



Fondation Paris-Dauphine

DAUPHINE
UNIVERSITÉ PARIS

Numérique et facilités essentielles

Synthèse de conférence

Petit-déjeuner de la Chaire Gouvernance et Régulation

Université Paris-Dauphine, 24 mars 2016



Table des matières

Les conditions d'une véritable neutralité du Net.....	3
Le numérique, une transformation des régimes de propriété et d'usage des facilités essentielles	5
Plateformes et facilités essentielles.....	7
Débat	10

Numérique et facilités essentielles

Petit-déjeuner de la Chaire Gouvernance et Régulation,
24 mars 2016

La transformation numérique de l'économie reconfigure le débat sur les facilités essentielles, notion centrale dans le droit de la régulation et de la concurrence. Elle interroge ainsi sur le financement de la ressource essentielle que sont le réseau et la bande passante – et ce faisant sur les conditions de la neutralité du net – mais fait aussi apparaître une nouvelle ressource essentielle, la donnée, dont les conditions de propriété et d'usage imposent d'explorer de nouvelles pistes de régulation.

Les conditions d'une véritable neutralité du Net

Pierre Petillault

Directeur adjoint des affaires publiques, Orange

Si dans le domaine des télécoms, la facilité essentielle qu'est le réseau fait de longue date l'objet d'une régulation concurrentielle, l'émergence d'internet a introduit une question nouvelle : la capacité des utilisateurs à accéder aux contenus et services de leur choix. C'est tout le débat sur la neutralité du net, dont traite le projet de loi « pour une république numérique » transposant un règlement européen de 2015 garantissant un internet « ouvert ».

Pour un écosystème ouvert

Orange ne peut qu'être favorable au principe d'ouverture du Net, qui satisfait ses intérêts propres comme ceux des utilisateurs. Cet argument d'ouverture est en effet déterminant pour conquérir des clients, et permet en retour à l'opérateur de dégager des revenus pour investir dans le réseau.

Toutefois, et comme en témoignent les dispositions législatives en la matière, la neutralité du Net est souvent appréhendée par le prisme restrictif de la neutralité du réseau. C'est omettre qu'internet est un écosystème mobilisant également des terminaux, des systèmes d'exploitation et des plateformes (moteurs de recherche, magasins d'applications...) concourant à enrichir l'expérience des utilisateurs. Il est certes nécessaire que le réseau soit neutre et ouvert, mais le bénéfice en est réduit si entre le réseau et l'internaute interviennent des intermédiaires monopolistiques et non régulés.

Impacts du cadre légal pour les opérateurs

Les dispositions législatives et réglementaires en place ou en projet sont susceptibles d'impacter l'activité de l'opérateur dans trois grands domaines :

1. La gestion technique du réseau

Pour être en mesure d'assurer le bon fonctionnement du réseau, l'opérateur ne doit pas supporter de trop lourdes contraintes dans la gestion technique du trafic. Ceci vaut en particulier pour les réseaux mobiles, dont les capacités sont partagées entre les utilisateurs. Le règlement de 2015 vise à ménager ces marges de manœuvre.

2. L'offre de « services gérés »

Dans une conception rigoriste de la neutralité du Net, l'opérateur ne devrait pas pouvoir proposer de services annexes à l'accès à internet, dits « services gérés » (télévision, voix sur IP...), pour ne pas attenter à la bande passante. Or ce sont précisément ces services qui lui permettent de générer des revenus supplémentaires et d'investir dans le réseau au bénéfice d'un internet ouvert. Ces services concourent de surcroît à optimiser l'utilisation de la bande passante, en proposant par exemple de consulter la télévision sur IP. Ils contribuent donc à l'accès à un internet ouvert pour tous. Dans les faits, le développement de services gérés s'est d'ailleurs accompagné d'une progression de la bande passante disponible.

