'évidence, les informations que l'Autorité entend collecter régulièrement au moyen du dispositif présenté dans le projet de décision soumis à consultation publique ne figurent dans aucune des catégories visées à l'article D 98-11 du CPCE.

C'est pourtant ce seul article qui définit, de façon limitative, le cadre légal sur lequel l'Autorité peut s'appuyer pour exiger des opérateurs déclarés la communication régulière des informations qui lui sont nécessaires pour s'assurer du respect de leurs obligations.

C'est sans doute parce qu'elle a pleinement conscience de cette difficulté que l'Autorité préfère mettre en avant l'article L 32-4 du CPCE, mais ce vainement, pour les raisons exposées ci-après.

1.2. Article L 32-4 du CPCE

L'article L. 32-4 du CPCE dispose que :

« Le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peuvent, de manière proportionnée aux besoins liés à l'accomplissement de leurs missions, et sur la base d'une décision motivée :

1° Recueillir auprès des personnes physiques ou morales exploitant des réseaux de communications électroniques ou fournissant des services de communications électroniques les informations ou documents nécessaires pour s'assurer du respect par ces personnes des principes définis aux articles L. 32-1 et L. 32-3, ainsi que des obligations qui leur sont imposées par le présent code ou par les textes pris pour son application ;

2° Recueillir auprès des personnes fournissant des services de communication au public en ligne les informations ou documents concernant les conditions techniques et tarifaires d'acheminement du trafic appliquées à leurs services.

(...) »

Le 1° de cet article ne saurait être mis en avant par l'Autorité pour s'affranchir des limitations prescrites par l'article D 98-11, s'agissant du recueil général auprès des opérateurs déclarés des informations nécessaires à la vérification du respect de leurs obligations.

Comme rappelé au §1 *supra*, le législateur a confié au Gouvernement, et non pas à l'ARCEP, la responsabilité de définir les informations et documents que l'Autorité est habilitée à recueillir auprès des opérateurs, aux fins de vérifier le respect par lesdits opérateurs de leurs diverses obligations, ou de procéder aux analyses de marché. L'Autorité n'a pas le pouvoir de modifier la répartition des responsabilités voulue par le législateur, pas plus qu'elle n'a le pouvoir d'élargir la portée du décret n°2005-862.

Si l'Autorité souhaite s'appuyer sur le seul article L 32-4 pour requérir des informations de la part des opérateurs déclarés, elle ne peut le faire que pour un motif autre que la vérification générale du respect de leurs obligations et la conduite d'analyses de marchés. Par exemple, l'article L 34-1 1° permettrait à l'Autorité de requérir des informations dans le cadre d'une procédure L 36-8 de règlement de différend, ou d'une plainte particulière. Et dans cette hypothèse, la collecte d'informations devrait faire l'objet d'une décision *ad hoc*, dûment motivée par l'Autorité, comme le précise le premier alinéa de l'article L 32-4.

Or l'Autorité n'apporte aucune justification de cette nature dans son projet de décision soumis à consultation publique.

De plus, il convient de souligner qu'en tout état de cause, **l'article L 34-2 1° n'est opposable qu'aux opérateurs exerçant leur activité en France et dûment déclarés comme tels auprès de l'Autorité**, cette remarque valant également pour les articles L 33-1 1) et D 98-11 du CPCE, ainsi que l'article 5 de la Directive Cadre du 7 mars 2002 modifié par la Directive 2009/140/CE.

D'autre part, **l'article L 32-4 1° ne confère en aucune façon à l'Autorité le pouvoir de recueillir auprès des opérateurs des informations dans le simple but de mieux connaître les marchés de l'interconnexion et de l'acheminement de données du domaine de l'internet.**

En effet, les documents et informations pouvant être recueillies par le Gouvernement ou par l'Autorité à ce titre se limitent à ceux « *nécessaires pour s'assurer du respect par [les opérateurs] des principes définis aux articles L. 32-1 et L. 32-3, ainsi que des obligations qui leur sont imposées par le [CPCE] ou par les textes pris pour son application* ».

Or les textes applicables en matière de collecte d'informations de marché sont d'une part l'article D 98-11 du CPCE, déjà largement évoqué *supra*, et sur lequel il n'est pas nécessaire de revenir, et d'autre part l'article L 37-1. Mais l'Autorité ne se prévaut en aucune façon de cet article dans le document soumis à consultation publique.