3. La tarification

En matière de tarification existe la crainte que les opérateurs priorisent le débit des sites prêts à en payer le prix. Ce n'est aucunement l'intention d'Orange – du reste, le règlement européen le proscrit. En revanche, il est important que les opérateurs puissent segmenter leur offre – et par conséquent leur tarification – pour répondre aux besoins différenciés de leurs clients. De même, des solutions telles que le « *sponsored data* » ou le « *zero rating* » consistant à ne pas décompter la consommation de données à l'utilisateur dans le cadre de certains services ou lorsqu'ils sont financés par la publicité, n'attendent pas en tant que telles à la neutralité du Net.

Pour ce qui est des plateformes, l'on peut douter qu'une législation strictement nationale soit efficace. La réflexion engagée au niveau européen doit se poursuivre. En la matière, les outils de régulation ne sont pas nécessairement sectoriels mais peuvent aussi relever du droit de la concurrence. Force est de constater qu'aujourd'hui, les plateformes ne font guère l'objet de dispositions contraignantes, à la différence des opérateurs de réseau.

Traitement des données : la confiance avant tout

Les opérateurs des télécoms respectent le secret des correspondances, par obligation réglementaire autant que par tradition. En revanche, il leur est utile d'analyser la nature de la consommation des utilisateurs pour leur proposer des offres adaptées à leurs besoins. Face au big data et au profiling, Orange se positionne comme un opérateur de confiance : il ne commercialise pas les données de ses clients et, s'il les utilise, le fait en toute transparence, le cas échéant en requérant l'avis de ses abonnés.

Le numérique, une transformation des régimes de propriété et d'usage des facilités essentielles

Pierre Messulam

Directeur général adjoint, Transilien SNCF

En caractérisant un actif de facilité essentielle, son régime de propriété et d'usage est contraint : son utilisation est encadrée, la possibilité de le céder n'est plus ouverte, le tarif auquel il peut – ou doit – être loué n'est pas libre, et le partage de son usage avec des concurrents peut même être imposé.

Dès lors, comment justifier le financement d'une facilité essentielle pour son détenteur ? La question est particulièrement délicate pour la SNCF dont le réseau est par nature un actif qualifié de facilités essentielle et qui est en même temps structurellement déficitaire et dépendant de subventions étatiques. Un acteur supplémentaire, la puissance publique, est ainsi invité dans le dialogue entre le régulateur, l'opérateur et ses concurrents.

Dans un autre registre, si la couverture du réseau ferroviaire en 4G revêt un caractère de facilité essentielle en ce qu'elle est nécessaire à nos services pour nos passagers mais aussi pour des services de concurrents ou d'acteurs économiques hors du transport, comment la financer ? Il va sans dire que les opérateurs de télécoms, s'ils trouvent un intérêt à couvrir des liaisons en zones denses, se montrent plus dubitatifs s'agissant de la ligne Brive-Cahors...

Les effets disruptifs du numérique

Le numérique ébranle les notions de propriété et d'usage des actifs. Il bouleverse l'activité et le modèle économique de la SNCF, tout d'abord en renforçant la compétitivité de ses concurrents naturels : l'automobile avec l'autopartage, ou encore le transport aérien où les compagnies *low cost* appliquent des modèles sophistiqués de *yield*.

Plus profondément encore, le numérique crée un nouveau type de bien : les données relatives à la mobilité. Celles que détient la SNCF proviennent directement de la connaissance qu'elle a de son fonds de commerce. Cette dernière devient-elle une facilité essentielle dès lors que le régulateur considère que les concurrents de la SNCF doivent y accéder pour jouer à armes égales avec le monopole historique ? Si tel est le cas, qui est propriétaire de ce bien et quelle en est la valeur ? Pour celles produites dans le cadre d'une délégation de service public comme c'est le cas pour Transilien, ces données doivent-elles être considérées comme publiques et gratuites ? Qu'en est-il du partage de la valeur latente qu'elles sont susceptibles de constituer ? A titre d'exemple, la connaissance détaillée des flux au sein d'une gare permet d'optimiser la position des commerces, et donc d'accroître la marge qu'ils dégagent. Une partie de celle-ci doit-elle être captée pour contribuer à financer le système de transport public ? Et pour les activités dans le champ concurrentiel comme le fret ferroviaire ou TGV où est la limite entre le partage de données caractérisant le marché et le secret commercial ? A ces questions, toutes les réponses sont envisageables. Le choix est de nature politique.

Par ailleurs, le numérique transforme profondément les modalités d'usage des actifs en facilitant le partage de leur utilisation durant les heures creuses, périodes de surcapacité des réseaux. Des opérateurs pourraient-ils acheter en gros des capacités dans certains TGV pour les revendre au détail en pratiquant du *yield*, en concurrence avec la SNCF ? A cette question qui s'est posée il y a quelques années, la réponse a été négative : cela aurait mis à bas le modèle économique de la SNCF. La difficulté est qu'aucun des opérateurs présents sur le marché n'a d'idée claire sur le cadre juridique de propriété des données sur lequel il est possible de fonder de nouvelles façons d'opérer. Pour la puissance publique, la codification de ces questions est d'ailleurs d'une redoutable complexité.

Une autre transformation extrêmement sensible induite par le numérique réside dans l'aspect viral de la circulation de l'information sur les réseaux sociaux. Une rumeur erronée selon laquelle une ligne de train est coupée peut par exemple déclencher des mouvements de foule. Le numérique entraîne aussi une volatilité d'usage, dès lors que les voyageurs peuvent modifier leurs itinéraires en temps réel au vu d'informations reçues sur leurs smartphones. La gestion du trafic s'en trouve rendue moins prévisible.

De même la traditionnelle asymétrie d'information, base du marché, est ainsi battue en brèche. Le rapport contractuel entre le fournisseur et le client s'en trouve même modifié, puisque ce dernier peut accéder à des informations, par des canaux plus ou moins contrôlés, au nom desquelles il estime que le contrat n'est pas respecté.

L'asymétrie d'information qui prévaut habituellement entre l'autorité organisatrice (la puissance publique concédante) et les soumissionnaires aux appels d'offres se trouve également ébranlée. Si la SNCF devait fournir l'ensemble des données relatives au trafic à l'autorité organisatrice, celle-ci en saurait davantage que la plupart des soumissionnaires et même que le titulaire de contrat, puisqu'elle pourrait croiser ces informations avec des éléments auxquels ce dernier n'a pas accès. La construction de l'appel d'offres et de la négociation repose alors sur des bases nouvelles, qui doivent être encadrées. La rapidité d'acquisition des informations et le degré de finesse de celles-ci entraînent de surcroît des possibilités de manipulation, lorsqu'un soumissionnaire les utilise de façon biaisée pour dénigrer un compétiteur dans un appel d'offres. L'autorité organisatrice a-t-elle les moyens de vérifier la véracité de ces allégations, et si oui, jusqu'à quel point le compétiteur peut-il considérer la démarche légitime ?

Les limites de la privacy policy

Les trajets de tout détenteur du Pass Navigo peuvent être tracés très précisément. Certes, ces données sont anonymes, et la SNCF se veut à cet égard un opérateur de confiance. Toutefois, si l'on considérait que ces informations sont publiques, les croisements rendus possibles par l'open data et le big data pourraient aboutir à des ciblage assez précis des individus – et ce, même si chacun des détenteurs des données initiales appliquait une *privacy policy* irréprochable. Comment la puissance publique peut-elle encadrer ces consolidations de données publiques – dont Google, parmi d'autres, est devenu maître – sachant que sa souveraineté est bornée par des frontières dont internet fait fi ?