Cela s'explique peut-être par la lourdeur du dispositif qu'elle devrait mettre en œuvre, mais aussi parce qu'une analyse de marché dans le domaine de l'internet n'est pas nécessaire et risquerait de s'avérer vaine. Rappelons en effet que la Commission européenne n'a pas souhaité définir de marché

pertinent pour une régulation *ex-ante* dans ce domaine, et que par décision du 5 mars 2010 elle a ordonné à l'autorité réglementaire polonaise de retirer ses projets de régulation du marché de services d'échange de trafic IP (IP/10/240).

S'agissant du 2° de l'article L 32-4, Verizon France n'appartenant pas à la catégorie des acteurs visés estime ne pas avoir à se prononcer quant à l'utilisation que l'Autorité entend en faire.

Verizon France souhaite cependant souligner que ce 2° a été introduit à l'article L 32-4 par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 dans le cadre de la transposition des directives européennes de 2009, alors que ces dernières étaient muettes à cet égard. Cette disposition serait donc dépourvue de base légale au regard du droit européen.

Aussi, en tant qu'elle touche les fournisseurs de services de la société de l'information, cette mesure devrait faire l'objet d'une analyse au regard des dispositions de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Il se pourrait en effet qu'elle constitue une violation de l'article 3.2 de cette directive dans la mesure où elle s'applique à des fournisseurs de services établis dans d'autres états membres.

2. L'exigence de proportionnalité

Outre les considérations qui précèdent quant à la légalité du dispositif envisagé par l'Autorité, Verizon France souhaite souligner que celui-ci serait susceptible d'imposer aux personnes visées une charge particulièrement lourde, eu égard à la multiplicité des informations demandées, au niveau de détail exigé, et à la périodicité de collecte souhaitée.

Selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, le principe de proportionnalité exige que les mesures soient appropriées et nécessaires à la poursuite d'un objectif légitime, que lorsqu'il y a le choix entre plusieurs mesures appropriées ce soit la moins onéreuse qui soit retenue, et que les inconvénients entraînés ne soient pas disproportionnés par rapports aux buts poursuivis.

Afin de satisfaire au test de proportionnalité, l'un des éléments que l'Autorité doit prendre en compte est la charge que la mesure proposée induirait pour les personnes concernées, et si cette charge est la moins onéreuse possible parmi celles qui lui permettraient d'atteindre l'objectif visé.

Or il n'apparaît pas à la lecture du document soumis à consultation publique que l'Autorité ait effectivement procédé à une étude d'impact sérieuse de la mesure envisagée sur les coûts des opérateurs et autres personnes visées.

Il ne semble pas davantage que l'Autorité ait envisagé quelque mesure alternative que ce soit, moins lourde pour ces acteurs.

Il s'agit pourtant là d'une exigence du droit européen (cf. *Commission Européenne, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact, 15 janvier 2009, SEC(2009)92*) et bien que la loi française soit moins contraignante en n'imposant pas expressément la réalisation d'une étude d'impact, la « *théorie du bilan coût/bénéfice* » a bien été consacrée par la jurisprudence administrative

3. Les objectifs poursuivis par l'ARCEP

3.1. L'acquisition d'une meilleure connaissance des marchés de l'internet

Verizon France comprend que l'Autorité puisse souhaiter approfondir sa connaissance des marchés de l'interconnexion et de l'acheminement des données dans le domaine de l'internet.

Mais comme cela a été démontré *supra*, cela ne saurait justifier la mise en place du dispositif de collecte présenté dans le document soumis à consultation publique.

L'Autorité pourrait cependant acquérir les connaissances souhaitées d'une autre manière, par exemple en confiant la réalisation d'une étude *ad hoc* à un prestataire externe, comme elle a l'habitude de le faire dans d'autres domaines.

3.2. La perspective d'une saisine en demande de règlement de différend

Dans le cadre de ses attributions, l'Autorité, comme elle le rappelle dans sa consultation publique, peut désormais être saisie d'une demande de règlement de différend entre un opérateur et un FSCPL.