Plateformes et facilités essentielles

Godefroy Beauvallet

Directeur de l'Offre Produits & Ecosystème, AXA Global P&C

Vice-Président, Conseil national du numérique

Traditionnellement, la notion de facilité essentielle est fortement liée aux infrastructures physiques. Comment l'appliquer aux plateformes virtuelles dont l'assise matérielle est secondaire ? Il manque deux éléments aux moteurs de recherche, par exemple, pour que la théorie des facilités essentielles leur soit directement applicable. D'une part, il est difficile de définir leur caractère essentiel, c'est-à-dire l'absence d'interchangeabilité d'une facilité pour une autre : d'autres algorithmes de recherche que celui de Google sont disponibles. D'autre part, la valeur des plateformes est en grande partie créée par les utilisateurs, et les rendements croissent à mesure sur les usagers se multiplient. Ce cœur de l'avantage concurrentiel n'est pas aisé à appréhender sous l'angle des facilités essentielles, qui reposent plutôt sur une caractéristique intrinsèque de l'infrastructure considérée (caractère fini, externalité négative à l'accès...)

Des facilités momentanément incontournables

Si définir le caractère « essentiel » des plateformes est donc délicat, nous pouvons en revanche constater qu'il existe des acteurs et des plateformes incontournables, au moins momentanément. Il est par exemple clairement dommageable pour un développeur d'applications mobiles de ne pas figurer sur l'App Store, ou pour un média de ne pas être référencé sur Google. Cette notion « d'incontournabilité » permet d'élargir la notion de facilité essentielle.

Aujourd'hui, une poignée d'acteurs incontournables détiennent un pouvoir considérable. Booking représente ainsi 30 % des parts de marché de la réservation hôtelière en France. Surtout, 75 % des chambres d'hôtel y sont adressables. Il serait donc périlleux pour un hôtelier de s'en passer, même si le site lui impose des rigidités opérationnelles. Ce phénomène doit d'abord être considéré comme positif, dans la mesure où il crée de la transparence dans les marchés et libère des valeurs latentes.

Cependant, on doit rendre compte de la tendance au « *lock-in* » des plateformes, qui deviennent alors les concurrentes de leurs propres utilisateurs. C'est ainsi qu'après avoir adopté un modèle ouvert, Twitter a progressivement fermé ses API. La dynamique même du financement des plateformes comporte une incitation au *lock-in* : les actionnaires et investisseurs invitent à un enfermement progressif des usagers, y compris dans les entreprises nées en réaction à de telles logiques. Cette dynamique sous-jacente induit des blocages en matière d'usage, de concurrence et d'innovation. Le droit de la concurrence, susceptible de les lever, présente l'inconvénient de sa lenteur procédurale. En outre, la focalisation sur le critère des parts de marché dans le contrôle des concentrations n'est pas toujours pertinente : une plateforme peut détenir un pouvoir sur un marché qui n'est pas le sien, ou pas à titre principal. A titre d'illustration, LinkedIn est devenu incontournable pour les acteurs du recrutement, bien qu'il n'opère pas directement dans ce secteur d'activité.

Quelles pistes de régulation des plateformes ?

Dans ce nouveau paysage, comment compléter les outils des droits de la concurrence, de la protection des consommateurs et de la protection des données personnelles ? Citons quelques réflexions académiques en la matière. Pour le professeur Peggy Valcke de l'Université catholique de Louvain, les données personnelles pourraient être considérées comme une facilité essentielle et faire à ce titre l'objet d'une régulation. Les professeurs Cédric Argenton et Jens Prüfer, de la Tilburg University's School of Economics and Management, ont quant à eux développé un modèle dans lequel le cœur de l'avantage concurrentiel de Google réside dans les journaux de recherche (ou *search logs*), dont ils proposent de faire un bien commun.

Une autre difficulté pour le droit de la concurrence réside dans la séquence de monopoles non durables qui s'avère propre à ce marché : ainsi se sont succédés, historiquement, IBM, Microsoft, Apple et Google – quatre entreprises dont les valorisations boursières extravagantes semblent témoigner d'un *lock-in* au moins temporaire de leurs utilisateurs. L'antitrust a permis de contrôler et finalement de détrôner les deux premiers de ces mastodontes ; mais il faut bien constater que chacun d'entre eux a été remplacé par un nouvel acteur puissant – ce qui, sur des secteurs où coûts fixes et externalités de réseau abondent, n'est pas une simple coïncidence. Si l'on cherche à supprimer les possibles rentes de monopole, l'alternance de son affectation à une entreprise ou à une autre ne saurait suffire. En ce sens, une régulation *ex ante* peut être avancée comme une solution.

Le Conseil national du numérique explore trois pistes de régulation *ex ante* des plateformes :

1. La régulation par la donnée avec la portabilité

Dans une logique de facilité essentielle, pour offrir une chance aux nouveaux entrants, il convient de mettre à mal les stratégies de *lock-in* les plus évidentes et d'ouvrir l'accès à un certain nombre de données. Or ces vingt dernières années, nous sommes passés d'une logique de duplication des données (dont l'exemple paradigmatique était le téléchargement en *peer-to-peer*) à une logique d'accès et de portabilité de celles-ci (*streaming*), et cela même quand ce n'est pas optimal du point de vue de la gestion la bande passante, par exemple. On peut considérer que l'évolution technologique de l'internet ces vingt dernières années témoigne d'une préférence pour l'accès sur la duplication, qui peut certes s'expliquer en termes d'efficacité quand il s'agit de données « chaudes » mises à jour fréquemment, mais qui procède souvent bien plus d'un objectif de préservation de la propriété intellectuelle que d'optimum technologique.

La portabilité des données, le droit à l'autodétermination informationnelle et la capacité de transposer des données entre plateformes constituent donc une première piste de remédiation. Notons que cette portabilité pourrait certes porter sur les données personnelles, mais aussi sur les données dérivées : un utilisateur peut-il légitimement « emporter » ses *playlists* Spotify s'il quitte la plateforme sous une forme facilement réutilisable sur Deezer, par exemple, ou font-elles partie intégrante du service et doit-il renoncer à des années d'organisation de sa bibliothèque musicale s'il le quitte ?

2. La régulation par la technique avec la stabilisation des API

Il peut exister un enjeu de puissance publique à réguler les API des plateformes devenues incontournables, dans le but de les stabiliser. La modification de l'API de Google Maps par exemple, sur laquelle repose à ce stade un nombre considérable de services, y compris publics, peut avoir des conséquences négatives majeures.

Dans le cas des plateformes publiques, comme celle que peuvent constituer des opérateurs comme la SNCF ou la RATP avec les données d'horaire et de trafic permettant de constituer des plateformes d'intermodalité, il est nécessaire de revenir sur le principe de spécialité. En effet, la puissance publique – et je parle ici moins des opérateurs eux-mêmes que de leurs tutelles – peut être tentée d'exploiter une logique de *lock-in* ou du moins de rétention des données avec l'objectif de faire contribuer des services complémentaires au financement d'une infrastructure. Ainsi, une interprétation large du principe de spécialité de la SNCF pourrait la conduire à proposer de l'autopartage pour subventionner le réseau ferré. On sait aujourd'hui que cette stratégie n'est pas économiquement viable, et qu'une vision malthusienne du *lock-in* n'est pas pertinente : il convient sans doute d'y substituer une interprétation moins large du principe de spécialité, assortie des budgets publics pertinents. Sur tous ces sujets, le numérique oblige à en revenir aux objectifs que vise la puissance publique par la régulation. Sait-on encore pourquoi, aujourd'hui, l'on régule les taxis ?