Cependant, ce n'est qu'après avoir été saisie d'une telle demande, le cas échéant, et non pas avant, que l'Autorité disposera du pouvoir de collecter les informations nécessaires à l'instruction de ce différend dans le respect des textes applicables, ce toutefois de manière ponctuelle et non pas régulière.

La mise en place d'un questionnaire régulier pour les opérateurs, a fortiori sur une base trimestrielle, sur tout le secteur et au niveau mondial, ne saurait trouver sa justification dans la simple éventualité d'une demande de règlement de différend, comme démontré *supra* au §1 du présent document.

Quand au souhait de l'Autorité de « *disposer au préalable d'une connaissance du marché et des pratiques des acteurs* » celui-ci pourrait être satisfait par la réalisation de l'étude suggérée au paragraphe 3.1 précédent.

3.3. La mise en place de mesures prescriptives de régulation

S'agissant de « *mesures prescriptives de régulation* » que « *l'ARCEP pourrait estimer nécessaire de mettre en place* » Verizon France considère qu'elles ne peuvent être envisagées qu'à l'issue d'une analyse de marché, dans le respect des dispositions de l'article L 37-1 du CPCE et du cadre juridique européen, notamment de la Recommandation de la Commission européenne du 17 décembre 2007 (2007/879/CE).

Mais selon Verizon France, une telle analyse de marché n'est pas nécessaire. Les marchés de l'interconnexion internet manipulent des volumes de trafic qui augmentent de manière exponentielle et sont en constante évolution. Le coût de l'interconnexion IP diminue régulièrement. Ces marchés sont hautement concurrentiels. En qualifiant de « *hétérogènes et complexes* » les « *mécanismes actuels d'interconnexion et d'acheminement de données* », l'Autorité reconnaît d'ailleurs implicitement la très vive concurrence qui règne sur ces marchés.

La Commission européenne n'a d'ailleurs pas cru devoir définir de marché pertinent pour une régulation *ex-ante* dans ce domaine. Au surplus, celle-ci, par décision du 5 mars 2010, a ordonné à l'autorité réglementaire polonaise de retirer ses projets de régulation du marché de services d'échange de trafic IP (IP/10/240). La Commission européenne a même souligné le risque de perturbation qu'induirait une régulation de ce marché.

En tout état de cause, « *l'hétérogénéité et la complexité [des] mécanismes actuels d'interconnexion et d'acheminement de données* » ne sauraient être retenues comme base légale pour la mise en place du questionnaire proposé par l'Autorité dans sa consultation publique.

3.4. La reconnaissance des enjeux par le Conseil de l'Union européenne

S'agissant des conclusions du Conseil de l'Union européenne sur l'internet ouvert et la neutralité de l'internet en Europe, adoptées le 13 décembre dernier, elles ne constituent pas davantage en elles-mêmes la base légale qui autoriserait l'Autorité à mettre en place son questionnaire sur les conditions d'interconnexion et d'acheminement de données.

L'alinéa 5g des conclusions souligne « *qu'il importe de s'attaquer aux problèmes de discrimination et de dégradation du service susceptibles de résulter de certaines pratiques de gestion du trafic (notamment le blocage, l'obstruction et les politiques de connexion et d'interconnexion restrictives) notamment en veillant à ce que l'article 22 de la directive 2002/22/CE (directive "service universel")* »

soit dûment mis en œuvre ». L'on comprend bien qu'il s'agit ici de contrer d'éventuelles initiatives de discrimination. Mais cela ne constitue en aucune façon la base légale requise en vue de la mise en œuvre du projet de collecte proposé par l'Autorité.

Il en va de même de l'alinéa 7c, qui « *invite la Commission [...] à continuer à étudier, avec les Etats membres, le partage du trafic et des flux financiers entre les intervenants de la chaîne de valeur internet* ».

4. Conclusion

Par le présent document, Verizon France apporte la démonstration que le projet de collecte trimestrielle d'informations sur les conditions techniques et tarifaires d'interconnexion et d'acheminement de données, tel que soumis à consultation publique par l'Autorité, et dans l'état actuel de la législation et de la réglementation, est dépourvu de toute base légale lui permettant de l'imposer aux opérateurs.

C'est pourquoi Verizon France sollicite de l'Autorité le retrait pur et simple de ce projet.