3. La régulation par la réputation avec des agences de notation des plateformes

Le pouvoir des plateformes tient largement à la recommandation, et elles se montrent très sensibles aux condamnations pour manque de loyauté – et au risque de réputation qu'elles leur font courir. Le Conseil national du numérique propose d'explorer la voie de la constitution d'agences de notation – qui n'auraient pas nécessairement vocation à être publiques – capables d'agréger des informations sur les pratiques des plateformes et d'examiner leur loyauté. Elles publieraient des indicateurs, des signalements et des avis. Il s'agirait donc d'employer l'arme réputationnelle pour réguler les plateformes.

Débat

Le droit de la concurrence ne mériterait-il pas d'être davantage mobilisé pour traiter ces sujets, même si ses procédures présentent une certaine lenteur face à un environnement numérique qui évolue à grande vitesse ?

Pierre Petillault

Il est vrai que les positions dominantes se construisent aujourd'hui très rapidement. Pour autant, l'autorité de la concurrence française s'avère performante aussi bien en termes de rapidité des procédures que de maîtrise de sujets techniques.

Pierre Messulam

La révolution numérique brouille les frontières des marchés et transforme les modalités de partage de la valeur ajoutée. Dans l'hôtellerie par exemple, Accor a désormais pour concurrents Booking et Airbnb. Ce dernier jouit même d'une valorisation financière supérieure à celle du groupe historique. Le partage de la valeur ajoutée de la nuit d'hôtellerie s'effectue donc au bénéfice des agrégateurs d'informations et au détriment du gestionnaire d'actifs. La difficulté pour les autorités de la concurrence est de comprendre cette fragmentation nouvelle de la valeur et de saisir la vitesse à laquelle les frontières se transforment.

Godefroy Beauvallet

L'un des grands enjeux réside dans la définition des marchés pertinents – et ce, d'autant que des données sont fréquemment troquées contre des services. Comment valoriser ces trocs ? La réponse demande des éclairages académiques.

L'ouverture et le partage d'informations ne sont pas nécessairement déstabilisants pour un acteur en situation dominante. Comment la SNCF appréhende-t-elle ces sujets ?

Pierre Messulam

La SNCF a été confrontée aux velléités d'un concurrent d'accéder à ses données commerciales pour vendre des billets certes, mais aussi pour développer un comparateur. Nous aurions pu accepter de communiquer nos tarifs, mais pas de donner libre accès à notre base de *yield management*, car cela aurait permis à ce concurrent de peser sur notre stratégie de tarification. Pour le reste, dans le cadre des délégations de service public, nous adoptons une stratégie d'ouverture des données. Nous avons tout à gagner à ce que l'écosystème s'empare de ces informations pour élaborer des applications et faciliter la vie des usagers. Il en résulte de la valeur pour tous. La SNCF n'aurait d'intérêt ni économique ni politique à la conserver pour elle. Au contraire, cette mise à disposition de l'information participe de l'attractivité du

système et peut avoir un effet bénéfique sur les recettes.

Les outils de régulation du numérique ne doivent-ils pas être développés a minima à l'échelle européenne ?

Godefroy Beauvallet

Le débat mérite certes d'être porté au niveau européen, mais ceci n'exonère pas les Etats d'avancer de façon volontariste. C'est la voie qu'a choisie la France, et peut-être plus encore la Grande-Bretagne, premier Etat-membre à conclure un redressement fiscal (négocié) de Google. Dans l'économie politique de la négociation européenne, il est important que des pays devancent l'appel de la commission. Proposer une législation nationale est aussi une façon de prendre date dans cette négociation du cadre européen.

Pierre Petillault

L'échelle européenne est pertinente s'agissant de la régulation d'internet et des réseaux. Pour autant, les Etats doivent faire entendre des postures fortes dans le débat européen. Il me semble que la France dispose d'une opportunité de ce point de vue avec le Digital Single Market, qui est l'un des axes forts de la mandature européenne actuelle.



Fondation Paris-Dauphine

Chaire Gouvernance et Régulation
Fondation Paris-Dauphine
Place du Maréchal de Lattre de Tassigny - 75116 Paris (France)
<http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr>