

Étude sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Étude réalisée par les cabinets Hogan Lovells et
Analysys Mason pour le compte de l'ARCEP

AVERTISSEMENT

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes (ARCEP) a confié au cabinet Hogan Lovells, associé au cabinet Analysys Mason, une étude sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques en février 2011.

Dans un souci de transparence et d'information, elle a décidé de rendre publique cette étude, qui est sa propriété.

La méthodologie utilisée et les résultats obtenus sont de la seule responsabilité des cabinets Hogan Lovells et Analysys Mason et n'engagent pas l'Autorité.

Si toutefois les parties intéressées ont des observations à formuler, elles sont invitées à faire part de leurs commentaires à l'ARCEP.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

SOMMAIRE

RÉSUMÉ	1
PARTIE 1 - LE PÉRIMÈTRE DE LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES	6
1. INTRODUCTION	6
1.1 Le contexte de cette étude	6
1.2 A la recherche du périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques	7
1.3 Emergence de critères clés	13
2. ÉLÉMENTS DE CONTEXTE COMMUNAUTAIRE ENTOURANT LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES	14
2.1 Marge de manœuvre des autorités réglementaires nationales et enjeu de la définition des services de communications électroniques	14
2.2 Quelle méthode utiliser lorsqu'une autorité réglementaire nationale recherche le sens des termes utilisés dans les directives communautaires?	16
2.3 Contexte historique des définitions	17
2.4 Les objectifs poursuivis par le législateur communautaire	29
2.5 L'approche communautaire en matière de voix sur IP	31
2.6 Synthèse des éléments de contexte communautaire	33
3. LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES EN DROIT FRANÇAIS	34
3.1 La définition d'opérateur au sens du Code des postes et des communications électroniques	34
3.2 La notion de 'réseau de communications électroniques ouvert au public'	35
3.3 La notion de 'services de communications électroniques'	41
3.4 La situation des prestataires de la société de l'information	49
3.5 Conclusions concernant la notion d'opérateur de communications électroniques	51
4. BENCHMARKS EUROPÉENS	53
4.1 Royaume-Uni	53
4.2 Allemagne	54
4.3 Italie	55
4.4 Suède	56
4.5 Pays-Bas	57
5. LA PRATIQUE DE L'ARCEP	58
6. CRITÈRES CLÉS ET PROPOSITION DE MÉTHODOLOGIE	60

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

6.1	L'identification d'un service de communications électroniques fourni au public	60
6.2	La qualification d'opérateur exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public	63
7.	DESCRIPTION DES ACTEURS ET SERVICES	64
7.1	Services étudiés et approche	64
7.2	Service de 'cloud computing'	68
7.3	Service de CDN	70
7.4	Service d'appel téléphonique d'un service de voix sur internet	73
7.5	Service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit	78
7.6	Service de fourniture de contenus du site d'informations d'un quotidien économique de la presse écrite	81
7.7	Service de validation de titre de transport via un passe communicant	83
7.8	Service de fourniture de contenus de type livres électroniques sur tablette	85
7.9	La collectivité et son partenaire privé dans le cadre d'un contrat de partenariat de construction et d'exploitation d'un réseau haut débit	87
8.	CONCLUSION	91
	PARTIE 2 - LA PROCEDURE DE DECLARATION D'OPÉRATEUR	94
1.	INTRODUCTION	94
2.	LE CADRE RÉGLEMENTAIRE COMMUNAUTAIRE ET FRANÇAIS	94
2.1	Rappel des sources et des objectifs de la procédure d'autorisation générale poursuivis au niveau communautaire	94
2.2	Le cadre réglementaire français relatif à la procédure de déclaration d'opérateur	98
3.	LA PRATIQUE DE L'ARCEP	98
3.1	Le suivi réglementaire et statistique du marché	98
3.2	La reconnaissance des droits et obligations attachés à la qualité d'opérateur	99
4.	BENCHMARKS EUROPÉENS	101
4.1	Royaume-Uni	101
4.2	Allemagne	102
4.3	Italie	103
4.4	Suède	104
4.5	Pays-Bas	105
5.	LA PROCEDURE DE DECLARATION VUE PAR LES OPERATEURS	106
5.1	Remarques générales	106

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

5.2	Le point de vue d'AT&T	106
5.3	Le point de vue de Verizon	107
5.4	Le point de vue de Colt	108
6.	CONCLUSION ET PROPOSITIONS ÉVENTUELLES	108
	ANNEXES	110
	ANNEXE 1 - RESUME DES DEFINITIONS COMMUNAUTAIRES ET FRANCAISES	111
	ANNEXE 2 - DOCTRINE ET JURISPRUDENCE CONCERNANT LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES EN FRANCE	116
	ANNEXE 3 - POSITION DE L'OFCOM SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES	123
	ANNEXE 4 - POSITION DE LA BNETZA SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET LA PROCEDURE DE DECLARATION	131
	ANNEXE 5 - POSITIONS DE L'AGCOM ET DU MINCOM SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET LA PROCEDURE DE DECLARATION	132
	ANNEXE 6 - POSITION DE PTS SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET LA PROCEDURE DE DECLARATION	135
	ANNEXE 7 - POSITION DE L'OPTA SUR LA NOTION D'OPERATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET LA PROCEDURE DE DECLARATION	147
	ANNEXE 8 - TEST COMMUNAUTAIRE DE L'ARTICLE 8 DE LA DIRECTIVE 'CADRE' APPLICABLE AUX NOUVEAUX SERVICES	149
	ANNEXE 9 - BIBLIOGRAPHIE	153
	ANNEXE 10 - CONTACTS AU SEIN DES ARNs INTERROGÉS DANS LE CADRE DE CETTE ÉTUDE	161
	TABLE DES MATIÈRES	163

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

RÉSUMÉ

Ce rapport porte sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques tel que défini dans le Code des postes et des communications électroniques (Partie 1) et sur la procédure de déclaration d'opérateur (Partie 2).

L'opportunité de mener cette réflexion se justifie au regard des récentes évolutions technologiques qui ont conduit, dans un contexte de convergence, tant à l'émergence de nouveaux acteurs (opérateurs MVNO, fournisseurs de services de *cloud computing*, de services de voix sur Internet, etc.) que de services de communication de plus en plus riches *via* l'internet et l'utilisation des réseaux IP. C'est également dans un contexte de réflexion sur l'étendue de la mission de régulation de l'ARCEP que s'inscrit ce rapport.

PARTIE 1 - LE PÉRIMÈTRE DE LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Un opérateur de communications électroniques est défini dans le Code des postes et des communications électroniques (CPCE) comme *"toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques"*¹.

Cette définition met en lumière les deux types d'activité que peut exercer un opérateur de communications électroniques : l'exploitation d'un réseau de communications électroniques ouvert au public d'une part, la fourniture au public d'un service de communications électroniques d'autre part.

Qu'il s'agisse de définir un exploitant de réseau ou un fournisseur de services de communications électroniques, la question revient en premier lieu à cerner la notion de *"service de communications électroniques"*. La définition est en apparence simple : il s'agit d'un service consistant *"entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques"*². Cette simplicité n'est cependant qu'apparente car les termes *"transmission de signaux"* sont, entre autres, riches d'ambiguïtés. Des différences dans les termes utilisés par les définitions réglementaires françaises et communautaires sont également sources d'interrogations.

Dans le cadre de sa pratique de régulateur, l'ARC EP a tenté de clarifier les contours de la notion de service de communications électroniques que ce soit à l'occasion de la publication des lignes directrices relatives à la commercialisation indirecte des prestations téléphoniques, de sa décision sur le concept de "groupe fermé d'utilisateur" ou encore dans son guide juridique pour les opérateurs locaux et les collectivités. L'ARCEP a enfin utilisé sa compétence en matière de règlement de différends pour tenter de clarifier la notion de "services autres que téléphoniques" et préciser le périmètre de la notion d'opérateur de façon générale. Il ressort de la jurisprudence de l'Autorité une conception large du statut d'opérateur, l'Autorité ayant notamment accordé le statut d'opérateur à un opérateur de renseignements téléphoniques dans l'affaire *Le Numéro*³, à un fournisseur d'offres SMS dans l'affaire *Intercom Caraïbes*⁴ ou encore à un MVNO dans l'affaire *Afone*⁵. Il ressort également de la jurisprudence de l'Autorité la

¹ CPCE, article L. 32, 15°

² Directive "cadre", article 2 c)

³ ARCEP, Décision n°06-1015 en date du 10 octobre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange France

⁴ ARCEP, Décision n°04-965 en date du 18 novembre 2004 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Intercom Caraïbes dans le cadre du différend l'opposant à Orange Caraïbes

⁵ ARCEP, Décision n°06-0406 en date du 4 avril 2006 se prononçant sur un différend opposant la société Afone et la Société Française du Radiotéléphone (SFR)

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

possibilité pour un opérateur d'être à "casquettes multiples" en fonction du prisme de l'activité par lequel cet acteur est envisagé.

L'analyse juridique de ces définitions au regard du contexte réglementaire communautaire et des textes français, ainsi que les conclusions obtenues dans le cadre des benchmarks européens, ont conduit à dégager les critères clés permettant d'identifier un service de communications électroniques et, dans l'hypothèse de la présence d'un tel service, d'apprécier l'éventuelle qualification du fournisseur de service en tant qu'exploitant de réseau de communications électroniques ouvert au public.

Les entretiens et recherches conduits dans le cadre des benchmarks auprès de cinq autorités réglementaires nationales européennes (Ofcom, BNetzA, AGCOM, PTS et OPTA) nous ont montré qu'aucun pays, à l'exception de la Suède, ne s'est jusqu'à présent engagée dans la réalisation d'une étude similaire à celle-ci. De la même manière, aucun pays à l'exception de la Suède n'a à ce jour établi de méthodologie ou modèle lui permettant d'identifier un réseau ou un service de communications électroniques. Dans ces pays, la qualification d'opérateur de communications électroniques est effectuée au cas par cas, sans avoir recours à une méthodologie générale.

1.1 Critères clés et méthodologie

La méthodologie élaborée dans le cadre de cette étude se présente sous la forme de deux tests reposant sur des critères clés et constitués chacun de quatre étapes. Le premier test vise à identifier une personne qui fournit au public un service de communications électroniques. Le second test vise à identifier une personne qui exploite un réseau de communications électroniques ouvert au public.

(a) Test relatif à l'identification d'un service de communications électroniques fourni au public

On est en présence d'un service de communications électroniques fourni au public si la réponse aux quatre questions ci-dessous est positive :

(i)	Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux?
(ii)	Le fournisseur est-il responsable pour la transmission?
(iii)	Le service est-il fourni au public?
(iv)	Le service est-il normalement fourni contre rémunération?

Les questions (i) et (ii) sont particulièrement importantes et permettent d'examiner des prestations complexes où interviennent simultanément plusieurs services et plusieurs prestataires.

Il ressort des benchmarks européens que, dans le cadre de la qualification d'un service de communications électroniques, tous les pays sont d'accord pour estimer que la notion de contrôle sur l'acheminement des signaux constitue un critère clef afin de déterminer si le fournisseur est responsable pour la transmission (ii). L'Autorité réglementaire suédoise PTS a d'ailleurs fait de cette notion de "contrôle sur l'acheminement des signaux" l'un des quatre critères clefs de son modèle de détermination d'un service de communications électroniques.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

(b) Test relatif à la qualification d'opérateur exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public

On est en présence d'une personne qui exploite un réseau de communications électroniques ouvert au public si la réponse aux quatre questions ci-dessous est positive :

(i)	Le service fourni est-il un service de communications électroniques fourni au public (ce qui renvoie au premier test de quatre étapes)?
(ii)	Le prestataire en cause utilise-t-il ou met-il à disposition des installations de transmission, de commutation ou de routage pour ce service?
(iii)	Les installations sont-elles utilisées principalement pour la fourniture de services de communications électroniques au public?
(iv)	Les installations sont-elles situées en France?

(c) Test complémentaire : le test de proportionnalité

Dans le cas où l'utilisation d'un des deux tests précédents conduirait à qualifier d'opérateur une entité auparavant non considérée comme tel, l'ARCEP appréciera l'opportunité de cette nouvelle qualification en appliquant un test dit "de proportionnalité". Ce test consiste notamment à vérifier si cette qualification permettrait d'atteindre les objectifs de régulation de l'article 8 de la directive "cadre" et de l'article L. 32-1 II du CPCE, si d'autres moyens moins contraignants tels que l'application du droit de la concurrence permettraient d'atteindre ces mêmes objectifs et si la régulation de cette entité serait efficace et cohérente avec les politiques suivies par les autres Etats membres de l'Union européenne. L'ARCEP est habituée à appliquer un tel test dans le cadre de l'adoption de l'ensemble de ses décisions de régulation.

1.2 Analyse de cas

Notre étude de cas menée pour des couples service/acteur a conduit aux conclusions suivantes :

Type de service/acteur	Est-on en présence d'un service de communications électroniques fourni au public?	Le prestataire en cause est-il un exploitant d'un réseau de communications électroniques ouvert au public?
Service de stockage/calcul à distance ("<i>cloud computing</i>")	NON (La prestation ne correspond pas à de la transmission de signaux)	NON
Service de réseau de distribution de contenus ("<i>content delivery network</i>")	OUI (La prestation fournie par le	OUI

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- CDN)	CDN aux fournisseurs de contenus inclut un service de transmission de signaux)	
Service de téléphonie sur internet "logiciel à logiciel"	NON	NON
Service de téléphonie sur internet "logiciel à RTP" ou "RTP à logiciel"	OUI	OUI (sous réserve d'une analyse factuelle et de l'application du test de proportionnalité)
Service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit	NON	NON (Le service fourni <i>via</i> le réseau n'est pas un service de communications électroniques accessible au public)
Fourniture de contenus du site d'informations d'un quotidien économique de la presse écrite	NON (La prestation n'inclut pas un service de transmission de signaux)	NON (Le service fourni <i>via</i> les installations de l'éditeur n'est pas un service de communications électroniques accessible au public)
Service de validation de titre de transport <i>via</i> un passe communicant	NON (La prestation n'inclut pas un service de transmission de signaux)	NON (Le réseau du fournisseur n'est pas utilisé pour la fourniture au public d'un service de communications électroniques)
Service de fourniture de contenus de type livre électroniques sur tablette	NON (Le service en question ne comprend pas la transmission de signaux)	NON (Le service ne correspond pas à un service de communications électroniques)
Contrat de partenariat	OUI (Dans le schéma du contrat de partenariat, la collectivité	OUI (Le titulaire du contrat de partenariat est

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

	doit se déclarer opérateur car elle fournit des services de communications électroniques aux autres opérateurs, voire aux utilisateurs finals)	également opérateur puisqu'il assure l'exploitation technique du réseau de communications électroniques.)
--	--	---

La plupart des services fournis *via* l'internet implique deux fournisseurs et deux relations contractuelles avec l'utilisateur final : la relation contractuelle entre l'utilisateur et son fournisseur d'accès à l'internet (FAI) et la relation contractuelle entre l'utilisateur et le prestataire de la société de l'information (PSI). Dans notre approche méthodologique, nous cherchons à analyser chacune des relations contractuelles afin d'isoler celle ou celles qui incluent une responsabilité pour la transmission de signaux.

PARTIE 2 - LA PROCEDURE DE DECLARATION D'OPÉRATEUR

Sur la base de nos discussions avec les opérateurs et autorités réglementaires étrangères interrogés dans le cadre de cette étude, la procédure de déclaration d'opérateur de l'article L33-1 du CPCE ne semble pas nécessiter de réforme en profondeur.

Les opérateurs interrogés la considèrent comme globalement satisfaisante et simple à appliquer. Par ailleurs, il résulte d'une analyse comparative des procédures en place dans les autres Etats européens que la procédure de déclaration française est relativement peu contraignante. Plusieurs pays sont pointés du doigt, notamment la Grèce en raison de ses exigences formelles (l'apposition de sceaux sur les documents), l'Italie en raison de ses règles sur la durée de validité d'une notification, et le Portugal, en raison du niveau de détail exigé sur l'actionnariat de l'opérateur, sur l'architecture du réseau et sur la technologie utilisée.

Certains opérateurs recommandent une simplification et une harmonisation au niveau européen des différentes catégories de services figurant dans le formulaire de déclaration. Par ailleurs, la mise en place d'une procédure de déclaration en ligne permettrait de faciliter pour les opérateurs la mise à jour de leurs informations et par conséquent de rendre possible un meilleur suivi réglementaire et statistique par l'ARCEP des opérateurs déclarés.

Par ailleurs, concernant la question de savoir si les droits et obligations sont rattachés à la déclaration effectuée par l'opérateur ou découlent de la qualité même d'opérateur et cela même sans s'être déclaré, nous considérons que la nécessité pratique d'avoir effectué une déclaration pour exercer certains droits, et notamment pour acquérir des ressources en fréquences ou numérotation ou négocier des accords d'interconnexion, ne signifie pas que la déclaration est créatrice de droits et obligations. En théorie, le statut d'opérateur de communications électroniques et les droits et obligations attachés existent, indépendamment de toute déclaration, de par l'activité même de l'entité en question. Le fait pour un opérateur de ne pas avoir déclaré son activité auprès de l'ARCEP ne l'exonère donc pas de l'accomplissement de ses autres obligations. Le BNetzA et l'OPTA partagent cette analyse.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

PARTIE 1 - LE PÉRIMÈTRE DE LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

1. INTRODUCTION

1.1 Le contexte de cette étude

Cette étude s'inscrit dans un triple contexte: de convergence, de multiplication des acteurs techniques et d'évolution de la mission de régulation de l'ARCEP.

La convergence désigne le vaste mouvement de rapprochement des secteurs de l'informatique, des communications électroniques, de l'audiovisuel et de l'électronique grand public, à l'œuvre depuis le début des années deux mille. Ce phénomène est la conséquence de multiples évolutions, essentiellement d'ordre technologique, et notamment :

- La diffusion massive des technologies numériques et en conséquence l'utilisation de technologies similaires dans les différents secteurs de l'informatique, des communications électroniques, de l'audiovisuel et de l'électronique grand public.
- La promotion d'offres comparables consommées sur des terminaux multi-usages concernant les mêmes marchés. A cet égard, la Commission européenne, dans son Livre Vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation définissait la convergence comme la "*capacité de différentes plates-formes à transporter des services essentiellement similaires*"⁶. Grâce à la numérisation, des contenus (tels que des films, images, musique, voix, textes), dont la diffusion et la production nécessitaient autrefois des appareils et des réseaux séparés, circulent aujourd'hui sur les mêmes réseaux et sont stockés, lus, vus et écoutés avec les mêmes appareils.
- L'alignement des pratiques professionnelles opérées dans ces différents secteurs.

Ce phénomène de convergence est porteur de nombreuses conséquences en pratique, en particulier en termes d'offres proposées au consommateur. Il est également associé à un enjeu réglementaire majeur, à savoir celui de la capacité des cadres juridiques existants à s'adapter à l'apparition et au développement de nouveaux produits et services.

En particulier, une partie croissante des services de communications électroniques est aujourd'hui fournie non plus seulement par des opérateurs de communications électroniques au sens traditionnel du terme, mais également par des prestataires de la société de l'information (PSI). Si le périmètre de l'action de l'ARCEP restait cantonné aux opérateurs de communications électroniques tels que définis traditionnellement, il pourrait s'avérer difficile pour l'ARCEP d'atteindre l'ensemble des objectifs qui lui sont confiés par le législateur national et communautaire.

La multiplication des acteurs techniques rend la tâche de régulation particulièrement ardue dans un contexte de convergence. Ces nouveaux acteurs sont par exemple :

⁶ Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information*, 3 décembre 1997, p.1

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- Les fournisseurs de services et d'applications sur l'internet, dont certains (voix sur internet, messagerie instantanée) ressemblent fort à des services de communications électroniques classiques
- Les fournisseurs de *cloud computing*
- Les opérateurs MVNO
- Les fournisseurs de terminaux qui proposent une offre composite incluant des prestations de communications

Outre la convergence et la multiplication des acteurs, la mission de régulation de l'ARCEP évolue. Définie de manière très large dès l'origine, l'Autorité a aujourd'hui à traiter de problématiques nouvelles, telles que la neutralité de l'internet, la sécurité des données sur les réseaux ou encore la protection du consommateur.

Les modifications apportées aux directives communautaires en novembre 2009 ont rajouté au titre des "objectifs généraux" que les autorités réglementaires nationales, et donc l'ARCEP, doivent promouvoir la capacité pour les utilisateurs finals d'"accéder à l'information et à en diffuser ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix"⁷.

Le nouveau cadre permettra à l'ARCEP de régler des différends entre des opérateurs et des entités qui ne sont pas forcément opérateurs mais qui bénéficient des prestations d'interconnexion.

C'est donc tant dans un contexte d'évolutions technologiques que de réflexion sur l'étendue de la mission de régulation de l'ARCEP que s'inscrit cette étude sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques.

1.2 A la recherche du périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

L'examen du périmètre de la notion d'opérateur doit être envisagé à l'épreuve de l'internet et en prenant en compte les objectifs et conséquences liées à la reconnaissance d'un tel statut. Par ailleurs, cette étude nous amènera à examiner plus en profondeur les problématiques liées à deux concepts clés de la réflexion, à savoir le concept de "réseau" et celui de "transmission de signaux".

(a) La notion d'opérateur de communications électroniques à l'épreuve de l'internet

Le débat sur la neutralité de l'internet a mis en exergue la nécessité pour les autorités réglementaires nationales compétentes en matière de communications électroniques de mieux comprendre les relations entre les différents acteurs qui interviennent dans la communication des contenus *via* l'internet. Or, si l'acheminement des signaux à travers les différents réseaux qui constituent l'internet est bien une prestation de communications électroniques, une grande partie des prestations sur internet est peu visible pour les autorités de régulation. De plus, certains acteurs de l'internet ne sont pas des opérateurs au sens traditionnel et se trouvent ainsi en dehors du champ visuel des autorités de régulation des communications électroniques.

⁷ Directive "cadre", article 8(4)(g)

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Les modifications apportées au cadre réglementaire communautaire en 2009 permettent de remédier en partie à cet état de fait. Les autorités de régulation deviennent dorénavant compétentes pour régler des litiges entre les opérateurs et les entreprises qui bénéficient de prestations d'interconnexion ou d'accès. Cette modification est destinée à permettre à certains acteurs qui ne sont pas opérateurs, par exemple des prestataires de la société de l'information, de saisir l'ARCEP en procédure de règlement de différends. Sur ce point, la compétence de l'ARCEP se trouvera élargie et pourra s'étendre à des personnes qui ne sont ni fournisseur de services de communications électroniques ni opérateur de réseaux. Cependant, hormis cette modification, le périmètre de compétence des autorités de régulation nationales n'a pas été modifié par la réforme de 2009. En droit communautaire, leur compétence est généralement limitée aux fournisseurs de services ou exploitants de réseaux de communications électroniques. En droit français, le champ de compétence de l'ARCEP est encore plus restreint. Le Code des postes et communications électroniques (CPCE) autorise l'ARCEP à exercer sa mission de régulation principalement à l'égard des opérateurs, à savoir des personnes qui fournissent au public un service de communications électroniques ou qui exploitent un réseau de communications électroniques ouvert au public. En droit français, la fourniture ou l'ouverture au public d'un service ou réseau est un point déterminant alors même qu'en droit communautaire l'article 3(2) de la directive "autorisation" permet aux autorités de régulation de soumettre à une autorisation générale la fourniture de services de communications électroniques, même non fournis au public. Ainsi, le législateur français a décidé de définir un champ d'action pour l'ARCEP plus restreint que ce qu'aurait permis la directive "autorisation". L'ARCEP dispose de certains pouvoirs à l'égard d'entités qui ne fournissent pas un service au public, mais ces pouvoirs sont relativement restreints. Il s'agit par exemple du pouvoir de demander des informations ou de procéder à des enquêtes.

Que ce soit en droit communautaire ou en droit français, il est fondamental de pouvoir définir et délimiter le périmètre de la notion de fournisseur de services ou de réseaux de communications électroniques, surtout à l'époque de la généralisation des réseaux "tout IP" et de l'émergence de services de communications de plus en plus riches *via* l'internet. Qu'il s'agisse de définir un réseau ou un fournisseur de services de communications électroniques, la question revient à cerner la notion de "services de communications électroniques". La définition est simple en apparence : il s'agit d'un service consistant entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur un réseau de communications électroniques. Cette simplicité n'est cependant qu'apparente car les termes "service de transmission des signaux" sont riches d'ambiguïtés. Dans le cadre d'un service de messagerie instantané sur internet, par exemple, quelle est l'entité qui fournit la prestation de transmission de signaux ? Pour l'utilisateur, un service de messagerie instantané est perçu comme un seul service. En réalité, cependant, ce service est fourni par deux prestataires, le fournisseur d'accès à l'internet qui fournit la connectivité nécessaire pour envoyer un message instantané, et le prestataire qui fournit le logiciel et le système de service de messagerie instantané. Ce dernier sera en général considéré comme un prestataire de la société de l'information et non un opérateur. Les raisons qui conduisent à cette distinction, ainsi qu'à la validité de celle-ci, méritent d'être examinées.

(b) Etre "opérateur" : dans quel but ?

En droit français, le terme "opérateur" désigne à la fois une entité qui fournit un service de communications électroniques au public et une entité qui exploite un réseau de communications électroniques ouvert au public. De nombreuses entités cherchent à devenir "opérateur" afin de bénéficier de conditions favorables d'accès ou d'interconnexion avec France Télécom ou avec d'autres opérateurs. Parfois une entité souhaite avoir le statut d'opérateur afin d'obtenir certaines ressources en numérotation pour offrir des services téléphoniques au public et/ou bénéficier de tarifs de terminaison d'appels en tant qu'opérateur de boucle locale. Dans ce dernier cas, une autorité de régulation pourrait souhaiter circonscrire la notion d'opérateur pour la limiter aux entités détenant une infrastructure de boucle locale. Dans d'autres situations, une autorité de régulation pourrait envisager une définition large. Les autorités de régulation et les pouvoirs publics en général pourraient souhaiter qu'une entité soit considérée comme opérateur afin d'imposer des obligations telles que l'acheminement d'appels d'urgence, les interceptions légales, la conservation des données de trafic et de localisation, voire d'obligation de transparence à l'égard des consommateurs. Enfin, une autorité de régulation pourrait souhaiter étendre le concept d'opérateur afin de pouvoir imposer des obligations liées à la neutralité de l'internet.

Comme dans la plupart des Etats membres, l'autorité de régulation française, l'ARCEP, dispose de deux types d'outils de régulation. Les outils de régulation asymétrique visent à empêcher *ex ante* des abus de pouvoir économique qui feraient obstacle à l'émergence d'une concurrence durable sur le marché des communications électroniques. Les outils de régulation symétrique visent quant à eux le comportement de l'ensemble des opérateurs, et non seulement les opérateurs détenant une puissance sur le marché. La régulation symétrique vise essentiellement la protection des consommateurs ainsi que la préservation de certains principes d'interopérabilité et de connectivité de bout en bout entre opérateurs. La protection des données personnelles dans le domaine des communications électroniques fait partie de la régulation symétrique, et revêt une importance accrue après la modification en 2009 de la directive 2002/58/CE sur la protection des données personnelles.

La régulation symétrique inclut également l'obligation pour les opérateurs de réseaux ouverts au public de négocier l'interconnexion avec d'autres opérateurs de réseaux ouverts au public. Cette obligation se limite à un devoir de négociation alors que pour les opérateurs soumis à une régulation asymétrique en raison de leur puissance économique, l'obligation est plus forte : les opérateurs puissants sont obligés d'accorder une interconnexion et un accès à des tarifs orientés vers les coûts.

Déterminer le statut d'un opérateur peut être important pour résoudre des problèmes d'interconnexion ou d'accès. Par exemple si un opérateur mobile bloquait l'accès à un service téléphonique fourni *via* l'internet, il pourrait être pertinent de savoir si ce service téléphonique est fourni par un "opérateur" bénéficiant d'un droit quelconque à l'interconnexion ou à l'accès.

(c) Les éléments au cœur de la réflexion

Les concepts de "réseau" et de "transmission" soulèvent des problématiques qui sont au cœur de la réflexion sur le périmètre de la notion d'opérateur.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

(i) La notion de réseau : une notion large

Que ce soit en droit français ou en droit communautaire, la définition d'opérateur de réseau ouvert au public est large, puisqu'elle inclut toute entité qui exploite même une seule installation, équipement ou autre ressource de transmission utilisée principalement pour la fourniture de communications électroniques au public. En droit français, le législateur a rajouté également l'idée de toute installation utilisée pour des services de communications au public par voie électronique. Il apparaît ainsi que l'exploitation d'un seul serveur serait suffisante en théorie pour que son exploitant soit considéré comme un opérateur de réseau. Dans les faits, la question sera plus compliquée. Le débat se concentrera sur la question de savoir si ce serveur fait partie d'un système de transmission, de commutation ou de routage, et s'il est utilisé principalement pour la fourniture au public de communications électroniques ou s'il relève plutôt d'une activité d'édition de contenus. Pour les services *via* internet, cette question sera récurrente.

(ii) Le concept de transmission

Concernant la question de la fourniture au public d'un service de communications électroniques, deux approches peuvent être envisagées.

La première approche consisterait à considérer qu'un service de communications électroniques se réfère au service de transport le plus basique. C'est l'entité ou les entités qui effectuent le transport des signaux qui sont les fournisseurs de services de communications électroniques au public. En revanche, les entreprises qui se connectent aux extrémités du réseau internet et qui proposent des services s'appuyant sur le transport de signaux fournis par les opérateurs de l'internet ne fournissent pas un service de communications électroniques. Selon cette école, les services utilisant de bout en bout internet fournissent nécessairement des services de contenus ou des applications, qui ne relèvent pas du cadre réglementaire prévu par les directives sur les communications électroniques. Selon cette approche traditionnelle, le test serait de savoir si le fournisseur de services a besoin ou non d'un accord d'interconnexion ou d'accès avec un autre opérateur afin d'offrir le service. Si le service marche de bout en bout en s'appuyant uniquement sur l'accès à l'internet payé par l'utilisateur du réseau (ainsi qu'illustré sur la partie gauche de la Figure 1), le service ne serait probablement pas un service de communications électroniques mais un service de contenu ou une application fournie sur internet. Dans ce cas, le service de communications électroniques (c'est-à-dire le service "de transport") serait déjà payé par chaque utilisateur auprès de son FAI. Ce qui serait proposé par le fournisseur serait donc un service différent, à savoir un service de contenu ou une application. A l'inverse, sur une communication téléphonique traditionnelle (ainsi qu'illustrée sur la partie droite de la Figure 1), le service acheté par l'utilisateur est un service de transport de signaux électroniques qui nécessite pour son fournisseur une interconnexion avec le réseau téléphonique public, ce qui aboutirait à la conclusion que le service acheté consiste au moins en partie à un service de transmission de signaux.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

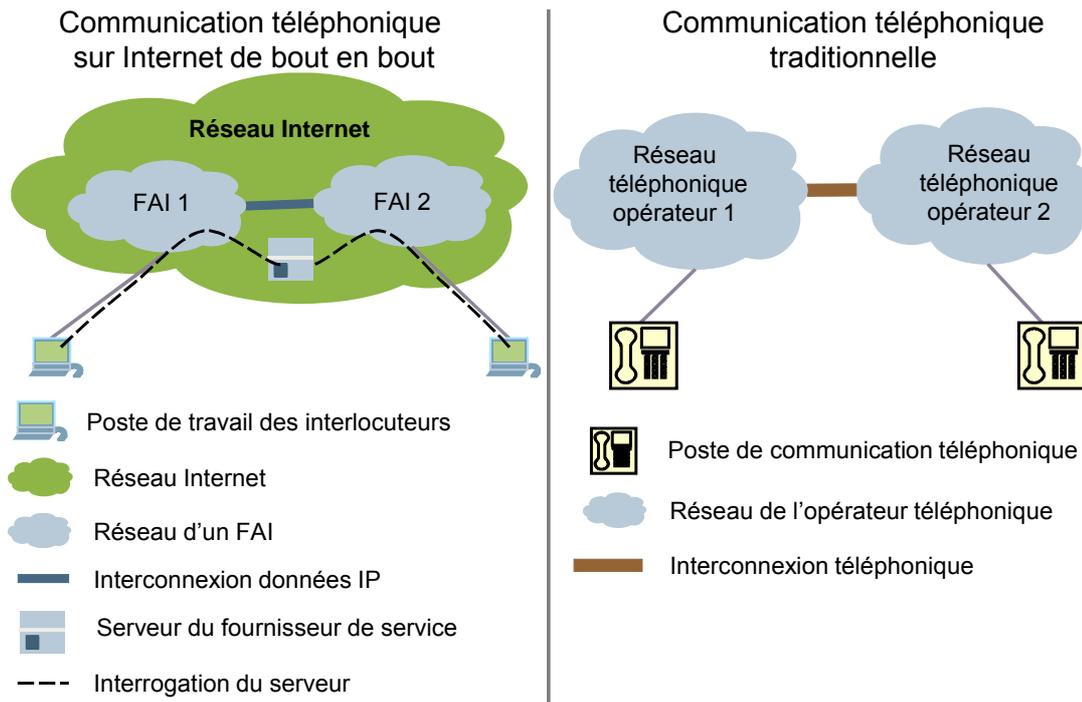


Figure 1 : Différences entre une communication téléphonique sur internet de bout en bout et une communication téléphonique traditionnelle [Source: Hogan Lovells, Analysys Mason]

Une autre approche de cette question serait de considérer qu'un service de communications électroniques existe si, en termes de fonctionnalité pour l'utilisateur final, le service est substituable à un service de communications classique tel que le service téléphonique ou la transmission de messages entre personnes déterminées. Selon cette approche, les moyens technologiques utilisés pour fournir le service seraient indifférents. Il importe peu que le service soit fourni entièrement grâce à la connectivité à l'internet ou qu'il s'agisse d'un service qui s'appuie sur des accords plus formels entre opérateurs. Ce qui compte dans ce cas serait uniquement la fonctionnalité du service perçue par l'utilisateur final. Cette approche a l'avantage de respecter pleinement le principe de la neutralité technologique, mais a l'inconvénient d'inclure potentiellement dans la définition de communications électroniques de nombreux services de messagerie *via* l'internet qui traditionnellement sont exclus du cadre réglementaire. Actuellement, ces services sont considérés par l'ensemble des régulateurs comme des services de contenus ou des applications, non couverts par le cadre réglementaire.

En confrontant les deux thèses — l'orthodoxe et la plus progressive —, il apparaît que l'approche traditionnelle s'appuie sur l'idée que le cadre réglementaire de 2002 a été conçu pour permettre une régulation des services de télécommunications quel que soit le réseau sur lequel ces services sont fournis. Il s'agit cependant uniquement des services de télécommunications au sens strict, à savoir l'acheminement de signaux sur des réseaux, et que tout ce qui s'apparente à une application ou un service fourni par les utilisateurs de ces services de télécommunications devait être considéré comme un service de contenu exclu de ce cadre réglementaire. Les défenseurs de l'approche traditionnelle soulignent

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

également que la philosophie "dé réglementaire" qui sous-tend les directives de 2002 ne se prête pas à une définition expansionniste du concept de service de communications électroniques. L'idée de départ est que la régulation des communications électroniques doit être limitée dans le temps, et doit disparaître peu à peu pour laisser place au droit de la concurrence et aux autres lois d'application générale qui protègent les consommateurs quel que soit le secteur d'activité. En présence d'une concurrence effective, il n'existe aucune raison pour qu'une régulation sectorielle *ex ante* perdure. En application de ce principe et du principe de proportionnalité, il ne serait pas acceptable d'étendre la définition de communications électroniques pour inclure de nouveaux services fournis *via* l'internet, surtout s'il n'existe pas de besoins impérieux de le faire.

Il serait possible de répondre à ces arguments en soutenant que le cadre réglementaire de 2002 a été construit pour accompagner les évolutions technologiques et la fourniture de services sur différentes plateformes. C'est notamment cette souplesse qui différencie le cadre de 2002 de l'ancien cadre réglementaire qui s'appuyait sur des définitions technologiques. A l'avenir, de plus en plus de services de communications électroniques seront fournis sur des réseaux IP où la couche "transport" sera décorélée de la couche "services". Exclure *a priori* tous les services fournis *via* l'internet puisqu'ils sont présents uniquement sur la couche "services" aurait pour effet de restreindre le champ d'application de la réglementation.

L'approche progressiste aurait pu être envisagée dans l'hypothèse où la fourniture d'un service d'adressage seul serait suffisante pour satisfaire la caractérisation d'un service de transmission de signaux. Beaucoup de services de communication *via* l'internet fournissent des services qui aident à trouver l'adresse IP du destinataire d'un message, et permettent ou soutiennent la fourniture d'un service de communications électroniques.

La réforme du cadre communautaire de 2009 rend cependant cette approche non recevable. Au sein de la directive "cadre" révisée, le législateur communautaire a créé une nouvelle définition de la notion de "services associés", ces derniers comprenant de manière explicite les systèmes d'adressage évoqués plus haut. L'analyse du cadre communautaire développée plus loin confirme que les services associés ne constituent pas un sous-ensemble de la notion de services de communications électroniques, mais bien un concept à part, séparé. Cette conclusion apparaît *in fine* logique, car si un système d'adressage pouvait constituer un service de communications électroniques, les entités qui gèrent les systèmes de nommage et d'adressage internet deviendraient des opérateurs, hypothèse clairement écartée par le législateur communautaire en 2002.

Comme nous le développerons dans le cadre de cette étude, l'appréhension des notions de transmission et de réseau est nécessaire à tout travail de réflexion sur la notion d'opérateur de communications électroniques.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

1.3 Emergence de critères clés

Notre examen des cadres communautaires et français nous conduit à proposer un test en quatre étapes pour définir "la fourniture au public d'un service de communications électroniques":

- (i) Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux?
- (ii) Le fournisseur est-il responsable pour la transmission?
- (iii) Le service est-il fourni au public?
- (iv) Le service est-il normalement fourni contre rémunération?

Les questions (i) et (ii) sont particulièrement importantes et permettent d'examiner des prestations complexes où interviennent simultanément plusieurs services et plusieurs prestataires.

Une fois établie l'existence d'un service de communications électroniques fourni au public, nous examinerons la question de l'existence d'un réseau de communications électroniques ouvert au public:

- (i) Le service fourni est-il un service de communications électroniques fourni au public (ce qui renvoie au premier test de quatre étapes)?
- (ii) Le fournisseur utilise-t-il ou met-il à disposition des installations de transmission, de commutation ou de routage pour ce service?
- (iii) Les installations sont-elles utilisées principalement pour la fourniture de services de communications électroniques au public?
- (iv) Les installations sont-elles situées en France?

Les éléments clés d'un réseau sont les éléments actifs de transmission, de commutation et de routage. Si ces éléments sont situés en France, et s'ils sont utilisés principalement pour la fourniture au public de services de communications électroniques, nous serons en présence d'un réseau de communications électroniques ouvert au public.

Enfin, que ce soit concernant la notion de fournisseur de services de communications électroniques ou d'opérateur de réseau de communications électroniques, il conviendra d'appliquer un test de proportionnalité dans le cas où les tests conduiraient à qualifier d'opérateur une entité auparavant non considérée comme telle.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

2. ELEMENTS DE CONTEXTE COMMUNAUTAIRE ENTOURANT LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

La définition de fournisseur de services de communications électroniques accessibles au public ainsi que la définition de fournisseur de réseau de communications électroniques ouvert au public trouvent leur source dans la directive "cadre". La définition française de ces notions vient de la transposition de la directive "cadre" en droit français. L'étude de la notion d'opérateur de communications électroniques à la lumière des directives communautaires permettra d'appréhender la marge de manœuvre dont disposent les autorités de régulation nationales dans le cadre de l'interprétation de cette notion ainsi que d'identifier la méthode à suivre par ces dernières dans le cadre de cet exercice.

2.1 Marge de manœuvre des autorités réglementaires nationales et enjeu de la définition des services de communications électroniques

(a) Une définition étroite du service téléphonique au public à l'époque des services exclusifs

Jusqu'à la libéralisation complète du secteur des télécommunications en Europe, la prestation de "service téléphonique" pouvait constituer un monopole et être réservée par les États membres à certains acteurs. Les autres services de télécommunications étaient en principe libres⁸.

Puisque le service téléphonique dérogeait au principe de la liberté concurrentielle, la définition de ces services se devait d'être étroite⁹.

Tout service qui ne remplissait pas l'ensemble des critères caractéristiques d'un "service téléphonique" devait être considéré comme un service à valeur ajoutée ou bien un service offert à un groupe fermé d'utilisateurs, ces deux services pouvant être fournis librement. Cette approche est illustrée par la note de la Commission Européenne concernant la téléphonie sur internet de 1998¹⁰. Cette note confirme qu'un service doit remplir cumulativement chacun des quatre éléments de la définition de service téléphonique telle que figurant à l'article 1^{er} de la directive 90/388/CEE pour être considéré comme relevant du service téléphonique :

- Les communications doivent faire l'objet d'une exploitation commerciale ;
- pour le public ;
- au départ et à destination de points de terminaison du réseau public commuté ;
- les prestations comportent le transport direct et la commutation de la voix en temps réel.

⁸ Directive 90/388/CEE dite directive "services"

⁹ CJCE, *Affaire 41/83 Italie c/ Commission*, "British Telecommunications", 1985 ; Commission Européenne, *Communication sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications*, 20 octobre 1995

¹⁰ Commission Européenne, *Communication, Statut des communications vocales sur l'internet en droit communautaire, notamment au regard de la directive 90/388/CEE*, 10 janvier 1998

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Au regard du cadre communautaire, la marge de manœuvre des États membres était réduite, car une interprétation extensive de la notion de "service téléphonique au public" aurait constitué une barrière à l'entrée sur le marché incompatible avec l'article 106 TFUE¹¹ (ex-article 86 TCE¹²).

(b) **A partir du paquet télécoms de 2002, une approche plus neutre des définitions et une marge de manœuvre accrue des autorités réglementaires nationales**

La donne a changé lors de la libéralisation complète du secteur des télécommunications en 1998 puis par la suite avec l'adoption du paquet télécom de 2002. Il n'existe dorénavant aucun service exclusif ou réservé parmi les services de télécommunications, l'ensemble du secteur étant ouvert à la concurrence. Par conséquent les raisons conduisant à une lecture stricte de la définition de service téléphonique dans les années 1990 n'existent plus. En principe donc, la marge d'appréciation des autorités de régulation nationales s'est agrandie par rapport à la situation antérieure.

Il n'existe désormais plus d'activités réservées à l'opérateur historique et l'entrée sur le marché est libre. Cette entrée sur le marché donne néanmoins lieu à certaines obligations destinées à protéger les consommateurs et à atteindre d'autres objectifs d'intérêt général, tels que l'interopérabilité des services et l'utilisation efficace des ressources rares. Ces obligations sont listées dans l'annexe de la directive 2002/20/CE dite directive "autorisation". Toute obligation supplémentaire qui ne figurerait pas dans cette liste serait interdite¹³. Ces obligations font partie de l'autorisation générale qui est désormais la règle en matière de fourniture de services de communications électroniques ou d'exploitation de réseaux, les licences individuelles étant réservées au cas d'utilisation de spectre radioélectrique.

(c) **L'enjeu de la définition des services de communications électroniques**

L'enjeu de la définition des services régulés a évolué du fait de la libéralisation du marché des télécommunications. D'abord l'enjeu était surtout concurrentiel : la définition de l'expression "service téléphonique au public" définissait le périmètre du monopole de l'opérateur historique et donc le périmètre de la concurrence. Faisant exception aux règles de concurrence figurant dans le Traité de Rome, la définition de service téléphonique devait recevoir une interprétation étroite.

Aujourd'hui, l'enjeu est de savoir quels services et réseaux doivent se soumettre à l'ensemble des obligations décrites à l'annexe de la directive "autorisation", ainsi que les obligations découlant des directives "accès", "service universel" et "vie privée et communications électroniques". Le statut d'opérateur comporte, comme nous le verrons, des obligations mais également des droits, comme par exemple le droit de demander l'interconnexion, d'accéder à certaines ressources en numérotation, de bénéficier de droits de passage.

Il peut arriver qu'un acteur essaie d'endosser volontairement le statut d'opérateur dans l'objectif d'obtenir un accès ou l'interconnexion avec l'opérateur historique,

¹¹ Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

¹² Traité sur la Communauté Européenne

¹³ CJCE, *Affaire C-192/08 TeliaSonera Finland Oyj*, Arrêt de la cour, 12 novembre 2009

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

obtenir des ressources en numérotation, bénéficier de tarifs de terminaison, même si le statut réel de l'acteur n'est pas clair.

A contrario, il existe des situations où un acteur (par exemple un prestataire de la société de l'information) ne souhaite pas être qualifié d'opérateur de réseau ou de fournisseur de service de communications électroniques, afin de ne pas être soumis aux obligations qui pèsent sur ces acteurs.

2.2 Quelle méthode utiliser lorsqu'une autorité réglementaire nationale recherche le sens des termes utilisés dans les directives communautaires?

Concernant notamment la définition des marchés pertinents, l'analyse des marchés ou l'imposition des remèdes, la Commission a émis des recommandations ou lignes directrices pour aider les autorités réglementaires nationales (ARNs) à effectuer leur tâche d'interprétation des concepts communautaires. Lorsque de telles recommandations ont été formulées, l'ARN doit en tenir le plus grand compte¹⁴.

Il n'existe cependant aucune recommandation ou lignes directrices de la Commission sur la question du périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques. Il existe tout au plus un document de travail de la Commission de 2004 sur le traitement réglementaire de la voix sur IP¹⁵, et une position commune du Groupe des Régulateurs Européens (GRE) de 2007 sur le même sujet¹⁶, dont une ARN devrait tenir compte dans le cadre de son analyse¹⁷. Ces documents, qui seront analysés ci-dessous, ne répondent que partiellement à la question de savoir comment identifier un fournisseur de services ou de réseaux de communications électroniques.

Si la question était posée à la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), la Cour examinerait en premier lieu le sens habituel des mots utilisés dans la directive. Si le sens habituel des mots apparaît ambigu, la Cour chercherait alors le contexte du terme utilisé par le législateur communautaire, et ensuite, une définition la plus conforme possible aux objectifs recherchés par le législateur communautaire. Dans l'affaire ARCOR¹⁸, la Cour a recherché le sens des mots "orientation vers les coûts", et, parmi plusieurs interprétations possibles de ces mots, elle a adopté celle allant dans le sens de l'objectif du législateur, qui était de favoriser l'entrée durable de concurrents sur le marché de la boucle locale.

Les définitions de "fourniture au public de services de communications électroniques" et de "fournisseur de réseau de communications électronique", que nous étudierons ci-après dépendent du sens que l'on donne au terme "transmission de signaux". En effet, un service qui consiste principalement en la transmission de signaux est un service de communications électroniques. Or le terme "transmission de signaux" est ambigu. Le terme de transmission inclut deux fonctions distinctes, le transport et l'adressage, chaque fonction étant nécessaire mais non suffisante pour la prestation de transmission. L'ambiguïté est de savoir si un acteur qui ne remplit qu'une fonction d'adressage et n'a aucun rôle dans le transport peut être considéré comme un fournisseur de services de communications électroniques. Le terme "signal" est lui aussi ambigu. S'agit-il du signal électronique qui porte l'information dans le support de transmission, ou faut-il retenir une

¹⁴ Directive "cadre", article 19

¹⁵ Commission Européenne, *Commission Staff Working Document on the treatment of Voice over internet Protocol (VoIP) under the EU Regulatory Framework - An information and consultation document*, 14 juin 2004

¹⁶ ERG, *Common Statement for VoIP regulatory approaches*, 2005

¹⁷ Directive "cadre", article 3(3)(c) et article 8(3)(d)

¹⁸ CJCE, *Affaire C-55/06 Arcor AG & Co. KG / Bundesrepublik Deutschland*, Arrêt de la Cour (quatrième chambre), 24 avril 2008, § 57

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

acception plus large, pouvant inclure toute information transmise ? Enfin, le terme "principalement" prête à des difficultés d'interprétation. S'agit-il d'un test quantitatif ou qualitatif ?

Afin d'appréhender le concept de communications électroniques, revenons sur les origines de la définition de l'expression "communications électroniques" en droit communautaire.

2.3 Contexte historique des définitions

Afin d'appréhender la notion de communications électroniques, il est utile de revenir sur le contexte et les principes réglementaires qui ont accompagné la naissance de cette notion au niveau communautaire, ainsi que sur l'évolution des textes.

(a) Une régulation cohérente des infrastructures de communication

La définition de l'expression "services de communications électroniques" en droit communautaire est destinée à séparer la réglementation du transport de signaux de la réglementation du contenu :

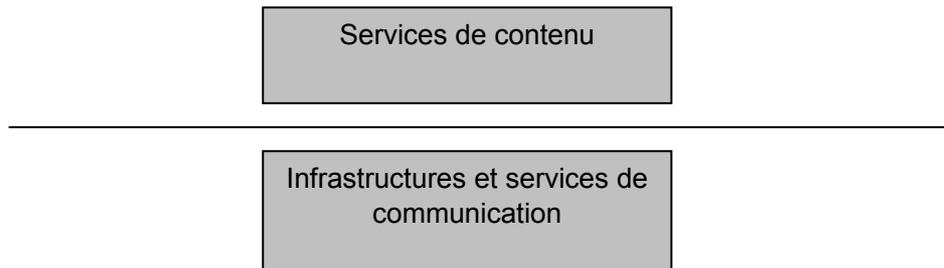
"Le processus de passage en revue du secteur audiovisuel et notamment la consultation autour du Livre vert sur la convergence a révélé un consensus sur la nécessité d'adopter des approches distinctes pour la réglementation, d'une part, du transport des signaux électroniques et des infrastructures utilisées à cet effet et, d'autre part, du contenu, y compris audiovisuel"¹⁹.

La genèse des définitions contenues dans la directive "cadre" de 2002 est le Livre vert sur la convergence de 1997²⁰. Déjà, la Commission évoquait dans ce document la voix sur internet, le web TV et l'e-mail. Elle indiquait que sans un cadre réglementaire capable de prendre pleinement en compte la convergence, l'Europe risquait d'être pénalisée sur le plan de la compétitivité et de l'innovation. Dans ce même document, la Commission a proposé de nouvelles définitions réglementaires fondées sur deux couches horizontales, au lieu de l'approche traditionnelle qui consistait à utiliser des classifications verticales, fondées sur le type d'infrastructure utilisé (câble, réseau téléphonique, diffusion hertzienne). Les deux couches horizontales consisteraient en les réseaux de communications électroniques et services associés, d'une part, et les contenus et services qui utilisent ces réseaux, d'autre part²¹.

¹⁹ Commission Européenne, Communication, *Principes et Lignes Directrices de la Politique Audiovisuelle de la Communauté à l'Ere numérique*, 14 décembre 1999

²⁰ Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information*, 3 décembre 1997

²¹ Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information*, 3 décembre 1997, p.36



En 1997, la Commission a admis de manière clairvoyante que cette séparation ne serait pas toujours simple à opérer dans les faits, et qu'il serait nécessaire de rechercher dans des cas précis si un service donné appartenait à la couche "contenus" ou à la couche "infrastructures et services de communication" :

Deux études menées pour la Commission suggèrent que le remplacement des structures verticales actuelles par des séparations horizontales entre fourniture/contenu de services et transport semblent offrir une solution possible pour les barrières du type de celles identifiées au chapitre III. La question de savoir dans quelle catégorie se trouverait tel ou tel service reste posée. Une telle approche devrait cependant mieux résister à l'épreuve du futur, du fait qu'elle est moins liée aux technologies sous-jacentes. La distinction entre les deux couches horizontales permettrait néanmoins l'application de critères réglementaires distincts à chacune des couches, mais avec une reconnaissance appropriée des liens entre chacune de ces couches²². [Passage en gras surligné par nous]

(b) Les principes fondamentaux pour le nouveau modèle de régulation

Dans le cadre du Livre vert de 1997, la Commission annonce d'autres principes figurant dans les directives de 2002 tel que modifiées en 2009. On trouve notamment le principe de proportionnalité, à savoir que la régulation doit répondre à un objectif bien défini et être strictement nécessaire pour atteindre cet objectif. La Commission met en garde contre une extension de la réglementation des télécommunications vers d'autres domaines.

- (i) La réglementation devrait être limitée au strict nécessaire pour atteindre des objectifs clairement identifiés

"Compte tenu de la vitesse, du dynamisme et de la puissance de l'innovation des secteurs touchés par la convergence, les autorités publiques doivent éviter des approches qui conduiraient à une sur-réglementation, ou qui chercheraient simplement à étendre des règles existantes dans les secteurs des télécommunications ou des médias à des domaines d'activité qui sont aujourd'hui en grande partie libéralisés. Toute règle mise en

²² Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information*, 3 décembre 1997, p.36

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

*place devrait être élaborée de façon à atteindre, en respectant le principe de proportionnalité, des objectifs clairement identifiés*²³.

La Commission souligne la nécessité de fonder toute intervention réglementaire sur les besoins des utilisateurs, à l'instar de ce qui deviendra plus tard les objectifs clés de régulation figurant à l'article 8 de la directive "cadre".

- (ii) Les approches réglementaires futures devraient répondre aux besoins des utilisateurs

"Une priorité de tout cadre réglementaire devrait être de chercher à répondre aux besoins des utilisateurs de façon à leur offrir plus de choix, à améliorer la qualité du service et à baisser les prix, tout en garantissant pleinement les droits du consommateur et l'intérêt général.

*Une telle approche est tout à fait compatible avec des objectifs politiques plus larges qui reconnaissent le rôle important d'un grand nombre de secteurs pour l'intégration de la Société de l'Information à la vie quotidienne des citoyens*²⁴.

Enfin, la Commission rappelle l'importance de la prévisibilité et de la sécurité juridique, principes rappelés récemment lors de la modification de l'article 8 de la directive "cadre".

- (iii) Les décisions réglementaires devraient être guidées par le besoin d'un cadre clair et prévisible

"Les législateurs devraient chercher à assurer un cadre clair et prévisible permettant aux entreprises d'investir. Il devrait être établi de façon claire dans quel cas certaines matières peuvent être laissées aux acteurs du marché. De même, lorsque de nouvelles activités soulèvent une incertitude quant à la façon dont elles doivent être réglementées, ou à la nécessité de les réglementaire, cette incertitude devrait être levée.

*Cela ne veut pas dire que le cadre réglementaire ne soit pas capable de s'adapter, mais qu'il devrait le faire en fonction de critères prédéterminés, préservant le plus possible la flexibilité pour répondre aux changements d'un marché en évolution rapide*²⁵.

Le but des nouvelles définitions était d'éviter des écueils inhérents aux définitions anciennes, fondées sur le type de réseau et technologie utilisés.

²³ Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information*, 3 décembre 1997, p. 39

²⁴ Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information*, 3 décembre 1997, p. 40

²⁵ Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information*, 3 décembre 1997, p. 40

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

"A la lumière des barrières potentielles identifiées ci-dessus, les approches actuelles des définitions réglementaires (et la façon dont ces définitions sont appliquées par les autorités réglementaires) devraient être examinées pour déterminer si elles :

- *sont durables à la lumière des évolutions technologiques ;*
- *font qu'un même service tombe sous plus d'un régime réglementaire et si, lorsque cela se produit, ce cumul de régimes est justifié ;*
- *conduisent à des discriminations en permettant à des réseaux ou à des services similaires d'être réglementés différemment²⁶.*

La Commission souligne également qu'une régulation doit rester "réaliste et opportune". Pour être efficace, une régulation doit pouvoir s'appliquer, ce qui n'est pas toujours évident à l'égard de réseaux et services électroniques qui ne connaissent pas de frontières nationales.

"Les solutions élaborées doivent être applicables. Lorsque la réglementation est en place, elle doit s'appliquer d'une façon réaliste et opportune. La nature globale de l'internet ou couverture continentale des services diffusés par satellites peuvent soulever des difficultés d'application des règles d'un État membre dans d'autres pays, tandis que le rythme rapide des évolutions des services et des produits, mesuré en mois et en semaines, lance un vrai défi pour quiconque cherchant une solution législative à tout problème particulier. De telles solutions au niveau communautaire tendent à être mesurées en mois et en années²⁷.

Selon la Commission, il ne faut pas non plus "réglementer pour réglementer", rappelant de nouveau la philosophie de déréglementation qui sous-tend le cadre de 2002. On retrouve ce thème dans une autre modification récente de l'article 8 de la directive "cadre", où il est indiqué que la régulation *ex ante* doit être supprimée à chaque fois qu'elle n'est plus nécessaire.

"La réglementation n'est pas une fin en soi. Au contraire, elle est simplement un outil, au côté de l'utilisation des forces du marché, pour l'achèvement d'objectifs plus vastes de politique sociale, économique et générale, tels que ceux mis en lumière au chapitre II. Ceci a déjà été reconnu dans la Communication de la Commission sur le commerce électronique, qui proposait le principe de "ne pas réglementer pour réglementer". Ces

²⁶ Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information*, 3 décembre 1997, p. 40

²⁷ Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information*, 3 décembre 1997, p. 22

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

principes s'appliquent de manière égale à tous les domaines de la convergence. Les objectifs fondamentaux soutenant la réglementation dans les États membres ne sont pas menacés par la convergence. Ces objectifs sont variés et adaptés aux besoins spécifiques des différents secteurs mais comprennent des objectifs nationaux tels que la promotion de l'efficacité, du bien public, de l'intérêt général du public et du consommateur. Au niveau communautaire, des objectifs similaires sont reflétés dans les dispositions et les objectifs du traité CE²⁸.

- (iv) En 1999, la Commission explique la séparation en couches des services réglementés au niveau communautaire

Dans sa communication de 1999 au Parlement Européen et au Conseil des Ministres, la Commission a expliqué ainsi la séparation en couches horizontales :

"Le schéma ci-dessous explicite le champ d'application du nouveau cadre. Il comporte trois niveaux : au bas figure l'infrastructure des communications de base, au milieu, les services qui y sont associés et au sommet, les services fournis sur réseaux".

²⁸ Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information*, 3 décembre 1997, p. 22

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Services fournis par l'intermédiaire de réseaux, par ex. services de radiodiffusion, banque électronique

Hors du champ d'application: activités réglementées par d'autres instruments au niveau communautaire et national, par ex. projet de directive sur le commerce électronique, règlement sur la radiodiffusion.

Services associés – c.-à-d. services de communications et services d'accès, par ex. services de télécommunications, services d'accès conditionnel

Activités réglementées par le nouveau cadre pour les infrastructures de communications et les services associés.

Infrastructures de communications, c.-à-d. réseaux de communications et installations associées, par ex. réseaux de télédistribution, interfaces de programmes d'application (API)

Internet

- ◆ **Le nouveau cadre continuerait à traiter les services de transmission internet de la même manière que les autres services de transmission.** Le cadre des télécoms actuel couvre déjà les services de transmission internet qui permettent par exemple aux utilisateurs d'envoyer des messages électroniques et de surfer sur le web. Aucune mesure spécifique à l'internet n'est envisagée à ce stade. La réglementation des services fournis sur l'internet (par exemple dans le domaine du commerce électronique) n'est pas couverte par la présente communication; d'autres mesures s'appliqueraient à ces services, telles que le projet de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur.

(v) Neutralité technologique

Les services sur internet, et notamment la voix sur internet, sont traités plus en détail à la page 26 de la communication de 1999 :

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

4.1.5. Internet

Les fournisseurs de services internet qui offrent des services de communications en vue de l'accès à ce réseau sont déjà couverts par le cadre d'autorisation actuel. Conformément à l'approche décrite ci-dessus, la fourniture de services de communications ne sera soumise qu'à des autorisations générales. Certains de ces fournisseurs proposent aussi un contenu dans le cadre du service offert. Le cadre d'octroi des licences envisagé ne s'appliquera pas à la fourniture de ces services.

Si à l'avenir la transmission de la voix sur le service internet répond aux critères fondamentaux des services de téléphonie vocale en vertu du cadre réglementaire³⁷, il n'y a aucune raison de réglementer ce service différemment d'autres services de téléphonie vocale. La fourniture de services de communication basée sur le protocole internet (y compris la voix sur les services internet) serait couverte par les autorisations générales.

35 Voir les rapports BET, *ibid.*

36 Voir le cinquième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation des télécommunications et le rapport BET sur les redevances pour l'octroi des licences aux services et réseaux de télécommunication (<http://www.ispo.ccc.be/infosoc/telecompolicy/en/study-en.htm>).

37 Note de la Commission concernant le statut des communications vocales sur internet dans le cadre de la législation communautaire, et en particulier, en vertu de la directive «Services» (JO C 6 du 10.1.1998).

Ce passage soutient l'idée d'une approche technologiquement neutre des définitions. Selon la Commission, si un service remplit les critères fonctionnels d'un service téléphonique au public, il sera couvert par le nouveau cadre, peu importe les moyens technologiques mis en œuvre pour fournir ce service. De la même manière on peut en déduire qu'un service qui remplit les critères fonctionnels d'un service de communications électroniques sera couvert par les directives, peu importe les moyens technologiques mis en œuvre pour fournir ce service.

En 1999, la séparation entre les "couches" horizontales de régulation s'articulait surtout autour de la couche "infrastructures de communications électroniques" d'une part et de la couche "contenus" d'autre part.

Cette vision a ensuite évolué, la Commission proposant non pas une seule définition pour les infrastructures, mais plutôt deux définitions : une pour les réseaux de communications électroniques²⁹ et une pour les services de communications électroniques³⁰.

²⁹ Traduction non officielle : "Un réseau de communications électroniques désigne tout système de transmission et, là où ils existent, les équipements de commutation et de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux entre des points de terminaison définis par fil, par radio ou par moyens optiques ou électromagnétiques ; ils comprennent entre autres les réseaux satellites, les réseaux terrestres fixes et mobiles et les réseaux utilisés pour la diffusion radio et télévisée, et les réseaux de télévision câblée, peu importe le type d'information transmise"

³⁰ Traduction non officielle : "Un service de communications électroniques désigne les services fournis contre rémunération qui consistent entièrement ou principalement en la transmission ou le routage de signaux sur des réseaux de communications électroniques ; ils comprennent entre autres les services de télécommunications et les

(c) L'évolution des définitions

(i) Les définitions de 2002

La rédaction finale des définitions, telles qu'elles figurent dans la directive 2002/21/CE n'a pas beaucoup évolué par rapport à la proposition initiale. Les définitions adoptées en 2002 sont les suivantes :

"réseau de communications électroniques" : les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise ;

"service de communications électroniques" : le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus ; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques ;

(ii) Les modifications de 2009

La réforme de 2009 a conduit à une modification légère de la définition de réseau de communications électroniques : dorénavant la définition inclut de manière expresse les éléments de réseau qui ne sont pas actifs.

*"réseau de communications électroniques", les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources, **y compris les éléments de réseau qui ne sont pas actifs**, qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les*

services de transmission sur des réseaux utilisés pour la diffusion. Ils ne comprennent pas les services tels que les transmissions diffusées de contenus, fournis par le biais de réseaux et services de communications électroniques"

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise ;" [passage en gras surligné par nous]

En ce qui concerne la définition de réseau de communications public, la réforme de 2009 a conduit à une précision relative au fait qu'un réseau de communications public soit un réseau utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public permettant la transmission d'informations entre les points de terminaison du réseau. Les mots "*entre les points de terminaison de réseau*" sont nouveaux et servent à délimiter le champ de régulation de ces réseaux. Le terme "*points de terminaison de réseau*" était présent dans les directives de 2002 mais dans le cadre de la directive "service universel". La notion de point de terminaison de réseau est insérée afin de délimiter le champ de compétence réglementaire entre, d'une part, les réseaux et services de communications électroniques et, d'autre part, les terminaux de télécommunications³¹.

Par ailleurs, la réforme de 2009 a maintenu les définitions d'abonné, d'utilisateur, et d'utilisateur final. Ces définitions n'ont pas été modifiées. La définition des services de communications électroniques n'a pas non plus fait l'objet d'une modification en 2009.

- (iii) L'inclusion en 2009 d'une nouvelle définition de "services associés"

La modification de 2009 de la directive "cadre" a donné lieu à une nouvelle définition, celle des "services associés". Les services associés sont définis comme :

"ebis) "services associés", les services associés à un réseau de communications électroniques et/ou à un service de communications électroniques, qui permettent et/ou soutiennent la fourniture de services via ce réseau et/ou ce service ou en ont le potentiel, et comprennent notamment la conversion du numéro d'appel ou des systèmes offrant des fonctionnalités équivalentes, les systèmes d'accès conditionnel et les guides électroniques de programmes, ainsi que d'autres services tels que ceux relatifs à l'identité, l'emplacement et l'occupation"

Cette nouvelle définition est particulièrement importante dans le cadre de la présente étude parce que certains prestataires de la société d'information offrent des services concernant l'identité, l'emplacement, ou l'occupation d'un utilisateur dans le but de permettre ou faciliter une communication électronique. Certains de ces prestataires offrent des services qui sont l'équivalent d'un système de conversion de numéros, afin là encore de permettre ou faciliter une communication à travers différentes plateformes.

Une question clé est donc de savoir si un "service associé" est un service de communications électroniques. Dans l'affirmative, de nombreux prestataires de la société de l'information pourraient être considérés

³¹ Directive "service universel", considérant 6

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

comme des fournisseurs de services de communications électroniques au sens de la directive "cadre". Autrement, ces prestataires seraient en grande partie exclus du cadre réglementaire.

La définition communautaire des services de communications électroniques ne fait aucune mention des services associés, ce qui laisse planer un doute sur la question de savoir si les services associés peuvent être inclus dans la définition. La définition de "ressources associées"³² inclut en revanche les services associés. Mais la définition de "ressources associées" ne nous aide pas à résoudre la question principale de l'inclusion ou non des "services associés" dans la catégorie de services de communications électroniques. La définition de ressources associées, ainsi que la définition de services associés, indiquent toutes les deux que ces éléments permettent et/ou soutiennent la fourniture de services de communications électroniques. Que l'on dise dans une définition qu'un service "A" permet ou soutient la fourniture d'un service "B", suggère bien que le service "A" est autre chose que le service "B". Les services "A" sont associés aux services "B", mais ne font pas partie des services "B".

L'article 1.1 de la directive "cadre" telle que modifiée prévoit par ailleurs que la directive "*crée un cadre harmonisé pour la réglementation des services de communications électroniques, des réseaux de communications électronique, des ressources et services associés, et de certain aspects des équipements terminaux pour faciliter l'accès des handicapés*". Il ressort de cet article que les services associés sont couverts par le cadre réglementaire communautaire au même titre que les services de communications électroniques et que certain aspects des équipements terminaux. Dans le cadre de cet article, les services associés sont donc distingués des services de communications électroniques, suggérant là encore qu'il s'agit d'une définition distincte.

Une autre indication que les services associés ne sont pas un sous-ensemble des services de communications électroniques est le fait que les services associés comprennent notamment des systèmes d'accès conditionnels et des guides électroniques de programme. Ces deux services font l'objet de dispositions particulières dans la directive "accès". Il serait difficile de considérer qu'un guide électronique de programmes consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux, et à notre connaissance personne n'a pris une telle position. De la même manière, le système d'adressage internet n'a jamais été considéré comme un service de communications électroniques alors que ce système pourrait très bien être considéré comme un "service associé"

³²

Directive "cadre", article 2:

"e) «ressources associées»: les services associés, infrastructures physiques et autres ressources ou éléments associées à un réseau de communications électroniques et/ou à un service de communications électroniques, qui permettent et/ou soutiennent la fourniture de services via ce réseau et/ou ce service ou en ont le potentiel, et comprennent, entre autres, les bâtiments ou accès aux bâtiments, le câblage des bâtiments; les antennes, tours et autres constructions de soutènement, les gaines, conduites, pylônes, trous de visite et boîtiers;
e bis) « services associés » : les services associés à un réseau de communications électroniques et/ou à un service de communications électroniques, qui permettent et/ou soutiennent la fourniture de services via ce réseau et/ou ce service ou en ont le potentiel, et comprennent notamment la conversion du numéro d'appel ou des systèmes offrant des fonctionnalités équivalentes, les systèmes d'accès conditionnel et les guides électroniques de programmes, ainsi que d'autres services tels que ceux relatifs à l'identité, l'emplacement et l'occupation ;"

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

puisqu'il s'agit de ressources associées à un réseau ou service de communications électroniques qui "permettent et/ou soutiennent" la fourniture de service *via* ce réseau et/ou ce service. Le considérant 20 de la directive "cadre" de 2002 dispose que "*les dispositions de la présente directive n'attribuent pas de nouvelles compétences aux autorités réglementaires nationales en ce qui concerne le nommage et l'adressage internet*". Ce point a été confirmé par la Commission Européenne dans les travaux préparatoires de la directive "cadre" de 2002. Dans un document de travail du 28 juin 2006 accompagnant une communication sur la réforme du cadre réglementaire de 2002, la Commission a confirmé que le nommage et l'adressage Internet "*restera en dehors de la zone de compétence des autorités de régulation*".³³

Les révisions de 2009 n'ont pas apporté de modifications sur ce point. Le seul article dans la directive "cadre" qui traite de la question du nommage et de l'adressage est l'article 10.5, qui oblige les Etats membres à "*coordonner leurs positions au sein des organisations et des instances internationales où sont prises des décisions concernant des problèmes en matière de numérotation, de nommage et d'adressage des réseaux et des services de communications "électroniques"*". Les autres dispositions de l'article 10 évoquent seulement les numéros et les plans de numérotation, sans mentionner le terme "nommage" ou "adressage". Cela confirme qu'il existe bien une différence entre ressources en numérotation et l'adressage et le nommage évoqués à l'article 10.5. L'adressage et le nommage restent donc bien en dehors de la définition de communications électroniques.

Le terme "services associés" est par ailleurs utilisé dans un nouvel alinéa de l'article 12 de la directive "accès" qui stipule qu'une autorité de régulation peut obliger un opérateur puissant à donner accès à des services associés comme ceux relatifs à l'identité, à l'emplacement et à l'occupation.

- (iv) La relation entre services de communications électroniques et services de la société de l'information

Le considérant 10 de la directive "cadre", dans sa version de 2002, explique l'interface entre les services de communications électroniques et les services de la société de l'information.

(10) La définition du "service de la société de l'information", qui figure à l'article 1er de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information(12), se rapporte à une large gamme d'activités économiques se déroulant en ligne ; la plupart de ces activités ne sont pas couvertes par le champ

³³ Commission staff working document, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, the European economic and social committee and the committee of the regions on the review of the EU regulatory framework for electronic communications networks and services, COM (226) 334 final, SEC(2006)816, 28 June 2006 ; http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/public_consult/review/staffworkingdocument_final.pdf

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

d'application de la présente directive, car elles ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques ; les services de téléphonie vocale et de transmission de courrier électronique sont couverts par la présente directive. La même entreprise, par exemple un prestataire de services internet, peut proposer à la fois un service de communications électroniques, tel que l'accès à internet, et des services non couverts par la présente directive, tels que la fourniture de contenus sur la toile.

Ce considérant évoque la question des services de la société de l'information dont certains seraient à la frontière entre "contenus" et "communications électroniques". Selon le considérant 10, la plupart des "services de la société de l'information" sont exclus du champ d'application de la directive 2002/21/CE car ils ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques. Cela signifie *a contrario* que certains services de la société de l'information peuvent tomber sous le régime d'un service de communications électroniques s'ils consistent principalement en la transmission de signaux.

Le considérant 10 nous enseigne également qu'une entreprise peut avoir plusieurs casquettes sur le plan réglementaire, car la même entreprise peut fournir à la fois un service tombant en dehors du cadre réglementaire (l'édition de contenus sur le web par exemple) et un service tombant dans le cadre réglementaire (l'accès à l'internet par exemple).

Ce considérant indique enfin que la transmission de courriers électroniques est couverte par le cadre réglementaire. Cependant, cette phrase est ambiguë. Elle peut viser uniquement la transmission d'un courrier électronique par un fournisseur d'accès à internet, se focalisant uniquement sur le rôle de transmission, ou elle peut viser également les services de courrier électronique eux-mêmes. On retrouve cette ambiguïté dans la directive 2006/24/CE sur la conservation des données de trafic, qui impose aux opérateurs l'obligation de conserver certaines informations relatives à la transmission de courriers électroniques au même titre que les données relatives aux communications téléphoniques. L'inclusion des courriers électroniques dans le champ de la directive 2006/24/CE laisse penser que le service de courrier électronique serait un service de communications électroniques. Cependant, la directive 2006/24/CE précise également que l'obligation ne s'applique qu'à des opérateurs qui fournissent eux-mêmes un service de courrier électronique, et que ces opérateurs ne sont pas tenus de conserver des données relatives à un service email fourni par un tiers:

"Les données générées ou traitées, lors de la fourniture des services de communications concernés, concernent uniquement les données qui sont accessibles. En particulier, s'agissant de la conservation des données concernant le courrier électronique par l'internet et la téléphonie par l'internet, l'obligation de conserver les données peut ne s'appliquer qu'à l'égard des

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

données émanant des propres services des opérateurs ou des fournisseurs de réseau."³⁴

2.4 Les objectifs poursuivis par le législateur communautaire

Après avoir examiné le contexte historique de la définition de la notion de communications électroniques, la CJUE s'intéresserait aux objectifs du législateur communautaire afin de comprendre dans quelle mesure l'inclusion de tel ou tel service dans le périmètre du concept de communications électroniques répondrait (ou non) à ces objectifs. Il s'agit de la méthodologie utilisée par la CJUE dans l'affaire ARCOR pour trouver la signification du terme "orientation vers les coûts". Cette méthodologie recoupe celle d'une ARN lorsque cette dernière envisage l'adoption d'une décision réglementaire. La décision de l'ARN doit être prise en tenant compte des objectifs figurant à l'article 8 de la directive "cadre".

Les objectifs du cadre réglementaire sont regroupés au sein de l'article 8 de la directive "cadre". Ils se divisent en plusieurs grands groupes :

- Promouvoir la concurrence ;
- Favoriser l'innovation et l'investissement efficace ;
- Favoriser la réalisation du marché intérieur ;
- Assurer la protection des consommateurs ;
- Favoriser la prévisibilité de la régulation ;
- Respecter la neutralité technologique ;
- Respecter la proportionnalité, et par conséquent imposer une régulation *ex ante* seulement dans des cas justifiés, et retirer toute régulation *ex ante* qui ne serait plus nécessaire.

Compte tenu de la pluralité d'objectifs à atteindre, l'analyse peut conduire à des résultats différents selon le contexte de la situation. Par exemple, si la question du statut d'un opérateur affecte la possibilité pour cet opérateur d'entrer sur le marché, l'ARN pourrait favoriser une définition large permettant une entrée sur le marché sans entrave, dans l'objectif de favoriser une concurrence durable sur le marché. En revanche, si la question du statut d'un opérateur joue un rôle dans l'obligation pour cet opérateur de payer une contribution pour le service universel, ou de se soumettre à d'autres obligations réglementaires *ex ante*, l'ARN pourrait examiner de manière plus attentive la **proportionnalité** de la mesure.³⁵

Dans l'affaire iMEZ c/ TeliaSonera Finland Oyj (C-192/08), la société iMEZ, disposant uniquement de serveurs SMS et MMS, s'est néanmoins déclarée comme opérateur de réseau auprès du régulateur finlandais et a cherché à négocier un accord d'interconnexion avec TeliaSonera, un opérateur non qualifié de puissant sur

³⁴ Directive 2006/24/CE, considérant 13

³⁵ CJCE, *Affaire C-227/07 Commission des Communautés européennes c/ République de Pologne*, Conclusions de l'avocat général M. Dámaso, 10 juin 2008, § 38: "*Par conséquent, l'économie de marché ne peut faire l'objet de restrictions injustifiées, car une telle atteinte n'est tolérée qu'en fonction des objectifs poursuivis par le droit communautaire et toujours dans le respect des principes d'adéquation et de proportionnalité.*"

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

le marché ("non-SMP"). Dans le cadre de la réponse à une question préjudicielle, la Cour a précisé qu'il appartenait à la juridiction nationale de déterminer si iMEZ était un opérateur de réseau public de communications électroniques. La CJUE a indiqué que la législation finlandaise, qui imposait aux opérateurs non-SMP une obligation de négocier l'interconnexion même avec un fournisseur de services de communications électroniques était contraire au cadre communautaire, car l'article 4 de la directive "accès" prévoit cette obligation uniquement à l'égard d'opérateurs de réseaux ouverts au public. En étendant ainsi l'obligation de négociation vers les fournisseurs de service, le législateur finlandais a adopté une mesure contraire au principe de liberté de négociation contractuelle pour les opérateurs non-SMP.

La Cour a renvoyé à la juridiction nationale la question de savoir si iMEZ était un opérateur de réseau ou un simple fournisseur de services. L'avocat général ne s'est pas prononcé pas sur la définition d'opérateur de réseau, mais a donné quelques indications sur la méthodologie à suivre :

"91. Même si TeliaSonera Finland transmet des messages et jouit donc d'un statut identique à iMEZ (en tant qu'entreprise de services), la première obligation de l'article 4 de la directive 2002/19 ne devrait lui être imposée qu'au cas où iMEZ disposerait d'un réseau public de communications, car, sinon, il s'agirait d'une simple utilisatrice (Note 51) du réseau de TeliaSonera Finland, ne disposant pas du droit à demander l'interconnexion. [...]"

95. Il appartient au Korkein hallinto-oikeus de déterminer si les "réseaux" (Note 52) d'iMEZ relèvent de la définition que la directive "cadre" donne des "réseaux de communications publics". À cette fin, il convient d'évaluer leurs fonctionnalités et, en particulier, leur aptitude à la fourniture de services de communications au public (Note 53) ou, en tant que ressources associées, leur aptitude à soutenir ou développer la fourniture desdits services.

Note 51 Définie par l'article 2, sous h), de la directive 2002/21 comme une "personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public", par opposition à l'utilisateur final qui est caractérisé par le fait qu'il ne fournit pas "de réseaux [...] publics ou de services de communications électroniques accessibles au public" [article 2, sous n), de la directive 2002/21].

Note 52 L'ordonnance de renvoi qualifie de réseau le système (je déduis qu'il s'agit des centres de messages SMSC et MMSC) employé par iMEZ pour la réalisation de ses activités, bien que ses doutes portent justement sur sa nature, car le Korkein hallinto-oikeus, à la différence d'autres parties à la procédure préjudicielle telles que les gouvernements finlandais et allemand, prend pour base le principe, maintenu dans les présentes conclusions, selon lequel seuls les opérateurs de réseaux publics de communications peuvent être obligés à négocier et non les autres entreprises.

Note 53 Article 2, sous d), de la directive 2002/21.

Il découle de cet arrêt que la qualification d'un opérateur appartient en premier lieu à l'ARN, sous le contrôle des tribunaux nationaux. L'ARN dispose d'une marge de manœuvre pour déterminer si, dans les faits, une entreprise exploite un réseau de communications électroniques ou fournit un service de communications électroniques. Les commentaires de l'avocat général Damaso indiquent qu'il faut chercher la "fonctionnalité" des installations de l'entité en question et leur aptitude à

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

fournir des services de communications électroniques, ou à soutenir de tels services en tant que "ressources associés".

2.5 L'approche communautaire en matière de voix sur IP

Depuis 1998, la question de la réglementation des services de voix sur IP fait l'objet d'un débat. Ce débat apporte un éclairage sur le concept de fournisseur de services de communications électroniques.

En 1998, la Commission Européenne a émis un avis sur la qualification réglementaire des services de voix sur IP au regard de la directive "services" 90/388/CEE³⁶. A cette époque, la Commission avait conclu que les services de voix sur IP ne constituaient pas un service téléphonique au sens de la directive "services", en raison notamment de l'absence "d'exploitation commerciale" du service et de la possibilité de communiquer avec "tout utilisateur" du réseau téléphonique commuté.

En 1999, la Commission a encore une fois évoqué les services de voix sur IP dans le cadre des nouvelles propositions de textes qui devaient devenir le paquet télécom de 2002. Dans sa communication au Parlement Européen et au Conseil, la Commission a expliqué que les services de voix sur IP ne présentaient pas, pour l'instant, l'ensemble des caractéristiques d'un service téléphonique, mais qu'au jour où ces caractéristiques seraient présentes, il n'y aurait aucune raison que le service de voix sur IP soit traité différemment sur le plan réglementaire que le service téléphonique classique³⁷. Ce point a été évoqué par la Commission pour illustrer le fait que le nouveau cadre proposé par la Commission serait technologiquement neutre.

Après l'adoption du nouveau cadre réglementaire en 2002, le débat relatif à la voix sur IP s'est animé de nouveau en 2004 avec la publication d'un document de travail de la Commission à propos des différentes formes de voix sur IP³⁸. La Commission a organisé autour de ce document une consultation publique, dont l'enjeu était double. Il s'agissait dans un premier temps d'examiner les différentes formes de voix sur IP pour déterminer s'il s'agissait de services de communications électroniques. Il fallait ensuite déterminer quel service constituait en plus un service de téléphonie accessible au public soumis aux obligations supplémentaires associées à cette classification de services. Dans son document de consultation, la Commission effectue une première distinction entre :

- les services de voix sur internet qui permettent la communication uniquement entre utilisateurs d'un même logiciel, et concernent pour l'instant essentiellement des offres de voix sur internet d'"ordinateur à ordinateur" ;
- les services de voix sur IP utilisés dans des réseaux internes (réseaux privés d'entreprise), ou au sein du réseau cœur d'opérateurs publics, et couverts par le cadre réglementaire (c'est-à-dire la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et services de communications électroniques, dite directive "Autorisation"), mais soumis à aucune obligation spécifique ;

³⁶ Commission Européenne, Communication, *Statut des communications vocales sur l'internet en droit communautaire, notamment au regard de la directive 90/388/CEE*, 98/C 6/04, 10 janvier 1998

³⁷ Commission Européenne, Communication, *Vers un nouveau cadre pour les infrastructures des communications électroniques et les services associés*, Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications, 10 novembre 1999

³⁸ Commission Européenne, *Commission Staff Working Document on the treatment of Voice over internet Protocol (VoIP) under the EU Regulatory Framework - An information and consultation document*, 14 juin 2004

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

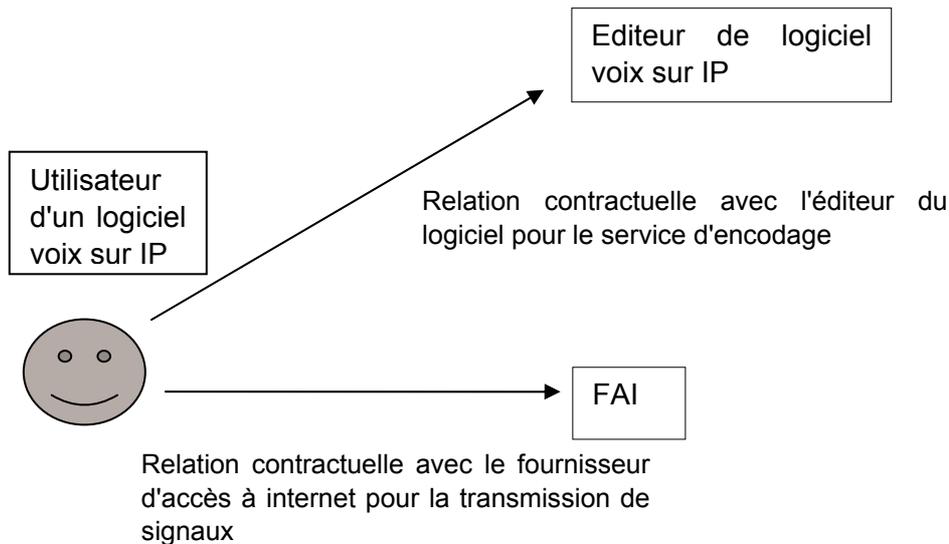
- les services de voix sur IP qui permettent d'appeler vers le réseau public téléphonique, ou depuis ce réseau, en utilisant des numéros issus du plan national de numérotation, qui entreraient dans le champ du cadre réglementaire avec néanmoins un traitement différencié en fonction de la nature du service offert.

Concernant les services de téléphonie de voix sur IP permettant une connexion interne ou externe au réseau téléphonique public (catégorie (iii)), le document de la Commission a suscité de très nombreuses réactions, tant de la part des régulateurs nationaux que d'acteurs économiques. Le point central du débat était de déterminer si un fournisseur de service voix sur IP utilisant les numéros du plan national de numérotation devait être soumis à l'ensemble des obligations pesant sur un fournisseur de services de téléphonie accessible au public, ou si au contraire, compte tenu du caractère émergent des services de voix sur IP, ces nouveaux opérateurs pouvaient ne pas être soumis à l'ensemble de ces obligations. Ce débat ne concernait pas la question de savoir si cette forme de voix sur IP était un service de communications électroniques - sujet de cette étude - mais davantage la question de savoir si ce service de communications électroniques devait être considéré comme un service téléphonique accessible au public et donc soumis aux obligations telles que l'acheminement des appels d'urgence vers les centres de secours situés près de la localisation de l'abonné. La plupart des régulateurs a adopté une approche pragmatique de cette question, n'imposant pas aux fournisseurs de ce type de voix sur IP toute la panoplie des obligations applicables aux fournisseurs de service téléphoniques classiques.

Le point de vue de la Commission sur le traitement réglementaire des services de voix sur internet utilisant uniquement des logiciels *via* l'internet a été généralement accepté : ces services ne sont pas des services de communications électroniques. Certains régulateurs ont indiqué leur accord avec la conclusion de la Commission sur ce type de service "ordinateur à ordinateur", mais tenaient à expliquer davantage pourquoi ces services n'étaient pas, selon eux, des services de communications électroniques au sens de la directive "cadre". La réponse du régulateur autrichien RTR est particulièrement éloquent. Selon ce régulateur, l'utilisateur d'un service de voix sur internet a deux relations contractuelles. Il a en premier lieu une relation contractuelle avec son fournisseur d'accès à internet (FAI) ; c'est ce fournisseur, et ce fournisseur seul, qui est responsable de la transmission des signaux. En cas de problème de transmission de paquets ou de connectivité, l'utilisateur se tournera vers son fournisseur d'accès pour remédier au problème. L'utilisateur a en deuxième lieu une relation contractuelle avec le fournisseur du logiciel voix sur internet. Ce logiciel permet d'encoder les signaux vocaux afin que ceux-ci puissent être envoyés grâce à la connectivité fournie par le fournisseur d'accès. Le fournisseur du logiciel maintient une base de données qui permet de communiquer à l'internaute appelant l'adresse IP de l'internaute appelé. Pour le régulateur autrichien, l'ensemble des prestations du deuxième fournisseur ne constitue pas un service de transmission de signaux. La transmission de signaux est fournie de bout en bout par le premier fournisseur, le fournisseur d'accès à internet³⁹.

³⁹ Austrian Regulatory Authority for Broadcasting and Telecommunications, *Comments on the Commission Consultation Document on the Treatment of Voice over internet protocol (VoIP) under the EU Regulatory Framework* (document non daté)

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques



A la suite de la consultation publique de la Commission Européenne, le Groupe des Régulateurs Européens (le GRE) a entamé des travaux sur le traitement réglementaire de la voix sur IP. Ces travaux ont abouti à une position commune en 2007, qui conclut qu'un service de voix sur internet d'"ordinateur à ordinateur", qui n'utilise pas des numéros issus du plan national de numérotation, n'est pas un service de communications électroniques en l'état actuel de la législation européenne. Selon le GRE, les services d'"ordinateur à ordinateur" ne sont généralement pas considérés comme un proche substitut aux services téléphoniques, ces services ne pouvant être utilisés que pour des communications ayant lieu à l'intérieur de groupes fermés, à savoir des personnes équipées du même logiciel. Le GRE indique que cette position pourrait cependant changer dans le futur si les consommateurs venaient à diffuser leurs adresses électroniques de la même manière qu'ils le font pour leurs numéros de téléphone, et/ou si les services de messagerie les plus importants venaient à s'interconnecter sans utiliser de réseau téléphonique public (MSN et Yahoo! ont par exemple déjà mis en place un tel système). Compte tenu des progrès technologiques, le GRE recommande à la Commission de modifier la définition des services de communications électroniques pour éventuellement couvrir ce point. Entre temps, le GRE recommande aux ARN d'exclure de la réglementation des services de communications électroniques les services d'ordinateur à ordinateur, qui n'autorisent pas d'appels entrants ou sortants vers le réseau téléphonique public⁴⁰. Comme nous l'avons vu, la définition des services de communications électroniques n'a pas été modifiée lors de la révision de la directive "cadre" de 2009. Cela signifie que la position du GRE telle qu'exprimée en 2007 reste valable aujourd'hui en ce qui concerne un service de voix sur internet d'"ordinateur à ordinateur". Ce n'est pas un service de communications électroniques.

2.6 Synthèse des éléments de contexte communautaire

1. La double qualification entre prestataire de la société de l'information et fournisseur de services de communications électroniques est possible. Les travaux préparatoires des directives de 2002 traduisent une volonté de séparer la régulation des infrastructures des communications électroniques et celle des contenus. Ainsi, en règle générale, un prestataire de la société de l'information ne sera pas considéré comme un opérateur et ne sera pas soumis à une régulation

⁴⁰ ERG, *Common Position on VoIP*, décembre 2007, p. 21

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

visant les communications électroniques. Cependant la frontière entre les deux zones de régulation n'est pas totalement étanche. Le considérant 10 de la directive "cadre" confirme qu'un service de la société de l'information peut dans certains cas également être considéré comme un service de communications électroniques, soumis au cadre réglementaire, si le service consiste principalement en la transmission de signaux sur un réseau de communications électroniques.

2. Objectifs de l'article 8 de la directive "cadre" et respect de la proportionnalité. Lorsqu'une autorité de régulation nationale aborde la question de la définition d'un service ou d'un réseau de communications électroniques, l'autorité doit tenir compte des objectifs de l'article 8 de la directive "cadre", et du principe de la proportionnalité, recherchant s'il existe d'autres moyens moins intrusifs, tels que l'application du droit de la concurrence, qui permettrait d'atteindre les objectifs recherchés.

3. Réduction de la régulation sectorielle *ex ante*. Les travaux préparatoires de la directive "cadre", ainsi que les amendements de la réforme de 2009, confirment l'approche "déréglementaire" des directives, à savoir l'impératif de réduire voire éliminer la régulation sectorielle *ex ante* à chaque fois qu'il est possible de le faire.

4. Neutralité technologique. Le texte des directives ainsi que les travaux préparatoires confirment l'importance du principe de neutralité technologique dans l'appréhension des définitions.

5. Les "services associés" ne sont pas des services de communications électroniques. Introduite en 2009, la définition des "services associés" comprend notamment des services de conversion de numéros, de gestion de présence et de localisation. Cette catégorie pourrait inclure de nombreuses fonctions d'adressage fournis par des prestataires de la société de l'information pour faciliter la communication entre utilisateurs du service. Cependant la catégorie "services associés" n'est pas un sous-ensemble de la définition de services de communications électroniques. Il n'est donc pas possible de conclure qu'une personne qui fournit uniquement un service associé fournit également un service de communications électroniques.

6. Un consensus européen autour du traitement réglementaire de la voix sur IP. Un consensus européen s'est formé sur le fait que les services de voix sur internet "ordinateur à ordinateur" ne constituent pas des services de communications électroniques, contrairement aux services voix sur IP interconnecté avec le réseau téléphonique public qui constituent quant à eux des services de communications électroniques. Le débat européen sur la voix sur IP a fait émerger l'idée qu'il existe une pluralité de prestataires qui concourent à la production de certains services complexes accessibles via l'internet, et qu'il faut rechercher dans chaque cas de figure quel prestataire est responsable de la transmission de signaux pour pouvoir identifier le service de communications électroniques et son fournisseur.

3. LA NOTION D'OPERATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES EN DROIT FRANÇAIS

3.1 La définition d'opérateur au sens du Code des postes et des communications électroniques

Aux termes du Code des postes et des communications électroniques (CPCE), un opérateur de communications électroniques désigne

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

"toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques" (article L. 32, 15° CPCE).

Cette définition met en lumière les deux types d'activité que peut exercer un opérateur de communications électroniques. Ces activités consistent soit en l'exploitation d'un réseau de communications électroniques ouvert au public, soit en la fourniture au public d'un service de communications électroniques.

Afin de bien cerner en quoi consistent ces deux activités d'exploitation, d'une part, et de fourniture, d'autre part, il convient au préalable d'essayer de comprendre les notions de "réseau de communications électroniques ouvert au public" et de "services de communications électroniques".

3.2 La notion de "réseau de communications électroniques ouvert au public"

La notion de "réseau de communications électroniques ouvert au public" correspond à deux concepts définis dans le CPCE : celui de "réseau de communications électroniques" d'une part, celui de "réseau ouvert au public" d'autre part. Le concept de "réseau de communications électroniques" renvoie au phénomène technique d'acheminement de communications électroniques et est suffisamment large pour englober les réseaux internes de prestataires de services de l'internet. Cependant, ce n'est pas cette notion mais celle de "réseau ouvert au public", notion limitée aux réseaux utilisés pour la fourniture de services de communications électroniques au public, qui est déterminante concernant le statut d'opérateur et les droits et obligations qui y sont attachés.

(a) Réseau de communications électroniques

En premier lieu, un "réseau de communications électroniques" consiste en "toute installation ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion ainsi que, le cas échéant, les autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage". Des exemples de tels réseaux comprennent notamment "les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à l'acheminement de communications électroniques et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle" (article L. 32, 2° CPCE).

La définition de "réseau" se réfère ainsi à toute "installation"

- de transport ou
- de diffusion de communications électroniques, ainsi que
- d'autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage.

La directive "cadre" utilise le terme "système" au lieu du terme "installation" utilisé par le législateur français. Elle définit un "réseau de communications électroniques" comme :

*" les **systèmes** de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources, y compris les éléments de réseau qui ne sont pas actifs, qui permettent*

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise".

(i) La question des infrastructures passives

Qu'il s'agisse d'installations ou de systèmes, la définition est potentiellement large. En particulier, il n'est pas nécessaire de disposer d'un réseau au sens traditionnel, à savoir plusieurs équipements de transmission et de routage reliés entre eux par des supports de transmission tel que la fibre ou une liaison radio. Pris littéralement, la définition signifierait qu'un élément isolé de transmission constituerait un "réseau".

Ceci est confirmé par les commentaires de l'avocat général dans l'affaire iMEZ⁴¹ :

"Il appartient au Korkein hallinto-oikeus de déterminer si les "réseaux" d'iMEZ [des centres de messages SMSC et MMSC] relèvent de la définition que la directive "cadre" donne des "réseaux de communications publics". A cette fin, il convient d'évaluer leurs fonctionnalités et, en particulier, leur aptitude à la fourniture de services de communications au public ou, en tant que ressources associées, leur aptitude à soutenir ou développer la fourniture des dits services." [Passage entre crochets inséré par nous]

Ce passage des conclusions de l'avocat général Damaso suggère qu'un serveur SMS seul pourrait être considéré comme un réseau, ou tout au moins que l'autorité de régulation nationale dispose d'une marge d'appréciation sur ce point.

Il apparaît conforme au principe de proportionnalité de considérer qu'un réseau ne pourrait exister sans au moins un élément actif de transmission, de commutation ou de routage. Une fois cette condition *minima* remplie, la définition de réseau s'étendrait pour inclure les "ressources associées". Sans cette première condition, une personne qui exploiterait un pylône, des appuis aériens (EDF) ou des galeries souterraines (les égouts de Paris) serait considérée comme un opérateur de réseau de communications électroniques sans que cette personne ait nécessairement une activité de communications électroniques.

Notre approche semble être confirmée par un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 9 août 2000⁴². Dans cet arrêt, la Cour a jugé que les stipulations d'un contrat de concession confiant au concessionnaire « *le financement, la conception, la réalisation, la*

⁴¹ CJCE, *Affaire C-192/08 TeliaSonera Finland Oyj*, Conclusions de l'avocat général M. Damaso Ruiz-Colomer, 14 mai 2009

⁴² Cour administrative d'appel de Paris, 4ème chambre, 9 août 2000, n°00PA00871, inédit au recueil Lebon

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

maintenance et les extensions de l'infrastructure passive » et « la fourniture aux usagers, du service de connectivité optique s'appuyant sur l'infrastructure passive » n'avaient « pas pour objet de confier au concessionnaire la création et l'exploitation d'un réseau de télécommunications, dès lors que la fourniture d'un service de connectivité optique sur fibres nues, c'est-à-dire sans activation de la fibre par des équipements de transmission, n'est pas incluse dans la définition d'un tel réseau »⁴³.

Sur ce point néanmoins les autorités de régulation disposent selon nous d'une marge d'appréciation pour interpréter le terme "réseau" en fonction du contexte, des objectifs de régulation recherchés et du principe de proportionnalité.

Par ailleurs, il est clair que toute demande d'accès à un réseau par un opérateur comprend l'accès aux éléments passifs de ce réseau. Cela résulte tant des termes des articles 2 a) et 12 de la directive "accès", que de ceux du 8) de l'article L. 32 et D. 310 du CPCE. Il ne fait pas non plus de doute que l'ARCEP est compétente, au titre des articles L.36-8 du CPCE, pour connaître de règlement de différends entre deux opérateurs portant sur l'accès à des infrastructures passives associées à des réseaux de communications électroniques. L'ARCEP s'est ainsi reconnue compétente, dans une décision récente, pour trancher un litige relatif à l'accès de Numéricâble à l'infrastructure de génie civil de France Télécom⁴⁴.

En résumé, les infrastructures passives font bien partie d'un réseau de communications électroniques et peuvent par conséquent faire l'objet d'une demande d'accès. En revanche, une personne qui n'exploiterait que des infrastructures passives, sans aucun élément actif, ne serait pas selon nous un opérateur de communications électroniques.

(ii) Les équipements terminaux

Concernant les équipements terminaux, on serait tenté d'inclure dans la définition de réseau même un seul équipement terminal, tel qu'un modem ou un téléphone mobile. Cependant le considérant 8 de la directive 2002/21/CE écarte cette hypothèse :

"(8) La présente directive ne s'applique pas aux équipements qui relèvent du champ d'application de la directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité(10), mais couvre les équipements utilisateurs pour la télévision numérique."

⁴³ Bien que cet arrêt ait été rendu sous l'empire des textes applicables à l'époque, et se réfère donc à la notion de « réseau de télécommunications », la solution dégagée par la Cour administrative d'appel ne nous paraît pas remise en cause par l'évolution du cadre législatif.

⁴⁴ ARCEP, Décision n°2010-1179 se prononçant sur deux demandes de règlement de différend opposant, d'une part, la société France Télécom à la société NC NUMERICABLE, d'autre part, la société France Télécom à la société NUMERICABLE SAS, 4 novembre 2010

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Par ailleurs, la définition communautaire de réseau de communications public stipule désormais qu'il s'agit d'un réseau "permettant la transmission d'informations entre les points de terminaison du réseau." (article 2(d), directive "cadre" modifiée).

Le point de terminaison de réseau est défini dans la directive "cadre" modifiée :

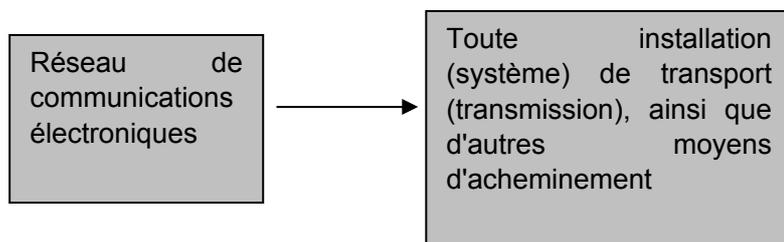
"point de terminaison du réseau" (PTR) : point physique par lequel un abonné obtient l'accès à un réseau de communications public ; dans le cas de réseaux utilisant la commutation et l'acheminement, le PTR est identifié par une adresse réseau spécifique qui peut être rattachée au numéro ou au nom de l'abonné"

Selon le considérant 6 de la directive "service universel", le point de terminaison du réseau marque la frontière de la compétence réglementaire en matière de réseaux et services :

"(6) Le point de terminaison du réseau représente, à des fins réglementaires, la limite entre le cadre réglementaire relatif aux réseaux et services de communications électroniques et la réglementation applicable aux équipements terminaux de télécommunication. La définition du lieu où se trouve le point de terminaison du réseau relève de l'autorité réglementaire nationale, agissant, le cas échéant, sur la base d'une proposition présentée par les entreprises concernées."

Par conséquent, les équipements terminaux ne seraient pas compris dans la définition de "réseau" au niveau communautaire.

Le CPCE admet cependant que certains appareils radioélectriques sont des "réseaux". L'article L. 36-6 4° permet à l'ARCEP de préciser les règles concernant "l'utilisation des réseaux mentionnés à l'article L. 33-3". L'article L. 33-3 couvre notamment des installations qui rendent inopérants des téléphones mobiles dans les salles de spectacles. Ces appareils isolés sont donc bien des "réseaux" au sens du CPCE.



Même si les ARN disposent d'une marge d'interprétation sur ce point, nous estimons qu'il faut au moins une installation de transmission, de diffusion, de commutation ou de routage pour constituer un réseau.

Les mots entre parenthèses proviennent de la directive "cadre"

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

(b) Réseau ouvert au public

Le terme "réseau ouvert au public" signifie "tout réseau de communications électroniques établi ou utilisé pour la fourniture au public de services de communications électroniques ou de services de communication au public par voie électronique" (article L. 32, 3° CPCE)

La définition communautaire rajoute les mots :

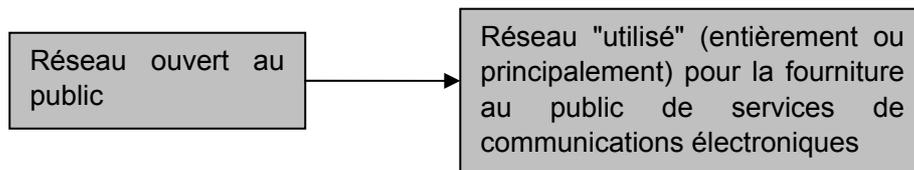
"utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public permettant la transmission d'informations entre les points de terminaison du réseau".

La modification de 2009 consiste en l'addition des mots "*permettant la transmission d'informations entre les points de terminaison du réseau*".

Comme indiqué précédemment, cette clarification sert à indiquer que les équipements terminaux ne sont pas inclus dans la définition de "réseau".

La définition française est large dans la mesure où selon cette définition tout réseau "utilisé" soit pour la fourniture au public de services de communications électroniques, soit pour la fourniture au public de services de communication au public par voie électronique est un réseau ouvert au public. Conformément au principe de lecture conforme, nous considérons cependant qu'il convient de lire la définition française à la lumière du texte communautaire et ainsi rajouter après le mot "utilisé" les mots "entièrement ou principalement"⁴⁵.

Contrairement au terme "entièrement" qui ne pose pas de problème d'interprétation, le terme "principalement" est plus difficile à appréhender. En effet, la directive "cadre" ne fournit aucun indice permettant de déterminer à partir de quel seuil un réseau serait "principalement" utilisé pour la fourniture de services de communications électroniques. Il appartient donc à l'ARCEP d'apprécier ce critère en tenant compte des circonstances d'espèce.



⁴⁵ CJCE, *Affaire 14/83 Von Colson et Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen*, Arrêt de la Cour 10 avril 1984, § 15 : "*En appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci*"

(c) Le concept d'exploitant

En droit communautaire, la notion d'opérateur est défini comme *"une entreprise qui fournit ou est autorisée à fournir un réseau de communications public ou une ressource associée"* (article 2 (c) de la directive "accès").

En droit français, le CPCE définit un opérateur comme étant un "exploitant" d'un réseau ouvert au public. Le terme "exploiter" n'est défini ni dans le CPCE, ni dans la directive "cadre". La directive "cadre" n'utilise pas le terme "exploitant" mais plutôt le terme "fournisseur" d'un réseau ouvert au public. Selon la directive "cadre", le terme "fourniture d'un réseau de communications électroniques" consiste en :

"la mise en place, l'exploitation, la surveillance ou la mise à disposition d'un tel réseau"

Le CPCE utilise à l'article L. 33-1 le terme "établir et exploiter", alors qu'à d'autres endroits le code utilise seulement le terme d'exploitation. Par exemple, l'article L. 36-6 1° qui autorise l'ARCEP à adopter des règles en application de l'article L. 33-1 se réfère uniquement à des règles concernant "l'exploitation" de réseaux, alors que l'article L. 33-1 du CPCE couvre l'exploitation et l'établissement de ceux-ci.

La définition communautaire de "fourniture" couvre à la fois la "mise en place" (donc l'établissement), "l'exploitation", "la surveillance" et la "mise à disposition".

Dans les travaux préparatoires de la loi du 9 juillet 2004, nous n'avons pas identifié de la part du législateur français l'intention de s'écarter de la définition européenne sur ce point.

L'appréhension du terme "exploitant d'un réseau ouvert au public" à la lumière du terme communautaire de "fournisseur d'un réseau ouvert au public" conduirait à qualifier d'"exploitant d'un réseau ouvert au public" toute personne physique ou morale qui met en place, exploite, surveille ou met à disposition un tel réseau.

Cependant, inclure dans la notion "d'exploitation" d'un réseau la "mise en place" de ce réseau pourrait conduire à des situations anormales, notamment une situation où un simple installateur, sans responsabilité pour le fonctionnement des éléments actifs du réseau, serait considéré comme opérateur. Un tel résultat ne serait pas souhaitable en application du principe de proportionnalité. Par conséquent, le terme "exploiter" devrait selon nous exiger un certain niveau de contrôle des éléments actifs du réseau. Cette conclusion ne découle pas directement d'une jurisprudence ou recommandation européenne, mais de l'application du principe de proportionnalité à un cas concret. Les autorités de régulation disposent d'une marge de manœuvre sur le sujet.

Le statut d'exploitant est indépendant de la propriété des "installations". Il suffit que l'exploitant maîtrise les éléments à travers un contrat de location, par exemple. Ceci est confirmé par le considérant 3 de la directive "accès" qui précise qu'un opérateur *"peut être propriétaire du réseau ou des ressources sous-jacentes ou locataire d'une partie ou de la totalité d'entre eux"*.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

3.3 La notion de "services de communications électroniques"

(a) Comparaison des définitions française et communautaire

En droit français, les "services de communications électroniques" sont définis dans le Code comme :

"les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques. Ne sont pas visés les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique" (article L. 32 6° CPCE).

Le terme de "communications électroniques" désigne quant à lui :

"les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique" (article L. 32 1° CPCE).

Il est donc possible de définir les "services de communications électroniques" comme les prestations consistant entièrement ou principalement en l'émission, la transmission ou la réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique.

En droit communautaire, le "service de communications électroniques" est défini comme :

"le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus ; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1^{er} de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques"

La comparaison entre les définitions française et communautaire appelle les remarques suivantes :

- La définition communautaire se réfère uniquement à la transmission de signaux, là où la définition française inclut les phénomènes d'émission, de transmission et de réception de signaux.
- En outre, la définition communautaire fait référence à un service "fourni normalement contre rémunération", cette notion de rémunération étant apparemment absente de la définition française.

Il convient tout d'abord de préciser ce qui doit être compris par la notion de rémunération (i) en droit communautaire. Nous développerons ensuite la notion de responsabilité (ii), la notion de fourniture au public (iii) puis celle de transmission de signaux (iv).

(b) La notion de rémunération

La CJUE est venue préciser les contours de cette notion de rémunération. Elle l'a fait à propos des services audiovisuels, ces services ne constituant pas des services de communications électroniques mais tout au moins des services au sens de l'article 57 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Aux termes de cet article,

"sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.

Les services comprennent notamment :

- des activités de caractère industriel,*
- des activités de caractère commercial,*
- des activités artisanales,*
- les activités des professions libérales."*

"Normalement contre rémunération" fait donc partie intégrante de la notion de "service" en droit communautaire et traduit le concept de services au titre d'une activité économique par opposition aux services rendus au titre d'une activité privée. Dans ses arrêts *Sacchi*, *Debauve* et *Bond van adverteerders*⁴⁶, la CJUE a précisé que les services audiovisuels constituaient bien des services au sens du Traité, et ce même s'ils sont fournis par des organismes publics ou lorsque le destinataire du service ne paie pas de contrepartie au prestataire. Dans ces arrêts, la principale interrogation concernait le point de savoir comment le critère de rémunération du service devait être interprété.

En effet, dans le cas des émissions de télévision, la rémunération des entités qui organisent la diffusion de ces émissions peut être assurée soit au moyen du produit des redevances payées par les téléspectateurs soit au moyen des revenus provenant des messages publicitaires que ces entités diffusent par ailleurs. La rémunération du service ne provient donc pas, de fait, directement des téléspectateurs. Elle est indirecte. Or l'esprit du Traité est d'exclure de la notion de service toutes les prestations qui sont assurées en dehors du cadre d'une activité économique, à titre gratuit. L'élément décisif est donc que la prestation doit être normalement rémunérée, directement ou indirectement. C'est ce raisonnement qui doit être appliqué, à l'exclusion de toute recherche de l'origine de la rémunération. Peu importe que la prestation de service soit directement ou seulement indirectement rémunérée par le bénéficiaire.

Dans les arrêts *Sacchi* et *Debauve*, la Cour a décidé que le message télévisé constitue par nature un service, que ce soit une émission ou un message publicitaire. Dans l'arrêt *Bond van adverteerders*, la Cour a précisé que l'émission de programmes télévisés implique deux services distincts. Le premier

⁴⁶ CJCE, *Affaire n° C-155/73 Giuseppe Saachi*, 30 avril 1974 ; CJCE, *Affaire n° C-52/79 Procureur du Roi c. Marc J.V.C. Debauve et autres* (arrêt dit "Debauve"), 18 mars 1980 ; CJCE, *Affaire 352/85 Bond Van Adverteerders et autres c/ État néerlandais*, Arrêt de la Cour, 26 avril 1988

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

est celui que rendent les exploitants de câbles aux émetteurs. Les exploitants se rémunèrent alors sur les redevances qu'ils perçoivent sur leurs abonnés. Le second est celui que rendent les émetteurs aux publicitaires. Les émetteurs sont alors rémunérés directement par les publicitaires.

On peut conclure par conséquent que le concept d'un service rendu "normalement contre rémunération" doit avoir une interprétation large.

(c) La notion de responsabilité

S'agissant d'un service rendu normalement contre rémunération, la prestation de service de communications électroniques constituera dans la plupart des cas un contrat synallagmatique à titre onéreux, par lequel le prestataire s'engage à fournir une prestation de transmission de signaux et le client s'engage à payer cette prestation. Pour être valable, un tel contrat doit s'appuyer sur une prestation déterminée, et une responsabilité du prestataire pour la réalisation de cette prestation. En cas d'absence totale d'engagement par le prestataire, le contrat serait nul pour absence de cause. L'existence d'un engagement, et une responsabilité pour le service, est une condition essentielle à la validité du contrat et, partant, à l'existence d'un "service" au sens de la directive cadre et de l'article L. 32 du CPCE. Dans l'arrêt Chronopost⁴⁷, la Cour de Cassation a estimé qu'une clause limitative de responsabilité "qui contredisait la portée de l'engagement pris devait être réputée non écrite". Cet arrêt confirme qu'une absence d'engagement signifie absence de contrat, ce qui signifie dans notre cas absence de service.

Le concept de "service fourni normalement contre rémunération" nécessite un engagement par le prestataire, donc forcément une responsabilité. En cas d'absence totale de responsabilité, il ne s'agirait plus d'un service rendu au sens de la directive "cadre" et du CPCE.

En échange de la rémunération perçue, le prestataire de service est tenu de certaines obligations vis-à-vis du bénéficiaire. Il est en particulier tenu de lui fournir un service devant remplir certains critères de qualité.

Ainsi, le Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris a, dans un arrêt UFC Que Choisir contre Free, condamné le fournisseur d'accès à internet Free à indemniser certains de ses utilisateurs. En l'espèce, plusieurs abonnés ayant subi des interruptions de leur connexion à internet ou n'ayant pas réussi à faire fonctionner, ces derniers avaient décidé de suspendre leurs versement ou de résilier leur abonnement auprès du fournisseur d'accès à internet. Le TGI de Paris leur a donné raison au motif que "la société Free ne démonstr[ait] pas que son obligation de résultat n'a[vait] pu être satisfaite en raison d'un fait exonératoire"⁴⁸. Cela a été confirmé par la Cour d'appel de Paris⁴⁹.

(d) Fourniture d'un service "au public"

L'article 14-2 de la Convention de Vienne⁵⁰ dispose qu'"une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation

⁴⁷ Cass. Civ., 1^{ère}, *Chronopost*, 22 octobre 1996

⁴⁸ TGI Paris, *Free c/ UFC-Que Choisir*, 26 juin 2007

⁴⁹ CA Paris, *Free c/ UFC-Que Choisir*, 11 juin 2010

⁵⁰ *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 11 avril 1981

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

à l'offre, à moins que la personne qui ait fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire". La Convention de Vienne semble faire du caractère indéterminé du groupe de personnes auquel est adressée l'offre le critère de qualification d'une offre faite au public, par opposition à une offre faite à une personne déterminée.

La doctrine française semble avoir adopté la même approche puisqu'il est traditionnellement considéré que *"l'offre peut être adressée à une ou plusieurs personnes déterminées ou au public"*⁵¹.

Dans ses lignes directrices de 2005, l'Autorité précise que :

"En conséquence, le "groupe fermé d'utilisateurs" se définit comme un ensemble de personnes physiques ou morales utilisant un service de communications électroniques dans le cadre de réseaux non connectés à tout autre réseau.

*Est également un GFU un ensemble de personnes physiques ou morales constituant une communauté d'intérêt expressément identifiable par sa stabilité, sa permanence et son antériorité à l'usage effectif de ce service de communications électroniques."*⁵²

L'ARCEP ajoute également que *"la conformité d'un ensemble de personnes à la notion de groupe fermé d'utilisateurs (GFU) ainsi définie est appréciée au cas par cas par l'Autorité en tenant compte des missions qui lui sont dévolues"*.

La question qui se pose est alors de savoir quels sont les critères permettant de définir ce qu'il faut entendre par "personne déterminée". La notion est loin d'être clairement définie par la jurisprudence et par la doctrine, mais certains arrêts et articles permettent déjà de mettre en évidence deux critères : la publicité⁵³ et le nombre de personnes à qui est adressée l'offre de service⁵⁴.

En conclusion, on peut considérer qu'un service doit être considéré comme "fourni au public" s'il est fourni ouvertement sur le marché et non simplement à un groupe d'utilisateurs prédéterminé. Cela implique qu'il soit ouvert à toute personne disposée à payer pour ce service et à respecter les conditions de sa fourniture. Le nombre d'utilisateurs du service peut constituer un indice du caractère ouvert au public ou non du service, sans qu'il soit toutefois possible de retenir la qualification sur ce seul fondement.

(e) "Transmission de signaux"

(i) Qu'est-ce qu'un signal?

Un "signal" est un moyen de véhiculer de l'information.

⁵¹ F. Terre, P. Simler, T. Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, Dalloz, 9^{ème} édition, p. 122

⁵² ART, *Décision n°05-0208 portant adoption des lignes directrices relatives à la définition de "groupe fermé d'utilisateurs (GFU)" dans le nouveau cadre réglementaire*, 15 mars 2005, p. 5

⁵³ F. Terre, P. Simler, T. Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, Dalloz, 9^{ème} édition, p. 122

⁵⁴ F. Terre, P. Simler, T. Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, Dalloz, 9^{ème} édition, p. 122

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Signal - Représentation physique, généralement électrique, d'une information en cours de transmission⁵⁵.

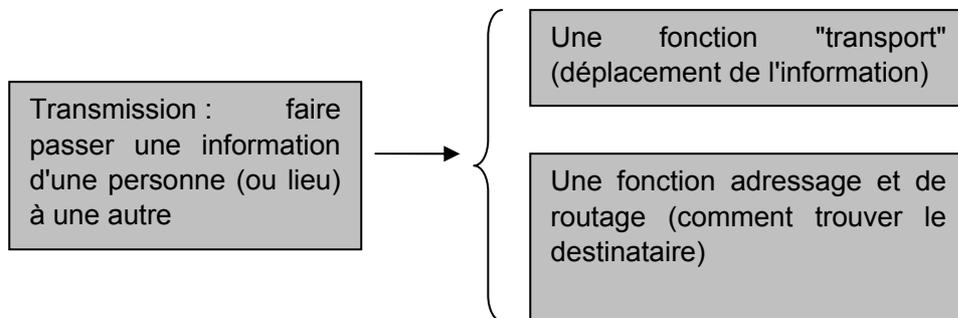
Au sens large, un signal pourrait être l'information transmise au cours d'une communication électronique. Dans une acception plus étroite, un signal serait uniquement le signal porteur de la transmission, à savoir les impulsions électromagnétiques étroitement liées à la fonction de transport.

(ii) Qu'est-ce qu'une transmission?

Le service rendu normalement contre rémunération est l'acte de transmettre le signal. Le terme "transmettre" implique généralement l'existence de deux points :

Transmission - Sur un réseau de télécommunications, la fonction de transmission assure le transport des informations sur le réseau d'un point à un autre de ce réseau. Les supports de cette transmission peuvent être des câbles en cuivre ou en fibre optique, mais également des faisceaux hertziens⁵⁶.

La transmission consiste à faire passer une information d'une personne (ou machine) à une autre. Elle nécessite ainsi deux fonctions : la fonction de transport d'une part, et la fonction d'adressage et de routage d'autre part, c'est-à-dire le système nécessaire pour livrer l'information au bon endroit.



Il convient de noter que dans le cadre de la réforme du cadre réglementaire français en 2002 le législateur n'a pas eu l'intention d'étendre la notion de communications électroniques à de nouveaux domaines. Comme l'exprime les travaux parlementaires, la notion de services de communications électroniques recouvre à l'identique celle de services de télécommunications :

⁵⁵ Lexique des termes et acronymes des réseaux & télécommunications - Hervé Frenot - Edition 08/2010
<http://lexique.reseaux.free.fr>

⁵⁶ Glossaire de l'ARCEP
[http://www.arcep.fr/index.php?id=2146&tx_gsartglossary_pi1\[lettre\]=T&tx_gsartglossary_pi1\[toutes_initiales\]=0&tx_gsartglossary_pi1\[toutes_langues\]=0&cHash=4970c096c9](http://www.arcep.fr/index.php?id=2146&tx_gsartglossary_pi1[lettre]=T&tx_gsartglossary_pi1[toutes_initiales]=0&tx_gsartglossary_pi1[toutes_langues]=0&cHash=4970c096c9)

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

*"Le premier paragraphe remplace l'actuelle définition de "télécommunications" par la définition de "communications électroniques", qui consiste pareillement en toute émission, transmission ou réception, de signes, signaux, écrits, images ou sons par voie électromagnétique. Contrairement à l'ancienne, la nouvelle définition ne détaille pas les différents systèmes électromagnétiques (fil, optique, radioélectricité...) permettant cette transmission d'information. En se cantonnant à indiquer que la transmission se fait par "voie électromagnétique", la nouvelle définition garde un degré de généralité technique qui lui permet d'englober toutes les technologies existantes, ou même à venir, de transmission. Mis à part cette légère nuance, rien ne distingue sur le fond la précédente définition de la nouvelle, ici proposée, **ce qui permet de conclure à l'identité des télécommunications et des communications électroniques**"⁵⁷. (surligné par nous)*

Ce rapport parlementaire permet également d'éclairer la notion de service de communications électroniques en droit français:

*Par ailleurs, vos rapporteurs relèvent la relative imprécision de la rédaction actuelle qui vise la "fourniture" de communications électroniques, ce qui n'est pas très explicite et pourrait laisser croire qu'il s'agit de fournir les "signes, signaux, écrits, images ou sons" (conformément à la définition figurant au paragraphe 2). Or c'est à l'éditeur que revient le soin de fournir les contenus transportés, **le prestataire de services de communications électroniques ayant quant à lui pour mission de transporter ces contenus**. D'ailleurs, l'ancienne définition des "services de télécommunications" faisait explicitement référence à la transmission ou à l'acheminement de signaux." (surligné par nous)*

Pour le législateur français, le service de communications électroniques revient surtout à **assurer le transport de contenus**.

(iii) La fonction d'adressage

Conceptuellement, la prestation de transmission de signaux pourrait se diviser en deux parties comme nous l'avons vu au (ii) ci-dessus. La première partie consiste en le simple déplacement ou transport de l'information.

La deuxième fonction consiste en l'aiguillage des informations de manière à ce qu'elles arrivent à leur destination. Les systèmes d'aiguillage consistent en un système d'adressage et puis un système de routage qui sait reconnaître les adresses et réagir sur l'acheminement de l'information. Dans les réseaux IP, qu'il s'agisse de l'internet public ou de réseaux de nouvelle génération (NGN), la couche transport est séparée de la couche services. Une partie des fonctions d'adressage est située

⁵⁷

P. Hérisson, B. Sido, sénateurs, *Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, 30 mars 2004, p. 25

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

au niveau de la couche services. Sans la fonction d'adressage, une transmission de signaux ne peut être effectuée. La fonction d'adressage devient donc une condition nécessaire mais non suffisante pour une prestation de "transmission de signaux". Peut-on aller jusqu'à dire qu'un prestataire qui ne fournit que la prestation d'adressage fournit un service de transmission de signaux ? Si la réponse est oui, il serait possible de considérer de nombreux acteurs de l'internet comme des fournisseurs de services de communications électroniques. Ces acteurs n'ont généralement aucun rôle dans le transport de l'information. Ce transport est effectué par les opérateurs de réseaux de l'internet. En revanche, ces fournisseurs de services gèrent souvent des informations qui sont nécessaires pour trouver le destinataire de la transmission. Par exemple certains fournisseurs de services de voix sur internet vont maintenir une base de données en constante évolution qui indique les utilisateurs du service qui sont actuellement connectés à l'internet avec l'adresse IP de ces utilisateurs. Cela permet à un utilisateur "A" d'appeler un utilisateur "B" en utilisant le logiciel voix sur internet. Si l'entité qui remplit cette fonction indispensable d'adressage était considérée comme un fournisseur de services de communications électroniques, cela représenterait un changement par rapport à l'approche traditionnelle qui est de dire qu'un fournisseur de services de communications électroniques doit contrôler le transport de l'information. L'avantage d'utiliser la fonction d'adressage comme un critère pour la définition de communications électroniques est que cela permettrait aux autorités de régulation d'évoluer en même temps que la technologie. C'est un des objectifs du législateur communautaire dans les directives de 2002. Le cadre réglementaire doit être suffisamment souple et robuste pour appréhender de nouvelles technologies. Sans cette extension du concept de communications électroniques, le champ d'intervention des autorités de régulation se réduira, la plupart des services de communications innovants se situant essentiellement au niveau de la couche services. Une telle approche serait également cohérente avec le principe de neutralité technologique, car on regarderait les caractéristiques essentielles du service pour l'utilisateur final et non le moyen technologique utilisé par le prestataire pour fournir ce service.

Cependant, considérer la fonction d'adressage comme un service de communications électroniques n'est pas cohérent avec les définitions de la directive "cadre", telles que modifiée en 2009.

Dans la directive "cadre" modifiée, le législateur communautaire a introduit en 2009 le concept de "services associés".

ebis) "services associés", les services associés à un réseau de communications électroniques et/ou à un service de communications électroniques, qui permettent et/ou soutiennent la fourniture de services via ce réseau et/ou ce service ou en ont le potentiel, et comprennent notamment la conversion du numéro d'appel ou des systèmes offrant des fonctionnalités équivalentes, les systèmes d'accès conditionnel et les guides électroniques de programmes, ainsi que d'autres services tels que ceux relatifs à l'identité, l'emplacement et l'occupation".

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Les services associés comprennent notamment la conversion du numéro d'appel ou des systèmes offrant des fonctionnalités équivalentes, et des services relatifs à l'identité, l'emplacement et l'occupation des personnes. Pour les fournisseurs de services *via* l'internet, les services d'adressage sont généralement assimilables à des "services associés". Or, comme nous l'avons vu plus haut, les "services associés" ne peuvent être inclus dans la définition communautaire de services de communications électroniques.

Considérer un service d'adressage comme un service de communications électroniques irait également à l'encontre de l'idée selon laquelle un service de communications électroniques consiste dans le transport d'informations⁵⁸. Par conséquent, nous considérons qu'un service d'adressage ne peut, à lui seul, constituer un service de communications électroniques mais qu'il doit nécessairement être associé à un service de transport.

(f) Le service consiste "entièrement ou principalement"

La question de la caractéristique principale de la prestation posera problème en présence de prestations composites. Comme nous l'avons vu ci-dessus, une prestation livrée *via* l'internet nécessite souvent le concours d'au moins deux prestataires: le fournisseur d'accès à internet et un autre prestataire qui fournit généralement une application, un service ou un contenu.

Pour déterminer si la transmission de signaux est l'élément principal du service, il convient d'analyser la situation de chaque prestataire en termes de responsabilité contractuelle envers son client. La transmission de signaux fait-elle partie des obligations essentielles⁵⁹ de ce prestataire, de sorte que, si le prestataire tentait de s'exonérer de toute responsabilité pour cette transmission, cela viderait le contrat de sa cause⁶⁰? Si la transmission de signaux constitue une obligation essentielle du prestataire envers son client en termes contractuels, la prestation consistera "principalement" en la transmission de signaux. En revanche, si le prestataire n'est pas responsable envers son client de la prestation de transmission, ou pourrait facilement s'exonérer de toute responsabilité à l'égard de cette prestation, la transmission ne serait pas un élément principal de la prestation, mais plutôt un élément accessoire.

Par exemple, un prestataire de services d'hébergement et de calcul à distance (*cloud computing*) effectuera des transmissions de signaux entre ses propres centres d'hébergement afin de garantir en interne une redondance et une accessibilité de meilleure qualité pour le client. Cependant, à l'égard du client, cette transmission ne fait pas partie de l'objet du contrat, qui est de fournir un

⁵⁸ P. Hérisson, B. Sido, sénateurs, *Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, 30 mars 2004, p. 25

⁵⁹ Cass. com., *Oracle France c/ Faurecia Sièges d'automobiles*, 13 février 2007 : "Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait, d'abord, constaté que la société Oracle s'était engagée à livrer la version V 12 du progiciel, objectif final des contrats passés en septembre 1999 et qu'elle n'avait exécuté cette obligation de livraison ni en 1999 ni plus tard sans justifier d'un cas de force majeure, puis relevé qu'il n'avait jamais été convenu d'un autre déploiement que celui de la version V 12, ce dont il résulte un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé." Aux termes de cet arrêt, l'obligation essentielle est définie comme "l'objectif final du contrat"

⁶⁰ Cass. civ., 1^{ère}, *Chronopost*, 22 octobre 1996

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

stockage et une puissance de calcul à distance, accessible par internet. En cas de problème de transmission entre l'internaute et le serveur du prestataire *via* l'internet, la responsabilité du fournisseur d'accès sera engagée, non celle du prestataire d'hébergement.

La recherche des liens de responsabilité et la ou les obligations essentielles de chaque prestataire aide à déterminer si la transmission de signaux est un élément principal du contrat en cause. S'il n'existe aucune responsabilité pour l'aspect transmission de signaux, cela signifie soit que la transmission de signaux n'est qu'un élément accessoire, non-essentiel, de la prestation, soit qu'un autre prestataire en est responsable. Dans ce dernier cas, c'est l'autre prestataire qui fournit le service de communications électroniques.

Pour déterminer si un service consiste "principalement" en la transmission de signaux, il faut identifier le prestataire en cause et évaluer le niveau de sa responsabilité. Si le prestataire n'est pas responsable pour la transmission, ou si une clause écartant sa responsabilité pour la transmission serait considérée nulle parce qu'elle contredirait une obligation essentielle du contrat, le service sera considéré comme consistant "principalement" en la transmission de signaux.

3.4 La situation des prestataires de la société de l'information

Le terme "prestataire de la société de l'information" n'est pas défini en droit français, mais a une signification précise en droit communautaire. Il s'agit de :

"tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

Aux fins de la présente définition, on entend par :

- les termes "à distance" : un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes,

- "par voie électronique" : un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques,

-"à la demande individuelle d'un destinataire de services" : un service fourni par transmission de données sur demande individuelle.

Une liste indicative des services non visés par cette définition figure à l'annexe V. La présente directive n'est pas applicable :

- aux services de radiodiffusion sonore,

- aux services de radiodiffusion télévisuelle visés à l'article 1er, point a), de la directive 89/552/CEE ^{n°61}.

⁶¹ Directive 98/34/CE, article 1^{er}

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Même si en droit français il n'existe aucune définition de "services de la société de l'information", deux termes s'en rapprochent :

Le terme **communication au public par voie électronique**, qui signifie :

*"toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée."*⁶²

Le terme **communication au public en ligne**, qui signifie :

*"toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur."*⁶³

La communication au public par voie électronique signifie la "mise à disposition" d'information, alors que la communication au public en ligne signifie la "transmission" d'information.

Les deux types de service pourraient bien constituer un "service de la société de l'information" au sens communautaire, puisque ce dernier terme ne tire aucune distinction entre la "mise à disposition" et la "transmission" de l'information. Le service de la société de l'information est plus large, puisqu'il inclut "tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle". Le "service" en question pourrait être aussi bien la mise à disposition de l'information (une "communication au public par voie électronique") que la transmission de l'information (une "communication au public en ligne").

La définition française de "service de communications électroniques" exclut expressément "les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique"⁶⁴. La définition communautaire exclut, quant à elle, "les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus", ainsi que les "services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques."⁶⁵

Le considérant 10 de la directive "cadre" précise bien qu'une personne peut avoir à la fois une activité de services de la société de l'information et une activité de services de communications électroniques :

*"La même entreprise, par exemple un prestataire de services internet, peut proposer à la fois un service de communications électroniques, tel que l'accès à l'internet, et des services non couverts par la présente directive, tels que la fourniture de contenus sur la toile."*⁶⁶

⁶² Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 2

⁶³ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, article 1^{er}

⁶⁴ CPCE, article L. 32.6°

⁶⁵ Directive "cadre", article 2(c)

⁶⁶ Directive "cadre", considérant 10

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

La définition française exclut les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique, mais elle n'exclut pas les entreprises qui fournissent de tels services.

Nous concluons par conséquent que malgré la différence de terminologie utilisée dans la définition française et communautaire, le sens du texte français est le même qu'en droit communautaire, à savoir que les activités d'édition, de mise à disposition et de distribution de contenus sont exclues de la définition de "services de communications électroniques". En revanche un service qui consisterait principalement en la transmission de signaux serait inclus dans la définition, même si le prestataire a également une activité de mise à disposition de contenus qui serait exclue. Cette analyse est confortée par le choix du législateur français d'exclure seulement les activités de communication au public par voie électronique, activité qui consiste seulement en la mise à disposition d'informations, et non la transmission de celles-ci. Si le législateur français avait exclu les activités de communication au public en ligne, activité qui consiste expressément en la transmission d'information, la situation aurait été plus compliquée.

3.5 Conclusions concernant la notion d'opérateur de communications électroniques

1. Un réseau doit inclure au départ un élément actif de transmission, de commutation ou de routage. La définition d'opérateur de réseau en droit français est large et inclut toute personne qui détient un "moyen" assurant l'acheminement de communications électroniques. Nous estimons cependant qu'un réseau devrait au départ au moins inclure un élément actif de transmission, de commutation ou de routage et qu'une fois cette condition remplie, d'autres éléments, notamment des éléments passifs, seraient alors inclus dans le réseau et pourraient faire l'objet de demandes d'accès. L'ARCEP dispose d'une marge d'appréciation sur ce point. La question de la qualification initiale d'un réseau de communications électronique est différente de celle de l'accès aux éléments de réseau d'un opérateur. L'exploitant d'un réseau de communications électroniques pourrait être contraint dans certains cas à donner accès aux infrastructures passives de celui-ci.

2. Un service de communications électroniques consiste essentiellement en un service de transport. Les travaux parlementaires de la loi du 9 juillet 2004 indiquent que la définition de "services de communications électroniques" devait avoir la même signification que la notion de "services de télécommunications" existant avant cette réforme. Ces travaux confirment également qu'un service de communications électroniques est un service de transport d'informations.

3. Un service d'adressage, sans transport, n'est pas un service de communications électroniques. En droit français, comme en droit communautaire, l'hypothèse selon laquelle un simple service d'adressage, sans transport, pourrait à lui seul constituer un service de communications électroniques semble devoir être écartée.

4. La notion de rémunération est implicitement présente dans la définition française des "services de communications électroniques". Contrairement à la définition communautaire, la définition française de "services de communications électroniques" ne fait aucune référence au fait que ces services doivent être fournis "normalement contre rémunération". Cependant, les termes "fournis normalement contre rémunération" apparaissent dans la définition communautaire et plus généralement dans la définition du concept de "services" en application de l'article 57 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. Nous estimons par conséquent que le concept

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

de "services de communications électroniques" en droit français devrait être apprécié à la lumière de cette définition communautaire et inclure la notion de rémunération. Il convient de souligner que cette rémunération peut aussi bien être directe qu'indirecte.

5. Le prestataire responsable pour la transmission de signaux est l'"opérateur". En droit des obligations, la fourniture d'un service s'accompagne d'un engagement par le prestataire de fournir ce service. Cela se traduit par une responsabilité de sa part si le service n'est pas fourni. Dans l'hypothèse où il existe plusieurs prestataires et plusieurs services fournis en même temps pour livrer un service complexe accessible via l'internet, la recherche du responsable de la transmission des signaux permettrait d'identifier le prestataire qui fournit le service de communications électroniques et ainsi d'écarter ceux qui fournissent des services de la société de l'information ne relevant pas du cadre réglementaire.

6. Le double statut prestataire de la société de l'information / opérateur de communications électroniques est possible en droit français. En droit français, comme en droit communautaire, un prestataire de la société de l'information est généralement considéré comme un fournisseur de contenus non soumis au cadre réglementaire des communications électroniques. Cependant, dans certains cas, il est possible pour un prestataire de la société de l'information d'être également qualifié de fournisseur de services de communications électroniques, si sa prestation consiste également en la fourniture d'un service de transmission de signaux.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

4. BENCHMARKS EUROPÉENS

4.1 Royaume-Uni

Aux termes de la section 32(2) du *Communications Act* de 2003, un service de communications électroniques désigne "un service consistant en, ou dont la caractéristique principale réside dans l'acheminement de signaux au moyen d'un réseau de communications électroniques, sauf dans la mesure où il s'agit d'un service de contenu"⁶⁷. Pour l'autorité réglementaire anglaise, l'Ofcom, un service sera donc qualifié de service de communications électroniques si, sans considération de l'aspect "contenu" du service, la caractéristique principale du service réside dans l'acheminement de signaux. Si, au contraire, la caractéristique principale du service réside dans le contenu des signaux, et non dans l'aspect "acheminement" de ces signaux, il s'agira d'un service de contenu. D'un point de vue pratique l'Ofcom divise les services de communications électroniques en trois catégories (services basiques, services avancés et services augmentés) selon les ressources de réseau et les fonctions additionnelles que le service requiert, ainsi que s'il implique une activité de traitement, manipulation ou stockage de contenu.

Les services augmentés, services qui impliquent une interaction avec le traitement et le stockage de contenu (contrairement aux services basiques et avancés) peuvent constituer des services de communications électroniques s'ils consistent entièrement ou principalement en la fourniture de signaux. Des exemples de tels services sont les appels téléphoniques utilisant des réponses vocales interactives, les e-mails par le biais de serveurs e-mails, et les services vocaux au travers des serveurs de messagerie vocale.

En revanche, l'Ofcom ne considère pas que des services tels que la fourniture de services bancaires sur internet ou de pari en ligne devraient être regardés comme des services de communications électroniques. Ceci s'explique par le fait que, dans le cas de ces services, la fourniture d'informations constitue le cœur du service, l'acheminement de signaux ne représentant qu'un aspect mineur de celui-ci. Toutefois, ces services qui ne sont pas considérés comme "consistant entièrement ou principalement en l'acheminement de signaux" reposent généralement sur un service d'acheminement de signaux sous-jacent, qualifié de service de communications électroniques. L'Ofcom cite la vente à distance comme exemple. Concernant l'acteur considéré être la partie fournissant le service de communications électroniques, cette évaluation est réalisée au cas par cas en prenant en compte la relation contractuelle entre les acteurs.

Un service de communications électroniques ouvert au public signifie que ce service est ouvert à n'importe qui désireux de payer pour ce service et disposé à se conformer aux conditions de sa fourniture. Un service limité à un groupe restreint d'individus et de clients identifiables n'est pas un service ouvert au public. Le nombre de clients auxquels le service est fourni ne peut pas à lui seul indiquer si ce service est ou non ouvert au public. Un service qui ne sert qu'un seul client pourrait être considéré comme "ouvert au public" si les conditions sont satisfaites. A l'inverse, un service fourni à un nombre important d'utilisateurs ne sera pas nécessairement ouvert au public. Les restrictions géographiques sont considérées comme non pertinentes dans ce contexte. Ce qui est décisif dans l'évaluation de savoir si un service est ou non ouvert au public est le fait que

⁶⁷ *Communications Act, Section 32 (2) : "Electronic communications service means a service consisting in, or having as its principal feature, the conveyance by means of an electronic communications network of signals, except in so far as it is a content service".*

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

l'accès au groupe de clients potentiels n'est pas possible pour tout le monde, mais dépend d'une relation antérieure entre le fournisseur et le client. L'autorité britannique conclut que la façon dont le service est *marketé* peut fournir des indications en cas de difficultés dans l'évaluation.

Pour l'Ofcom, un réseau de communications électroniques réside en premier lieu dans un système de transmission. Ce système de transmission peut très bien consister en rien de plus qu'un simple transmetteur utilisé pour l'acheminement de signaux et il n'est pas nécessaire d'être en présence à la fois d'un transmetteur, d'un medium de transmission et d'un récepteur. En outre, les éléments utilisés afin de permettre l'acheminement de signaux tels que les appareils de routage et de commutation de signaux, ou utilisés pour le stockage de données, ne constituent pas des éléments centraux de la définition. S'ils sont présents, ils formeront une partie d'un réseau de communications électroniques.

4.2 Allemagne

L'autorité réglementaire allemande, la BNetzA, considère que les services de courriers électroniques sont des services de communications électroniques. En ce qui concerne les services de voix sur IP, la BNetzA considère que les services de type "logiciel à logiciel" ne sont pas des services de communications électroniques, mais que, dès lors que le service est interconnecté avec le réseau public téléphonique, le service de voix sur IP devient un service de communications électroniques. La BNetzA a récemment réexaminé le statut des services de voix sur IP de type "logiciel à logiciel" dans le contexte du blocage par certains opérateurs mobiles de ses applications. La BNetzA s'est demandée à cette occasion si elle pouvait intervenir pour mettre fin à ces blocages. Dans la mesure où le service bloqué est un logiciel, et non un service de communications électroniques, la base légale d'une intervention paraissait difficile, d'autant plus que le fournisseur du service "logiciel" ne souhaitait pas forcément se voir reconnaître le statut de fournisseur de communications électroniques.

En ce qui concerne la messagerie instantanée, elle est considérée comme un service de type "logiciel à logiciel", et n'est pas un service de communications électroniques. En ce qui concerne le statut des réseaux de distribution de contenus (CDNs), ainsi que les services de calcul et de stockage à distance (cloud computing), la BNetzA n'a pas eu l'occasion de se pencher sur cette question.

En Allemagne, un revendeur est considéré comme un fournisseur de services de communications électroniques, car il contracte en vue de la fourniture du service avec l'utilisateur final. En ce qui concerne les opérateurs gérant des systèmes de présence fondés sur le protocole SIP, BNetzA ne refuse pas, d'une manière générale, d'accorder à ces opérateurs des ressources en numérotation, puisqu'il s'agit de services innovants. La question de savoir si ces opérateurs peuvent bénéficier de tarifs de terminaison au même titre que les opérateurs mobiles est une autre question. Il n'est pas certain que l'ensemble des entités ayant demandé des ressources en numérotation remplissent strictement les conditions d'un opérateur, mais la BNetzA considère que l'octroi de ressources en numérotation peut faciliter le développement de nouveaux services innovants.

Les hôtels et cyber-cafés sont considérés comme des opérateurs s'ils proposent l'accès à l'internet moyennant rémunération.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

En général, la BNetzA ne souhaite pas étendre la régulation des services et réseaux de communications électroniques vers les extrémités des réseaux, mais reste vigilante en vue de l'émergence de nouveaux goulots d'étranglement, notamment dans le domaine des numéros et adresses. Par ailleurs, la BNetzA s'efforce d'appliquer une approche technologiquement neutre consistant à considérer que si un service peut être un substitut pour un autre service, les deux services devraient avoir le même statut réglementaire.

4.3 Italie

Les services de voix sur IP de type "logiciel à logiciel" ne sont pas régulés en Italie, même si, à l'heure actuelle, certains opérateurs mobiles souhaiteraient que l'AGCOM puisse réguler ce genre de service, car certains d'entre eux deviennent extrêmement sophistiqués. En ce qui concerne les services de voix sur IP interconnectés avec le réseau téléphonique commuté (RTC), ces services sont considérés comme des services de communications électroniques et sont soumis aux dispositions de la décision n°11/06/CIR⁶⁸.

Les services d'agrégation de messages SMS sont considérés comme des services de communications électroniques et sont soumis à une autorisation générale. Les services de messageries instantanée sont considérés comme des services "logiciel à logiciel" non soumis à la réglementation des communications électroniques.

De manière générale, la question des services fournis via l'internet sera examinée suite à la consultation publique en cours sur la neutralité de l'internet. La réflexion s'oriente vers la possibilité d'imposer à ces acteurs certaines obligations de transparence, dans l'intérêt d'informer les consommateurs sur les limitations éventuelles du service.

Tous les revendeurs de services de communications électroniques sont considérés comme des fournisseurs de services de communications électroniques, soumis aux règles de l'autorisation générale, qu'il s'agisse de simples revendeurs de minutes, de services de transport de données, ou d'un opérateur mobile virtuel (MVNO).

En ce qui concerne les hôtels et cyber-cafés, l'autorité réglementaire italienne, l'AGCOM a modifié la réglementation afin d'exonérer ces entités de l'obligation de faire une déclaration et d'être soumis à l'autorisation générale. Cependant ces entités doivent se conformer à des obligations spécifiques définies par le Ministère de l'Intérieur concernant l'identification des utilisateurs.

En ce qui concerne les réseaux de distribution de contenus (CDNs), ces services pourraient ne pas être considérés comme des communications électroniques, car le service rendu à l'utilisateur final est un service de contenus, avec une qualité améliorée. La prestation est l'augmentation de la qualité du contenu, non la transmission de signaux.

⁶⁸ AGCOM, *Resolution n°11/06/CIR governing the supply of VoIP services* (Disposizioni regolamentari per la fornitura di servizi VoIP e integrazione del piano nazionale di numerazione), publié au Journal Officiel de la République italienne du 13 avril 2006

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

4.4 Suède

Aux termes de l'*Acte des communications électroniques* suédois de 2003 (LEK), un service de communications électroniques est défini comme un "*service normalement fourni contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en l'acheminement de signaux sur des réseaux de communications électroniques*".

Pour l'Agence Nationale des Postes et Télécoms suédois, le PTS, la qualification d'un service de communications électroniques exige la satisfaction de quatre critères:

1. **Le service doit être fourni par une partie à une autre.** Ce critère implique d'une part la nécessité que deux parties distinctes soient impliquées et d'autre part qu'un certain type d'avantage soit procuré.
2. **Le service doit être fourni sur une base commerciale,** c'est-à-dire donner lieu au versement d'une rémunération, que celle-ci soit de nature directe ou indirecte.
3. **Le service doit consister au moins principalement en l'acheminement de signaux.** Ce critère doit permettre de distinguer les services de communications électroniques des services de contenu. Selon la position du régulateur suédois, si un service est constitué de plusieurs sous-services, et que l'un des sous-services consiste principalement en l'acheminement de signaux, alors le service entier, somme de tous les sous-services, devra être considéré comme "consistant principalement en l'acheminement de signaux".
4. **Le fournisseur de service doit disposer d'un pouvoir de contrôle sur l'acheminement.** Pour PTS, on ne peut parler de service de communications électroniques que lorsque la partie fournissant le service dispose d'un pouvoir de contrôle sur l'acheminement, c'est-à-dire sur le signal en tant que "porteur de l'information transmise". Ce pouvoir de contrôle résulte généralement soit du fait que le fournisseur de service est propriétaire du medium de transmission, soit par l'intermédiaire d'accords passés avec les autres acteurs.

L'existence d'un tel pouvoir de contrôle est par ailleurs un bon indice du fait qu'un service consiste principalement en l'acheminement de signaux.

Un autre indice est la fourniture d'adresse IP. Pour PTS, si la partie fournissant le service fournit aussi des adresses IP ou d'autres types d'identités (tels que des numéros de téléphone E.164 ou SIP...) pour des terminaux d'utilisateurs finals, c'est le signe que le fournisseur de services a le contrôle sur l'acheminement des signaux et que le fournisseur de services fournit par conséquent un service de communications électroniques.

Un **service de communications électroniques est ouvert au public** s'il est fourni ouvertement sur le marché et non simplement à un groupe prédéterminé d'utilisateurs.

La notion de "public" vise toute personne disposée à payer pour le service et à se conformer aux conditions de sa fourniture. La notion d'ouverture au public signifie que le service est ouvert de telle sorte qu'une large gamme d'utilisateurs peut y avoir accès. Cette "large gamme" renvoie à l'idée qu'un certain nombre de personnes doit pouvoir s'y connecter. Toutefois le nombre de clients auxquels un service est fourni ne peut, à lui seul, permettre de conclure qu'un service est ou non ouvert au public.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Il doit en outre exister une possibilité générale pour ces personnes de se connecter au service. Le fait qu'un fournisseur de service ait activement recruté des clients sur le marché et leur offre un accès à son service sur la base de termes fixes est un indicateur du fait que le service est "ouvert au public". Ainsi, à titre d'exemple, un service internet offert dans un lieu où les utilisateurs potentiels ne sont pas prédéterminés pourra être qualifié de service ouvert au public. Tel est le cas d'un WLAN pour lequel il n'existe pas de groupe prédéterminé d'utilisateurs, quand bien même ceux qui souhaitent pouvoir utiliser le service doivent se placer au sein d'une certaine zone de couverture.

Au contraire, si le service est fourni à un groupe d'utilisateurs prédéterminé, alors il n'est pas ouvert au public. Par exemple, les services internet proposés par les cafés et les hôtels ne sont pas considérés comme ouverts au public. Même si ces opérateurs fournissent des services de communications électroniques à leurs clients sous la forme de services internet, ce service est simplement fourni à la condition que les clients se trouvent et utilisent les autres services offerts par l'hôtel ou le café. L'existence d'une relation antérieure entre le fournisseur de service et l'utilisateur potentiel est ainsi exigée pour que le service de communication puisse être qualifié d'"ouvert". Un autre exemple vise les réseaux installés à l'intérieur d'un même immeuble ou mes réseaux internes à une entreprise.

4.5 Pays-Bas

Aux termes de la section 1.1 de l'article 1 de la loi néerlandaise relative aux communications électroniques, un réseau de communications électroniques correspond aux *"systèmes de transmission, comprenant les équipements de routage et de commutation et les autres ressources, qui permettent la transmission des signaux par le biais de câbles, d'ondes radioélectriques, de moyens optiques ou électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes et mobiles, les réseaux électriques, tant qu'ils sont utilisés pour la transmission de signaux, et les réseaux de diffusion radio et télévisuelle et les réseaux de télévision par câble, indépendamment de la nature de l'information transmise."*

Les services de communications électroniques sont définis quant à eux comme des *"services normalement fournis contre rémunération qui consistent entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, comprenant les services de télécommunications et les services de transmission sur des réseaux utilisés pour la diffusion, mais non les services dans le cadre desquels du contenu est fourni ou édité par le biais de réseaux ou de services de communications électroniques. Ces services ne comprennent pas les services de la société de l'information décrits en Section 1 du Guide Notification qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux par le biais de réseaux de communications électroniques."*

L'autorité réglementaire hollandaise, l'OPTA, a établi un guide relatif à la procédure de notification⁶⁹ à destination des entreprises actives sur le marché des télécommunications néerlandais qui fournissent des services de communications électroniques au public, des réseaux publics de communications électroniques ou établissent ou fournissent des installations pertinentes et à ce titre soumises à l'obligation de se déclarer.

⁶⁹ OPTA, *Notification of the provision of public electronic communications activities*
[http://www.opta.nl/download/aanvraagformulieren/13_c1\(mededeling%20engels\).pdf](http://www.opta.nl/download/aanvraagformulieren/13_c1(mededeling%20engels).pdf)

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Dans le cadre de ce guide, l'OPTA précise que: "*sur la base de la définition du réseau de communications électroniques, la quasi totalité des fournisseurs de services de communications électroniques au public est également opérateur de réseau public de communications électroniques parce que les entités en question utilisent des systèmes de transmission, comprenant des équipements de routage et de commutation, pour la fourniture de services de communications au public*".⁷⁰

L'OPTA indique également que "*généralement, seuls les fournisseurs (revendeurs) de services fournis par d'autres, qui contractent avec des acheteurs sous leur nom propre, seront considérés comme fournisseurs de services de communications électroniques au public sans pour autant avoir leur propre réseau de communications électroniques. Le fournisseur [de services de communications électroniques] est la partie qui contrôle l'accès au réseau et le management, indépendamment de qui est le propriétaire*".⁷¹ (Passage entre [...] inséré par nous)

Par ailleurs, dans le cadre de sa position sur les obligations envers les usagers qui découlent des services de voix-sur-IP, l'OPTA ne prévoit pas de traitement réglementaire unique des services de voix sur IP et apprécie au cas par cas le respect de l'ensemble des obligations au regard de la nature du service fourni. L'OPTA précise que "*si le service en question rentre dans le cadre de la définition de service téléphonique accessible au public et/ou de services de communications électroniques au public telle que définie par la loi relative aux communications électroniques, le fournisseur du service doit, en principe, respecter l'ensemble des obligations que la loi attache à ces services*".⁷²

Cette approche réglementaire est celle que suit l'OPTA de manière plus générale concernant l'appréhension des nouveaux services. En réponse à nos questions⁷³, Remco Rodenrijs, représentant de l'OPTA au sein du département *Consumers, Numbering and Chair's Office*, a précisé que l'OPTA n'avait pas pour politique d'arrêter de position sur la qualification juridique de tel ou tel service. L'OPTA apprécie au cas par cas la nature juridique du service en question ainsi que le traitement réglementaire à lui accorder, aussi bien au regard des circonstances d'espèce que de sa nature technique. Dans le cadre des schémas de revente, l'OPTA examine la nature de la relation contractuelle avec l'autre partie. L'OPTA considère généralement que la partie qui est responsable de la fourniture du service au niveau contractuel est le fournisseur du service de communications électronique, indépendamment de la qualité d'utilisateur final ou non de l'autre partie.

5. LA PRATIQUE DE L'ARCEP

Dans le cadre de sa pratique de régulateur, l'ARCEP a tenté de clarifier la notion de services de communications électroniques.

L'ARCEP a émis plusieurs lignes directrices dans le but d'accorder une plus grande visibilité aux opérateurs et de lever l'ambiguïté relative au traitement réglementaire applicable à certains services. Dans le cadre des lignes directrices n°99-415 du 21 mai 1999 relative à la commercialisation indirecte des prestations téléphoniques, l'ARCEP tente de clarifier le statut des revendeurs. Dans sa décision n°05-0208 du 15 mars 2005, l'ARCEP définit le concept de "groupe fermé d'utilisateurs". A l'occasion du

⁷⁰ OPTA, *Notification of the provision of public electronic communications activities*, p11/14

⁷¹ OPTA, *Notification of the provision of public electronic communications activities*, p11/14

⁷² OPTA, *Position in relation to obligations towards end users in respect of Voice-over-IP services*, 23 June 2008, p.2

⁷³ Pour plus de détails, voir la retranscription de l'entretien avec Remco Rodenrijs en annexe du présent rapport

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Guide juridique pour les opérateurs locaux et les collectivités, l'ARCEP précise que les services de transmission de données, l'accès à internet, les services de location de capacités et les services de location de liaisons louées sont des services de communications électroniques.

A l'occasion du 1er cycle de l'analyse des marchés de la téléphonie fixe, l'Autorité a défini les notions de "voix sur IP", "voix sur large bande" et "voix sur internet" et précisé que les services de voix offerts sur un réseau large bande et dont la qualité est maîtrisée de bout en bout par un opérateur qui les fournit devraient être considérés comme des services appartenant au marché des services de téléphonie fixe traditionnels⁷⁴.

L'ARCEP a également utilisé sa compétence en matière de règlement de différends pour tenter de clarifier la notion de "services autres que téléphoniques" et préciser le périmètre de la notion d'opérateur.

A l'occasion des affaires *France Telecom c/ Paris TV Câble*⁷⁵ et *France Télécom c/ Compagnie générale de vidéocommunications*⁷⁶, l'ARCEP a précisé que le service d'accès à internet constitue un service de communications électronique "autre que téléphonique", ce qui a été confirmé par la Cour d'appel.

Il ressort par ailleurs de la jurisprudence de l'ARCEP une conception large du statut d'opérateur, l'Autorité ayant accordé le statut d'opérateur notamment à un opérateur de renseignements téléphoniques dans l'affaire *Le Numéro*⁷⁷, à un fournisseur d'offres SMS dans l'affaire *Intercom Caraïbes*⁷⁸ ou encore à un MVNO dans l'affaire *Afone*⁷⁹.

Il ressort également de la jurisprudence de l'Autorité la possibilité pour un opérateur d'être à "casquettes multiples" en fonction de l'activité qui est examiné. Dans l'affaire *Le Numéro c/ Orange*, l'ARCEP distingue les deux casquettes de la société Le Numéro, à la fois opérateur et utilisateur final, pour rejeter sa demande concernant la terminaison d'appel SMS. La société Le Numéro peut, à la fois, être considérée comme un opérateur fournissant des services de communications électroniques, au titre de sa déclaration, et comme "exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public en ce qu'elle assure l'acheminement de communications électroniques entre deux clients d'un même réseau ou de réseaux différents" et qualifié d'"utilisateur final en ce qui concerne sa prestation d'envoi de SMS", cette prestation consistant en une prestation de contenu et non d'interconnexion.

L'ARCEP prête enfin une attention particulière à l'objet principal du service en question. Dans l'affaire *Dièse Télécom c/France Télécom*⁸⁰, l'ARCEP considère que la société Dièse Telecom est une "entreprise dont l'objet principal est de fabriquer [et de vendre] des "portiers téléphoniques" et non de fournir des services de communications électroniques". L'ARCEP ajoute que la demande de Dièse dans le cadre du présent

⁷⁴ ARCEP, *Consultation publique sur les projets de décisions relatifs aux marchés de la téléphonie fixe*, juin 2005, p.15
⁷⁵ ART, Décision n°97-17847 du 10 juillet 1997 (confirmée par la Cour d'appel de Paris, 1ère chambre, section H, arrêt du 28 avril 1998)

⁷⁶ ART, Décision n°97-210 du 10 juillet 1997 confirmée par la Cour d'appel de Paris, 1ère chambre, section H, arrêt du 28 avril 1998

⁷⁷ ARCEP, Décision n°06-1015 en date du 10 octobre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange France

⁷⁸ ARCEP, Décision n°04-965 en date du 18 novembre 2004 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Intercom Caraïbes dans le cadre du différend l'opposant à Orange Caraïbes

⁷⁹ ARCEP, Décision n°06-0406 en date du 4 avril 2006 se prononçant sur un différend opposant la société Afone et la Société Française du Radiotéléphone (SFR)

⁸⁰ ARCEP, Décision n°2007-0441 en date du 15 mai 2007 se prononçant sur deux différends opposant les sociétés Dièse Télécom et France Télécom

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

règlement de différend "n'est pas formulée en vue de fournir des services de communications électroniques".

6. CRITERES CLES ET PROPOSITION DE METHODOLOGIE

A la lumière de l'analyse des cadres communautaires et français, il est possible d'identifier certains critères clés permettant de délimiter le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques, qu'il s'agisse d'identifier la présence d'un service de communications électroniques fourni au public, préalable indispensable à la qualification d'opérateur, ou de qualifier une entité d'opérateur de réseau de communications électroniques ouvert au public. Ces critères permettront au regard des aspects commerciaux et techniques de qualifier au niveau juridique les services et les acteurs étudiés à l'occasion de la section suivante du présent rapport.

6.1 L'identification d'un service de communications électroniques fourni au public

La qualification d'une entité en tant qu'opérateur de communications électroniques, ayant la casquette de fournisseur de services de communications électroniques ou d'opérateur de réseau de communications électroniques, nécessite avant tout d'identifier l'existence d'un service de communications électroniques fourni au public parmi un groupe de services combinant généralement des services de communications électroniques et des services de contenus.

Il faut en premier lieu démêler chacun des services et chacun des prestataires afin d'identifier pour chaque service et chaque prestataire les caractéristiques essentielles du service et la responsabilité qui en découle pour chaque prestataire.

Cette analyse permettra d'appliquer un test en quatre étapes, chaque étape étant une condition nécessaire mais non suffisante pour qualifier un service de communications électroniques. Si les quatre critères sont cumulativement remplis, il existe une présomption forte de la fourniture par l'entité en cause d'un service de communications électroniques fourni au public. Cette conclusion doit cependant passer un dernier test de proportionnalité avant que l'on puisse qualifier le fournisseur du service en question d'opérateur de communications électroniques.

Les quatre étapes de ce premier test sont (i) le fait que soit inclus à titre "principal" dans le service concerné une prestation de transmission de signaux, (ii) la responsabilité contractuelle du prestataire pour cet élément de transmission, (iii) la fourniture du service au public et (iv) la rémunération directe ou indirecte du service. En l'absence d'un seul élément de ces critères, le service en question ne pourrait être qualifié de service de communications électroniques fourni au public.

(a) **Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux?**

Cette question peut être décomposée en deux étapes :

(i) Le service inclut-il une prestation de transmission de signaux?

Cette question consiste à déterminer, dans le cas d'un service complexe impliquant plusieurs éléments et plusieurs prestataires, qui fournit le service de communications électroniques. Un service en ligne comprendra toujours un ou plusieurs services de communications électroniques. La difficulté n'est pas de savoir s'il existe des prestations

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

de transmission de signaux, mais de déterminer qui fournit ces prestations. La prestation de transmission de signaux doit être envisagée au sens du transport de signaux d'un point à un autre. La réponse à cette question implique de comprendre les liens contractuels qui existent entre les différents prestataires et les différents clients. Qui est prestataire et qui est le client ? Existe-t-il une pluralité de prestataires ? A quels endroits les transmissions de signaux ont-elles lieu ?

- (ii) Si le service inclut effectivement une prestation de transmission de signaux, cette prestation est-elle "principale" pour le service considéré ?

Si le service considéré inclut une prestation de transmission de signaux, il convient de déterminer si cette prestation consiste "entièrement ou principalement" en la transmission de signaux. Cette question est potentiellement très subjective. Pour déterminer si la transmission de signaux est un élément prépondérant du service, notamment dans le cas d'un service d'accès à un contenu couplé à une prestation de transmission de signaux, il semble pertinent de se demander si le service serait significativement dénaturé (et *in fine* ne pourrait être commercialisé avec le même modèle économique) en l'absence de la prestation de fourniture de contenu considérée. Si la réponse est positive (le service considéré n'est pas commercialisable sans la prestation de contenu) alors le service considéré n'inclut pas "entièrement ou principalement" une prestation de transport. Dans le cas contraire (si le service est commercialisable sans la prestation de contenu), alors le service inclut "entièrement ou principalement" une prestation de transmission de signaux.

- (b) **Le fournisseur est-il responsable pour la transmission ?**

Il convient d'analyser la situation de chaque prestataire en termes de responsabilité contractuelle envers son client. La transmission de signaux fait-elle partie des obligations essentielles de ce prestataire, de sorte que, si le prestataire tentait de s'exonérer de toute responsabilité pour cette transmission, cela viderait le contrat de sa cause ? Si la transmission de signaux constitue une obligation essentielle du prestataire envers son client en termes contractuelles, la prestation consistera "principalement" en la transmission de signaux. En revanche, si le prestataire n'est pas responsable envers son client de la prestation de transmission, ou pourrait facilement s'exonérer de toute responsabilité à l'égard de cette prestation, la transmission ne serait pas un élément principal de la prestation, mais plutôt un élément accessoire.

Par exemple, un prestataire de services d'hébergement et de calcul à distance (*cloud computing*) effectuera des transmissions de signaux entre ses propres centres d'hébergement afin de garantir en interne une redondance et une accessibilité de meilleure qualité pour le client. Cependant, à l'égard du client, cette transmission ne fait pas partie de l'objet du contrat, qui est de fournir un stockage et une puissance de calcul à distance, accessible par internet. En cas de problème de transmission entre l'internaute et le serveur du prestataire *via* l'internet, la responsabilité du fournisseur d'accès sera engagée, non celle du prestataire d'hébergement.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

La recherche des liens de responsabilité et la ou les obligations essentielles de chaque prestataire aide à déterminer si la transmission de signaux est un élément principal du contrat en cause. S'il n'existe aucune responsabilité pour l'aspect transmission de signaux, cela signifie soit que la transmission de signaux n'est qu'un élément accessoire, non-essentiel, de la prestation, soit qu'un autre prestataire en est responsable. Dans ce dernier cas, c'est l'autre prestataire qui fournit le service de communications électroniques.

(c) **Le service est-il fourni au public ?**

Il convient ensuite de déterminer si le service est fourni à un groupe de personnes indéterminées, ou s'il s'adresse à un groupe d'utilisateurs prédéterminés. Si le service n'est pas fourni au public, le prestataire ne peut être considéré comme un opérateur fournissant au public un service de communications électroniques.

(d) **Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?**

Il faudra enfin éliminer les activités qui ne donnent pas lieu à rémunération. Ces activités constituent des activités d'ordre privé et ne sont pas des "services" au sens du droit communautaire. En revanche, un service qui donne lieu à rémunération, même indirecte à travers les recettes de publicité, peut être qualifié de service "normalement fourni contre rémunération".

(e) **Test de proportionnalité**

Le test de quatre étapes permettra de dégager une présomption de l'existence d'un service de communications électroniques et donc d'identifier le fournisseur d'un service de communications électroniques au public. Si le test conduit à qualifier d'opérateur une entité qui auparavant n'aurait pas été considérée comme tel, il convient alors d'appliquer un test dit "de proportionnalité" avant de tirer toutes les conséquences de cette qualification.

Le test de proportionnalité comprend notamment les questions suivantes :

- Si cette entité est qualifiée de fournisseur de services de communications électroniques, cela permettra d'atteindre quel(s) objectif(s) de régulation parmi ceux listés à l'article 8 de la directive "cadre" et de l'article L. 32-1 II. du CPCE ? Quels objectifs de cette liste seront potentiellement contrariés par cette qualification ?
- Quelles sont les obligations et contraintes qui s'appliqueraient à cette entité si elle venait à être qualifiée de fournisseur de services de communications électroniques ?
- Existe-t-il d'autres moyens moins contraignants, par exemple l'application du droit de concurrence ou l'application d'autres dispositions du Code de commerce, qui permettraient d'atteindre ces mêmes objectifs ?
- La qualification de cette entité comme opérateur est-elle cohérente avec la situation dans les autres Etats membres de l'Union européenne ?
- La "régulation" de cette entité par l'ARCEP serait-elle efficace, compte tenu notamment de son activité et de sa situation géographique ?

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

L'ARCEP appréciera l'opportunité de qualifier un nouvel acteur de fournisseur de services de communications électroniques en fonction de ces tests, que l'Autorité est par ailleurs habituée à appliquer dans le cadre de l'adoption de l'ensemble de ses décisions de régulation.

6.2 La qualification d'opérateur exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public

Le test de quatre étapes développé précédemment est nécessaire dans tous les cas afin d'identifier le service de communications électroniques accessible au public et le prestataire responsable de ce service.

Une fois ce test effectué, nous pouvons ensuite essayer de déterminer si le prestataire en cause exploite un réseau de communications électroniques ouvert au public. A notre connaissance, un exploitant de réseau de communications électroniques ouvert au public fournit toujours une prestation de communications électroniques au public, même si sa clientèle est constituée uniquement d'autres opérateurs (on parle alors "d'opérateur de gros"). Le terme "au public" comprend une prestation qui est accessible par un ensemble de personnes indéterminées, peu importe que ces personnes soient positionnées sur le marché de gros ou sur le marché de détail (utilisateur final).

Pour déterminer si le prestataire du service de communications électroniques peut être qualifié d'opérateur exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public, il faut passer un test de quatre étapes supplémentaires : (i) est-on en présence d'un service de communications électroniques fourni au public ? (ii) l'entité en cause utilise-t-elle ou met-elle à disposition des installations de transmission, de commutation ou de routage pour ce service ? (iii) les installations sont-elles utilisées entièrement ou principalement pour la fourniture au public de services de communications électroniques ? (iv) les installations sont-elles situées en France ?

(a) **Le service fourni est-il un service de communications électroniques fourni au public ?**

Cet élément renvoie au test précédant concernant la fourniture au public d'un service de communications électroniques.

(b) **Le prestataire en cause utilise-t-il ou met-il à disposition des installations de transmission pour ce service ?**

Cette étape requiert d'appréhender les installations de transmission utilisées et de déterminer qui les "exploite". L'exploitation nécessite une maîtrise des installations, mais pas la propriété de celles-ci. La maîtrise des installations pourrait par exemple se faire par le biais d'un contrat de location.

(c) **Les installations sont-elles utilisées principalement pour la fourniture de services de communications électroniques ?**

Les termes "entièrement ou principalement" proviennent de la définition communautaire. La définition française ne contient pas ces termes. Toutefois, en application du principe de lecture conforme des textes nationaux à la lumière du droit communautaire, il nous semble opportun de tenir compte des critères communautaires d'"entièrement ou principalement" lorsque l'on analysera si des installations sont utilisées pour la fourniture de services de communications électroniques. Ainsi, si les installations sont utilisées "entièrement" pour la

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

fourniture de tels services, l'exploitant du réseau sera automatiquement qualifié d'opérateur. Toutefois, dans l'hypothèse où des installations seraient utilisées en partie à d'autres fins que pour la fourniture de services de communications électroniques au public (par exemple pour la fourniture de services de communications électroniques internes à un groupe fermé d'utilisateurs), la qualification d'opérateur n'est pas nécessairement exclue. Il appartiendra à l'ARCEP de qualifier l'exploitant en question, notamment au regard du taux d'utilisation des installations pour chacun des services en cause.

(d) Les installations sont-elles situées en France ?

Si les installations ne sont pas situées en France, le droit français n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne l'exploitation du réseau. En revanche, la régulation des services s'appliquerait dès lors que les services visent un public français.

(e) Test de proportionnalité

Comme dans le cas des services, il convient d'appliquer le test de la proportionnalité à chaque fois que le test ci-dessus conduirait à qualifier d'opérateur une entité qui auparavant n'a pas été considérée comme tel.

7. DESCRIPTION DES ACTEURS ET SERVICES

7.1 Services étudiés et approche

La Figure 2 présente les couples type "fournisseur-services" étudiés dans le reste de cette section, ainsi que les exemples d'entreprises offrant ces services.

Type de fournisseur de service	Description du service	Exemples d'entreprises offrant ce service
Fournisseurs de services de "cloud computing"	Service de capacité de calcul virtualisée avec facturation à l'usage	Amazon Web Services
Fournisseur de services de réseau de distribution de contenus ("content delivery network" - CDN)	Service de réplication de contenus à proximité des accès des utilisateurs finals	Akamai
Fournisseurs de services de voix sur IP	Appels gratuits entre utilisateurs du service Appels payants vers les réseaux téléphoniques	Skype
Fournisseur de service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit	Fourniture de programmes télévisuels à la demande, utilisation de la télévision comme terminal d'accès à internet, services d'hébergement de vidéos à travers un site Web	Canal+ à la demande, Qriocity de Sony, Apple TV, Dailymotion ou YouTube

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Editeur de contenus du site d'informations économiques de la presse écrite	Fourniture de contenus ou d'applications à travers de diffuseurs (pouvant être intégrés)	Les Echos
Fournisseur de contenus de type livre électronique sur tablette	Lecture de livres électroniques sur électronique	iPad d'Apple

Figure 2 : Liste des fournisseurs et des services identifiés [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

Pour chaque service étudié, nous décrivons les éléments suivants :

- Aspects commerciaux et perception client
- Aspects techniques
- Qualification juridique du service étudié
- Si pertinent, qualification juridique du fournisseur du service étudié

Ces différentes analyses sont présentées ci-dessous.

(a) Aspects commerciaux et perception client

Les aspects commerciaux et la perception client font référence à la description du service étudié en se plaçant du côté du ou des clients du service, afin de définir le service proposé (pour le client), les utilisateurs du service (distinction entre client et bénéficiaire – voir ci-dessous) ainsi que le modèle économique du service.

Cette section vise ainsi notamment à présenter les éléments suivants :

- Décrire succinctement le service fourni ;
- Identifier et si pertinent différencier le client et le bénéficiaire du service (le client étant celui qui rémunère le service, le bénéficiaire celui qui utilise le service fourni) ;
- Evaluer si le prestataire de service a connaissance de l'identité du bénéficiaire lors de la fourniture du service (par exemple, si un contrat lie le prestataire et le bénéficiaire) ;
- Identifier le mode de rémunération du service (directe ou indirecte) et le modèle économique, c'est-à-dire les flux financiers mis en jeu pour financer la réalisation du service ;
- Qualifier la logique de création de valeur, c'est-à-dire l'intérêt du fournisseur de service à fournir le service ;

(b) Aspects techniques

Les aspects techniques décrivent les différents éléments techniques nécessaires à la fourniture du service étudié (en particulier les installations liées à la transmission des signaux éventuellement associés au service étudié) et leur

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

localisation. Cette section aborde également l'existence de la ou des interconnexions nécessaires avec des tiers pour rendre le service étudié.

Autant que possible, cette description s'appuie sur un schéma explicatif illustrant les installations, leur localisation et la ou les interconnexions nécessaires pour fournir le service.

(c) Qualification juridique du service étudié

La qualification juridique applique la grille d'analyse définie précédemment et présentée ci-dessous afin d'évaluer si le service étudié peut être considéré comme un service de communications électroniques.

Cette qualification juridique s'appuie sur la description des aspects commerciaux et techniques présentés précédemment.



Figure 3 : Critères et questions clés sous-jacentes couvertes par les aspects juridiques [Source: Hogan Lovells, Analysys Mason]

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Si un service répond cumulativement aux quatre critères, il peut être considéré comme un service de communications électroniques.

Si le test des quatre critères conduit à la conclusion qu'un acteur économique fournit un service de services de communications électroniques et peut donc être qualifié d'opérateur alors que ce type d'acteur n'a jamais été considéré comme tel, il faut alors appliquer un test de proportionnalité afin de déterminer si les obligations et contraintes qui s'appliqueraient au fournisseur de services seraient nécessaires et efficaces et si d'autres moyens moins contraignants ne permettraient pas d'atteindre des objectifs similaires.

(d) Qualification juridique éventuelle du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau

Si le service étudié peut être qualifié de services de communications électroniques fourni au public, il conviendra également de s'interroger pour déterminer si le prestataire de ce service est un opérateur exploitant de réseau ouvert au public, c'est-à-dire, si ce prestataire exploite un réseau de communications électroniques ouvert au public.



Figure 4 : Critères et questions clés sous-jacentes couvertes par les aspects juridiques [Source: Hogan Lovells, Analysys Mason]

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Comme dans le cas des services, il convient alors d'appliquer un test de la proportionnalité à chaque fois que le test ci-dessus conduirait à qualifier d'opérateur une entité qui auparavant n'a pas été considérée comme tel.

7.2 Service de "cloud computing"

(a) Aspects commerciaux et perception client

Un service de "cloud computing" permet à des tiers de louer l'utilisation de serveurs sur lesquels ils peuvent exécuter leurs propres applications ou stocker leurs données. Sur chacun des serveurs physiques, une entreprise cliente peut créer des serveurs virtuels, c'est-à-dire des machines virtuelles, *via* une simple interface web. Une entreprise cliente peut ainsi créer, lancer, et arrêter des serveurs virtuels en fonction de ses besoins, et paye (généralement) en fonction du temps d'usage l'utilisation de ces serveurs virtuels. Une entreprise cliente peut également mettre en place des serveurs virtuels qui sont exploités sur plusieurs serveurs physiques différents, de sorte qu'en cas de panne, il soit possible de restaurer les serveurs virtuels défectueux et ainsi d'assurer la continuité du service.

Les entreprises clientes sont par exemple les entreprises de commerce électronique qui souhaitent disposer d'une architecture résiliente qui puisse facilement évoluer en fonction de leurs besoins.

Il est possible que les applications ou les données hébergées soient créées pour les besoins internes de l'entreprise cliente (par exemple extranet), ou pour l'activité commerciale de l'entreprise (par exemple, application de commerce électronique à destination du public). Le bénéficiaire de ces services est l'utilisateur final, destinataire des applications développées par ces entreprises clientes (par exemple de commerce électronique).

Le fournisseur de ce service de "cloud computing", ne connaît donc pas nécessairement le bénéficiaire du service, qui peut être l'entreprise cliente ou des utilisateurs finals (clients de l'entreprise de commerce électronique).

Le service de "cloud computing" est un service payant financé en totalité par les redevances des entreprises cliente du fournisseur. Ces redevances comprennent plusieurs composantes dont notamment des frais d'utilisation pour les machines virtuelles et des frais liés au trafic reçu sur ses serveurs.

Le bénéficiaire du service (que ce soit l'entreprise ou les utilisateurs finaux de cette entreprise) paie leur FAI pour accéder aux applications ou aux données hébergées par le fournisseur "cloud computing", tandis que l'entreprise cliente paie le service auprès de ce fournisseur.

La logique de création de valeur de ce service provient de plusieurs éléments

- Le fournisseur "cloud computing" mutualise les éléments techniques de sa solution pour plusieurs clients dans une logique d'économies d'échelle (réduction des coûts) et de la fourniture d'un service hautement résilient;
- Le fournisseur "cloud computing" peut parfois être lui-même un très gros client (interne) de son service de Cloud computing.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

(b) Aspects techniques

Lorsqu'une entreprise cliente souhaite accéder aux services de "cloud computing" du fournisseur, son serveur ou sa station de travail initie une session vers les serveurs du fournisseur par internet *via* son FAI (FAI1). La session est reçue par le fournisseur "cloud computing" *via* son propre FAI (FAI2).

Le fournisseur "cloud computing" n'est pas responsable des signaux transportés entre la station (ou le serveur) du client et son FAI (FAI2). Le fournisseur "cloud computing" est "uniquement" responsable de la gestion des signaux et des informations reçues une fois que ceux-ci atteignent son réseau privé. Sur son réseau privé, le fournisseur "cloud computing" distribue et duplique éventuellement les informations entre ses serveurs de façon transparente pour les utilisateurs.

L'architecture technique du service "cloud computing" est illustrée dans la Figure 5 ci-dessous.

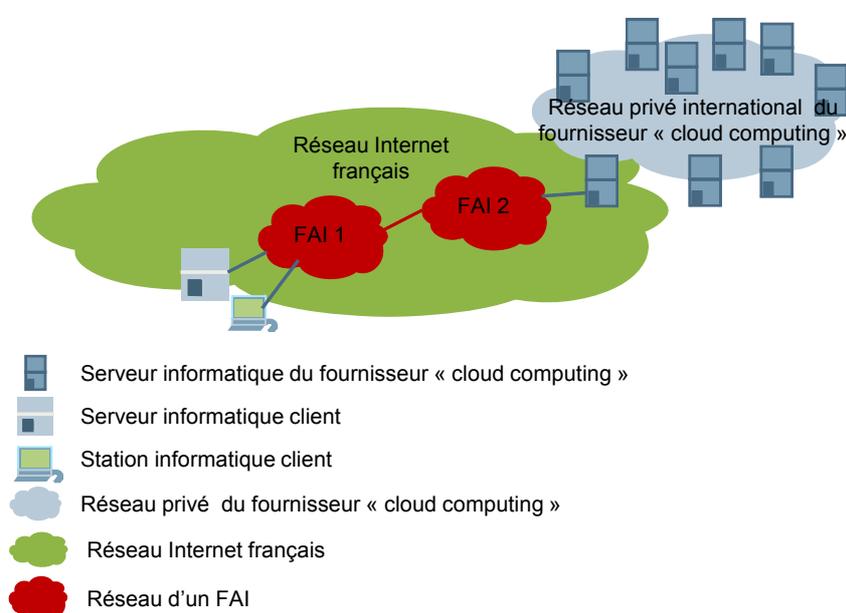


Figure 5: Eléments techniques et architecture à haut niveau du service
[Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]
Note : Pour des raisons de lisibilité, on fait l'hypothèse que l'interconnexion entre les FAI est directe et que les serveurs client ainsi que le fournisseur "cloud computing" sont rattachés à un seul FAI (respectivement FAI1 et FAI2)

Les serveurs européens du fournisseur "cloud computing" sont localisés au Luxembourg, et le fournisseur "cloud computing" possède une connexion avec internet *via* son FAI qui fournit la connectivité internet au réseau du fournisseur "cloud computing".

(c) Qualification juridique du service étudié

La grille d'analyse peut être appliquée de la manière suivante pour effectuer la qualification juridique de service de "cloud computing".

Critère	Vérifié	Justification
1 – Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux ?	Non	La prestation "cloud computing" consiste dans la mise à disposition de "serveurs" d'"unité de calcul" ou d'espaces d'hébergement aux entreprises clientes. Le fournisseur "cloud computing" gère uniquement la transmission de signaux électroniques entre les serveurs de son réseau privé.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

		La prestation de transmission de signaux entre les bénéficiaires du service et le fournisseur "cloud computing" est assurée par le FAI du bénéficiaire.
2 – Le fournisseur est-il responsable pour la transmission ?	Non	Le fournisseur "cloud computing" n'est pas responsable de la transmission des signaux entre l'entreprise cliente et son réseau privé. S'il existe un contrat de service entre le fournisseur "cloud computing" et l'entreprise cliente, l'entreprise cliente dispose également d'un contrat avec son FAI pour la transmission des signaux, et se retournera vers ce FAI en cas de problème de connectivité.
3 – Le service est-il fourni au public ?	Oui	Toute entreprise cliente qui souhaite utiliser le service peut le faire en souscrivant un abonnement auprès du fournisseur "cloud computing".
4 – Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?	Oui	Le service "cloud computing" comprend des revenus directs perçus par les entreprises clientes du fournisseur "cloud computing" (payés par les clients).
Conclusion : Est-ce un service de communications électroniques ?	Non	Le service "cloud computing" ne peut être considéré comme un service de communications électroniques. Il n'est pas nécessaire pour l'ARCEP de réaliser un test de proportionnalité.

Figure 6 : Qualification du service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

(d) Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'exploitant de réseau

Le service "cloud computing" ne correspondant pas à un service de communications électroniques, il n'y a donc pas lieu de s'interroger sur le fait que le fournisseur du service soit exploitant de réseau.

7.3 Service de CDN

(a) Aspects commerciaux et perception client

Le service de CDN⁸¹ est un service de mise à disposition de contenu (généralement multimédia et volumineux) à des utilisateurs finaux (bénéficiaires) pour le compte d'un fournisseur de contenus. Le principe de ce service est de répliquer des données à plusieurs endroits du réseau afin de les "rapprocher" de la localisation physique du bénéficiaire (afin d'en améliorer l'accès). Le bénéficiaire accède ainsi à une copie des données localisées à proximité de celui-ci, en évitant de traverser plusieurs réseaux ce qui serait typiquement nécessaire lors d'un accès à des données uniquement localisées sur un serveur central.

Le bénéficiaire est le récepteur du contenu. Le client est le fournisseur de contenus. Pour le bénéficiaire, le CDN est transparent. En effet, le bénéficiaire du service CDN n'est en relation (et n'a connaissance) que du fournisseur du contenu auquel il accède et ne réalise pas que le fournisseur CDN est impliqué dans la fourniture du service rendu.

Le fournisseur CDN connaît le client (le fournisseur de contenus) avec lequel il a une relation commerciale, mais n'a pas de relation directe avec le bénéficiaire qui accède au contenu.

⁸¹ Content Delivery Network

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Ce service de CDN est un service payant financé en totalité par les redevances des fournisseurs de contenus vers le fournisseur CDN. Ces redevances prennent la forme d'un abonnement, et d'une facturation au volume stocké et/ou au volume de données transitant vers le fournisseur CDN.

La logique de création de valeur de ce service provient de la mutualisation des éléments techniques de la solution du fournisseur CDN pour plusieurs clients. De plus, pour les clients, le fournisseur CDN améliore l'accessibilité et la qualité de réception du contenu (tel que vu par le bénéficiaire), ce qui permet de maximiser l'expérience client et ainsi de mieux valoriser leurs contenus.

(b) Aspects techniques

Lorsque la station informatique du bénéficiaire accède à du contenu du fournisseur de contenus en passant par le fournisseur CDN, cette station informatique utilise sa connectivité internet *via* son FAI pour atteindre le réseau du fournisseur CDN. Le fournisseur CDN stocke le contenu sur le serveur du fournisseur CDN le plus proche du bénéficiaire et réduit ainsi le nombre d'équipements et/ou de réseaux traversés.

L'architecture technique du service CDN du fournisseur CDN est illustrée dans la Figure 7 ci-dessous.

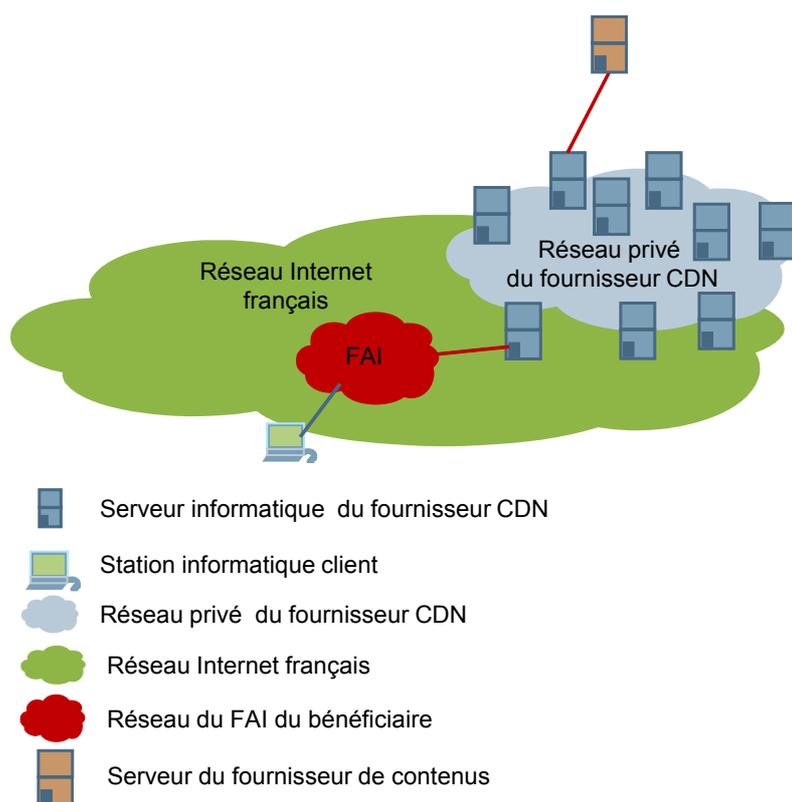


Figure 7: Eléments techniques et architecture à haut niveau du service
[Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

Les serveurs du fournisseur CDN sont notamment localisés à plusieurs endroits en France afin de rapprocher le contenu du fournisseur de contenu des bénéficiaires français.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Le fournisseur CDN possède plusieurs connexions avec internet via des accords de peering ou transit avec plusieurs FAI pour s'interconnecter au plus près des bénéficiaires potentiels.

(c) Qualification juridique du service étudié

La grille d'analyse peut être appliquée de la manière suivante pour effectuer la qualification juridique de service CDN.

<i>Critère</i>	<i>Vérifié</i>	<i>Justification</i>
1 – Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux ?	Oui	Le fournisseur de contenus livre le contenu en un point unique et le fournisseur CDN se charge de transmettre ce contenu à un nombre multiple de sites sur lesquels le contenu pourra être stocké puis rediffusé aux bénéficiaires du service. La prestation achetée par le fournisseur de contenu consiste principalement en cette transmission de contenus électroniques entre le point de livraison et tous les serveurs du fournisseur CDN.
2 – Le fournisseur est-il responsable pour la transmission ?	Oui	Le fournisseur CDN est responsable de la transmission du contenu vers tous ses serveurs, et c'est cette prestation qui fait l'objet du contrat entre le fournisseur de contenus et le fournisseur CDN. Il est toutefois à noter que le fournisseur CDN ne contrôle pas l'intégralité de la chaîne de transmission de signaux entre le bénéficiaire et le client mais uniquement la partie entre le fournisseur du contenu et le serveur du fournisseur CDN le plus proche du bénéficiaire. Cette activité de transport (contrôlée par le fournisseur CDN) correspond à l'objet de la prestation achetée par le fournisseur de contenus et pour lequel le fournisseur CDN est responsable.
3 – Le service est-il fourni au public ?	Oui	Tout fournisseur de contenu qui souhaite utiliser le service peut le faire en souscrivant un abonnement auprès du fournisseur CDN.
4 – Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?	Oui	Le service CDN comprend des revenus directs perçus par le fournisseur CDN (payés par les clients), ce qui implique que le fournisseur CDN est responsable face au client du service fourni.
Conclusion : Est-ce un service de communications électroniques ?	Oui	Le service de CDN peut être considéré comme un service de communications électroniques, car il remplit cumulativement les quatre critères. Le test de proportionnalité devrait être réalisé par l'ARCEP.

Figure 8: Qualification du service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

(d) Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau

Il convient de s'interroger sur le fait de savoir si le fournisseur CDN exploite un réseau de communications électroniques ouvert au public.

La grille d'analyse suivante peut être appliquée.

<i>Critère</i>	<i>Vérifié</i>	<i>Justification</i>
1 – Le service fourni est-il un service de communications électroniques fourni au public?	Oui	Voir grille ci-dessus.
2 – Le fournisseur utilise-	Oui	Le fournisseur utilise des installations de transmission pour transmettre

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

t-il ou met-il à disposition des installations de transmission pour ce service?		le contenu vers ses serveurs géographiquement dispersés.
3 – Les installations sont-elles utilisées principalement pour la fourniture de services de communications électroniques ?	Oui	Les installations du fournisseur servent essentiellement à la fourniture d'un service CDN, qui est un service de communications électroniques.
4 – Les installations sont-elles situées en France?	Oui	Comme présenté dans la section (b), le fournisseur dispose d'installations localisées en France.
Conclusion : Est-ce un opérateur de réseau ouvert au public ?	Oui	Le fournisseur CDN peut être qualifié d'exploitant de réseau de communications électroniques ouvert au public. Il conviendra alors d'appliquer un test de la proportionnalité avant de conclure sur la qualification d'opérateur de réseau.

Figure 9: Qualification du fournisseur de service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

7.4 Service d'appel téléphonique d'un service de voix sur internet

(a) Aspects commerciaux et perception client

Le service de communication téléphonique par internet (VoIP) est un des services majeurs de téléphonie par internet. Il se décline en trois types de services :

- Logiciel à logiciel : service VoIP téléphonique entre deux utilisateurs, tous deux connectés à internet et utilisant le logiciel du prestataire VoIP.
- Logiciel à RTP : service d'émission d'une communication d'un utilisateur connecté à internet utilisant le logiciel du prestataire VoIP vers un abonné du réseau téléphonique public RTP (en utilisant un numéro du plan national de numérotation⁸²)
- RTP à logiciel : service de réception d'appel d'une communication émise par un abonné du réseau téléphonique public vers un utilisateur connecté à internet utilisant le logiciel du prestataire VoIP qui lui a attribué un numéro du plan national de numérotation.

Le client est l'utilisateur du prestataire VoIP connecté à internet qui émet (dans les cas "logiciel à logiciel" ou "logiciel à RTP") ou reçoit (dans le cas "RTP à logiciel") des communications téléphoniques.

Le bénéficiaire du service et le client du service sont identiques.

Le prestataire VoIP connaît le bénéficiaire car celui-ci a dû fournir ses coordonnées au cours du processus initial d'enregistrement pour créer son profil, dans le but de pouvoir utiliser le logiciel du prestataire.

⁸² Le plan national de numérotation est défini par l'ITU sous la norme E.164 et précisé au niveau du plan national de numérotation dans la décision n°05-1085 fixant l'utilisation des catégories de numéros du plan national de numérotation.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Le mode de financement du service téléphonique dépend du type de services utilisés:

- Pour le service "logiciel à logiciel" : le service est gratuit pour le bénéficiaire, mais rémunéré de manière indirecte par de la publicité. Ce produit représente également un produit d'appel permettant de développer une base d'abonnés pouvant utiliser les autres services payants, notamment le service "logiciel à RTP" et le service "RTP à logiciel".
- Pour le service "logiciel à RTP" : les appels sortants sont facturés à la minute ou en forfait.
- Pour le service "RTP à logiciel" : les appels entrant sont principalement financés par la terminaison d'appel (TA) reçue par le prestataire VoIP pour les appels entrants. Le bénéficiaire (client) contribue également au financement du service *via* une redevance facturée par le prestataire VoIP pour l'attribution d'un numéro du plan national de numérotation.

La logique de création de valeur du service est d'utiliser le réseau internet pour acheminer à moindre coût les communications téléphoniques. Le service gratuit est le produit d'appel vers les services payants "logiciel à RTP" et "RTP à logiciel". Le prestataire VoIP possède et exploite également un réseau d'éléments techniques mutualisés permettant de terminer/de recevoir des appels vers ou émanant d'autres opérateurs.

(b) Aspects techniques

Le service repose sur des identifiants internes du prestataire VoIP (nom d'utilisateur) que les bénéficiaires peuvent utiliser pour émettre des communications.

Dans le cas du service "logiciel à logiciel", les serveurs du prestataire VoIP vont mettre les deux utilisateurs en connexion directe. Les deux bénéficiaires du service (l'appelé et l'appelant) utilisent leur connectivité internet (respectivement FAI1 et FAI2 sur la Figure 10) pour transporter leur communication téléphonique.

L'architecture technique du service "logiciel à logiciel" est décrite dans la Figure 10.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

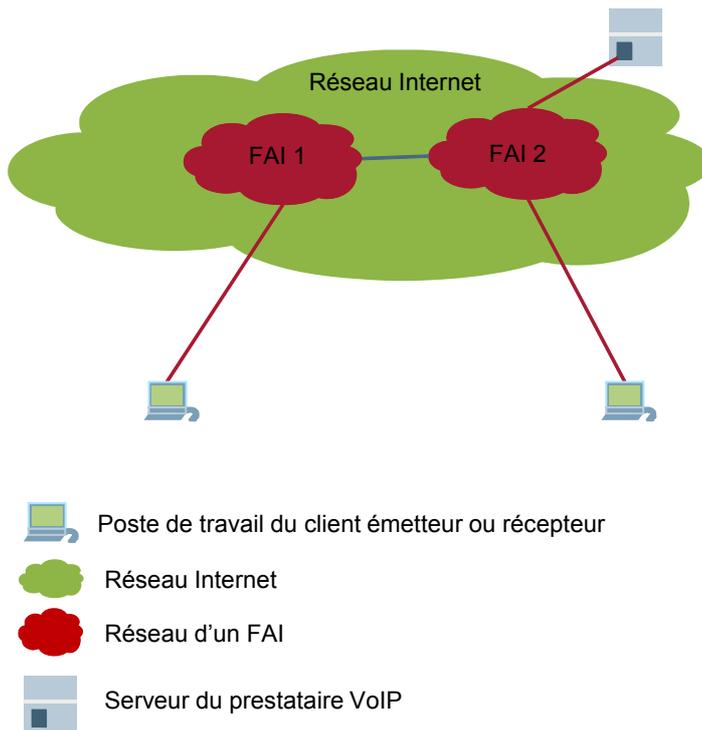


Figure 10 : Eléments techniques et architecture à haut niveau du service
[Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

Dans le cas d'une communication "RTP à logiciel" ou "Logiciel à RTP", un numéro de téléphone du réseau téléphonique public est utilisé pour terminer ou recevoir la communication téléphonique. Les serveurs et équipements du prestataire VoIP réalisent la passerelle entre le réseau internet et le réseau téléphonique public.

L'architecture technique des services payants "logiciel à RTP" et "RTP à logiciel" est présentée dans la Figure 11 ci-dessous.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

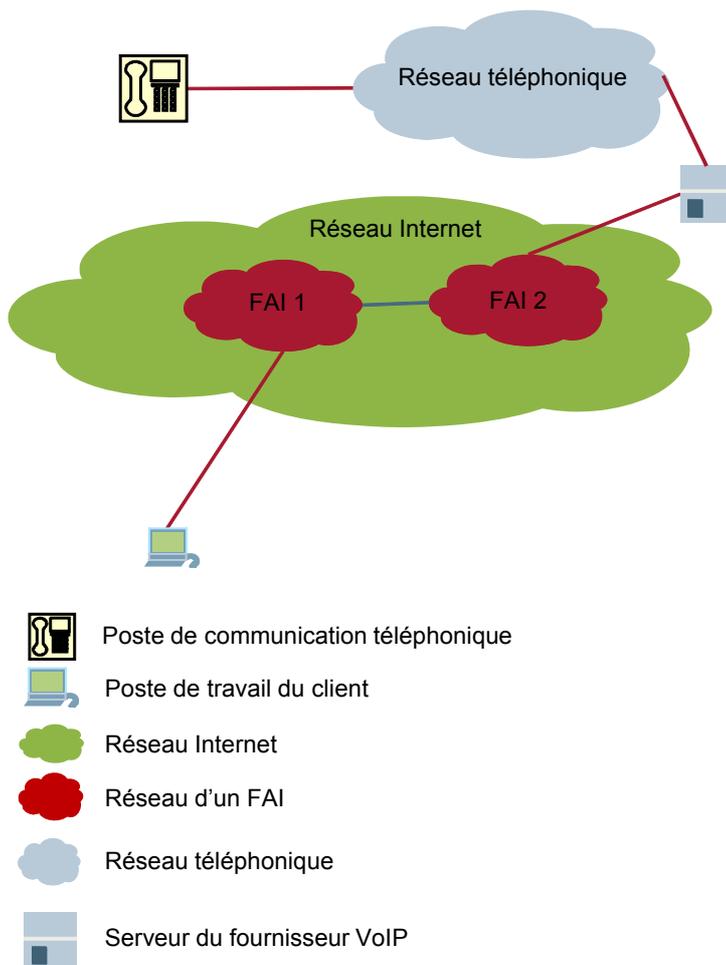


Figure 11: Eléments techniques et architecture à haut niveau du service
[Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

Les éléments techniques utilisés sont installés en France et dans de nombreux autres pays. Le prestataire VoIP possède des accords de « peering »/transit avec des opérateurs. Le prestataire possède également des interconnexions téléphoniques avec les opérateurs téléphoniques.

(c) Qualification juridique des services étudiés

La grille d'analyse peut être appliquée de la manière suivante pour effectuer la qualification juridique du service d'appel téléphonique du prestataire VoIP.

Critère	Vérfié	Justification
1 – Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux ?	Non (service "logiciel à logiciel") Oui (services "RTP à logiciel" et "logiciel à RTP")	Dans le cas des appels "logiciel à logiciel", le service fourni utilise internet de bout en bout. Dans le cas de "RTP à logiciel" ou "logiciel à RTP", la prestation de transmission peut être décomposée en un segment entre le bénéficiaire connecté à internet et la passerelle du prestataire VoIP et un segment entre la partie sur le réseau téléphonique et la passerelle du prestataire VoIP. Dans ce cas, contrairement au cas du service "logiciel à logiciel", il y a paiement ou réception d'une terminaison d'appel et utilisation d'un numéro du plan de numérotation téléphonique public qui est essentielle à la fourniture du service.
2 – Le fournisseur est-il responsable pour la	Non (service "logiciel à logiciel") Oui (service "logiciel à logiciel")	Dans le cas du service "logiciel à logiciel", le prestataire n'a aucune responsabilité pour le transport des signaux associés au service. En effet, la transmission des signaux dépend uniquement de la connectivité

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

transmission ?	logiciel")	internet entre l'appelant et l'appelé (et l'interconnexion entre leur deux FAI). En cas d'échec de l'acheminement de signaux, les utilisateurs auront tendance à se tourner vers leur FAI mais pas vers le prestataire qui par ailleurs ne leur facture par ce service (ce qui est cohérent avec le manque de contrôle que celui-ci détient sur la fourniture du service proposé).
	Oui (services "RTP à logiciel" et "logiciel à RTP")	A l'inverse, pour les services "RTP à logiciel" et "logiciel à RTP", le prestataire contrôle (directement ou indirectement par un contrat d'interconnexion et le paiement d'une prestation de terminaison d'appel) le segment entre la passerelle du prestataire et l'abonné appelé ou appelant. Le client paye une prestation de transmission au prestataire et pourra se retourner vers celui-ci en cas de problème de communication.
3 – Le service est-il fourni au public ?	Oui	Tout bénéficiaire potentiel qui souhaite utiliser le service peut le faire en s'inscrivant gratuitement sur le site du prestataire VoIP.
4 – Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?	Oui	Le service comprend des revenus directs du client ("RTP à logiciel" et "Logiciel à RTP") et indirects (revenus d'interconnexion dans le cas du service "RTP à logiciel" et publicitaire dans le cas du service "logiciel à logiciel") perçus par le prestataire.
Conclusion : Est-ce un service de communications électroniques ?	Non	Le service d'appel téléphonique "logiciel à logiciel" ne peut être considéré comme un service de communications électroniques, car le prestataire ne contrôle pas et n'est pas responsable de la transmission de signaux.
	Oui	Les services d'appel téléphonique "RTP à logiciel" et "logiciel à RTP" peuvent être considérés comme des services de communications électroniques, car ils remplissent cumulativement les quatre critères. Le test de proportionnalité devrait être réalisé par l'ARCEP.

Figure 12 : Qualification du service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

(d) Qualification juridique du fournisseur des services étudiés en tant qu'opérateur de réseau

En conclusion, comme les services "RTP à logiciel" et "logiciel à RTP" peuvent être considérés comme des services de communications électroniques, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si le prestataire VoIP peut être considéré comme exploitant un réseau ouvert au public.

La grille d'analyse peut être appliquée de la manière suivante pour effectuer la qualification juridique en tant qu'opérateur de réseau du prestataire VoIP.

Critère	Vérifié	Justification
1 – Le service fourni est-il un service de communications électroniques fourni au public?	Oui	Voir grille ci-dessus (oui pour les services "RTP à logiciel" et "logiciel à RTP")
2 – Le fournisseur utilise-t-il ou met-il à disposition des installations de transmission pour ce service?	Oui	Le fournisseur utilise des installations de transmission pour acheminer les appels entre la passerelle du prestataire et le destinataire (dans le cas du service "logiciel à RTP") ou l'émetteur (dans le cas du service "RTP à logiciel").
3 – Les installations sont-elles utilisées	Oui	Les installations du fournisseur servent essentiellement à la fourniture de service de communications électroniques. En effet, même si la majorité

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

principalement pour la fourniture de services de communications électroniques ?		des appels du prestataire doivent probablement correspondre à des appels de type "logiciel à logiciel", l'objectif <i>in fine</i> du prestataire (et donc l'utilisation de ses installations) consiste à fournir les services "RTP à logiciel" et "logiciel à RTP" qui donnent lieu à une rémunération.
4 – Les installations sont-elles situées en France ?	Oui	Comme présenté dans la section (b), le fournisseur dispose d'installations localisées en France.
Conclusion : Est-ce un opérateur de réseau ouvert au public ?	Oui	Le prestataire VoIP peut être qualifié d'exploitant de réseau de communications électroniques ouvert au public. Il conviendra alors d'appliquer un test de la proportionnalité avant de conclure sur la qualification d'opérateur du prestataire, en tant qu'exploitant de réseau de communications électroniques.

Figure 13 : Qualification du fournisseur du service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

7.5 Service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit

(a) Aspects commerciaux et perception client

Le service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit correspond à un ensemble de services permettant de lire des contenus vidéo sur différents équipements électroniques, notamment un ordinateur, une tablette ou un téléviseur raccordé directement à internet. Nous considérons notamment les services suivants :

- Les services d'hébergement de vidéos sur lequel les utilisateurs peuvent envoyer, visualiser et partager des séquences vidéo, à travers un site Web (par exemple, Dailymotion ou YouTube).
- Les services de fourniture de programmes télévisuels à la demande transmis par internet qui permettent d'afficher des programmes télévisuels à la demande transmis par Internet aux abonnés des services de télévision à péage (par exemple, Canal+ à la demande).
- Les services de télévision connectée (par exemple, Qriocity de Sony ou Apple TV) qui permettent d'afficher des contenus audiovisuels sur un téléviseur directement (par exemple, un téléviseur de la marque Sony compatible avec Qriocity) ou indirectement (par exemple l'Apple TV par l'intermédiaire d'un décodeur spécifique) raccordé à la connexion haut débit.

Les aspects concernant la relation commerciale, le mode de rémunération et la logique de création de valeur peuvent différer entre ces différents services :

- Les services d'hébergement de vidéos sont traditionnellement gratuits, tant pour les utilisateurs qui hébergent leurs vidéos sur les équipements du fournisseur de service que pour les utilisateurs qui visualisent le contenu. Ces services sont généralement financés par la publicité et leur logique de création de valeur est la mise en relation entre une audience et des annonceurs qui peuvent mettre en place une publicité ciblée en fonction du contenu de la vidéo fournie. Par conséquent, le bénéficiaire du service est l'utilisateur qui visualise la vidéo sur le site Web du prestataire tandis que le client du service est l'annonceur publicitaire. Quant à lui, le fournisseur de service n'a pas connaissance des

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

bénéficiaires, car les vidéos du site peuvent être visualisées par tous les internautes.

- Les services de fourniture de programmes télévisuels à la demande transmis par internet sont généralement payants. Le bénéficiaire (et client) finance directement le service avec les redevances de son abonnement. La logique de création de valeur de ce service provient de la liberté fournie par l'éditeur de la chaîne à péage à ses abonnés de pouvoir consulter son contenu depuis internet, et notamment sur différents appareils électroniques (ordinateur, tablette, téléphone mobile de type *smartphone*), dans un objectif de rétention des clients et de différenciation par rapport à la concurrence.
- Les services de télévision connectée (par exemple, Qriocity de Sony ou Apple TV) qui permettent d'afficher des contenus audiovisuels sur un téléviseur directement (par exemple, un téléviseur de la marque Sony compatible avec Qriocity) ou indirectement (par exemple l'Apple TV par l'intermédiaire d'un décodeur spécifique) raccordé à la connexion haut débit. Ces services peuvent être gratuits (financés par la publicité, à l'instar des services d'hébergement de vidéo) ou payants (à l'instar des services de programmes télévisuels à la demande). La logique de création de valeur de ces services provient de la capacité du fournisseur de contenu à diffuser du contenu sur le téléviseur de l'utilisateur. Le bénéficiaire peut quant à lui avoir accès à une offre télévisuelle étendue (en termes de choix et de modalités de tarification) directement sur son téléviseur.

(b) Aspects techniques

Lorsqu'un bénéficiaire souhaite accéder aux contenus vidéo du service, son équipement utilisateur (ordinateur, appareil électronique, téléviseur ou décodeur) connecté à Internet initie une session vers les serveurs de son fournisseur de service par Internet via son FAI (FAI 1).

Trois cas de figure peuvent être distingués :

- (1a) Le fournisseur de service contourne le FAI (FAI 1) en utilisant la bande passante non managée (Internet) de l'utilisateur final, sans faire appel à une prestation de CDN. Le fournisseur n'a alors pas de maîtrise sur la transmission électronique de son contenu jusqu'au FAI et jusqu'au bénéficiaire.
- (1b) Le fournisseur de service contourne le FAI (FAI 1) en utilisant la bande passante non managée (internet) de l'utilisateur final mais en faisant appel à une prestation de type CDN pour améliorer la qualité de service fournie aux bénéficiaires. Toutefois, dans ce cas, le fournisseur de service n'est pas responsable des signaux transportés, dans la mesure où les opérateurs CDN ne peuvent eux-mêmes s'engager sur la qualité du service fournie au client final. En effet, les opérateurs CDN ne sont pas nécessairement connectés directement au bénéficiaire (ou à son FAI), mais peuvent utiliser plusieurs intermédiaires.
- (2) Le fournisseur de service contracte directement avec le FAI (FAI 1) pour qu'une qualité de service spécifique soit fournie au bénéficiaire de son

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

service (on se rapproche alors d'un service fourni en mode géré du type des services IPTV actuellement commercialisés en France par les FAI). Dans ce cas, le fournisseur de service maîtrise (indirectement) les signaux transportés jusqu'au client final, dans la mesure où il rémunère le FAI avec lequel il a signé un accord pour cette prestation. Le fournisseur de service endosse donc indirectement une responsabilité concernant le transport du signal.

Il est à noter qu'on ne peut pas associer de façon systématique les différents cas de figure techniques ci-dessus avec les différents types de services présentés dans la section a).

L'architecture technique du service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit est illustrée dans la figure 14 ci-dessous.

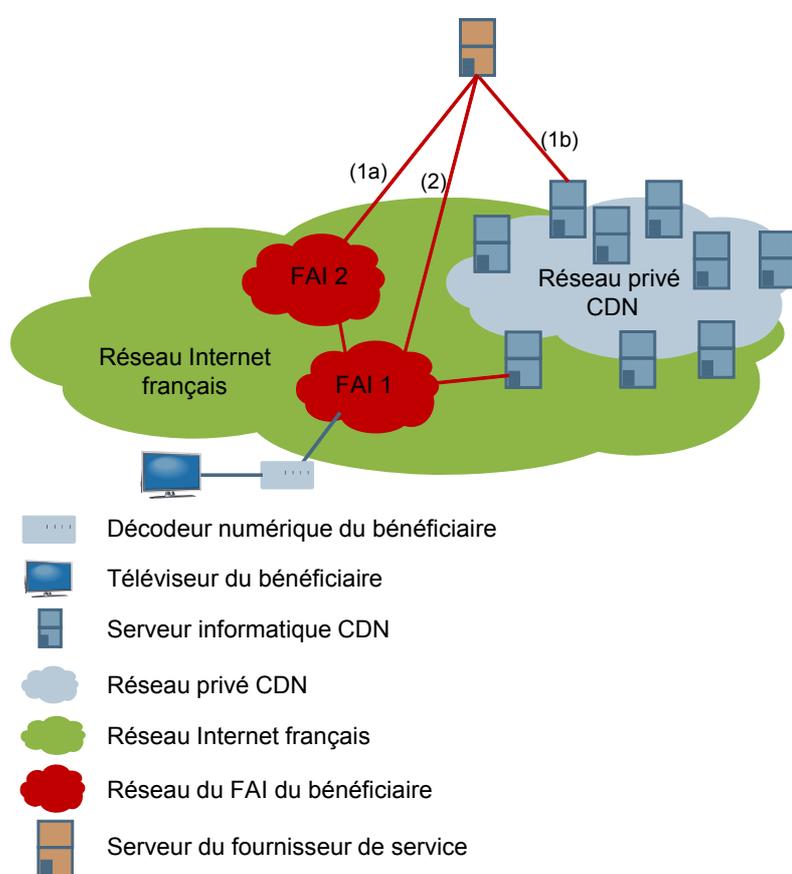


Figure 14: Eléments techniques et architecture à haut niveau du service
[Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

Les serveurs du fournisseur de service sont localisés en France et peuvent être raccordés différemment en fonction du cas :

- (1a) Les serveurs du fournisseur de service possèdent une connexion avec un FAI (FAI 2) connecté à Internet et ont accès aux bénéficiaires du service par l'intermédiaire de la traversée de plusieurs FAI (FAI2 et FAI1)
- (1b) Les serveurs du fournisseur de service possèdent une connexion avec un CDN, connecté directement (ou non) au FAI du bénéficiaire (FAI1)
- (2) Le fournisseur de service possède une connexion directe avec le FAI du bénéficiaire (FAI1) avec qui il dispose d'une relation contractuelle (lui permettant de "garantir" une qualité de service spécifique)

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

(c) Qualification juridique du service étudié

La grille d'analyse peut être appliquée de la manière suivante pour effectuer la qualification juridique du service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit.

Critère	Vérfié	Justification
1 – Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux ?	Non	La prestation du fournisseur de service consiste à mettre à disposition des contenus audiovisuels aux bénéficiaires à travers leur connexion haut débit. La prestation fournie peut inclure une prestation de transport de signaux, notamment dans le cas où le fournisseur de service contracte avec le FAI du bénéficiaire pour améliorer la qualité de service fourni. Toutefois, cette transmission de signaux n'est pas essentielle dans le service de contenu vidéo car le service serait profondément altéré si le contenu (vidéo) venait à disparaître de l'offre proposée (et que seule la prestation de transmission de signaux restait le périmètre du service proposé)
2 – Le fournisseur est-il responsable pour la transmission de signaux ?	-	Non applicable.
3 – Le service est-il fourni au public ?	Oui	Tout internaute peut souscrire aux différents services étudiés.
4 – Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?	Oui	Le service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit comprend des revenus directs ou indirects.
Conclusion : Est-ce un service de communications électroniques ?	Non	Le service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit ne peut être considéré comme un service de communications électroniques. Il n'est pas nécessaire pour l'ARCEP de réaliser un test de proportionnalité.

Figure 15: Qualification du service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

(d) Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau

Le service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit ne peut être considéré comme un service de communications électroniques, les installations contrôlées par l'éditeur du service n'étant pas utilisées principalement pour un service de communications électroniques. L'éditeur de services ne peut donc être qualifié d'opérateur de réseau.

7.6 Service de fourniture de contenus du site d'informations d'un quotidien économique de la presse écrite

(a) Aspects commerciaux et perception client

Le service de fourniture de contenus du site d'informations de ce quotidien est un service qui offre à tout internaute (le bénéficiaire) un accès à du contenu (en particulier des articles et des vidéos) édité par le site Web d'informations rattaché au journal quotidien d'actualités économique éponyme.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Le service est financé directement par les redevances des bénéficiaires abonnés au service (le bénéficiaire est alors également le client), mais également indirectement par les revenus publicitaires, payés par des clients de type annonceurs publicitaires pour l'affichage de publicité.

Le bénéficiaire du service (abonné ou non) paie son FAI pour accéder aux contenus hébergés par le fournisseur du service d'informations.

La logique de création de valeur de ce service provient de plusieurs éléments

- L'éditeur produit des contenus à « coûts fixes » essentiellement pour son journal au format papier. L'effort incrémental pour éditer ce contenu sur format web (ou éventuellement développer de nouveaux contenus uniquement pour le service en ligne) est assez faible au regard des coûts fixes initiaux.
- L'éditeur augmente la valorisation de son contenu par sa mise en ligne, soit indirectement par l'audience de son site auprès des annonceurs et directement par des redevances auprès de certains bénéficiaires.

(b) Aspects techniques

Lorsqu'un bénéficiaire souhaite consulter le site Web d'informations, sa station de travail initie une session vers les serveurs du site de l'éditeur par internet via son FAI (FAI1). La session est reçue par l'éditeur via son propre FAI (FAI2).

L'éditeur n'est pas responsable des signaux transportés entre la station du client et son FAI (FAI2). L'éditeur est uniquement responsable de la gestion des signaux et des informations reçues une fois que ceux-ci atteignent son ou ses serveurs.

L'architecture technique du service de fourniture de contenus du site d'informations est illustrée dans la Figure 16 ci-dessous.

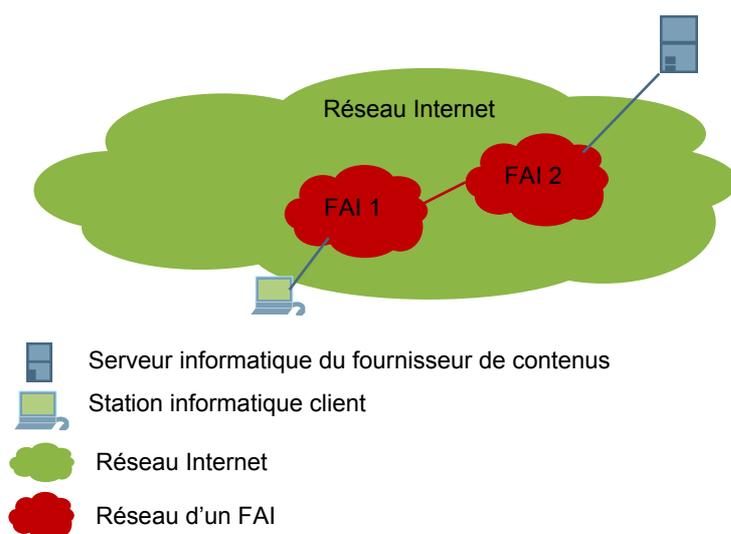


Figure 16: Eléments techniques et architecture à haut niveau du service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

Les serveurs de l'éditeur sont localisés en France, et l'éditeur possède une connexion (ou un hébergement) internet via son FAI qui fournit la connectivité internet.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

(c) Qualification juridique du service étudié

La grille d'analyse peut être appliquée de la manière suivante pour effectuer la qualification juridique du service de fourniture de contenus du site d'informations.

Critère	Vérfié	Justification
1 – Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux ?	Non	La prestation consiste à mettre à disposition des contenus localisés sur des serveurs aux internautes/bénéficiaires. L'éditeur gère uniquement la transmission de signaux électroniques au niveau de ses serveurs. La prestation de transmission de signaux entre les bénéficiaires du service et l'éditeur est assurée par le FAI du bénéficiaire.
2 – Le fournisseur est-il responsable pour la transmission ?	Non	L'éditeur n'est pas responsable de la transmission des signaux entre le bénéficiaire et ses serveurs. S'il peut exister un contrat de service entre L'éditeur et le bénéficiaire abonné, le bénéficiaire dispose nécessairement d'un contrat avec son FAI pour la transmission des signaux, et se retournera vers ce FAI en cas de problème de connectivité.
3 – Le service est-il fourni au public ?	Oui	Tout internaute qui souhaite utiliser le service peut le faire en consultant le site, et éventuellement en s'abonnant au service.
4 – Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?	Oui	Le service de fourniture de contenus du site d'informations comprend des revenus directs perçus par les bénéficiaires et des revenus indirects perçus par les annonceurs.
Conclusion : Est-ce un service de communications électroniques ?	Non	Le service de fourniture de contenus du site d'informations de l'éditeur ne peut être considéré comme un service de communications électroniques. Il n'est pas nécessaire pour l'ARCEP de réaliser un test de proportionnalité.

Figure 17 : Qualification du service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

(d) Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau

Le service de fourniture de contenus du site d'informations ne correspondant pas à un service de communications électroniques, les installations contrôlées par l'éditeur du service ne sont pas utilisées principalement pour un service de communications électroniques. L'éditeur de services ne peut donc être qualifié d'opérateur de réseau.

7.7 Service de validation de titre de transport *via* un passe communicant

(a) Aspects commerciaux et perception client

Le service de validation de titre de transport *via* un passe communicant permet à un bénéficiaire d'utiliser un passe communicant pour valider un titre de transport. Cette validation peut déclencher l'ouverture de portes automatiques (par exemple, dans le métro parisien).

Ce service est compris dans l'abonnement de transport, et est financé par les redevances de transport des bénéficiaires. Le bénéficiaire est le client direct et est donc identifié et reconnu par le fournisseur de service.

La logique de création de valeur de ce service est basée sur plusieurs éléments :

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- une amélioration du temps de validation du titre de transport (par rapport à une validation mécanique de type titre de transport magnétique)
- une amélioration de l'expérience client (possibilité de rechercher le passe, de l'utiliser pour d'autres services par exemple titre de transport sur trains grande ligne ou pour retirer un vélo en libre-service.....)

(b) Aspects techniques

Lorsqu'un bénéficiaire souhaite valider un titre de transport à l'aide d'un passe communicant, il doit approcher le passe communicant de la borne. Cette borne qui émet en permanence des signaux électromagnétiques reçoit une réponse du passe communicant qui lui permet d'approuver ou de refuser la validation du titre de transport.

Le fournisseur de service est responsable des signaux transportés entre la borne de validation et le passe communicant, car ils demeurent tous deux la propriété du fournisseur de service.

L'architecture technique du service d'utilisation d'un passe communicant pour valider un titre de transport est illustrée dans la Figure 18 ci-dessous.

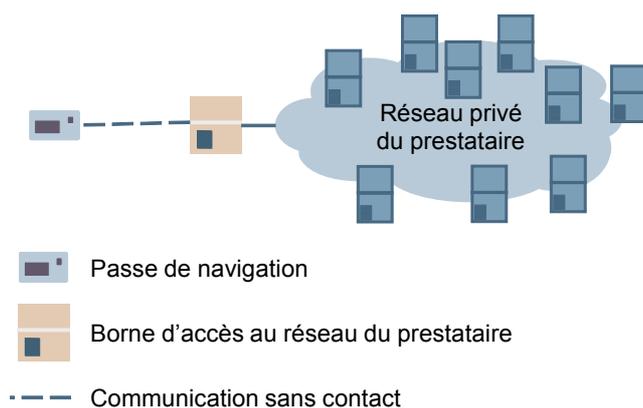


Figure 18: Eléments techniques et architecture à haut niveau du service
[Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

Les bornes utilisées par le service d'utilisation d'un passe communicant pour valider un titre de transport sont localisées en France, et sont connectées au réseau privé du fournisseur de service. Pour rendre ce service, il n'existe pas d'interconnexion avec des réseaux tiers.

(c) Qualification juridique du service étudié

La grille d'analyse peut être appliquée de la manière suivante pour effectuer la qualification juridique du service de validation de titre de transport *via* un passe communicant.

Critère	Vérifié	Justification
1 – Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux ?	Non	La prestation de validation de titre de transport <i>via</i> un passe communicant consiste à autoriser l'utilisation d'un passe communicant comme alternative à d'autres supports (par exemple, ticket avec piste magnétique). Ce service inclut un passe communicant qui est capable de recevoir les signaux transmis par une borne de transport et de répondre à la borne de transport. La transmission de signaux entre la

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

		borne et le passe communicant est un service "interne" réalisé par le fournisseur du service de transport (c'est-à-dire le passe communicant et la borne) afin de vérifier la validité du titre présenté (et les droits du bénéficiaire). Ce service de transmission de signaux ne correspond pas au service acheté par le client qui consiste en un droit d'utiliser les transports en commun dans des zones ou sur des lignes prédéfinies. En effet, le service tel que perçu par le client correspond à un simple service de validation et ne serait pas significativement modifié s'il n'incluait pas de prestation de transmission de signaux (on peut imaginer par exemple que le fournisseur du titre de transport utilise des contrôleurs « humains » pour réaliser la validation du titre de transport).
2 – Le fournisseur est-il responsable pour la transmission ?	-	Non applicable.
3 – Le service est-il fourni au public ?	Oui	Tout utilisateur qui souhaite utiliser le service peut s'abonner auprès de son fournisseur de transport pour obtenir un passe communicant.
4 – Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?	Oui	Le service de validation de titre de transport <i>via</i> un passe communicant comprend des revenus directs perçus par les bénéficiaires. Ces revenus, sont principalement perçus pour la fourniture d'un service de transport, et servent (en faible partie) à financer le service de validation sans contact du titre de transport.
Conclusion : Est-ce un service de communications électroniques ?	Non	Le service de validation de titre de transport <i>via</i> un passe communicant ne peut être considéré comme un service de communications électroniques. Il n'est pas nécessaire pour l'ARCEP de réaliser un test de proportionnalité.

Figure 19 : Qualification du service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

(d) Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau

Le service de validation de titre de transport *via* un passe communicant ne correspondant pas à un service de communications électroniques, le réseau interne du prestataire de transport n'est donc pas utilisé principalement pour la fourniture au public d'un service de communications électroniques. Le prestataire de transport ne peut donc être qualifié d'opérateur de réseau ouvert au public.

7.8 Service de fourniture de contenus de type livres électroniques sur tablette

Le service de fourniture de contenus de type livres électroniques sur tablette via un service de téléchargement est un service qui offre à tout propriétaire d'une tablette (bénéficiaire) un accès à du contenu de type livre électronique proposé sur l'application correspondante.

Le service est financé directement par les redevances des bénéficiaires clients du service, qui achètent puis téléchargent des livres électroniques. L'application livre électronique connaît donc les bénéficiaires car il y a transaction pour enclencher le téléchargement.

Le bénéficiaire du service paie son FAI pour télécharger les contenus proposés puis achetés sur l'application livre électronique.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

La logique de création de valeur de ce service est celle d'une vente de contenu au bénéficiaire, se présentant sous la forme d'un catalogue de livres électroniques que le bénéficiaire peut acquérir de façon centralisée.

(a) Aspects techniques

Lorsqu'un bénéficiaire souhaite accéder à un livre électronique, sa tablette initie à travers l'application livre électronique une session vers les serveurs du fournisseur du service de téléchargement. Cette session transite par internet *via* son FAI (FAI1). La session est reçue par le fournisseur du service de téléchargement *via* son propre FAI (FAI2). Au cours de cette session, le bénéficiaire achète, puis télécharge le livre électronique avant de le consulter sur son appareil.

Le fournisseur du service de téléchargement n'est pas responsable du transport des signaux transportés entre la tablette client et son FAI (FAI2). Le fournisseur du service de téléchargement est uniquement responsable de la gestion des signaux et des informations reçues une fois que ceux-ci atteignent son ou ses serveurs.

L'architecture technique du service de fourniture de contenus de type livre électronique sur tablette est illustrée dans la Figure 20 ci-dessous.

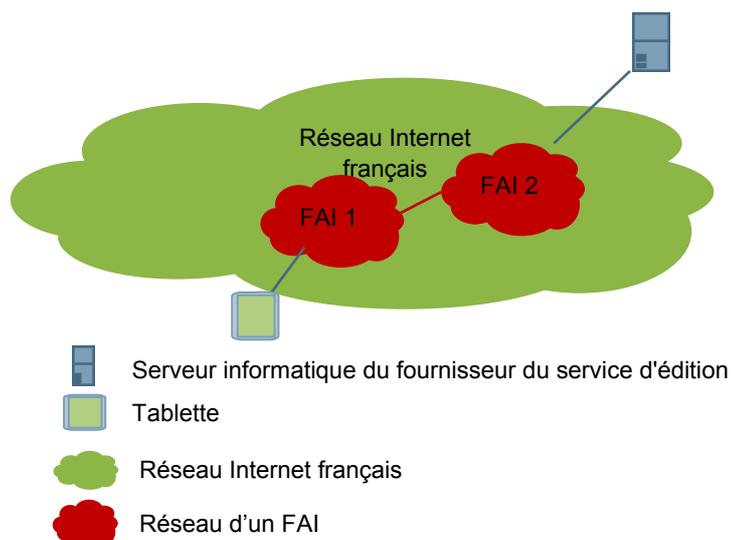


Figure 20: Eléments techniques et architecture à haut niveau du service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

Les serveurs du fournisseur du service de téléchargement sont localisés en France, et le fournisseur du service de téléchargement possède une connexion avec internet *via* son FAI qui fournit la connectivité internet.

(b) Qualification juridique du service étudié

La grille d'analyse peut être appliquée de la manière suivante pour effectuer la caractérisation juridique du service de fourniture de contenus de type livres électroniques sur tablette.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Critère	Vérfié	Justification
1 – Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux ?	Non	La prestation consiste à la mise à disposition de contenus localisés sur des serveurs aux bénéficiaires/possesseurs de tablette. Le prestataire gère uniquement la transmission de signaux électroniques au niveau de ses serveurs. La prestation de transmission de signaux entre les bénéficiaires du service et le fournisseur du service de téléchargement est assurée par le FAI du bénéficiaire.
2 – Le fournisseur est-il responsable pour la transmission ?	Non	Le fournisseur du service de téléchargement n'est pas responsable de la transmission des signaux entre le bénéficiaire et ses serveurs. S'il existe un contrat de service entre le fournisseur du service de téléchargement et le bénéficiaire, le bénéficiaire dispose également d'un contrat avec son FAI pour la transmission des signaux, et se retournera vers ce FAI en cas de problème de connectivité.
3 – Le service est-il fourni au public ?	Oui	Tout possesseur d'une tablette qui souhaite utiliser le service peut le faire en lançant l'application correspondante.
4 – Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?	Oui	Le service de fourniture de contenus de type livres électroniques sur tablette comprend des revenus directs perçus par les bénéficiaires.
Conclusion : Est-ce un service de communications électroniques ?	Non	Le service de fourniture de contenus de type livres électroniques sur tablette ne peut être considéré comme un service de communications électroniques. Il n'est pas nécessaire pour l'ARCEP de réaliser un test de proportionnalité.

Figure 21 : Qualification du service [Source: Analysys Mason, Hogan Lovells]

(c) **Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau**

Le service de fourniture de contenus de type livres électroniques sur tablette ne correspond pas à un service de communications électroniques. Le réseau interne utilisé par le fournisseur de ce service n'est donc pas utilisé principalement pour la fourniture au public d'un service de communications électroniques. Le fournisseur de service de téléchargement n'est donc pas considéré comme un opérateur de réseau de communications électroniques.

7.9 **La collectivité et son partenaire privé dans le cadre d'un contrat de partenariat de construction et d'exploitation d'un réseau haut ou très haut débit**

Afin de répondre à la question de savoir qui, de la collectivité territoriale et de son cocontractant, doit endosser le statut d'opérateur de communications électroniques dans le cadre d'un réseau d'initiative publique (RIP) réalisé sous la forme d'un contrat de partenariat, tel que prévu par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, il convient de rappeler brièvement le cadre juridique d'intervention des collectivités territoriales en la matière, ainsi que les règles de la commande publique auxquelles elles sont soumises pour réaliser ce type de projets.

(a) **Les dispositions de l'article L.1425-1 du Code général des collectivités territoriales**

Le cadre juridique de l'intervention des collectivités territoriales en matière d'infrastructures et/ou de réseaux de communications électroniques est

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

aujourd'hui fixé par les dispositions de l'article L.1425-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Sous réserve du respect d'un certain formalisme, à savoir une publication préalable de leur projet dans un journal d'annonces légales et sa transmission à l'ARCEP, ce dispositif permet à toutes collectivités territoriales et à leurs groupements de librement établir et exploiter des réseaux de communications électroniques ouverts au public et, sous certaines conditions, d'offrir des services de communications électroniques aux utilisateurs finals. Plus précisément, l'article L.1425-1 du CGCT prévoit trois niveaux d'intervention des collectivités territoriales, celles-ci pouvant :

- établir ou de faire établir, par le biais d'un cocontractant, un réseau de communications électroniques, en vue de le mettre à disposition des opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants (**niveau n°1**) ;
- exercer ou faire exercer, par le biais d'un cocontractant, une activité "d'opérateur d'opérateurs" (assimilable à celle d'un "grossiste"), en mettant à la disposition d'opérateurs agissant sur le marché de détail un catalogue de services destinés à être commercialisés auprès des clients finals (**niveau n°2**). C'est principalement ce montage que les collectivités territoriales ont retenu pour mener à bien leur projet de RIP ;
- fournir elles-mêmes ou *via* un cocontractant des services de communications électroniques aux clients finals, à condition toutefois d'avoir constaté l'insuffisance d'initiatives privées, après un appel d'offres visant à satisfaire les besoins des utilisateurs finals en services de communications électroniques déclaré infructueux, et informé l'ARCEP (**niveau n°3**).

Quelque soit le niveau d'intervention retenu, les collectivités territoriales respectent les principes de transparence, de non-discrimination, d'égalité de traitement et de proportionnalité.

(b) Les montages contractuels envisageables

Le dispositif de l'article L.1425-1 du CGCT n'impose aucun montage juridique aux collectivités territoriales pour la réalisation de leur projet. Il appartient donc à ces dernières de choisir celui qu'elles considèrent le plus adapté à leur projet, en fonction notamment de leurs contraintes budgétaires et/ou calendaires, des missions qu'elles souhaitent confier à leur cocontractant, mais aussi des caractéristiques techniques de leur projet et géographiques de leur territoire.

Ce faisant, les montages juridiques auxquelles sont, en principe, soumises les collectivités territoriales pour établir et exploiter un réseau de communications électroniques dans le respect de l'article L.1425-1 du CGCT, sont les suivants :

- un marché public ;
- un marché public de travaux suivi d'un affermage ou de convention de mise à disposition ;
- une délégation de service public, notamment de type concessif ;

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- un contrat de partenariat.

Pour mémoire, les contrats de partenariat ("CP") sont issus de l'ordonnance du 17 juin 2004 (ci-après l'"Ordonnance"), prise sur le fondement de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit⁸³.

Cette ordonnance crée, entre les marchés publics et les délégations de service public, une nouvelle catégorie et un nouveau régime de contrat administratif permettant d'établir un partenariat entre personnes publiques et opérateurs privés en vue de la réalisation de projets publics.

Selon la définition de l'Ordonnance, reprise dans l'article L.1414-1 du CGCT, ce sont des "contrats administratifs par lesquels [la personne publique] confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée".

Le contrat de partenariat est donc un contrat global qui comprend au moins trois éléments :

- le financement privé d'investissements nécessaires au service public sur une longue durée ;
- la construction ou la transformation des ouvrages ou des équipements ou d'autres investissements (y compris immatériels) ;
- leur entretien, leur maintenance et/ou leur exploitation ou gestion.

Le contrat de partenariat emprunte ainsi au marché public en ce qu'il donne lieu au paiement d'un prix (ou "loyer") par la personne publique, autorité organisatrice. A ce titre, il convient de souligner que le contrat de partenariat peut permettre la mise en place d'une rémunération combinant plusieurs éléments, tels que des revenus provenant de la valorisation du domaine public ou de recettes supplémentaires d'exploitation. Sur ce dernier point, il ne s'agit pas, comme en matière de délégation de service public, de recevoir une redevance liée à l'exploitation proprement dite du service public, mais d'optimiser la gestion de l'ouvrage en autorisant le partenaire privé à tirer une rémunération de cette exploitation, au titre du "risque de fréquentation". Ces recettes annexes doivent, en tout état de cause, demeurer accessoires, afin d'éviter tout risque de requalification du contrat.

Le contrat de partenariat s'apparente aux délégations de service public en ce qu'il transfère la maîtrise d'ouvrage au secteur privé et lui confère, en principe, un droit réel sur l'ouvrage ou l'équipement que ce dernier est chargé de "*construire ou de transformer*". C'est ce qui permet la prise en charge du préfinancement de l'opération par ce dernier. Contrairement à la délégation de

⁸³ Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

service public (théorie des "biens de retour", dont la propriété revient dès leur édification à la personne publique), les ouvrages construits par le titulaire du contrat de partenariat reviennent en pleine propriété à la personne publique au terme du contrat.

En termes de partage des risques, là où le marché public de travaux limite le risque porté par le secteur privé à la seule construction des ouvrages (respect des délais et qualité des ouvrages construits), le contrat de partenariat y ajoute les risques de performance et "de disponibilité", c'est-à-dire la capacité de l'opérateur à pouvoir livrer un ouvrage ou un équipement conforme aux spécifications techniques et performantielles imposées par le contrat, et ce dans les délais prescrits.

Le contrat de partenariat se distingue ainsi de la délégation de service public dans laquelle le cocontractant supporte, outre les risques de construction et de performance, le risque "de demande" ou d'exploitation, dans la mesure où sa rémunération est, en principe, substantiellement assise sur les résultats d'exploitation du service public délégué. A ce titre, il convient de souligner que l'on considère classiquement que le contrat de partenariat n'est pas un contrat déléguant, en tant que telle, l'exploitation du service public.

Tout au plus considère-t-on, ainsi que le souligne la circulaire interministérielle du 29 novembre 2005⁸⁴, relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales, que le contrat de partenariat peut, *"de manière facultative, contenir des prestations de services concourant à l'exercice de la mission de service public de la collectivité territoriale cocontractante"*⁸⁵.

La durée des contrats de partenariat doit être assez longue, pour permettre de générer les économies attendues par l'optimisation du service rendu à la collectivité. Dans la plupart des cas où l'investissement concerne une immobilisation physique (bâtiment ou équipement), elle peut être calée sur la durée d'amortissement du bien ou du financement retenu. L'Ordonnance ne fixe pas de seuils minimum ou maximum, mais la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat ("MAPPP") recommande d'inscrire la durée d'un contrat de partenariat entre six et trente ans.

(c) **Conséquences sur le statut d'opérateur de communications électroniques**

Dans l'hypothèse où une collectivité territoriale déciderait de lancer un projet de réseau de desserte dans le cadre du niveau 2 précité (faisant ainsi construire et exploiter le réseau par un cocontractant privé, en lui demandant de mettre une offre de services à la disposition des opérateurs de détails), pourrait-elle le faire dans le cadre d'un contrat de partenariat sans pour autant être elle-même qualifiée d'opérateur de communications électroniques ?

Cette question n'est pas négligeable, compte tenu des enjeux liés à ce statut.

A cette question, l'ARCEP a apporté des éléments de réponse en précisant que *"dans le cas d'une gestion déléguée, la collectivité a interposé une personne morale tierce entre elle-même et l'utilisateur du service public. Cette personne*

⁸⁴ Circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales (NOR: ECOZ0500081C)

⁸⁵ Thierry Reynaud, *Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public*, BJCP 2010, n°70, p. 166

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

*morale devra donc se déclarer auprès de l'Autorité dès lors qu'elle exerce une activité d'opérateur. La collectivité n'a en revanche aucune obligation d'être opérateur au sens du CPCE, et donc de se déclarer*⁸⁶ (soulignement ajouté).

Cette position tend à établir que l'autonomie laissée par la collectivité territoriale à son délégataire, quant à la conception/réalisation, l'exploitation et la fourniture de services de communications électroniques, confère à ce dernier, agissant en la matière en son nom et pour son propre compte⁸⁷, le statut d'opérateur de communications électroniques. Ce statut ne serait pas applicable à la collectivité territoriale. Autrement dit, dans une DSP, la collectivité délègue non seulement la gestion du service public, mais également la qualité d'opérateur.

La question se pose de savoir si une telle position s'applique également lorsque l'exploitation du réseau et surtout la fourniture d'un service de communications électroniques sont réalisées dans le cadre d'un marché public ou d'un contrat de partenariat.

Dans ce cas, le cocontractant de la collectivité territoriale agit pour le compte de cette dernière⁸⁸, dans un cadre technique, organisationnel et financier qui lui est imposé.

Dans le cadre d'un contrat de partenariat, et quel que soit le niveau d'intervention choisi par la collectivité (niveau 2 ou niveau 3), la collectivité exerce la qualité d'opérateur, car elle est chargée de l'exploitation commerciale du réseau et en assume par conséquent le risque⁸⁹ (le mode de rémunération du contrat de partenariat est la raison principale de cette répartition des risques). Elle fournit au public un service de communications électroniques (*via* son partenaire qui agit pour son compte) et, en principe, signe les contrats d'accès avec les opérateurs de détail. Elle récupère *in fine* les recettes d'exploitation perçues par le titulaire du contrat de partenariat.

D'ailleurs, dans les contrats de partenariat aujourd'hui signés figurent des prestations d'assistance à la commercialisation assumées par le partenaire privé (rédaction du catalogue de services, administration des ventes, assistance à la facturation et service après vente, etc.).

Outre la collectivité territoriale, le partenaire devra également se déclarer opérateur, dans la mesure où il assurera l'exploitation technique du réseau de communications électroniques (nous avons précédemment vu que le concept d'exploitation d'un réseau découle de la maîtrise opérationnelle de ces installations de transmission, de commutation ou de routage).

8. CONCLUSION

L'application des deux séries de tests, nous conduit aux résultats suivants:

⁸⁶ Voir en ce sens : *L'intervention des collectivités locales dans les télécommunications, Points de repères*, Autorité de régulation des télécommunications, 1er décembre 2004, p. 76

⁸⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, 1983, p. 293 : "si le concessionnaire est chargé d'une mission par l'administration, il l'accomplit pour son propre compte, non pour celui de l'administration". "En principe, le concessionnaire n'est pas un mandataire ; la concession n'est pas un mandat". Voir, à ce titre : CE, 20 décembre 1961, *Sté de l'autoroute Estérel Côte d'Azur*, Rec. 724

⁸⁸ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, 1983, p. 273, § 215.

⁸⁹ Conformément à l'Ordonnance, le titulaire du CP ne peut se voir confier l'exploitation commerciale du réseau de communications électroniques.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Type de service/acteur	Est-on en présence d'un service de communications électroniques fourni au public?	Le prestataire en cause est-il un exploitant d'un réseau de communications électroniques ouvert au public?
Service de stockage/calcul à distance (" <i>cloud computing</i> ")	NON (La prestation ne correspond pas à de la transmission de signaux)	NON
Service de réseau de distribution de contenus (" <i>content delivery network</i> " - CDN)	OUI (La prestation fournie par le CDN aux fournisseurs de contenus inclut un service de transmission de signaux)	OUI
Service de téléphonie sur internet "logiciel à logiciel"	NON	NON
Service de téléphonie sur internet "logiciel à RTP" ou "RTP à logiciel"	OUI	OUI (sous réserve d'une analyse factuelle et de l'application du test de proportionnalité)
Service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit	NON	NON (Le service fourni <i>via</i> le réseau n'est pas un service de communications électroniques accessible au public)
Fourniture de contenus du site d'informations d'un quotidien économique de la presse écrite	NON (La prestation n'inclut pas un service de transmission de signaux)	NON (Le service fourni <i>via</i> les installations de l'éditeur n'est pas un service de communications électroniques accessible au public)
Service de validation de titre de transport <i>via</i> un passe communicant	NON (La prestation n'inclut pas un service de transmission de	NON (Le réseau du fournisseur n'est pas utilisé pour la

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

	signaux)	fourniture au public d'un service de communications électroniques)
Service de fourniture de contenus de type livre électroniques sur tablette	NON (Le service en question ne comprend pas la transmission de signaux)	NON (Le service ne correspond pas à un service de communications électroniques)
Contrat de partenariat	OUI (Dans le schéma du contrat de partenariat, la collectivité doit se déclarer opérateur car elle fournit des services de communications électroniques aux autres opérateurs, voire aux utilisateurs finals)	OUI (Le titulaire du contrat de partenariat est également opérateur puisqu'il assure l'exploitation technique du réseau de communications électroniques)

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

PARTIE 2 - LA PROCEDURE DE DECLARATION D'OPÉRATEUR

1. INTRODUCTION

Après l'analyse du périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques, le second enjeu de ce rapport est d'apprécier la procédure de déclaration d'opérateur en place en France. Après une revue des cadres réglementaires communautaire et français applicables et des enjeux pratiques pour l'ARCEP, la procédure de déclaration de l'article L33-1 du CPCE sera mise en perspective par rapport aux systèmes en place au sein d'autres Etats européens ainsi qu'à la lumière du regard porté par les opérateurs sur sa pratique. La question de la source des droits et des obligations d'un opérateur déclaré sera également traité, à savoir si les droits et obligations sont rattachés à la déclaration effectuée par l'opérateur ou découlent de la qualité même d'opérateur et cela même sans s'être déclaré.

2. LE CADRE RÉGLEMENTAIRE COMMUNAUTAIRE ET FRANÇAIS

2.1 Rappel des sources et des objectifs de la procédure d'autorisation générale poursuivis au niveau communautaire

Comme prévu par l'article 3.1 de la Directive "autorisation" 2002/20/CE, le cadre réglementaire européen de 2002 repose sur le principe de liberté de fourniture des services et des réseaux de communications électroniques.

Par conséquent, la fourniture de services ou de réseaux de communications électroniques ne peut faire l'objet que d'une "autorisation générale" (Article 3.2 de la Directive "autorisation"). Comme l'indiquent P. Nihoul et P. Rodford, respectivement professeur de droit à l'Université de Louvain et chef d'unité au sein de la DG Société de l'information à la Commission européenne, le concept d'autorisation générale est un mécanisme par lequel les entreprises reçoivent un droit automatique d'exercer leurs activités sur un marché en question, à la condition que ces entreprises s'engagent à respecter certaines obligations⁹⁰. L'article 2.2 a. de la Directive "autorisation" prévoit que le concept d'autorisation générale se définit comme :

"un cadre juridique mis en place par l'Etat membre, qui garantit le droit de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques et qui fixe des obligations propres au secteur pouvant s'appliquer à tous les types de réseaux et de services de communications électronique, ou à certains d'entre eux".

Par opposition au mécanisme nécessitant l'obtention d'une décision administrative expresse et individuelle conditionnant l'entrée sur le marché ou l'exercice des droits⁹¹, le mécanisme d'autorisation générale se caractérise donc de la manière suivante: (a) l'autorisation est générale et les activités en question doivent être ouverte à l'ensemble des entreprises candidates; (b) l'autorisation générale est une procédure ne nécessitant pas de requête particulière de la part des entreprises concernées ; (c) l'autorisation générale est une procédure n'impliquant aucune action spécifique des ARNs⁹².

⁹⁰ P. Nihoul, P. Rodford, EU Electronic Communications Law, *Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*; Oxford University Press, 2004, p.119

⁹¹ La directive "autorisation" permet l'utilisation d'autorisations individuelles uniquement dans le cadre d'attribution de droit d'utilisation du spectre radioélectrique.

⁹² P. Nihoul, P. Rodford, EU Electronic Communications Law, *Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*; Oxford University Press, 2004, p.119

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

La Directive "autorisation" admet cependant que les fournisseurs de services et de réseaux de communications électroniques soient soumis à une obligation de notification de leur activité et de communications d'informations relatives à leur activité à l'autorité réglementaire nationale. Cette concession a été admise afin de permettre aux Etats membres le souhaitant de garder un certain contrôle avant le lancement de nouvelles activités. L'article 3.2 de la Directive "autorisation" prévoit que *"l'entreprise concernée peut être invitée à soumettre une notification mais ne peut être tenue d'obtenir une décision expresse ou tout autre acte administratif de l'autorité réglementaire nationale avant d'exercer les droits découlant de l'autorisation"*. Comme le précisent P. Nihoul et P. Rodford, il faut comprendre "notification" comme un synonyme de "déclaration". En effet, l'article 3.3 de la Directive "autorisation" prévoit que *"la notification se limite à une déclaration établie par une personne physique ou morale à l'attention de l'autorité réglementaire nationale, l'informant de son intention de commencer à fournir des réseaux ou des services de communications électroniques, ainsi qu'à la communication des informations minimales nécessaires pour permettre à l'autorité réglementaire nationale de tenir un registre ou une liste des fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques."*

L'objectif premier de l'obligation de déclaration est d'informer l'ARN du lancement d'un nouveau service ou réseau de communications électroniques et de lui permettre d'établir un registre ou une liste de l'ensemble des opérateurs présents sur le marché des communications électroniques. La procédure de déclaration constitue un des principaux moyens pour une ARN de recueillir des informations auprès des acteurs du marché et cela afin de s'acquitter efficacement de ses missions réglementaires⁹³.

La procédure de déclaration ne doit cependant pas conditionner la possibilité pour un opérateur d'entrer sur le marché, ni celle d'exercer les droits découlant de l'autorisation.

Comme l'indiquent P. Nihoul et P. Rodford:

"Le Parlement européen et le Conseil ont cherché, dans la Directive "autorisation", à obtenir un compromis entre deux principes contradictoires: (a) le fait que les activités de communications électroniques doivent être exercées dans un environnement où les principes considérés essentiels dans la société européenne sont respectés. Ce premier aspect est important en Europe où les autorités réglementaires nationales contrôlent régulièrement les activités économiques à la lumière des objectifs réglementaires. (b) le second principe est que les acteurs ne doivent pas se voir imposer de charges excessives. [...] Cet objectif ne peut être atteint que si les nouveaux acteurs ne sont pas découragés par des coûts excessifs. Dans ce but, il a été considéré que les formalités devraient être réduites au strict minimum".⁹⁴

Le considérant (7) de la Directive "autorisation" de 2002 prévoit en effet qu'il *"convient de choisir le système d'autorisation le moins onéreux possible"* et cela *"pour assurer la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques afin de stimuler le développement de nouveaux services de communications électroniques ainsi que des réseaux et services paneuropéens de communications et de permettre aux fournisseurs de services et aux consommateurs de bénéficier des économies d'échelle réalisées sur le marché unique"*.

⁹³ Directive "cadre", considérant 13

⁹⁴ P. Nihoul, P. Rodford, EU Electronic Communications Law, *Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford University Press, 2004, p.113

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Par ailleurs, le système de notification mis en place par les Etats membres doit être proportionné, objectivement justifié et limité au strict nécessaire. Le considérant (28) de la Directive "autorisation" prévoit que *"l'obligation faite aux fournisseurs de services d'établir des rapports et de communiquer des informations peut se révéler difficile à mettre en œuvre, tant pour l'entreprise que pour l'autorité réglementaire nationale concernée. Cette obligation devrait donc être proportionnée, objectivement justifiée et limitée au strict nécessaire."* Il est également prévu que *"la fourniture d'informations ne devrait pas conditionner l'accès au marché"* et que *"à des fins statistiques, une notification peut être exigée des fournisseurs de réseaux ou de services de communications électroniques lorsqu'ils cessent leurs activités"*.

Le système mis en place par les Etats membres doit également être conforme à l'objectif de transparence qui *"exige que les fournisseurs de services, les consommateurs et les autres parties intéressées puissent facilement accéder à toutes les informations relatives aux droits, aux conditions, aux procédures, aux redevances, aux taxes, ainsi qu'aux décisions concernant la fourniture de services de communications électroniques"*.⁹⁵ Comme prévu par le considérant (34) de la Directive "autorisation" de 2002, *"les autorités réglementaires nationales ont pour tâche de fournir ces informations, de les actualiser"*.

Enfin, *"lorsque les Etats membres exigent des fournisseurs de réseaux ou de services de communications électroniques qu'ils notifient la prise d'activité, ils peuvent aussi exiger que la preuve de cette notification soit fournie par un accusé de réception ou récépissé postal ou électronique légalement reconnu"*.⁹⁶ Il est précisé cependant que *"cette preuve ne devrait en aucun cas être ou nécessiter un acte administratif de l'autorité réglementaire nationale à laquelle la notification doit être faite"*.⁹⁷

De l'autorisation générale délivrée aux entreprises découlent certain droits listés à l'article 4 de la Directive "cadre" de 2002:

"Article 4

Liste des droits minimaux découlant de l'autorisation générale

1. Les entreprises ayant reçu l'autorisation visée à l'article 3 sont habilitées à :

- a) fournir des réseaux et des services de communications électroniques;*
- b) faire examiner leur demande d'octroi des droits nécessaires pour mettre en place des ressources conformément à l'article 11 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre").*

2. Lorsque ces entreprises offrent des réseaux ou des services de communications électroniques au public, l'autorisation générale les habilite aussi à :

- a) négocier l'interconnexion avec d'autres fournisseurs de réseaux et de services de communications publics titulaires d'une autorisation générale et, s'il y a lieu, obtenir l'accès ou l'interconnexion à leurs réseaux dans n'importe quelle partie de la Communauté, conformément à la directive 2002/19/CE (directive "accès") et selon les conditions qu'elle fixe;*

⁹⁵ Directive "cadre", considérant (34)

⁹⁶ Directive "cadre", considérant (8)

⁹⁷ Directive "cadre", considérant (8)

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

b) obtenir la possibilité d'être désignées pour fournir différentes composantes d'un service universel et/ou de couvrir différentes parties du territoire national, conformément à la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel")."

Afin de faciliter l'exercice des droits de mise en place des ressources et des droits d'interconnexion, il est prévu que les ARN doivent à la demande des opérateurs délivrer des déclarations attestant la conformité de l'opérateur en question avec la procédure de notification:

"Article 9

Déclarations destinées à faciliter l'exercice des droits de mise en place des ressources et des droits d'interconnexion

À la demande d'une entreprise, les autorités réglementaires nationales publient, dans un délai d'une semaine, des déclarations uniformisées confirmant, le cas échéant, que l'entreprise a soumis une notification au titre de l'article 3, paragraphe 2, et détaillant les circonstances dans lesquelles une entreprise fournissant des réseaux ou des services de communications électroniques au titre de l'autorisation générale est habilitée à demander le droit de mettre en place des ressources, de négocier une interconnexion et/ou à obtenir l'accès ou l'interconnexion afin de faciliter l'exercice de ces droits, par exemple à d'autres niveaux administratifs ou avec d'autres entreprises. Ces déclarations peuvent également, le cas échéant, être délivrées de manière automatique à la suite de la notification visée à l'article 3, paragraphe 2."

Un certain nombre d'obligations peuvent également être attachées à l'autorisation générale de l'activité d'opérateur. Ces conditions sont visées en annexe (Partie A) de la Directive "autorisation" et comprennent notamment la participation financière au financement du service universel, l'acquittement de taxes administratives, le respect des règles concernant la protection des données personnelles ou des droits des consommateurs ou encore le fait de fournir les informations requises par les ARN au titre de la procédure de notification.

Le fait pour une entreprise de ne pas se conformer à l'obligation de notification ne l'exonère pas pour autant des obligations "attachées à l'autorisation générale". Ce principe découle du concept même d'"autorisation générale" qui est un mécanisme par lequel les entreprises reçoivent un droit automatique d'exercer leurs activités sur un marché en question, à la condition que ces entreprises s'engagent à respecter certaines obligations. Les droits et les obligations de l'entreprise en question sont donc attachés au statut même de l'entreprise faisant l'objet de l'autorisation générale et non à quelconque accusé réception reçu en échange de la déclaration. Nous reviendrons sur cette conclusion à la lumière du cadre réglementaire français.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

2.2 Le cadre réglementaire français relatif à la procédure de déclaration d'opérateur

Depuis le 9 juillet 2004⁹⁸, l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public des services de communications électroniques sont libres sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'ARCEP (article L. 33-1 du CPCE).

La déclaration préalable n'est en revanche pas exigée pour l'établissement et l'exploitation des réseaux internes ouverts au public et pour la fourniture au public des services de communications électroniques sur ces réseaux (article L. 33-1 CPCE).

Les conditions de forme auxquelles doit répondre la déclaration sont précisées à l'article D. 98 du CPCE. La déclaration doit être adressée à l'ARCEP en un exemplaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Elle doit être rédigée en français et comporter la mention de l'identité du demandeur, sa dénomination sociale, son adresse complète, son statut juridique, son numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) accompagnée d'un extrait K-bis, une description de la nature et des caractéristiques du réseau et des services mis en place et leur zone de couverture géographique ainsi que le calendrier de déploiement et de mise en service de ces réseaux et/ou services.

Les opérateurs sont également tenus d'informer l'ARCEP, dans un délai d'un mois, de toute modification d'un des éléments ci-dessus figurant dans la déclaration initiale ainsi que de la cessation des activités ayant donné lieu à déclaration (article D. 98 CPCE).

Parmi les obligations qui leur sont attachées, les opérateurs exerçant les activités de communications électroniques faisant l'objet d'une déclaration préalable sont soumis à l'obligation de s'acquitter d'une taxe administrative. Cette taxe trouve son fondement dans l'article 45 (VII) de la loi de finances pour 1987 modifiée⁹⁹.

3. LA PRATIQUE DE L'ARCEP

Le régime de déclaration remplit en pratique deux objectifs principaux: i) le suivi réglementaire et statistique du marché; ii) la reconnaissance des droits et obligations attachés à la qualité d'opérateur.

3.1 Le suivi réglementaire et statistique du marché

Comme prévu au niveau communautaire, l'objectif premier de la procédure de déclaration est de permettre la constitution du registre des opérateurs actifs sur le marché.

L'ARCEP met à jour ce registre sur la base des modifications de déclarations effectuées par les opérateurs et par le biais des informations collectées par l'Autorité dans le cadre de ses prérogatives de collecte d'informations, que l'Autorité est susceptible d'exercer à l'égard de l'ensemble des acteurs présents sur le marché et non des seuls opérateurs déclarés.

L'article L36-13 du CPCE l'autorise notamment à recueillir les informations et procéder aux enquêtes nécessaires à l'exercice de ses missions. L'exercice de cette prérogative n'est pas limité aux seuls opérateurs déclarés et s'étend à l'ensemble des personnes fournissant un service de communications électroniques ou exploitant un réseau de communications électroniques, même non fourni au public.

⁹⁸ Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle

⁹⁹ Loi n°86-1317 du 30 décembre 1986 de finances pour 1987

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

L'article D98-11 prévoit que les opérateurs fournissent à l'Autorité des éléments chiffrés relatifs à l'exploitation de leur réseau et à la fourniture des services de communications électroniques. Ces informations financières, commerciales et techniques permettent à l'Autorité de veiller à ce que l'ensemble des opérateurs respectent leurs obligations. Aucun indice dans le texte de cet article ne laisse entrevoir une limitation de cette obligation aux seuls opérateurs déclarés.

Cette collecte d'informations a également pour objectif de permettre à l'ARCEP d'avoir une bonne visibilité du marché dans la mise en œuvre de ses compétences d'analyse des marchés des communications électroniques.

Il est par ailleurs prévu expressément que les opérateurs déclarés¹⁰⁰ doivent communiquer certaines informations particulières à l'Autorité. L'article D98-6-2 prévoit notamment que:

"I.-Les opérateurs déclarés en application de l'article L. 33-1 rendent publiques les informations relatives à la couverture du territoire par leurs services de communications électroniques commercialisés sur le marché de détail. Ces informations sont rendues publiques sous forme de cartes numériques permettant d'apprécier les zones de disponibilité de leurs services sur le territoire et mises à jour au 1er juillet de chaque année. "

Les échanges fréquents entre l'ARCEP et les principaux opérateurs déclarés permettent également à l'Autorité d'enrichir sa base d'informations ainsi que sa connaissance du marché. Dans son rapport d'activité 2009, l'ARCEP précise que ces échanges peuvent intervenir au travers d'instances de consultation, comme la commission consultative des communications électroniques, d'auditions par le collège ou encore de réunions techniques spécialisées ou encore à l'occasion des consultations publiques menées par l'ARCEP.

Enfin, sur la base de l'article L. 135, l'Autorité publie les résultats de ces enquêtes statistiques de suivi du marché dans son Observatoire des marchés des services de communications électroniques (enquêtes trimestrielles et annuelles).

La procédure de déclaration constitue donc l'une des sources d'informations de l'ARCEP sur les acteurs du marché.

3.2 La reconnaissance des droits et obligations attachés à la qualité d'opérateur

La question se pose de savoir si les droits et obligations sont rattachés à la déclaration effectuée par l'opérateur ou découlent de la qualité même d'opérateur et cela même sans s'être déclaré.

En théorie, le statut d'opérateur de communications électroniques et les droits et obligations attachés existent, indépendamment de toute déclaration, de par l'activité même de l'entité en question.

Cela découle de la définition même d'opérateur qui s'appuie sur l'activité exercée par l'entité en question, qu'il s'agisse de la prestation de services de communications électroniques au public ou de la fourniture de réseau de communications électroniques au public, et non sur le fait que l'entité soit déclarée ou non à l'ARCEP. D'ailleurs, ceci

¹⁰⁰ L'utilisation exceptionnelle des termes "opérateurs déclarés" dans cet article, au lieu du terme "opérateur" utilisé par ailleurs dans le code, ne nous semble pas devoir donner lieu à des conclusions particulières.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

est parfaitement logique car lier le statut d'opérateur au dépôt ou non d'une déclaration créerait une situation absurde où l'existence des obligations dépendrait uniquement de la décision de l'entreprise de déposer ou non une déclaration.

Le code ne fait que rarement référence à la notion d'"opérateur déclaré"¹⁰¹ et préfère l'utilisation de la notion d'"opérateur" définie comme toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques. La partie réglementaire du code détaille les "obligations des opérateurs" au paragraphe II, chapitre II, du Titre Ier du Livre II intitulé de manière similaire.

Puisque la définition d'"opérateur" est liée uniquement à l'activité réelle de l'entité, et puisque les obligations s'appliquent de manière générale aux "opérateurs", par opposition aux "opérateurs déclarés", on peut conclure que les obligations pèsent sur l'entité en raison de son activité et non en raison de sa déclaration.

La source des droits et des obligations des fournisseurs de services de communications électroniques au public et de réseaux publics de communications électroniques découle donc de l'activité de l'entité en question et non de l'accomplissement de la procédure de déclaration, qui fait quant à elle partie des obligations qui pèsent sur l'entité.

Le fait qu'aucune déclaration ne soit exigée pour l'établissement et l'exploitation des réseaux internes ouverts au public et pour la fourniture au public de services de communications électroniques sur ces réseaux au titre de l'article L33-1.I du CPCE confirme le fait que la qualité d'opérateur de communications électroniques n'est pas liée à l'existence d'une déclaration. L'opérateur dispensé de déclaration au titre de l'article L33-1-I reste néanmoins un opérateur en vertu du fait qu'il fournit au public un service de communications électroniques.

Si la déclaration ne constitue pas une condition juridique constitutive du statut d'opérateur, la déclaration conditionne la licéité de l'activité exercée par l'opérateur. A défaut de respecter cette obligation, l'opérateur s'expose à des poursuites pénales prévues par l'article L. 39 CPCE :

"Est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 75 000 euros le fait :

1° D'établir ou de faire établir un réseau ouvert au public, sans que la déclaration prévue à l'article L. 33-1 ait été faite, ou de le maintenir en violation d'une décision de suspension ou de retrait du droit d'établir un tel réseau ;

2° De fournir ou de faire fournir au public ou de commercialiser un service de communications électroniques, sans que la déclaration prévue à l'article L. 33-1 ait été faite, ou de le maintenir en violation d'une décision de suspension ou de retrait du droit de fournir un tel service."

De plus, la déclaration sera nécessaire de fait pour obtenir des ressources en fréquences ou en numérotation, et pour négocier une interconnexion avec certains opérateurs. Mais la nécessité d'avoir effectué une déclaration pour exercer certains droits en tant qu'opérateur ne signifie pas que la déclaration conditionne le statut

¹⁰¹

Référence notée notamment aux articles D. 98-6-2, D. 98-6-3, D. 98-9, D. 406-10

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

d'opérateur. Le fait pour un opérateur de ne pas avoir déclaré son activité auprès de l'ARCEP ne l'exonère donc pas de l'accomplissement de ses autres obligations¹⁰².

4. BENCHMARKS EUROPÉENS

Les benchmarks confirment que la plupart des Etats européens ont fait le même choix que la France consistant à choisir une procédure de déclaration et non une procédure d'autorisation générale sans notification, comme au Royaume-Uni. La procédure de déclaration en place dans les pays étudiés, qu'il s'agisse de l'Allemagne, de l'Italie, de la Suède ou des Pays-Bas, est similaire à celle en place en France. En dehors du cas du Royaume-Uni où le suivi du marché repose sur des contrôles et des investigations de l'OFCOM, cette procédure permet aux ARN de constituer un registre qui représente la source d'informations première concernant les opérateurs actifs sur le marché des communications électroniques. Outre le suivi du marché, cette procédure facilite le contrôle du respect des règles applicables en matière de communications électroniques et les procédures d'analyse de marché. Par ailleurs, le BNetzA, le PTS et l'OPTA confirment ne pas procéder automatiquement à la vérification des informations fournies dans le cadre de la procédure de déclaration. Le BNetzA nous a confirmé par ailleurs que la déclaration n'est pas source de droits et d'obligations, qui découlent du statut d'opérateur, non de la déclaration.

4.1 Royaume-Uni

Le Royaume-Uni a transposé le paquet télécoms de 2002 au travers du *Communications Act* de 2003, des Conditions Générales¹⁰³ et de la procédure de revue des positions significatives sur le marché, ainsi qu'un certain nombre d'autres réglementations. Le *Communications Act* s'applique aux services et réseaux de communications électroniques et précise les devoirs et le pouvoir de l'Ofcom. Les obligations imposées aux fournisseurs de services et réseaux de communications électroniques sont quant à elles précisées dans les Conditions Générales adoptées par l'Ofcom¹⁰⁴ en juillet 2003 (et qui ont été modifiées depuis).

A la différence de la quasi-totalité des autres pays européens¹⁰⁵, le Royaume-Uni a transposé le mécanisme d'autorisation générale sans y déroger par la mise en place d'une procédure de déclaration à laquelle les entités désirant fournir des services ou réseaux de communications électroniques seraient soumises. Toute entité fournissant de tels réseaux ou services doit cependant se conformer aux Conditions Générales qui leur sont applicables. Ces conditions varient selon le type de service considéré et dépendent notamment du fait de savoir si le réseau ou le service est fourni au public et/ou si le service est un "service de téléphonie accessible au public". Ce régime d'"autorisation générale" simple - sans déclaration - pourrait être assimilé à celui qui existe en France concernant l'exploitation de réseaux internes de communications électroniques.

L'entretien conduit avec la responsable des opérateurs au sein de l'Ofcom nous a toutefois permis d'identifier que malgré l'absence de procédure de déclaration, l'Ofcom

¹⁰² Cette conclusion ne s'applique pas concernant les obligations que le code prévoit comme particulièrement applicables aux opérateurs déclarés.

¹⁰³ *General Conditions of Entitlement*

¹⁰⁴ Prédecesseur de l'Ofcom

¹⁰⁵ Le Danemark est l'unique autre exemple de pays européens n'imposant pas aux opérateurs de communications électroniques de se déclarer auprès de l'autorité réglementaire nationale ou du ministère en charge des télécommunications (Ordonnance exécutive sur la fourniture de réseaux et services de télécommunications No. 714 du 26 juin 2008).

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

dispose néanmoins d'une très bonne connaissance des acteurs présents sur le marché des télécommunications britannique. La différence avec le régime existant dans la majorité des autres pays européens réside dans le fait que l'Ofcom se doit d'identifier les opérateurs en conduisant elles-mêmes des recherches. L'Autorité britannique comprend à ce titre une entité spécifiquement dédiée au suivi du marché, le service *Market Intelligence*, et dont la mission implique un lien permanent avec les opérateurs. L'Ofcom dispose également d'une entité chargée de superviser et contrôler l'application de l'ensemble de la réglementation par les opérateurs. Le travail de ces deux services permet *in fine* à l'Ofcom, même en l'absence de toute procédure de déclaration d'opérateur, d'avoir une très bonne connaissance de son marché, et une liste des opérateurs comme en témoignent notamment les rapports d'activité publiés par l'autorité. L'Ofcom fait également appel à des consultants extérieurs afin de compléter les sources d'informations internes.

Concrètement, le service *Market Intelligence* s'efforce chaque année d'actualiser la liste des opérateurs réalisant un chiffre d'affaires annuel supérieur ou égal à 5 millions de livres, le dépassement de ce seuil conditionnant le paiement d'une taxe administrative à l'Ofcom. Le montant de la taxe administrative dépend du chiffre d'affaires¹⁰⁶ et ce montant est confidentiel¹⁰⁷. Afin d'actualiser la liste des opérateurs, le service *Market Intelligence* procède de plusieurs manières :

- Réflexion à partir de sa propre connaissance du marché ;
- Interrogations de personnes en interne à l'Ofcom (notamment en communiquant à l'équipe des Investigations la liste des opérateurs et en leur demandant des suggestions relatives à d'éventuels ajouts) ;
- Consultation de ressources externes (par exemple par le passé de la liste des membres de groupes industriels tels qu'Otelo et des listes d'agences de crédits pour les entreprises entrant dans la catégorie télécoms) ;
- Publication d'une liste des opérateurs déclarés dans l'espoir que les entreprises qui paient la taxe administrative dénoncent leurs concurrents qui ne le font pas ;
- Prises de contact occasionnelles avec des opérateurs dont il est supposé qu'ils devraient payer la taxe mais ne la payent pas.

La liste des opérateurs soumis à la taxe administrative est publiée sur le site internet de l'Ofcom. En 2010, environ 80 opérateurs y ont été soumis.

N'existant pas de fonds de service universel, les opérateurs ne sont soumis à aucune contribution à ce titre.

4.2 Allemagne

Conformément à la section 6 de l'*Acte des télécommunications* allemand (*Telekommunikationsgesetz - TKG*) du 22 juin 2004¹⁰⁸ :

- Toute entité opérant un réseau de télécommunications public ou fournissant un service de télécommunications accessible au public sur une base orientée vers les profits est tenue de se déclarer sans délai auprès de la Bundesnetzagentur

¹⁰⁶ <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/designation/statement/designation.pdf>

¹⁰⁷ http://www.ofcom.org.uk/about/files/2010/08/list10_11.pdf

¹⁰⁸ BGBl. I page 1190

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

(Agence Fédérale des Réseaux) afin de l'informer du début de ses activités, de toute modification de ses activités ou de la cessation de celles-ci.

- La déclaration doit comporter les informations nécessaires afin d'identifier l'opérateur de réseau ou le fournisseur de service, en particulier le numéro d'immatriculation de l'entreprise, son adresse, une courte description du réseau ou service fourni et la date estimée de début des activités.
- L'Autorité de régulation est tenue de confirmer dans un délai d'une semaine que la déclaration est complète et assurer que le déclarant est titulaire des droits figurant dans l'*Acte des télécommunications*.

Là où il est établi que l'activité a cessé et que l'Autorité de régulation n'a pas été informée par écrit dans un délai de six mois, cette dernière peut établir d'office que l'opérateur a cessé son activité. Dans un entretien avec un représentant du BNetzA, ce dernier nous a confirmé que l'Autorité ne procède à aucune vérification du contenu des déclarations.

La BNetzA recensait 2926 d'opérateurs déclarés au 19 août 2010.

Notre contact à BNetzA nous a confirmé que la déclaration n'est pas source de droits et d'obligations. Ces droits et obligations découlent du statut d'opérateur, non de la déclaration.

Parmi les obligations des opérateurs, ne figurent pas l'obligation de contribuer à un fonds de service universel car il n'en existe pas en Allemagne. Les opérateurs sont cependant soumis au paiement d'une taxe administrative.

4.3 Italie

Le département des Communications du Ministère du développement économique ("MinCom") est en charge de la procédure de déclaration de début d'activité des opérateurs. A compter de la date de déclaration de début d'activité, le ministère dispose d'un délai de 60 jours afin de vérifier le contenu de la déclaration et le cas échéant de notifier à l'opérateur l'interdiction de poursuivre ses activités notamment en cas de condamnations criminelles ou de défaillances techniques. Dès la déclaration effectuée, l'opérateur peut commencer à exercer son activité et se voit imposer certaines obligations et reconnaître certains droits. La procédure de déclaration actuelle sera prochainement remplacée par une procédure de notification certifiée qui sera substantiellement très proche de la procédure existante. La procédure en place permet de recenser les opérateurs actifs en Italie. Sur le site internet du MinCom, sont listées les différentes catégories d'opérateurs suivantes:

- 7600 fournisseurs de services de communications électroniques offrant des services Internet, d'appels téléphoniques ou de services de fax ;
- 4600 fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ;
- 1500 entreprises autorisées à installer et à fournir des systèmes de téléphonie interne (standard) ;
- 700 entreprises autorisées à fournir un accès à des réseaux et services de télécommunications Wi-Fi ;

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- 450 entreprises autorisées à fournir des services satellite au public ;
- 120 entreprises autorisées à fournir des services VoIP au public ;
- 400 entreprises autorisées à installer et à fournir des réseaux de communications électroniques au public et à fournir des services de téléphonie accessible au public.

Le MinCom précise que la catégorie des "fournisseurs de services de communications électroniques offrant des services Internet, d'appels téléphoniques ou de services de fax" ne comprend que les entités offrant lesdits services (c'est-à-dire des services Internet, d'appels téléphoniques ou de fax) dans des lieux publics tels que les bornes Internet, les cafés Internet ou les centres d'appel téléphonique. La catégorie des "fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public" renvoie quant à elle aux fournisseurs de services Internet et aux fournisseurs de services de téléphonie.

4.4 Suède

La fourniture de réseaux et services de communications électroniques est, en Suède, soumise à une obligation de déclaration préalable auprès de l'Agence Nationale des Postes et des Télécoms (PTS).

L'*Acte des communications électroniques* suédois entré en vigueur le 25 juillet 2003 a en effet posé le principe d'une déclaration préalable. Conformément à la section 1 du chapitre 2 de l'Acte, l'obligation de se déclarer s'applique :

- aux acteurs qui fournissent normalement des réseaux de communications publics en échange d'une rémunération
- aux acteurs qui fournissent des services de communications électroniques accessibles au public.

Simultanément, l'obligation de demander une licence a été supprimée pour la conduite de la plupart des activités en matière de communications électroniques, cette dernière ne subsistant qu'en matière de droits d'utilisation des fréquences radio et ressources en numérotation. Au 19 avril 2011, le PTS recensait 523 opérateurs déclarés sur le marché suédois.

Selon la pratique mise en avant par le PTS, le critère décisif afin de savoir à qui s'applique l'obligation de déclaration est la fourniture d'un réseau ou d'un service de communications. C'est en conséquence l'entité juridique qui fournit le service ou réseau qui est tenue d'effectuer la déclaration. Dans un groupe au sein duquel plusieurs filiales fournissent des réseaux et services soumis à une obligation de déclaration, chaque entité juridique doit procéder à la déclaration. Enfin, si une entreprise fournit à la fois des réseaux et des services soumis à une obligation de déclaration, l'entreprise est tenue de se déclarer pour les deux activités.

Concernant la formalité de déclaration à proprement parler, PTS attire l'attention dans ses lignes directrices sur le fait que les fournisseurs de réseaux ou de services doivent informer le régulateur de toute modification de leur adresse, personne à contacter etc. Ils sont également tenus d'informer le régulateur en cas de cessation d'activité.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Le formulaire de déclaration comprend une courte description de l'activité menée par le fournisseur, la mention de la date de début des activités ainsi que le chiffre d'affaires global de l'entreprise et celui relatif aux activités donnant lieu à déclaration. L'opérateur est tenu de déclarer le chiffre d'affaires de l'année financière précédant immédiatement l'année de la déclaration. La déclaration s'accompagne en outre du paiement d'une taxe administrative, dont le montant varie en fonction du chiffre d'affaires déclaré chaque année par l'opérateur.

Le PTS considère enfin la procédure de déclaration comme une source première d'informations au sujet des entreprises ayant des activités sur le marché des télécommunications suédois. Cela lui permet d'avoir une bonne vision globale du marché. Ces informations sont par ailleurs à la base des analyses de marché conduites par l'autorité suédoise. Le PTS compare régulièrement la procédure de déclaration avec les autres procédures existantes de manière à ne pas imposer aux opérateurs des formalités qui ne seraient pas nécessaires. Elle n'a toutefois encore jamais réellement envisagé une suppression de la procédure de déclaration.

4.5 Pays-Bas

L'article 2.1 de la loi néerlandaise relative aux communications électroniques prévoit que toute entité active sur le marché des communications électroniques néerlandais doit se déclarer auprès de l'OPTA si l'entité en question:

- fournit un service de communications électroniques au public;
- fournit un réseau public de communications électroniques;
- établit ou fournit des installations pertinentes.

L'OPTA indique dans son guide relatif à la procédure de notification¹⁰⁹ que les "installations pertinentes" sont les installations liées à un réseau ou à un service de communications électroniques qui soutiennent ou rendent possible la fourniture d'un tel service par le biais ou non d'un réseau. L'OPTA considère que les entités en charge de ces installations sont généralement également celles en charge de la fourniture du service de communications électroniques ou du réseau sur lequel est fourni ce service. Ce guide contient également le formulaire de déclaration à remplir par les opérateurs.

Le guide de l'OPTA précise que l'OPTA tient un registre public dans le but de permettre l'application des règles prévues par le cadre réglementaire néerlandais. Selon les informations¹¹⁰ qui nous ont été communiqués par Remco Rodenijs, représentant de l'OPTA au sein du département Consumers, Numbering and Chair's Office, environ 550 entités sont déclarées.

Selon le guide relatif à la procédure de déclaration, l'OPTA utilise les informations communiquées dans le cadre de la déclaration pour classer les opérateurs en question dans le cadre des catégories définies par la loi. L'OPTA utilise également le chiffre d'affaires fourni pour calculer les taxes administratives dont les opérateurs sont redevables.

L'OPTA précise que le montant de la taxe administrative payé par les opérateurs peut varier d'une année sur l'autre selon le chiffre d'affaire net déclaré. Les chiffres indiqués

¹⁰⁹ OPTA, Notification of the provision of public electronic communications activities

[http://www.opta.nl/download/aanvraagformulieren/13_c1\(mededeling%20engels\).pdf](http://www.opta.nl/download/aanvraagformulieren/13_c1(mededeling%20engels).pdf)

¹¹⁰ Pour plus de détails, voir la retranscription de l'entretien avec Remco Rodenijs en annexe du présent rapport

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

dans le tableau ci-dessus sont ceux valables pour l'année 2011 et sont revus chaque année par le Ministre des Affaires Economiques, de l'Agriculture et de l'Innovation.

Tout changement des informations figurant sur la déclaration doit être communiqué à l'OPTA.

Selon Remco Rodenrijs, l'OPTA ne procéderait à aucun contrôle du contenu des déclarations sauf en cas d'indications concrètes que la déclaration serait frauduleuse. Par ailleurs, celui-ci nous a indiqué que l'OPTA n'envisage aucune réforme de la procédure en place à l'heure actuelle.

Pour finir, Remco Rodenrijs nous a également confirmé le fait que la déclaration en tant que telle ne constitue pas la source des obligations et des droits des opérateurs. Les droits et obligations sont attachés au statut d'opérateur en tant que tel.

5. LA PROCEDURE DE DECLARATION VUE PAR LES OPERATEURS

5.1 Remarques générales

Les entretiens réalisés avec plusieurs opérateurs nous ont permis d'établir que la procédure de déclaration préalable est, dans son ensemble, bien acceptée par les opérateurs qui n'y voient pas une obligation trop lourde. Il ne s'agit en effet que d'un formulaire à remplir au moment du début des activités de la personne morale, ce qui ne semble pas constituer une obligation disproportionnée.

La principale difficulté pour les opérateurs vient en revanche de l'obligation à laquelle ils sont en théorie soumis de tenir l'ARCEP informée de toute modification des informations délivrées au moment de la déclaration initiale. Cela représente une obligation qu'ils ne satisfont pas nécessairement en pratique. De la même manière, il peut arriver que les opérateurs omettent d'informer l'ARCEP de la cessation de leur activité de fournisseur de service ou d'exploitant de réseau lorsque c'est le cas.

Par ailleurs, au cours de notre activité, nous avons pu constater que certains opérateurs, notamment internationaux, s'interrogent sur la source de leurs droits et obligations en tant qu'opérateur et sur les conséquences liées au fait de ne pas déclarer leur activité en France.

Enfin, nous avons pu constater que la déclaration relative au chiffre d'affaires pertinent concernant la contribution au service universel crée davantage de difficultés pour les opérateurs. Si la notice établie par l'ARCEP est un outil utile même si établi en français uniquement, les opérateurs reprochent cependant à cette procédure sa lourdeur et la complexité du calcul du chiffre d'affaire pertinent.

5.2 Le point de vue d'AT&T

L'opérateur AT&T s'est exprimé récemment auprès de l'ORECE sur le manque d'harmonisation au niveau de l'Union Européenne en matière de notifications administratives. Plusieurs pays sont pointés du doigt, notamment la Grèce en raison de ses exigences formelles (l'apposition de sceaux sur les documents), l'Italie en raison de ses règles sur la durée de validité d'une notification, et le Portugal, en raison du niveau de détail exigé sur l'actionnariat de l'opérateur, sur l'architecture du réseau et sur la technologie utilisée.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

La France n'est pas critiquée à ce titre, et AT&T considère la procédure en France comme relativement satisfaisante comparée à celle existante dans d'autres pays. Cela étant dit, AT&T préconise une réduction significative du nombre de catégories de services compris dans les déclarations, afin de limiter les catégories à ce qui est vraiment nécessaire. Selon cet opérateur, le but du registre tenu par les autorités de régulation nationales est surtout d'informer les consommateurs sur les opérateurs soumis aux obligations du code des postes et communications électroniques. Par conséquent, AT&T préconise la création de deux grandes catégories "d'opérateurs": ceux fournissant un service au grand public, et les autres. Au sein des opérateurs fournissant un service au grand public, il conviendrait d'inclure une sous-catégorie d'opérateurs offrant le service téléphonique au public.

AT&T s'interroge sur la nécessité d'identifier d'autres catégories de services ou d'opérateurs au sein de la déclaration, car la multiplication de catégories est source de complication pour les services fournis sur une base paneuropéenne.

AT&T préconise également la possibilité de remplir les déclarations en ligne.

Selon AT&T, deux pays européens n'ont aucune obligation de notification: le Royaume Uni et le Danemark. Dans ces pays, l'absence de déclaration n'aurait généré aucune difficulté pratique. En particulier, aucune difficulté n'a été rencontrée dans les rapports d'interconnexion avec l'opérateur historique. Selon AT&T, l'exigence par l'opérateur France Telecom/Orange d'examiner le récépissé du dépôt de la déclaration d'opérateur comme préalable à toute discussion d'interconnexion est une "particularité" de l'opérateur historique.

5.3 Le point de vue de Verizon

Verizon considère que la procédure de déclaration en place en France est relativement simple à observer et plus légère que dans certains autres Etats de l'Union européenne, tels que les pays nouvellement membres notamment.

La société Verizon recommande la mise en place d'une interface internet permettant aux opérateurs de se déclarer en ligne, tel que cela existe désormais pour la déclaration des chiffres d'affaires pour la taxe administrative.

Au niveau européen, la mise en place d'une procédure de déclaration unique, sur un modèle de guichet unique, présenterait pour les acteurs paneuropéens l'avantage non négligeable de simplifier et accélérer les démarches précédant le lancement de leur activité au niveau européen. La création d'une catégorie de "fournisseur de service transfrontalier ou paneuropéen" pourrait également s'avérer tout particulièrement adaptée à l'activité de ces acteurs.

Verizon partage enfin l'analyse selon laquelle les droits et obligations des opérateurs sont rattachés à l'activité même d'opérateur et non soumis à l'accomplissement de la déclaration auprès de l'ARCEP. La déclaration L. 33-1 fait partie des obligations des opérateurs au même titre que les autres obligations de déclaration des opérateurs en terme d'activité et de chiffre d'affaires notamment. Verizon observe à ce sujet qu'une harmonisation européenne des obligations de déclarations statistiques et financières des opérateurs pourrait présenter de nombreux avantages pratiques pour les opérateurs.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

5.4 Le point de vue de Colt

L'opérateur Colt estime que l'introduction d'un certain formalisme dans la procédure de déclaration, par exemple au travers de l'ajout d'une obligation de transmettre une copie de l'extrait K-bis de l'opérateur, serait souhaitable afin d'être certain que l'opérateur qui se déclare existe bien en tant que personne morale et que la personne signant la déclaration est habilitée à le faire.

Colt regrette en outre que l'ARCEP ne soit pas en mesure d'exiger une déclaration de la part des très nombreuses petites et moyennes entreprises (PME) qui, en France, sont juridiquement des opérateurs, mais ne se déclarent pas et n'ont jamais été inquiétées par l'ARCEP. La perception de Colt est que l'Autorité concentre ses moyens sur une poignée de gros opérateurs, tandis que des centaines d'entreprises exerçant l'activité d'opérateur à une plus petite échelle s'abstiennent de toute déclaration et ne soucient guère des obligations attachées au statut d'opérateur. Cette asymétrie dans le traitement des situations peut se comprendre en raison de contraintes budgétaires, mais elle n'est pas satisfaisante sur le plan juridique, les obligations auxquelles sont tenus les opérateurs devant s'appliquer de la même manière à toute personne exerçant cette activité. Il en est de même en ce qui concerne les services "*over-the-top*", qui constituent des services de communications électroniques mais dont les fournisseurs ne se sentent pas assujettis aux dispositions du Code des postes et communications électroniques.

Colt préconise à terme une réforme de la réglementation afin que certaines obligations puissent s'appliquer aussi bien aux utilisateurs de réseaux qu'aux opérateurs. Selon Colt, de nombreuses entreprises utilisatrices de réseaux IP fournissent en réalité des services qui ont un impact sur les réseaux et sur les autres utilisateurs. Ces utilisateurs ne rentrent pas aujourd'hui dans le champ de compétence de l'ARCEP. Colt suggère ainsi une réforme du Code des postes et de communications électroniques qui rapprocherait davantage ce texte du code de la route, avec des obligations pesant aussi bien sur les utilisateurs de réseaux que sur les fournisseurs. Colt est toutefois conscient que cette évolution nécessiterait une modification législative, voire une modification des directives communautaires.

6. CONCLUSION ET PROPOSITIONS ÉVENTUELLES

La procédure de déclaration d'opérateur résultant de l'article L. 33-1 du CPCE ne semble pas nécessiter de réforme en profondeur.

Les différents opérateurs interrogés la considèrent comme globalement satisfaisante et simple à appliquer. Par ailleurs, il résulte d'une analyse comparative des procédures en place dans les autres Etats européens que la procédure de déclaration française est relativement peu contraignante. Plusieurs pays sont pointés du doigt, notamment la Grèce en raison de ses exigences formelles (l'apposition de sceaux sur les documents), l'Italie en raison de ses règles sur la durée de validité d'une notification, et le Portugal, en raison du niveau de détail exigé sur l'actionnariat de l'opérateur, sur l'architecture du réseau et sur la technologie utilisée.

Certains opérateurs recommandent une simplification et une harmonisation au niveau européen des différentes catégories de services figurant dans le formulaire de déclaration. Par ailleurs, la mise en place d'une procédure de déclaration en ligne permettrait de faciliter pour les opérateurs la mise à jour de leurs informations et par conséquent de rendre possible un meilleur suivi réglementaire et statistique par l'ARCEP des opérateurs déclarés.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Par ailleurs, concernant la question de savoir si les droits et obligations sont rattachés à la déclaration effectuée par l'opérateur ou découlent de la qualité même d'opérateur et cela même sans s'être déclaré, nous considérons que la nécessité pratique d'avoir effectué une déclaration pour exercer certains droits, et notamment pour acquérir des ressources en fréquences ou numérotation ou négocier des accords d'interconnexion, ne signifie pas que la déclaration conditionne la reconnaissance du statut d'opérateur. En théorie, le statut d'opérateur de communications électroniques et les droits et obligations attachés existent, indépendamment de toute déclaration, de par l'activité même de l'entité en question. Le fait pour un opérateur de ne pas avoir déclaré son activité auprès de l'ARCEP ne l'exonère donc pas de l'accomplissement de ses autres obligations. Le BNetzA et l'OPTA partagent cette analyse.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

ANNEXES

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

ANNEXE 1

RESUME DES DEFINITIONS COMMUNAUTAIRES ET FRANCAISES

Le tableau ci-après résume les principales différences entre les définitions contenues dans les directives communautaires et celles contenues dans le CPCE.

Directives de 2002 modifiées en 2009	CPCE	Commentaires
<p>c) "service de communications électroniques" : le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus ; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques (directive "cadre", article 2 (c))</p>	<p>6° Services de communications électroniques. On entend par services de communications électroniques les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques. Ne sont pas visés les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique (article L. 32, 6° CPCE)</p>	<p>"normalement contre rémunération" absent de la définition française</p> <p>La définition communautaire parle uniquement de "transmission"</p> <p>La définition communautaire exclut les services de la société de l'information "qui ne consistent pas entièrement ou principalement..." suggérant qu'une double casquette (services de la société de l'information/services de communications électroniques) est possible dans certains cas.</p>
<p>a) "réseau de communications électroniques" :</p>	<p>2° Réseau de communications électroniques. On</p>	<p>"systèmes" (directive) versus</p>

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

<p>les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources, y compris les éléments de réseau qui ne sont pas actifs, qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise (directive "cadre", article 2 (a))</p>	<p>entend par réseau de communications électroniques toute installation ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion ainsi que, le cas échéant, les autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage.</p> <p>Sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques : les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à l'acheminement de communications électroniques et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle (article L. 32, 2° CPCE)</p>	<p>"installations" (CPCE)</p> <p>"autres ressources" (directive) versus "autres moyens" (CPCE)</p>
<p>d) "réseau de communications public" : un réseau de communications électroniques utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public permettant la transmission d'informations entre les points de terminaison du réseau (directive "cadre", article 2 (d))</p>	<p>3° Réseau ouvert au public. On entend par réseau ouvert au public tout réseau de communications électroniques établi ou utilisé pour la fourniture au public de services de communications électroniques ou de services de communication au public par voie électronique (article L. 32, 3° CPCE)</p>	<p>"utilisé entièrement ou principalement" (directive) versus "utilisé" (CPCE)</p> <p>La référence aux "points de terminaison du réseau" est nouvelle (directive)</p>
<p>c) "opérateur" : une entreprise qui fournit ou est autorisée à fournir un réseau de communications public ou une ressource associée (directive "accès", article 2 (c))</p>	<p>15° Opérateur. On entend par opérateur toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques (article L. 32, 15° CPCE)</p>	<p>Le terme "opérateur" dans la directive inclut une entité qui exploite seulement une "ressource associée", donc potentiellement très large.</p> <p>La définition française apparaît quant à elle légèrement plus</p>

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

		<p>restrictive.</p> <p>Dans le CPCE, seul les "opérateurs" sont soumis aux obligations de l'article L. 33-1. En droit communautaire, l'article 3(2) de la Directive "autorisation" permet de soumettre l'ensemble des fournisseurs de service ou réseaux de communications électroniques à un régime d'autorisation générale. Il n'y a pas de référence "au public". Le droit français paraît donc plus restrictif que la directive sur ce point.</p>
<p>c) "service téléphonique accessible au public" : service mis à la disposition du public pour lui permettre de donner et de recevoir, directement ou indirectement, des appels nationaux ou internationaux et internationaux, en composant un ou plusieurs numéros du plan national ou international de numérotation téléphonique (directive "service universel", article 2 (c))</p>	<p>7° Service téléphonique au public. On entend par service téléphonique au public l'exploitation commerciale pour le public du transfert direct de la voix en temps réel, entre utilisateurs fixes ou mobiles (article L. 32, 7° CPCE)</p>	<p>La définition communautaire a été simplifiée en 2009 pour faire référence uniquement à l'utilisation de numéros issus du plan national ou international</p> <p>La définition française n'inclut pas la référence aux numéros issus du plan national</p>
<p>e) "ressources associées" : les services associés, infrastructures physiques et autres ressources ou éléments associés à un réseau de communications électroniques et/ou à un service de communications électroniques, qui permettent et/ou soutiennent la fourniture de services <i>via</i> ce réseau et/ou ce service ou en ont le potentiel, et comprennent, entre autres, les bâtiments ou accès aux bâtiments, le câblage des bâtiments,</p>		<p>Définition non encore transposée dans le CPCE</p> <p>Cette définition inclut les "services associés"</p>

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

les antennes, tours et autres constructions de soutènement, les gaines, conduites, pylônes, trous de visite et boîtiers (directive "cadre", article 2 (e))		
ebis) "services associés" : les services associés à un réseau de communications électroniques et/ou à un service de communications électroniques, qui permettent et/ou soutiennent la fourniture de services <i>via</i> ce réseau et/ou ce service ou en ont le potentiel, et comprennent notamment la conversion du numéro d'appel ou des systèmes offrant des fonctionnalités équivalentes, les systèmes d'accès conditionnel et les guides électroniques de programmes, ainsi que d'autres services tels que ceux relatifs à l'identité, l'emplacement et l'occupation (directive "cadre", article 2 (ebis))		Définition ajoutée dans la directive "cadre" en 2009 ; définition non encore transposée dans le CPCE
m) "fourniture d'un réseau de communications électroniques" : la mise en place, l'exploitation, la surveillance ou la mise à disposition d'un tel réseau (directive "cadre", article 2 (m))		L'équivalent communautaire "d'exploiter" un réseau
h) "utilisateur" : une personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public (directive "cadre", article 2 (h))		
n) "utilisateur final" : un utilisateur qui ne fournit pas de réseaux de communication publics ou de		

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

services de communications électroniques accessibles au public (directive "cadre", article 2 (n))		
---	--	--

ANNEXE 2

DOCTRINE ET JURISPRUDENCE CONCERNANT LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES EN FRANCE

Dans le cadre de sa pratique de régulateur, l'ARCEP a tenté de clarifier les ambiguïtés entourant la notion d'opérateur de communications électroniques figurant dans le texte du législateur français.

1. LIGNES DIRECTRICES SUR LA COMMERCIALISATION INDIRECTE DE PRESTATIONS TÉLÉPHONIQUES

Dans le cadre des lignes directrices n°99-415 en date du 21 mai 1999, l'Autorité a précisé les conditions d'application des obligations figurant dans les autorisations d'opérateurs dans le cas de distribution indirecte du service téléphonique longue distance. L'opérateur, responsable du respect des obligations figurant dans son autorisation envers les utilisateurs et l'Autorité, fera en sorte que le distributeur les respecte, ce dernier n'étant pas lui-même directement soumis aux dispositions du CPCE. Ces lignes directrices, qui s'appuient sur la loi de 1996, créaient une ambiguïté sur le statut des revendeurs. Dans la pratique, cette ambiguïté existe encore aujourd'hui, certains revendeurs estimant qu'ils ne sont pas opérateurs si leurs services s'appuient entièrement sur les prestations d'un autre opérateur déclaré.

2. LIGNES DIRECTRICES SUR LE CONCEPT DE "GROUPE FERMÉ D'UTILISATEURS"

Dans sa décision n°05-0208 en date du 15 mars 2005, l'Autorité a précisé la notion de "groupe fermé d'utilisateurs" dans le nouveau cadre réglementaire de 2004, favorisant une classification objective des installations en réseaux indépendants ou en réseaux ouverts au public.

Dans ses lignes directrices de 2005, l'Autorité précise que :

"En conséquence, le "groupe fermé d'utilisateurs" se définit comme un ensemble de personnes physiques ou morales utilisant un service de communications électroniques dans le cadre de réseaux non connectés à tout autre réseau.

Est également un GFU un ensemble de personnes physiques ou morales constituant une communauté d'intérêt expressément identifiable par sa stabilité, sa permanence et son antériorité à l'usage effectif de ce service de communications électroniques."¹¹¹

L'ARCEP ajoute également que *"la conformité d'un ensemble de personnes à la notion de GFU ainsi définie est appréciée au cas par cas par l'Autorité en tenant compte des missions qui lui sont dévolues"*.

3. LE GUIDE JURIDIQUE POUR LES OPÉRATEURS

Dans son Guide juridique pour les opérateurs locaux et les collectivités, l'ARCEP précise que les services de communications électroniques rassemblent notamment des services de transmission de données, l'accès à internet, les services de location de capacités, les services de location de liaisons louées¹¹². L'ARCEP précise également que les acteurs ayant un rôle purement commercial, d'acteurs de l'internet ayant des activités d'hébergeurs de sites, gestionnaires de portails, attributaires de noms de domaine, créateurs de sites web ou encore éditeurs de contenus sur internet, et les acteurs dont

¹¹¹ ART, Décision n°05-0208 en date du 15 mars 2005 portant adoption des lignes directrices relatives à la définition de "groupe fermé d'utilisateurs (GFU)" dans le nouveau cadre réglementaire, p.5

¹¹² ARCEP, Droits et obligations des opérateurs et fournisseurs de services, Guide juridique pour les opérateurs locaux et les collectivités, 15 mars 2007, p.7

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

l'activité relève exclusivement de services logiciels, ne sont pas des opérateurs parce que ces acteurs "n'interviennent] pas dans le processus d'émission, de réception ou de transmission des signaux constitutifs de la communication électronique"¹¹³.

Dans ce guide, l'ARCEP maintient donc la position selon laquelle des revendeurs ne seraient pas des opérateurs.

4. ANALYSE DES MARCHÉS DE LA TÉLÉPHONIE FIXE

A l'occasion du premier cycle de l'analyse des marchés de la téléphonie fixe, l'ARCEP a tenté de définir les notions de "voix sur IP", "voix sur large bande" et "voix sur internet" et par conséquent de clarifier leur traitement réglementaire.

Dans le cadre des projets de décisions relatifs aux marchés de la téléphonie fixe soumis à consultation en juin 2005, l'ARCEP propose les définitions suivantes :

"IP. On désigne par "IP" le protocole internet défini par l'Internet Engineering Task Force (IETF) ;

• Voix sur IP. On désigne par "voix sur IP" la technologie utilisant le protocole IP pour le transport de la voix, au niveau de l'accès ou du cœur du réseau ;

• Voix sur large bande (VLB). On désigne par "voix sur large bande" ou "VLB", les services de téléphonie fixe utilisant la technologie de la voix sur IP sur un réseau d'accès à internet dont le débit dépasse 128 kbit/s, et dont la qualité est maîtrisée par l'opérateur qui les fournit ;

• Voix sur internet (VoI). On désigne par "voix sur internet" les services de communications vocales utilisant le réseau public internet, et dont la qualité de service n'est pas maîtrisée par l'opérateur qui les fournit."¹¹⁴

L'ARCEP considère ainsi que les services de voix offerts sur un réseau large bande et dont la qualité est maîtrisée de bout en bout par un opérateur qui les fournit devraient être considérés comme des services appartenant au marché des services de téléphonie fixe traditionnels.

Dans le cadre de la consultation publique sur l'analyse des marchés de la téléphonie fixe précédant la publication des projets de décision en juillet 2004, l'Autorité avait déjà précisé que :

"De même, l'utilisation éventuelle de la technologie VoIP par les opérateurs de télécommunications pour acheminer le trafic voix relève d'une évolution technologique qui s'inscrit pleinement dans le périmètre des produits recensés sur les marchés des services fixes en bande étroite. Un consommateur achète une communication de bout en bout indépendamment des technologies (ATM, VoIP, ...) ou des infrastructures (cuivre, câble, fibre optique, liaison satellitaire) sous-jacentes qui sont utilisées pour produire cette prestation ; il n'en a pas connaissance en règle générale. Cette acceptation est admise dans la limite d'un écart de qualité de service acceptable ; ainsi, un service de voix utilisant le réseau internet, et privant le prestataire de services de la capacité de contrôler son acheminement et donc sa qualité, pourrait constituer un service distinct."¹¹⁵

¹¹³ ARCEP, Droits et obligations des opérateurs et fournisseurs de services, Guide juridique pour les opérateurs locaux et les collectivités, 15 mars 2007, p.7

¹¹⁴ ARCEP, Consultation publique sur les projets de décisions relatifs aux marchés de la téléphonie fixe, juin 2005, p.15

¹¹⁵ ARCEP, Consultation publique sur l'analyse des marchés de la téléphonie fixe (9 juillet- 23 août 2004), juillet 2004

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

5. RÈGLEMENTS DE DIFFÉRENDS

L'ARCEP a également utilisé sa compétence en matière de règlement de différends pour tenter de clarifier cette notion de "services autres que téléphoniques" et préciser le périmètre de la notion d'opérateur de façon générale.

C'est notamment à l'occasion des affaires *France Telecom c/ Paris TV Câble*¹¹⁶ et *France Télécom c/ Compagnie générale de vidéocommunications*¹¹⁷ qu'il a été précisé par le régulateur et confirmé par la Cour d'appel de Paris que le service d'accès à internet constitue un service de communications électronique "autre que téléphonique".

Dans sa décision n°97-210 en date du 10 juillet 1997 dans l'affaire *France Télécom C/Compagnie générale de vidéocommunication*, l'Autorité précise :

"Il est manifeste que le champ d'application des dispositions de l'article L.34-4 du Code des postes et télécommunications comprend les services de télécommunications au sens du 6ème paragraphe de l'article L.32-6 et non pas seulement le service téléphonique.

Or, il ressort de la saisine et des observations produites par la Compagnie générale de vidéocommunication que les services qu'elle souhaite proposer comportent des services de télécommunications tels que les services de transmission de données sur internet et la messagerie électronique.

*En conséquence, France Télécom n'est pas fondée à soutenir que l'article L.34-4 précité ne serait pas applicable au différend qui l'oppose à la Compagnie Générale de Vidéocommunication au motif que ce service d'accès internet qu'elle souhaite offrir n'inclut pas le service téléphonique*¹¹⁸.

Dans cette décision ancienne, l'Autorité semble caractériser un service de messagerie électronique comme un service de télécommunications, même si aucune analyse n'a accompagné cette conclusion et que l'affaire concernait principalement l'accès à Internet.

La Cour d'appel de Paris a confirmé l'analyse de l'Autorité quant à l'accès à l'internet :

*"Qu'il s'ensuit que la saisine de la Compagnie Générale de Vidéocommunication de l'Autorité était recevable et cette dernière compétente, dès lors que la convention en vigueur contenait des restrictions de nature juridique ou technique à la fourniture d'un service de télécommunication et ne permettait pas, en l'état, la fourniture de ce service de télécommunication qui constitue l'accès à l'internet"*¹¹⁹.

Il ressort plus généralement de la jurisprudence de l'ARCEP en matière de règlement de différends une conception large de la notion d'opérateur :

- Dans l'affaire *Le Numéro*, un opérateur de renseignements téléphoniques est reconnu comme un opérateur de communications électroniques devant être

¹¹⁶ ART, Décision n°97-17847 du 10 juillet 1997 confirmée par la Cour d'appel de Paris, 1ère chambre, section H, arrêt du 28 avril 1998

¹¹⁷ ART, Décision n°97-210 du 10 juillet 1997 confirmée par la Cour d'appel de Paris, 1ère chambre, section H, arrêt du 28 avril 1998

¹¹⁸ ART, Décision n°97-210 en date du 10 juillet 1997 se prononçant sur un différend entre la Compagnie générale de vidéocommunication et France Télécom, p.9/27

¹¹⁹ Cour d'appel de Paris, 1ère chambre, section H, arrêt du 28 avril 1998

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

déclaré au titre de l'article L.33-1 du CPCE¹²⁰. C'est également le cas dans le cadre du différend entre Sonera et France Télécom relatif à l'accès au réseau de France Télécom pour la fourniture d'un service de renseignements téléphoniques où la société Sonera est considérée comme *"un fournisseur de services de télécommunications autres que le service téléphonique au public, au sens de l'article L34-2"*¹²¹.

- La société Intercom Caraïbes, qui a conclu un contrat SMS Partner pour la fourniture de deux offres SMS (l'offre "Mailing" concerne uniquement l'envoi de SMS de l'éditeur vers les utilisateurs, abonnés d'Orange en mode opt-in, et l'offre "Interactive" concerne des services à valeur ajoutée impliquant la génération d'un trafic des portables des abonnés vers l'éditeur (SMS-MO) et d'un trafic retour de l'éditeur vers les abonnés (SMS-MT)), doit être regardé comme *"un fournisseur ou un utilisateur de services de télécommunications autres que le service téléphonique au public"*.¹²²
- Dans le cadre de l'affaire Afone, l'ARCEP rappelle que *"dans le cadre d'un accord MVNO, l'opérateur "hôte" va fournir à l'opérateur "virtuel" une prestation d'accès et de départ d'appel sur son réseau radioélectrique. Dans ces conditions, l'opérateur "virtuel" est en mesure de fournir à l'utilisateur final un service de communications électroniques au sens des dispositions de l'article L ;32 1° et 6° du CPCE"*¹²³.

6. OPÉRATEUR À "CASQUETTES MULTIPLES"

Il ressort par ailleurs de la jurisprudence de l'ARCEP la possibilité pour un opérateur d'être à "casquettes multiples" en fonction du prisme de l'activité par lequel cet acteur est envisagé.

Dans l'affaire *Le Numéro c/ Orange*¹²⁴, l'ARCEP distingue les deux casquettes de la société Le Numéro, à la fois opérateur et utilisateur final, pour rejeter sa demande de terminaison d'appel SMS.

La société Le Numéro peut, à la fois, être considérée comme un opérateur fournissant des services de communications électroniques, au titre de sa déclaration, et comme *"exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public en ce qu'elle assure l'acheminement de communications électroniques entre deux clients d'un même réseau ou de réseaux différents"* et qualifié d'*"utilisateur final en ce qui concerne sa prestation d'envoi de SMS"*, cette prestation consistant en une prestation de contenu et non d'interconnexion :

"Tout d'abord, la société Le Numéro est un opérateur au sens de l'article L. 32 15° du CPCE précité. Celle-ci s'est vu délivrer par l'Autorité le 15 novembre 2004 un récépissé de déclaration d'opérateur en tant que fournisseur de services de communications électroniques. La société Le Numéro a, le 10 août 2006, modifié sa déclaration d'opérateur en

¹²⁰ ARCEP, Décision n°06-1015 en date du 10 octobre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange France

¹²¹ ART, Décision n°00-1194 en date du 15 novembre 2000 se prononçant dans le cadre du différend entre Sonera et France Télécom relatif à l'accès au réseau de France Télécom pour la fourniture d'un service de renseignements téléphonique

¹²² ARCEP, Décision n°04-965 en date du 18 novembre 2004 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Intercom Caraïbes dans le cadre du différend l'opposant à Orange Caraïbe

¹²³ ARCEP, Décision n°06-0406 en date du 4 avril 2006 se prononçant sur un différend opposant la société Afone et la Société Française du Radiotéléphone (SFR)

¹²⁴ ARCEP, Décision n°06-1015 en date du 10 octobre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange France

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

indiquant qu'elle était un opérateur "à la fois de réseau et de services de communications électroniques depuis l'origine de son activité commerciale".

Cette déclaration modifiée est étayée par les pièces du dossier d'instruction :

- d'une part, la société Le Numéro indique, dans ses observations en réplique en date du 2 août 2006, qu'"elle exploite des commutateurs de téléphonie publique, assure elle-même l'acheminement et la commutation des appels vers ses propres 118XYZ, puis la mise en relation de ces appels vers les correspondants demandés par les appelants issus du réseau d'Orange" (souligné par l'Autorité) ;

- d'autre part, elle précise, dans sa réponse en date du 4 août 2006 au questionnaire des rapporteurs, qu'elle "exploite quatre commutateurs téléphoniques "Volt Delta" pour assurer la réception des appels issus des différents réseaux fixes et mobiles vers ses 118XYZ, l'acheminement de ces appels vers ces centres d'appels situés en France et au Maroc, ainsi que le réacheminement à l'interconnexion des appels vers les réseaux fixes et mobile en cas de mise en relation" (souligné par l'Autorité).

Ainsi, la société Le Numéro, au regard des éléments fournis à l'Autorité, exploite un réseau de communications électroniques ouvert au public en ce qu'elle assure l'acheminement de communications électroniques entre deux clients d'un même réseau ou de réseaux différents.

Ensuite, en ce qui concerne son activité et ses besoins en termes de SMS, la requérante a indiqué dans sa saisine que "les clients des services de renseignement téléphonique attendent des opérateurs qu'ils proposent l'envoi systématique d'un SMS (voire plusieurs) récapitulant les données demandées pour chaque renseignement fourni oralement via son 118 XYZ". Elle précise dans ses réponses au questionnaire des rapporteurs que "le service SMS, fourni actuellement par Le Numéro, consiste à transmettre les informations demandées par oral par son client sous la forme d'un message écrit au format prédéfini, comprenant le nom, l'adresse et le numéro de téléphone".

Il ressort ainsi des éléments du dossier que la société Le Numéro fournit au titre de son service d'envoi de SMS une prestation de contenu et non d'interconnexion ; elle acquiert des SMS en gros pour son propre usage. De ce fait, à l'image d'autres éditeurs de contenu (banque, météo, astrologie, sport, etc.), le SMS envoyé par la société Le Numéro à ses clients ne constitue donc pas un service de communications électroniques accessible au public.

La société Le Numéro a ainsi le statut d'utilisateur final en ce qui concerne la prestation de SMS. On entend en effet par utilisateur final au titre de l'article 2 n) de la directive cadre susvisée : "un utilisateur qui ne fournit pas de réseaux de communication publics ou de services de communications électroniques accessibles au public", l'utilisateur étant, au titre du h) du même article, "une personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessibles au public". Si la société Le Numéro utilise bien des ressources de communication électronique, elle le fait afin de transmettre un service de

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

contenu, et non un service de communication électronique accessible au public.

*Dans ces conditions, la société Le Numéro ne peut être qualifiée d'exploitant de réseau ouvert au public demandant une interconnexion de terminaison SMS afin de fournir au public des services de communications électroniques. Ne pouvant être qualifiée que d'utilisateur final pour ce qui concerne la prestation d'envoi de SMS, la société Le Numéro n'est pas fondée à demander une prestation de terminaison d'appel SMS.*¹²⁵

Cette décision confirme une interprétation relativement large de la notion d'opérateur de réseau, ainsi que le fait qu'un opérateur peut également avoir une activité "d'utilisateur" et éditeur de contenus.

Dans l'affaire *Dièse Télécom c/France Télécom*¹²⁶, l'ARCEP considère que la société Dièse Telecom est une "entreprise dont l'objet principale est de fabriquer [et de vendre] des "portiers téléphoniques" et non de fournir des services de communications électroniques". L'ARCEP ajoute que la demande de Dièse dans le cadre du présent règlement de différend "n'est pas formulée en vue de fournir des services de communications électroniques". L'ARCEP conclut donc que :

"Au regard de ces éléments, l'Autorité constate que la société Dièse Télécom ne fournit pas de services de communications électroniques mais intervient en tant que constructeur et vendeur d'équipements portiers, parfois directement auprès des gestionnaires d'immeubles, le plus souvent de manière indirecte par l'intermédiaire d'un électricien.

C'est pourquoi, dès lors qu'elle ne fournit pas de services de communications électroniques, la société Dièse Télécom ne peut prétendre pouvoir bénéficier d'un accès au sens du Code des postes et des communications électroniques.

*Il en résulte que la société Dièse Telecom n'a pas qualité pour demander à l'Autorité, sur le fondement de l'article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques, d'obtenir de France Telecom un accès en pied d'immeuble pour le raccordement du réseau portier au réseau de communication intérieur d'immeuble*¹²⁷.

Dans le cadre de l'affaire *Sonera c/France Télécom* et sur la demande d'accès spécial avec facturation/recouvrement pour le compte de tiers pour la collecte de trafic à destination de numéros de la forme 3BPQ de Sonera France et de terminaison de trafic de son serveur vers les abonnés appelants, l'Autorité considère au contraire que :

"il ressort des pièces du dossier que le service que Sonera France a l'intention de fournir consiste à offrir "toutes prestations incluant la transmission ou l'acheminement de signaux ou une combinaison de ces fonctions par des procédés de télécommunications"; une telle activité relève des services de télécommunications tels que définis au 6° de l'article L. 32 précité.

¹²⁵ ARCEP, Décision n°06-1015 en date du 10 octobre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange France, p.47-48

¹²⁶ ARCEP, Décision n°2007-0441 en date du 15 mai 2007 se prononçant sur deux différends opposant les sociétés Dièse Télécom et France Télécom

¹²⁷ ARCEP, Décision n°2007-0441 en date du 15 mai 2007 se prononçant sur deux différends opposant les sociétés Dièse Télécom et France Télécom, p.34

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

*Sonera France doit donc être regardée comme un fournisseur de services de télécommunications autres que le service téléphonique au public, au sens de l'article L. 34-2 précité.*¹²⁸

¹²⁸ ART, Décision n°00-1194 en date du 15 novembre 2000 se prononçant dans le cadre du différend entre Sonera et France Télécom relatif à l'accès au réseau de France Télécom pour la fourniture d'un service de renseignements téléphonique, p.8/12

ANNEXE 3

POSITION DE L'OFCOM SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

Résumé du document "The definition of "relevant activity" for the purposes of administrative charging", Ofcom, 31 mars 2005¹²⁹

Pour l'identification des acteurs soumis au paiement de la taxe administrative applicable aux opérateurs de communications électroniques, l'Ofcom retient trois types d'activités considérées comme "pertinentes" ("*relevant activity*") :

- La fourniture de services de communications électroniques à des tiers (1) ;
- La fourniture de réseaux de communications électroniques, services de communications électroniques et accès au réseau à des fournisseurs de communication (2) ;
- La mise à disposition d'infrastructures associées à des fournisseurs de communication (3).

1. FOURNITURE DE SERVICES DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES À DES TIERS

1.1 Qu'est-ce qu'un service de communications électroniques ?

(a) Définition

Un service sera qualifié de service de communications électroniques si :

- sans considération de l'aspect "contenu" du service,
- la caractéristique principale du service réside dans l'acheminement de signaux au moyen d'un réseau de communications électroniques
- Exemple : les appels téléphoniques

Si la caractéristique principale du service réside dans le contenu des signaux, et non dans l'aspect "acheminement" de ces signaux, on est en présence d'un service de contenu (et non d'un service de communications électroniques).

(b) Distinction entre les services de communications électroniques "basiques", "avancés" et "augmentés"

Cette distinction dépend :

- du niveau de ressources de réseau additionnelles et d'infrastructures associées ("associated facilities") que ces services exigent, et
- de l'existence ou non d'une interaction, manipulation ou stockage de contenu

Cette distinction entre les services de communications électroniques dits "basiques", "avancés" et "augmentés" résulte de la pratique de l'Ofcom et ne repose sur aucun texte juridique national ou communautaire. Elle n'est utilisée par

¹²⁹

<http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/designation/statement/statement.pdf>

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

l'Ofcom qu'afin de l'aider dans le processus d'identification des activités devant être considérées comme des services de communications électroniques¹³⁰.

(i) Services basiques

Un service est qualifié de "basique" si :

- il est fourni sur un réseau de communications électroniques ; et
- sans le support de bases de données ou de serveurs

Des exemples de tels services incluent notamment le cas de "services d'acheminement direct" comme : les appels téléphoniques, le télex, l'acheminement IP utilisant une adresse IP à 4 chiffres, les liaisons louées, les vidéoconférences, les distributeurs de billets, les données X25, la transmission radio et télévisuelle

(ii) Services avancés

Un service est qualifié d'"avancé" si :

- il est fourni sur un réseau de communications électroniques ; et
- il nécessite le support d'infrastructures associées

Exemples : acheminement IP reposant sur le système de noms de domaine, services de numéros non-géographiques reposant sur des bases de données de translation IN, la messagerie instantanée reposant sur une base de données de "présence", la téléphonie mobile reposant sur des registres "home location", les transmissions télévisuelles reposant sur des systèmes d'accès conditionnels et des guides de programmes électroniques.

(iii) Services augmentés

Un service est qualifié d'"augmenté" si :

- le service est fourni sur un réseau de communications électroniques ; et
- il interagit, manipule ou stocke du contenu avec le soutien d'une infrastructure associée (même si ce service implique du "contenu", il constitue un service de communications électroniques car il consiste entièrement ou principalement en l'acheminement de signaux, ce qui n'est pas le cas des services de contenu).

Exemples : les appels téléphoniques équipés de boîtes de réponse vocales interactives, la transmission télévisuelle avec de la compression MPEG reposant sur des systèmes de compression, les conférences téléphoniques 3-way reposant sur des ponts de conférence, e-mails

¹³⁰

"One method of viewing the range of ECSs is to classify them as either basic, advanced or enhanced services (value-added services) depending on the level of additional network resources and associated facilities that they require as well as whether there is any interaction, manipulation, or storage of content. The terms 'basic', 'advanced' and 'enhanced' services do not derive from the Act or from any of the EC Directives and are used here purely to help provide a framework for identifying activities which are ECSs"Ofcom, *Designation and relevant activity guidelines for the purposes of administrative charging, Final statement*, 31 March 2005, p. 12

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

reposant sur des serveurs e-mails et messagerie vocale reposant sur des serveurs de messagerie vocale.

	Réseau de communications électroniques	Infrastructures associées	"Output"
Services basiques	Fournis sur un réseau de communications électroniques	Aucune infrastructure associée n'est nécessaire	Acheminement de signaux (appels téléphoniques fixes)
Services avancés	Fournis sur un réseau de communications électroniques	Certains éléments du service nécessitent le support d'infrastructures associées	Acheminement de signaux (appels mobiles)
Services augmentés	Fournis sur un réseau de communications électroniques	Certains éléments du service nécessitent le support d'infrastructures associées	Acheminement de signaux et interaction, manipulation ou stockage de contenu (email)

Les services de la société de l'information ne sont pas des services de communications électroniques à moins qu'ils consistent entièrement ou principalement en l'acheminement de signaux.

Exemples : les services bancaires sur internet, les paris en ligne. Dans ces deux cas, la caractéristique clef du service réside davantage dans la fourniture d'informations que dans l'acheminement de signaux (cet acheminement ne constitue qu'un aspect purement incident du service).

Toutefois, dans le cas où un service ne consiste pas principalement en l'acheminement de signaux, il repose généralement sur un service d'acheminement de signaux sous-jacent. Ce service d'acheminement constitue un service de communications électroniques. Exemple : dans le cas de la vente à distance, le fournisseur de service de contenu sera différent du fournisseur de services de communications électroniques.

1.2 Qu'est-ce que la fourniture de services de communications électroniques à des tiers ?

- La fourniture de services de communications électroniques à un tiers inclut la fourniture de services de communications électroniques à tout type de clients du moment que des services de communications électroniques leur sont fournis
- La fourniture de services de communications électroniques à des tiers inclut également la fourniture de services de communications électroniques à des groupes tels que les occupants d'une prison ou des locataires

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

2. FOURNITURE DE RÉSEAUX DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES, DE SERVICES DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET ACCÈS AU RÉSEAU DES FOURNISSEURS DE COMMUNICATION

2.1 Que signifie la fourniture de réseaux de communications électroniques à des fournisseurs de communication ?

(a) Qu'est-ce qu'un réseau de communications électroniques ?

- Pour l'Ofcom, un réseau de communications électroniques réside en premier lieu dans un "système de transmission"
- Qu'est-ce qu'un système de transmission ?
 - Un système de transmission est un terme indéfini
 - Une première approche consisterait à considérer qu'un système de transmission exige l'acheminement de signaux entre, *a minima*, les éléments suivants : un transmetteur, un medium de transmission, et un récepteur. L'Ofcom considère toutefois qu'un système de transmission peut très bien consister en rien de plus qu'un simple transmetteur utilisé pour l'acheminement de signaux.
 - Les éléments utilisés afin de permettre l'acheminement de signaux tels que les appareils de routage et de commutation de signaux, ou utilisés pour le stockage de données, ne constituent pas des éléments centraux de la définition. S'ils sont présents, ils formeront une partie d'un réseau de communications électroniques.

(b) Qu'est-ce que la fourniture d'un réseau de communications électroniques ?

- La fourniture d'un réseau de communications électroniques fait référence à son établissement, sa maintenance ou son fonctionnement.
- La notion de fourniture d'un réseau de communications électroniques diffère donc de celle de propriété d'un réseau de communications électroniques. Il n'est en aucun cas exigé qu'un fournisseur de communications jouisse de droits exclusifs sur les éléments qui, combinés, forment un réseau de communications électroniques.

(c) Qu'est-ce qu'un fournisseur de communication ?

- Les fournisseurs de communication sont les fournisseurs de services de communications électroniques et de réseaux de communications électroniques. Ils n'incluent donc pas les membres du public.
- Exemple de la fourniture d'un réseau de communications électroniques à un fournisseur de communication : lorsqu'un fournisseur opère et entretient un réseau pour le compte d'un autre fournisseur de communication. Ce schéma renvoie ainsi à la délocalisation de la fourniture de réseau.
- Autre exemple : l'attribution de droits de propriété qui ne peuvent pas être retirés (droits d'utilisation inaliénables), par exemple sur des câbles sous-marins internationaux.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

2.2 Que signifie la fourniture de services de communications électroniques à des fournisseurs de communication ?

- Exemples de la fourniture de services de communications électroniques à des fournisseurs de communication : lorsque l'un des services mentionnés ci-dessus est fourni en gros à d'autres fournisseurs de communication (par opposition aux membres du public).
- La fourniture de services de communications électroniques à des fournisseurs de communications inclut également la fourniture d'un service de communications électroniques afin de permettre l'accès à un autre service de communications électroniques ou à un réseau de communications électroniques ou encore la fourniture d'un service de communications électroniques afin de permettre l'interconnexion aux réseaux de communications électroniques publics.

2.3 Que signifie la fourniture d'accès au réseau à des fournisseurs de communication ?

- Le terme "accès au réseau" englobe les services d'interconnexion aux réseaux de communications électroniques publics ainsi que tout service, installation ou arrangement qui ne concerne pas l'interconnexion en tant que telle mais qui vise à permettre à un fournisseur de communication d'utiliser un réseau de communications électroniques ou un service de communications électroniques fourni par un autre fournisseur de communication afin qu'il puisse lui-même fournir un service de communications électroniques (que ce soit le sien ou celui d'un autre).
- Exemples : la fourniture d'accès à des éléments spécifiques du réseau et/ou des infrastructures, comprenant notamment l'accès dégroupé à la boucle locale ; la fourniture en gros de services spécifiques destinés à la revente à des tiers ; la fourniture d'accès à des interfaces techniques, protocoles et autres technologies clefs qui sont indispensables à l'interopérabilité des services et des services réseaux virtuels ; la fourniture d'accès à des systèmes de support opérationnels ou de systèmes logiciels similaires nécessaire afin d'assurer une juste concurrence dans la fourniture d'accès, et la fourniture de services d'interconnexion à des réseaux et installations/infrastructures de réseaux

3. LA MISE A DISPOSITION D'INFRASTRUCTURES ASSOCIÉES AUX FOURNISSEURS DE COMMUNICATION

Que sont les infrastructures associées ?

- La définition des infrastructures associées dans le *Communications Act* vise toutes les infrastructures associées qui sont mises à disposition afin de rendre possible la fourniture d'un réseau de communications électroniques ou d'un service de communications électroniques ou pour soutenir la fourniture d'autres services, tel que toutes les autres formes de services de la société de l'information ou services de contenu, comme la télévision diffusée, qui sont fournis au moyen d'un réseau ou d'un service.
- La caractéristique d'une infrastructure associée est qu'elle est fournie afin de rendre possible ou soutenir la fourniture d'un réseau de communications électroniques ou d'un service de communications électroniques. La définition englobe donc les infrastructures associées qui sont essentielles à la fourniture d'un réseau de communications électroniques ou d'un service de communications

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

électroniques ainsi que celles qui permettent ou soutiennent la fourniture de tels services fournis au moyen de réseau ou service. Exemples : appels téléphoniques complétés par des boîtes de réponses vocales interactives, la transmission télé avec compression MPEG reposant sur des systèmes de compression et des e-mail reposant sur des serveurs e-mails.

4. DÉFINITIONS DU "COMMUNICATIONS ACT" DE 2003¹³¹

L'Ofcom rappelle que le "Communications Act" prévoit les définitions suivantes.

4.1 Réseau de communications électroniques

Un réseau de communications électroniques consiste en :

- a) Un système de transmission pour l'acheminement de tout type de signaux au moyen d'énergie électrique, magnétique ou électro-magnétique, et
- b) L'un des éléments suivants lorsqu'ils sont utilisés pour l'acheminement de signaux par la personne fournissant le système :
 - i) Les appareils compris dans le système
 - ii) Les appareils utilisés pour la commutation ou le routage de signaux, et
 - iii) Les logiciels et données stockés

4.2 Service de communications électroniques

Un service de communications électroniques désigne un service consistant en, ou dont la caractéristique principale réside dans l'acheminement de signaux au moyen d'un réseau de communications électroniques, sauf dans la mesure où il s'agit d'un service de contenu.

4.3 Service de contenu

Un service de contenu renvoie à tout service qui consiste dans un ou plusieurs des éléments suivants :

- a) La fourniture de contenu dans la mesure où il comprend des signaux acheminés au moyen d'un réseau de communications électroniques
- b) L'exercice d'un contrôle éditorial sur le contenu des signaux acheminés au moyen d'un tel réseau de communications électroniques

4.4 Acheminement de signaux

L'acheminement de signaux inclut des références à la transmission ou au routage de signaux ou parties de signaux et à la diffusion de signaux destinés à une réception générale

4.5 Signaux

Les signaux incluent :

¹³¹

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/contents>

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- Tout élément comprenant de la voix, musique, sons, images visuelles ou communications ou données de n'importe quelle description, et
- Des signaux utilisés pour la transmission de tout élément entre des personnes, entre une personne et une chose ou entre des choses, ou pour le contrôle de l'appareil

4.6 Infrastructure associée

Une infrastructure associée désigne une infrastructure qui :

- a) Est disponible afin d'être utilisée en association avec l'utilisation d'un réseau de communications électroniques ou d'un service de communications électroniques (qu'il soit ou non fourni par une personne mettant à disposition cette installation/infrastructure), et
- b) Est disponible dans le but de :
 - i) Rendre possible la fourniture de ce réseau ou service
 - ii) Rendre possible la fourniture d'autres services fournis au moyen de ce réseau ou service, ou
 - iii) Supportant la fourniture de tels autres services

4.7 Fournisseur de communication

Un fournisseur de communication désigne une personne qui fournit un réseau de communications électroniques ou un service de communications électroniques

4.8 Accès au réseau

Les références à un "accès au réseau" constituent des références à

- a) L'interconnexion de réseau de communications électroniques publics, ou
- b) Tout service, installation/infrastructure ou arrangement qui
 - i) Ne sont pas compris dans l'interconnexion, mais
 - ii) Sont des services, installation ou arrangement au moyen desquels un fournisseur de communications ou personne mettant à disposition des installations/infrastructures associées est capable, dans l'objectif de la fourniture d'un service de communications électroniques (que ce soit par lui ou un autre), d'utiliser l'un des éléments mentionnés ci-dessous
 - iii) Et les références à la fourniture d'accès au réseau incluent des références à la fourniture de n'importe quel service, mettant à disposition de tels installations/infrastructures ou entrant dans de tels arrangements.
- c) Les choses auxquelles il est fait référence plus haut sont :
 - i) Tout réseau de communications électroniques ou service de communications électroniques fourni par un autre fournisseur de communications
 - ii) Tout appareil compris dans un tel réseau ou utilisé dans le but d'un tel réseau ou service

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- iii) Toute infrastructure mise à disposition par un autre qui sont des installations/infrastructures associées par référence à tout réseau ou service (qu'il soit fourni par ce fournisseur ou par un autre), et
- iv) Tout autre service ou infrastructure qui est fourni ou mis à disposition par une autre personne et qui est capable d'être utilisé pour la fourniture d'un service de communications électronique

ANNEXE 4

POSITION DE LA BNETZÄ SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET LA PROCEDURE DE DECLARATION

La définition donnée par l'Acte sur les télécommunications allemand (*Telekommunikationsgesetz* - TKG) des services de télécommunications est similaire à celle que donne l'article 2 (c) de la directive "cadre" des services de communications électroniques. Le TKG définit les "services de télécommunications" comme tout "*service normalement fourni contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en l'acheminement de signaux sur les réseaux de communications électroniques, y compris les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la diffusion*" (section 3, n°24 TKG).

La définition donnée par le TKG d'un réseau de télécommunications est similaire à celle que donne l'article 2 (a) de la directive "cadre" d'un réseau de communications électroniques. Le TKG définit un "réseau de télécommunications" comme "*les systèmes de transmission et, là où ils existent, les équipements de routage et de commutation et toute autre ressource prise dans son intégralité qui permettent l'acheminement de signaux par fil, par radio, par moyens optiques ou systèmes câblés, dans la mesure où ils sont utilisés pour transmettre des signaux, les réseaux utilisés pour la diffusion radio et télévisée, et les réseaux de télévision câblée, sans considération du type d'information transmise*" (section 3, n°27 TKG).

Comme c'est le cas dans la directive "cadre", seule la fourniture de services "accessibles au public" est prise en compte afin de retenir la qualification d'opérateur de télécommunications. Un "service de téléphonie accessible au public" est défini par le TKG comme "*un service accessible au public lui permettant d'émettre et de recevoir des appels nationaux et internationaux, et comprenant notamment une installation pour effectuer des appels d'urgence ; le service de téléphonie accessible au public inclue également les services suivants : la fourniture de services d'assistance par les opérateurs, les services de recherche d'annuaires, les annuaires, la fourniture au public de téléphones payants, la fourniture de services soumis à des conditions spéciales et la fourniture de services non géographiques*" (section 3, n°17 TKG).

Le terme "réseau de téléphonie public" est quant à lui défini comme un "*réseau de télécommunications utilisé pour fournir des services de téléphonie accessibles au public et qui, en outre, intervient en support d'autres services tels que les facsimilés et les communications de données, et un accès fonctionnel à internet*" (section 3, n°16 TKG).

La distinction faite entre un réseau de communications public et privé en droit allemand est similaire à celle existant au niveau européen. Il mérite cependant d'être précisé que les définitions allemandes se réfèrent aux services et réseau de téléphonie accessibles au public, là où les définitions communautaires font références aux service et réseau de communications électroniques accessibles au public. Les services de téléphonie incluent les services de voix sur IP mais non les services de pure transmission de données. En pratique, le droit des télécommunications allemand n'utilise toutefois que rarement la limitation proposée dans la définition à la téléphonie publique. La plupart des règles font en effet référence au "réseau de télécommunications publics" ou "services de télécommunications accessibles au public", malgré le fait que ces deux termes ne sont pas définis dans le TKG.

ANNEXE 5

POSITIONS DE L'AGCOM ET DU MINCOM SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET LA PROCÉDURE DE DÉCLARATION

Entretiens avec Messieurs Lobianco, De Tommaso et Barbadoro, AGCOM

Les services de voix sur IP de type "logiciel à logiciel" ne sont pas régulés en Italie, même si, à l'heure actuelle, certains opérateurs mobiles souhaiteraient que l'AGCOM puisse réguler ce genre de service, car certains d'entre eux deviennent extrêmement sophistiqués. En ce qui concerne les services de voix sur IP interconnectés avec le réseau téléphonique commuté (RTC), ces services sont considérés comme des services de communications électroniques et sont soumis aux dispositions de la décision n°11/06/CIR¹³².

Les services d'agrégation de messages SMS sont considérés comme des services de communications électroniques et sont soumis à une autorisation générale. Les services de messageries instantanée sont considérés comme des services "logiciel à logiciel" non soumis à la réglementation des communications électroniques.

De manière générale, la question des services fournis *via* l'internet sera examinée suite à la consultation publique en cours sur la neutralité de l'internet. La réflexion s'oriente vers la possibilité d'imposer à ces acteurs certaines obligations de transparence, dans l'intérêt d'informer les consommateurs sur les limitations éventuelles du service.

Tous les revendeurs de services de communications électroniques sont considérés comme des fournisseurs de services de communications électroniques, soumis aux règles de l'autorisation générale, qu'il s'agisse de simples revendeurs de minutes, de services de transport de données, ou d'un opérateur mobile virtuel (MVNO).

En ce qui concerne les hôtels et cyber-cafés, l'AGCOM a modifié la réglementation afin d'exonérer ces entités de l'obligation de faire une déclaration et d'être soumis à l'autorisation générale. Cependant ces entités doivent se conformer à des obligations spécifiques définies par le Ministère de l'Intérieur concernant l'identification des utilisateurs.

En ce qui concerne les réseaux de distribution de contenus (CDNs), ces services pourraient ne pas être considérés comme des communications électroniques, car le service rendu à l'utilisateur final est un service de contenus, avec une qualité améliorée. La prestation est l'augmentation de la qualité du contenu, non la transmission de signaux.

¹³² AGCOM, *Resolution n°11/06/CIR governing the supply of VoIP services* (Disposizioni regolamentari per la fornitura di servizi VoIP e integrazione del piano nazionale di numerazione), published in the Official Journal of the Italian Republic of 13 April 2006

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Questions posées à Mme Proto du Département des communications au sein du ministère du développement économique ("MinCom")

A. Le MinCom procède-t-il à un contrôle des déclarations faites par les opérateurs pour s'assurer de leur véracité?

Le MinCom conduit une enquête sur la base des informations fournies par les opérateurs dans leur "déclaration de début d'activité" (*Dichiarazione di Inizio Attività*, "DIA"). Cette enquête porte sur l'intégralité du contenu de la DIA qui doit comprendre (i) une description du type de réseau utilisé et de la nature des services fournis, (ii) une description et la localisation du système et des infrastructures utilisées, (iii) un certificat attestant que l'opérateur est bien enregistré à la chambre de commerce et (iv) le casier judiciaire des dirigeants de l'opérateur.

A compter de la date de déclaration de début d'activité, le ministère dispose d'un délai de 60 jours afin de vérifier le contenu de la DIA et le cas échéant de notifier à l'opérateur l'interdiction de poursuivre ses activités. Le MinCom peut à cette occasion exiger des opérateurs qu'ils clarifient certaines des informations fournies initialement ou qu'ils produisent des documents supplémentaires.

Dans le cas où l'opérateur se voit interdire de poursuivre ses activités, il ne peut alors plus fournir d'informations ou de documents supplémentaires visant à clarifier sa situation. Il ne peut que soumettre un nouveau DIA, lequel ouvre un nouveau délai de 60 jours.

Selon le MinCom, 90% des interdictions de poursuite d'activité sont délivrées en raison d'un document manquant (généralement le casier judiciaire) et seulement 10% en raison d'une non-satisfaction de la part des opérateurs aux exigences techniques.

B. Combien d'entités sont déclarées en Italie en tant que fournisseurs de services de communications électroniques au public ou de réseaux publics de communications électroniques?

Le site Internet du MinCom fournit la liste des opérateurs répartis en différentes catégories. Sont recensés:

- 7600 fournisseurs de services de communications électroniques offrant des services Internet, d'appels téléphoniques ou de services de fax ;
- 4600 fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ;
- 1500 entreprises autorisées à installer et à fournir des systèmes de téléphonie interne (standard) ;
- 700 entreprises autorisées à fournir un accès à des réseaux et services de télécommunications Wi-Fi ;
- 450 entreprises autorisées à fournir des services satellite au public ;
- 120 entreprises autorisées à fournir des services VoIP au public ;
- 400 entreprises autorisées à installer et à fournir des réseaux de communications électroniques au public et à fournir des services de téléphonie accessible au public.

C. La déclaration est-elle la source des droits et des obligations des opérateurs?

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

A partir du dépôt de la DIA, les opérateurs sont en mesure de fournir des services de communications électroniques. Il convient par ailleurs d'opérer une distinction entre, d'une part, les obligations découlant directement du dépôt de la DIA et, d'autre part, celles qui en sont indépendantes et qui sont strictement liées à la conduite effective d'une activité.

Les obligations du premier type figure en annexe 1 du code des communications électroniques (décret législatif n° 259 du 1er août 2003, ci-après le "Code") et sont attachées à la fourniture du service.

Aux termes de l'article 1 du Code, l'opérateur doit (parmi d'autres obligations): assurer l'interconnexion du réseau et l'interopérabilité des services, se conformer aux lois en matière de protection des données et des consommateurs, payer les taxes administratives, assurer la fourniture de services de communications électroniques en cas de catastrophes ou urgence, assurer le service pour des buts judiciaires.

Les opérateurs doivent également se conformer aux autres obligations qui ne figurent pas dans le Code mais qui sont contenues dans d'autres lois, telles que les dispositions en matière de mise sur écoute et les dispositions interdisant la fourniture de contenus pédopornographiques.

D. Quels sont, selon le MinCom, les avantages et les inconvénients associés à la procédure de déclaration ?

Le principal avantage lié à la procédure de déclaration est la possibilité pour l'opérateur de débiter immédiatement son activité de fourniture de services de communications électroniques. Cela représente dans le même temps un inconvénient pour les opérateurs dans les cas où ils font par la suite l'objet d'une interdiction de poursuivre leur activité car ils ont pu avoir déjà investi de l'argent et des ressources dans cette activité.

E. Le MinCom envisage-t-il de réformer la procédure de notification en place ou de la supprimer?

Le Parlement italien est actuellement en train d'adopter une réforme de la procédure de déclaration de début d'activité. L'actuelle DIA sera en effet remplacée par une "déclaration certifiée de début des activités" (*Segnalazione Certificata di Inizio Attività*, "SCIA"). Selon le MinCom, le SCIA ne modifiera pas le cadre juridique en vigueur relatif à la procédure de déclaration qui restera substantiellement le même que celui résultant de la DIA.

ANNEXE 6

POSITION DE PTS SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET LA
PROCEDURE DE DECLARATION

Résumé de l'étude "Quels sont les services et réseaux soumis à l'Acte de communications électroniques (LEK) ?" réalisée par le régulateur suédois PTS, mars 2009¹³³

1. **QUALIFICATION DE SERVICE DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES**

Définition de la LEK : *service normalement fourni contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en l'acheminement de signaux sur des réseaux de communications électroniques.*

- Quatre critères doivent être remplis pour qu'un service puisse être considéré comme un service de communications électroniques :
 1. Le service est fourni à une autre partie (externe)
 2. Le service est fourni sur une base commerciale
 3. Le service consiste principalement en l'acheminement de signaux, et
 4. Le fournisseur de service a un pouvoir de contrôle sur l'acheminement (critère important)
- Deux critères particulièrement importants :
 - Le pouvoir du fournisseur de service de contrôler l'acheminement des signaux
 - La capacité du fournisseur de service de fournir les "identités" (par exemple les adresses IP)
- Remarque générale : il est possible qu'un certain nombre de services qui ne constituent pas des services de communications électroniques puissent être considérés comme des "services associés"

2. **QUALIFICATION DE SERVICE DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES OUVERT AU PUBLIC**

Un service de communications électroniques est ouvert au public s'il est fourni ouvertement sur le marché

2.1 **Le service fourni est-il un service de communications électroniques ?**

Trois étapes:

(a) **Le service est-il fourni à une autre partie ?**

On est en présence d'un "service fourni" si une partie procure un certain type de d'avantage à au moins une autre partie (externe)

- Le terme de "service" implique que l'on doit être en présence d'un certain type d'avantage procuré par une partie à une autre.
- Existence d'un "service" si et seulement si :

¹³³ <http://www.pts.se/en-gb/Documents/Reports/internet/2009/Which-services-and-networks-are-subject-to-the-Electronic-Communications-Act/>

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- Au moins deux parties sont impliquées, l'une étant celle qui fournit le service (détaillant ou grossiste) et l'autre celle qui a accès au service (utilisateur final, détaillant ou grossiste).
- Les deux parties appartiennent à des entités différentes

Exclusion : les services fournis au sein d'un même groupe/d'une même entreprise ne sont pas des services de communications électroniques.

(b) Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?

Un service est normalement fourni contre rémunération s'il est fourni sur une base commerciale.

- Fourniture commerciale de services
- "Normalement fourni contre rémunération" / cas d'une fourniture sur une base commerciale :
 - Les services commerciaux sont parfois fournis gratuitement. L'élément commercial se manifeste alors d'autres façons. Cela renvoie aux modèles de rémunération autres que les paiements directs. Par exemple en règlement ou en échange d'autres services, financement au travers de la publicité ou d'autres moyens de paiement indirect.
 - En revanche, lorsqu'un service est fourni sur une base purement non-lucrative, on n'est pas en présence d'un service de communications électroniques
 - Exemple : la fourniture de réseaux de recherche au sein du monde académique (exclusion)

(c) Le service consiste-t-il principalement en l'acheminement de signaux ?

Service de communications électroniques : service qui consiste entièrement ou principalement en l'acheminement de signaux sur des réseaux de communications électroniques.

- Critère qui vise à distinguer les services de communications électroniques des services de pur contenu (tels que des pages web qui fournissent de la musique, des jeux ou des sites internet de commerce électronique)
- Exclusion : les services de contenu transmis sur des réseaux de communications électroniques à l'aide de services de communications électroniques.

Un service consiste principalement en l'acheminement de signaux si le fournisseur de services a le contrôle sur le signal, porteur de l'information (car il en est propriétaire ou par l'intermédiaire d'un accord) et détient par ce biais une influence sur des facteurs tels que la transmission et la qualité de l'acheminement.

Si le service est constitué de plusieurs sous-services, et que l'un des sous-services inclut l'acheminement de signaux (cet acheminement étant nécessaire pour être capable de fournir les autres sous-services), alors le service entier (somme de tous les sous-services) doit être considéré comme "comprenant principalement l'acheminement de signaux".

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- Signal : le porteur de l'information, cette information pouvant être, par exemple, de la voix, musique, vidéo (signification originelle).
 - En matière de service de communications électroniques, il est raisonnable de considérer que le signal est constitué d'ondes radios, ondes légères (ondes dites "*light*"), impulsions électroniques etc... qui transportent de l'information entre un émetteur et un récepteur.
- (i) Délimitation des services consistant en un "acheminement de signaux"
- Difficile de faire la distinction entre :
 - d'une part un service de pur contenu ou un service qui implique une communication
 - et d'autre part un service de communications électroniques
 - Nombreux exemples de services qui permettent à deux ou plusieurs personnes d'échanger des informations entre elles (tels que la messagerie instantanée et les e-mails) ne constituent pas des services de communications électroniques
 - Seuls les services qui facilitent la communication (en transmettant des signaux) peuvent être considérés comme des services de communications électroniques.
 - Ainsi, mêmes des services plus raffinés (tels que les services de *chat* sur internet) qui permettent à des personnes de communiquer entre elles peuvent ne pas constituer des services de communications électroniques.
 - Difficile d'interpréter l'expression "acheminement de signaux"
 - Il existe une délimitation liée à l'existence d'acteurs qui fournissent des services et qui ont certaine forme d'association avec le réseau de communications où les signaux sont acheminés. Ex : les FAI soumis à la LEK sont ceux qui contrôlent un réseau au travers duquel ils acheminent des signaux.
 - Exemple de services non soumis à la LEK : hôtels et portails en ligne (services de pur stockage ou de contenu).
- (ii) Le contrôle sur le service de communication est un facteur clef pour comprendre la signification de la notion d'"acheminement de signaux"
- Facteur important : contrôle sur l'acheminement des signaux
 - Pour tous les Etats membres : on ne peut parler de service de communications électroniques que lorsque la partie fournissant le service a une influence ou un contrôle sur l'acheminement, c'est-à-dire sur le signal (le porteur de l'information)
 - Le contrôle sur l'acheminement des signaux peut avoir le profil suivant :
 - Un acteur contrôle le réseau de communications

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- Un autre acteur (le fournisseur de service fournissant un accès internet à l'utilisateur final) fournit un service de communication comprenant l'allocation d'adresses IP et la transmission de paquets IP.
 - Au même moment, un troisième acteur (par exemple, un fournisseur de téléphonie sur internet) fournit une sorte de service d'appel au travers du réseau de communications et du service de communication susmentionné.
 - Ce troisième fournisseur de service n'a aucun accord spécifique avec l'un des deux autres fournisseurs de service et ne peut pas être considéré comme ayant une influence sur des facteurs tels que la qualité et la façon dont les services d'appel vont être transmis.
 - L'utilisateur final n'a lui une relation qu'avec les deux fournisseurs de services mentionnés en dernier.
 - Ex : Skype classique n'est pas un service de communications électroniques car il s'agit d'un service qui ne comprend l'établissement d'une communication que sur un service de communications électroniques préexistant. La communication n'est effectuée que *via* le service internet de l'utilisateur final existant, et c'est ce dernier qui permet et a une influence sur l'acheminement des signaux.
 - Une condition pour permettre une communication *via* un réseau IP : chaque terminal relié à ce réseau s'est vu attribué une adresse IP.
 - C'est normalement l'acteur fournissant le service de communication (le service internet) qui fournit les adresses IP aux utilisateurs finaux. C'est ce qui permet à la communication d'être établie.
 - C'est normalement ce même acteur qui fournit les adresses IP qui assure la transmission des paquets IP.
 - En conséquence, c'est donc la partie qui fournit les adresses IP qui normalement contrôle.
- (iii) Description de la différence entre la "communication" et la "facilitation de communication" au moyen d'un modèle de référence dans le cas des communications superposées
- 3 niveaux :
- Ceux qui fournissent les services : pas de contrôle sur l'acheminement des signaux.
 - Services qui utilisent le niveau de communication inférieur pour transmettre les paquets. Paquets qui peuvent être utilisés par d'autres services qui remplissent les principes d'information.
 - Infrastructure physique/systèmes/protocoles/routage/adressage : transmettent des paquets (peu importe l'information transmise)
- (iv) Les facteurs suggérant qu'un service consiste au moins principalement en l'acheminement de signaux

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- Le contrôle : si la partie fournissant le service dispose d'un contrôle (soit car il en est propriétaire ou par l'intermédiaire d'un accord) sur l'acheminement effectif des signaux.
 - Au contraire, si le service repose sur l'existence d'un autre service de communication fonctionnant comme porteur/support pour son propre service --> le service fourni n'implique pas l'acheminement de signaux.
 - Fourniture d'adresses IP : Si la partie fournissant le service fournit aussi des adresses IP ou d'autres types d'identités (tels que des numéros de téléphone E.164 ou SIP...) pour des terminaux d'utilisateurs finals. La fourniture d'adresses IP est le signe que le fournisseur de services a le contrôle sur l'acheminement des signaux et que le fournisseur de services fournit par conséquent un service de communications électroniques.
- (v) Un service constitué d'un ou plusieurs sous-services est considéré comme un tout lorsqu'il est procédé à l'évaluation de savoir le service consiste principalement en l'acheminement de signaux
- Cas des offres liées : lorsqu'un fournisseur de services fournit plusieurs services au sein d'une offre liée et proposée comme telle à l'utilisateur final, la question est celle de savoir si tous les sous-services fournis ensemble dans une offre liée doivent être considérés comme un tout lorsqu'on évalue ce qui caractérise "principalement" le service.
 - Une autre approche possible consiste à diviser l'offre liée et évaluer chaque service séparément.
 - Exemple : les fournisseurs d'accès à internet fournissent aussi des services d'e-mails. Evaluation séparée de si, par exemple, un service internet et/ou un service e-mail constitue un service de communications électroniques.
 - Opinion de PTS : d'abord regarder l'offre de services dans son ensemble et déterminer ce qui caractérise de manière prédominante l'offre

(d) **Le service de communications électroniques est-il ouvert au public ?**

Question centrale : le service est-il fourni ouvertement sur le marché et pas simplement à un groupe d'utilisateurs définis ?

Le service est ouvert au public s'il est fourni ouvertement sur le marché et non simplement à un groupe d'utilisateurs prédéterminé.

- "ouvert au public" = ouvert à toute personne qui paye pour le service et se conforme aux conditions de fourniture
 - "ouvert au public" : le service est ouvert de telle sorte qu'une large gamme d'utilisateurs peut s'y connecter ("large gamme" : un certain nombre de personnes mais le nombre de clients auxquels un service est fourni ne peut pas seul indiquer si un service est ouvert au public)
 - "ouvert au public" : il existe une possibilité générale de se connecter au service. Le fait qu'un fournisseur de service a activement recruté des

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

clients sur le marché et offre par conséquent un accès à son service sur la base de termes fixes --> service "ouvert au public"

- Un service internet qui est offert dans un lieu où le groupe d'utilisateurs n'est pas prédéterminé : service ouvert au public
 - Exemple : WLAN : pas de groupe prédéterminé d'utilisateurs, même si ceux qui souhaitent utiliser le service doivent se trouver au sein de la zone de couverture
- Au contraire, si le service est fourni à un groupe d'utilisateurs prédéterminé : pas ouvert au public
 - Exemples : services internet fournis par les cafés et les hôtels. Même si ces opérateurs fournissent des services de communications électroniques à leurs clients sous la forme de services internet, ce service est simplement fourni à la condition que les clients se trouvent et utilisent les autres services offerts par l'hôtel ou le café. Exigence d'une relation antérieure entre un utilisateur et un fournisseur de service pour que le service de communication soit ouvert/disponible. Cette conclusion suppose que l'hôtel ou le café a limité l'utilisation du service d'une certaine façon pour y inclure ceux utilisant le service.
 - Réseaux à l'intérieur d'un immeuble ou réseaux internes à une entreprise.
- Remarque générale : Même si un réseau n'est pas considéré comme étant ouvert au public, les services de communications électroniques sur de tels réseaux peuvent toujours être considérés comme ouverts au public. Ainsi, un service de communications électroniques fourni par un fournisseur de services externe à, par exemple, des propriétaires d'appartements dans de tels d'immeubles seront normalement considérés comme ouverts au public.

3. RÉSEAUX DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

3.1 Définition d'un réseau de communications électroniques

- Définition LEK : *les systèmes de transmission et, lorsqu'ils existent, les équipements de commutation ou de routage et autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câbles, par voies hertziennes, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, quelque soit le type d'information transmise.*
 - Systèmes permettant une transmission
- Selon PTS, un réseau de communications peut être un réseau physique et/ou logique, et comprend notamment les commutateurs et les autres composants nécessaires afin de permettre aux réseaux d'acheminer des signaux à la fois sur le réseau de communications lui-même qu'entre les différents réseaux de communications. Par conséquent, pour évaluer si on est présence d'un réseau de communications électroniques, l'accent doit être mis sur la question de savoir si le système ou le composant du système est un pré requis essentiel pour sa capacité à acheminer des signaux.
- Les systèmes de pur support ne sont donc pas une partie d'un réseau de communications.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

3.2 Modèle pour évaluer ce qui constitue un réseau de communications électroniques

- Un réseau de communications électroniques est un système pour l'acheminement de signaux.
- Question de savoir si le système ou des composants du système comprennent une condition fondamentale permettant l'acheminement de signaux, soit au sein de son propre réseau de communications, soit entre différents réseaux de communications.
- Un réseau de communications électroniques est public s'il est possible pour une large gamme d'utilisateurs de se connecter à ce réseau et si le réseau de communications est principalement utilisé pour fournir des services de communications électroniques ouverts au public.

(a) Un système pour l'acheminement de signaux

Un réseau de communications électroniques est un système pour l'acheminement de signaux. Certaines fonctions qui améliorent l'efficacité ou simplifient l'acheminement de signaux, mais ne constitue pas un pré-requis pour ce faire, peuvent constituer une partie d'un réseau de communications électroniques, mais ne sont pas considérées comme un réseau de communications électroniques en tant que tel.

- L'accent doit être mis sur la question de savoir si le système ou le composant est un pré-requis absolument nécessaire.
 - Ex : les systèmes de pur support (CDR : call data record, la documentation pour facturer les clients ne constitue pas un réseau de communications).
- Quand on évalue si une partie d'un réseau doit être incluse dans le terme "réseau de communications électroniques", il convient de se demander si cette partie est essentielle pour réaliser l'acheminement de signaux à l'intérieur ou entre les réseaux, quelque soit la partie du réseau dont on parle. Les systèmes de pure transmission qui traduisent les différents types d'identités (noms, numéros ou adresses) ne constitue pas un réseau de communications électroniques en tant que tel, mais peut en constituer une partie.
- Un exemple de la partie d'un réseau qui est essentielle pour l'acheminement de signaux est le médium de transmission lui-même, qui peut aussi être un réseau de fibre passive (fibre noire). Cela peut-être une partie du réseau d'accès et/ou du réseau de transmission.
 - Réseaux utilisés pour diffuser du son radio + de la télévision : réseaux de communications électroniques

(b) Un réseau de communications est "public" dès lors qu'une large gamme d'utilisateurs peut s'y connecter

Un réseau de communications public est un réseau de communications auquel une large gamme d'utilisateurs peut se connecter et qui est entièrement ou principalement utilisé pour fournir des services de communications électroniques ouverts au public.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- Exemple : dans une situation où un opérateur recrute activement des clients sur le marché et offre des connexions sur des termes fixes, le réseau doit être considéré comme étant ouvert au public.
- Réseau de propriété et réseaux internes : non ouverts au public. De tels réseaux ne sont pas considérés comme étant ouverts à une large gamme d'utilisateurs qui pourraient s'y connecter. Pour PTS, un réseau qui a seulement quelques utilisateurs peut être considéré comme constituant un réseau de communications public s'il est offert à un groupe plus large.
- D'autre part, si un réseau de communication est seulement offert à un groupe prédéterminé d'utilisateurs (par exemple fondé sur une autre relation contractuelle), le réseau peut néanmoins ne pas être considéré comme public.
- Réseaux internes des entreprises et réseaux au sein des autorités et organisations : exemples de réseaux fermés où les services fournis sont seulement accessibles à un groupe limité et ne doivent donc pas être considéré comme des réseaux de communications publics.
- VPN : *virtual private networks*. Peuvent utiliser certaines des ressources d'un réseau de communications public pour les communications internes d'une organisation, mais implique aussi de sécuriser les connexions au travers par exemple d'encryptions sur un réseau de communications public pour des employés ou clients en des lieux en dehors du propre réseau de l'organisation. Les parties fournissant des VPN ne sont pas soumis à une obligation de notification mais la partie fournissant le réseau de communication public y est soumis s'il est fourni contre rémunération.
- Un fournisseur de services internet qui contrôle un réseau dans le fournisseur de services achemine des signaux : soumis à la LEK. En revanche, une partie qui fournit par exemple un hôtel web ou un portail n'est pas soumis.

4. METHODOLOGIE DE DETERMINATION D'UN FOURNISSEUR DE SERVICES DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Même lorsqu'il est établi qu'il existe un service de communications électroniques, il n'est pas toujours évident de déterminer qui fournit ce service. Or cela est important afin de savoir à qui s'applique les droits et obligations.

La partie fournissant le service est la partie qui conclue un contrat avec une autre partie pour l'utilisation du service et qui, au même moment, contrôle le service de communication car il en est propriétaire ou travers d'un contrat.

- Cette règle s'applique aussi aux acteurs qui vendent seulement des services de communications ou d'accès à des réseaux de communications à un niveau de gros.
- Interprétation stricte du terme "acheminement de signaux" : l'entité juridique qui effectue effectivement l'acheminement de signaux dans un réseau de communications est la partie fournissant le service.
 - Interprétation peu raisonnable car dans la plupart des cas les services de communications ne sont pas fournis essentiellement en acheminant des

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

signaux sur son propre réseau de communications. Au contraire, les réseaux de communications, les services de communications et les équipements associés sont des réseaux compliqués comprenant des réseaux interconnectés au travers d'accords d'interconnexion.

- La partie qui assume la responsabilité en relation avec un utilisateur final et qui est la partie qui conclut les contrats avec l'utilisateur final est la partie que l'utilisateur final perçoit comme responsable du service. Considéré comme étant celle vers laquelle il peut se retourner en cas de problème ou de questions. Il est donc raisonnable que la partie qui effectivement reçoit les paiements et fournit les services à un utilisateur final est aussi une partie qui détient des droits et obligations réglementaires qui découlent de cette provision.

Un fournisseur de services de communications électroniques est considéré être une partie qui, au travers d'un contrat, assure que des signaux sont transmis sur un réseau de communications afin de lui permettre de fournir son service. Cela s'applique aussi si une telle partie n'est pas propriétaire du réseau lui-même ou même utilise l'étage entier de communication.

Cependant, il peut être souligné qu'il y a une différence entre les acteurs qui, au travers de contrats, assurent qu'ils ont un contrôle sur ou utilisent certaines parties de services de communications, et les acteurs qui assez simplement se reposent sur de tels services de communication ouverts et fonctionnant sans être capables de les influencer eux-mêmes → hors du champ réglementaire, en raison du fait qu'ils ne fournissent pas l'acheminement de réseaux.

Raisonnement valable pour les acteurs qui ont un contact avec les utilisateurs finals. Le cadre réglementaire s'applique aussi aux acteurs qui vendent simplement des services de communications ou ont accès à des réseaux de communication à un niveau de gros.

5. CONCLUSIONS DES ENQUÊTES EUROPÉENNES MENÉES PAR PTS

Pour mener son enquête, PTS a envoyé le 31 janvier 2008 un questionnaire aux autorités réglementaires de huit Etats membres de l'Union européenne comprenant un certain nombre de questions relatives à la définition de "services de communications électroniques" et de "réseaux de communications électroniques". Des réponses ont également été obtenues sur une base informelle. Au total, PTS a obtenu des réponses de la Finlande, du Danemark, de la Norvège, de l'Allemagne, de la Grande-Bretagne, de l'Espagne, de la Lettonie et des Pays-Bas.

5.1 **Aucun pays n'a produit de modèle général permettant d'identifier ce qui constitue un service de communications électroniques et un réseau de communications électroniques**

Les réponses obtenues par PTS dans le cadre de son enquête montrent qu'aucun pays européens n'a encore produit de modèle équivalent à celui que PTS était en train d'élaborer. Toutefois, certains pays ont développé leur raisonnement concernant leur position relative à certain type de services en particulier, tels que la Voix sur IP, WLAN ou les e-mails. PTS a noté qu'il existe parfois des différences profondes dans l'évaluation faite par différents pays du même service. Ainsi, certains pays considèrent que les e-mails doivent être considérés comme du contenu (le Danemark et la Lettonie) et ne peuvent en conséquence être qualifiés de services de communications électroniques, tandis que d'autres pays considèrent le contraire.

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

5.2 Tous les pays accordent la même importance au critère de contrôle sur l'acheminement des signaux

Il ressort des réponses reçues par PTS que tous les pays ont évalué de la même manière le traitement devant être réservé à la téléphonie sur IP. La raison pour laquelle ce traitement est si uniforme tient probablement au fait que cette question a été traitée par le Groupe des régulateurs européens (GRE) dans divers documents ("Common Position on VoIP" notamment). La position commune partagée par tous les pays ayant répondu à l'enquête de PTS est qu'un service reposant sur un logiciel et pour lequel la communication s'établit directement entre les ordinateurs des utilisateurs finals (pur *peer-to-peer*) ne devrait pas être considéré comme un service de communications électroniques puisque le fournisseur de service ne contrôle pas la transmission. Le fournisseur a simplement fourni le logiciel et une possibilité pour les utilisateurs d'entrer en contact avec d'autres utilisateurs. Les utilisateurs sont ainsi tenus d'être au préalable en possession d'un service de communications (autrement dit d'un accès internet) afin de rendre possible l'utilisation du logiciel.

5.3 Résumé des réponses reçues par PTS dans le cadre de son enquête

PTS a demandé si les autorités avaient produit des documents explicatifs officiels ou des sortes de formulaire de questions/réponse concernant l'interprétation de ce qui constitue un service et un réseau de communications électroniques au sens de l'article 2 de la directive "cadre".

Les réponses reçues par PTS à son enquête indiquent qu'aucun des pays consultés n'ont produit d'explication ou lignes directrices officielles concernant la façon dont l'évaluation peut être faite. Toutefois, de nombreux pays ont tenté de clarifier la position des autorités en indiquant le raisonnement général qu'ils appliquent lorsqu'ils doivent procéder à l'analyse de services ou réseaux spécifiques.

Le tableau ci-dessous résume les positions adoptées par différents pays concernant certains types de services. Les informations présentées dans ce tableau proviennent des réponses reçues par PTS et constituent pour certaines une interprétation des réponses reçues.

Exemples de certains types de services que différents pays qualifient ou non comme un service de communications électroniques					
Types de services	e-mails seuls	e-mails d'un FAI	Peer-to-peer VoIP	VoIP avec accès à des numéros de téléphone	internet dans les cafés et les hôtels
Pays					
Finlande	Oui	Oui	Non	Oui	Non
Danemark	Non	Non	Non	Oui	Oui (si nombre important d'utilisateurs)
Lettonie	Non	Non	Non	Oui	Non
Norvège	Inconnu	Inconnu	Non tranché	Oui	Non tranché
Pays-Bas	Oui	Oui	Non	Oui	Non
Allemagne	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
Espagne	Oui	Oui	Non	Oui	Non
Grande-Bretagne	Oui	Oui	Non	Oui	Inconnu

Entretien avec Anna Lundström

Ce qui suit correspond à la retranscription de l'entretien réalisé avec Anna Lundström, en charge de la procédure de déclaration d'opérateur à PTS

Question n°1 : PTS procède-t-elle à la vérification des informations contenues dans les formulaires de déclaration des opérateurs ou celles-ci sont-elles prises en compte telles quelles ?

Réponse : *Lorsqu'un opérateur déclare une activité, un certificat d'enregistrement est exigé sous la forme d'une annexe obligatoire. Les informations contenues dans le formulaire de déclaration d'opérateur sont comparées avec le certificat d'enregistrement.*

Question n°2 : Combien d'entités sont approximativement déclarées en Suède en tant qu'exploitant de réseaux de communications électroniques ou fournisseur de services de communications électroniques ?

Réponse : *PTS recense 523 entités déclarées en tant que fournisseur de services ou de réseaux de communications électroniques.*

Question n°3 : La déclaration d'opérateur est-elle créatrice de droits et d'obligations pour les opérateurs ou ces droits et obligations sont-ils indépendants de la procédure de déclaration ?

Réponse : *La déclaration est exigée de la part de tous les fournisseurs commerciaux de réseaux de communications publics et services de communications électroniques accessibles au public en Suède. Les entités déclarées sont tenues de payer certaines charges dont le montant est déterminé en fonction du chiffre d'affaires annuel de l'année financière précédent celle correspondant aux activités faisant l'objet de la déclaration. Afin que PTS applique le montant correct de la taxe annuelle, une demande d'information est adressée chaque année aux entités déclarées afin qu'elles la complètent et la retournent à PTS. Les entités déclarées sont également tenues d'informer sans délai PTS du fait que son activité cessé si tel est le cas. PTS supprimera alors l'entité de ses registres.*

Question n°4 : Quels sont les avantages et inconvénients que PTS associe à la procédure de déclaration ?

Réponse : *La procédure de déclaration permet à PTS de tenir un registre de l'ensemble des fournisseurs commerciaux de services et réseaux de communications électroniques. Ce registre est important pour le travail de PTS relatif aux statistiques et au développement du marché des télécommunications car il lui permet d'être en possession d'informations actualisées au sujet des entreprises qui ont des activités sur le marché suédois. Ce travail constitue également la base des analyses de marché conduites par l'Autorité.*

Question n°5 : PTS a-t-elle déjà envisagée de réformer la procédure de déclaration (par exemple au travers de la suppression de cette procédure comme cela a été fait en Grande-Bretagne) ? Avez-vous eu d'autres idées de réforme ?

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Réponse : *PTS supervise continuellement la procédure de déclaration et les autres procédures existantes afin d'améliorer et de rationaliser le travail de l'agence. Elle s'efforce dans le même temps, de simplifier au maximum les obligations imposées aux opérateurs et de ne pas leur imposer des formalités qui ne seraient pas nécessaires.*

ANNEXE 7

POSITION DE L'OPTA SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET LA PROCÉDURE DE DÉCLARATION

Entretien avec Remco Rodenrijs, *Consumers, Numbering and Chair's Office*, OPTA

La présente annexe correspond à la retranscription de l'entretien avec Remco Rodenrijs, représentant de l'OPTA au sein du Consumers, Numbering and Chair's Office.

1. LA NOTION DE FOURNISSEUR DE SERVICES DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES À LA LUMIÈRE DES NOUVEAUX SERVICES

A. Quel est le traitement réglementaire accordé par l'OPTA aux services de voix sur internet peer-to-peer gratuits? Qu'en est-il de Skype-In et de Skype-Out, qui utilisent des numéros nationaux ainsi que le réseau PSTN?

B. L'OPTA a-t-elle déjà eu l'occasion de prendre position sur la qualification juridique des services de messagerie instantanée et des services de "presence management" sur internet?

C. Comment l'OPTA qualifie-t-elle un fournisseur de services de "cloud computing"? Est-ce que la qualification juridique du service change si le fournisseur contrôle l'accès à des systèmes de transmission spécialisés (capacité de gros) ou utilise uniquement l'internet public?

D. L'OPTA considère-t-elle que les agrégateurs SMS sont des fournisseurs de services de communications électroniques?

E. L'OPTA considère-t-elle les éditeurs d'annuaires comme des fournisseurs de services de communications électroniques?

Réponse de l'OPTA aux questions 1A, B, C, D, E et H: *Dans la mesure où le service fourni est public et consiste principalement ou entièrement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, l'OPTA considère ces services comme des services de communications électroniques au titre de la section f (et g) de l'article 1.1 de la loi sur les communications électroniques. L'analyse dépend des faits et des circonstances d'espèce et de la nature technique du service concerné. L'OPTA n'a pas pour politique d'émettre de position générale sur le fait que tel ou tel service (par exemple de Cloud computing) soit service de communications électroniques au public. Encore une fois, cela dépend des faits et des circonstances d'espèce.*

L'OPTA considère les éditeurs d'annuaires comme des fournisseurs de services de communications électroniques lorsque ces derniers assurent le transfert des appels.

F. Quel est le traitement accordé aux revendeurs de services de communications électroniques? Le revendeur est-il considéré comme fournisseur de services de communications électroniques ou s'agit-il de l'opérateur sur lequel il s'appuie pour fournir son service?

G. Dans le cadre de schéma de revente, est-ce que l'OPTA concentre principalement sur l'entité qui est responsable de la fourniture du service vis-à-vis de l'utilisateur final?

Réponse de l'OPTA aux questions 1F, 1G: *Tout dépend de la nature de la relation contractuelle entre les parties. Généralement, l'OPTA apprécie la qualification juridique*

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

du fournisseur responsable au niveau contractuel indépendamment du fait que l'autre partie soit l'utilisateur final ou non.

H. L'OPTA a-t-elle déjà envisagé si les CDNs tels qu'Akamai sont des réseaux ou des services de communications électroniques?

Réponse de l'OPTA aux questions 1A, B, C, D, E et H: *Dans la mesure où le service fourni est public et consiste principalement ou entièrement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, l'OPTA considère ces services comme des services de communications électroniques au titre de la section f (et g) de l'article 1.1 de la loi sur les communications électroniques. L'analyse dépend des faits et des circonstances d'espèce et de la nature technique du service concerné. L'OPTA n'a pas pour politique d'émettre de position générale sur le fait que tel ou tel service (par exemple de Cloud computing) soit service de communications électroniques au public. Encore une fois, cela dépend des faits et des circonstances d'espèce.*

2. LA PROCÉDURE DE NOTIFICATION

La loi relative aux communications électroniques prévoit que toute entité active sur le marché des communications électroniques néerlandais doit se déclarer auprès de l'OPTA si l'entité en question fournit: i) un service de communications électroniques au public; ii) un réseau public de communications électroniques; iii) des installations pertinentes.

A. L'OPTA procède-t-elle à un contrôle des déclarations faites par les opérateurs pour s'assurer de leur véracité?

Réponse de l'OPTA: *Aucun contrôle n'est effectué sauf en cas d'indications concrètes que la déclaration aurait été falsifiée.*

B. Combien d'entités sont déclarées aux Pays-Bas en tant que fournisseurs de services de communications électroniques au public ou de réseaux publics de communications électroniques?

Réponse de l'OPTA: *Approximativement 550 entités sont déclarées.*

C. La déclaration est-elle la source des droits et des obligations des opérateurs?

Réponse de l'OPTA: *La déclaration en tant que telle ne constitue pas la source des obligations et des droits des opérateurs.*

D. L'OPTA envisage-t-elle de réformer la procédure de notification en place ou de la supprimer?

Réponse de l'OPTA: *Il n'est pas envisagé de réformer la procédure en place.*

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

ANNEXE 8

TEST COMMUNAUTAIRE DE L'ARTICLE 8 DE LA DIRECTIVE "CADRE" APPLICABLE AUX NOUVEAUX SERVICES

Ce tableau constitue une proposition de grille de lecture pouvant être utilisée par l'ARCEP dans son étude au cas par cas des services. Il vise à aider l'ARCEP à réaliser le test de proportionnalité au regard des principes posés par le cadre communautaire.

Objectifs (article 8 de la directive "cadre")	Notation -- / - / Ø / + / ++	Commentaires / Justifications
<i>Dans quelle mesure le nouveau service remplit-il l'un des objectifs ci-dessous ?</i>		
<ul style="list-style-type: none"> • Neutralité technologique (art. 8, 1) 		
<ul style="list-style-type: none"> • Promotion de la concurrence dans la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés (art. 8, 2) <ul style="list-style-type: none"> ○ Bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité pour les utilisateurs ○ Concurrence non faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques (y compris pour la transmission de contenus) ○ Encouragement de l'utilisation et de la gestion efficace des radiofréquences et des ressources en numérotation 		
<ul style="list-style-type: none"> • Développement du marché intérieur (art. 8, 3) <ul style="list-style-type: none"> ○ Suppression des derniers obstacles à la fourniture de réseaux de communications électroniques, de ressources et services associés et de services de communications 		

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Objectifs (article 8 de la directive "cadre")	Notation -- / - / Ø / + / ++	Commentaires / Justifications
<p>électroniques au niveau européen</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Encouragement de la mise en place et du développement de réseaux transeuropéens et l'interopérabilité des services paneuropéens et la connectivité de bout en bout ○ Développement de pratiques réglementaires cohérentes par les autorités de régulation nationales et application cohérente des directives 		
<ul style="list-style-type: none"> ● Promotion des intérêts des citoyens de l'Union européenne, et notamment (art. 8, 4) <ul style="list-style-type: none"> ○ Garantie à tous de l'accès à un service universel ○ Niveau élevé de protection des consommateurs ○ Niveau élevé de protection des données à caractère personnel de la vie privée ○ Encouragement de la fourniture d'informations claires (<i>via</i> la transparence des tarifs et des conditions d'utilisation des services de communications électroniques accessibles au public) ○ Satisfaction des besoins de groupes sociaux particuliers ○ Garantie de l'intégrité et de la sécurité des réseaux de communications publics ○ Favorisation de la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix 		

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Objectifs (article 8 de la directive "cadre")	Notation -- / - / Ø / + / ++	Commentaires / Justifications
<ul style="list-style-type: none"> Diversité culturelle et linguistique et pluralisme des médias (art. 8, 1) 		
<i>Dans la poursuite des objectifs mentionnés ci-dessus, les principes réglementaires suivants sont-ils appliqués ?</i>		
<ul style="list-style-type: none"> Promotion de la prévisibilité réglementaire (art. 8, 5) 		
<ul style="list-style-type: none"> Non-discrimination dans le traitement des entreprises fournissant des réseaux et services de communications électroniques (art. 8, 5) 		
<ul style="list-style-type: none"> Promotion d'une concurrence au profit des consommateurs et fondée sur les infrastructures (art. 8, 5) 		
<ul style="list-style-type: none"> Promotion des investissements efficaces et des innovations dans des infrastructures nouvelles et améliorées (art. 8, 5) 		
<ul style="list-style-type: none"> Prise en compte de la diversité des situations en matière de concurrence et de consommation dans les différentes zones géographiques d'un Etat membre (art. 8, 5) 		
<ul style="list-style-type: none"> Imposition d'obligations réglementaires <i>ex ante</i> uniquement lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable (art. 8, 5) 		
<i>Les principes réglementaires mentionnés ci-dessus satisfont-ils les critères suivants ?</i>		
<ul style="list-style-type: none"> Proportionnalité 		
<ul style="list-style-type: none"> Objectivité 		

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

Objectifs (article 8 de la directive "cadre")	Notation - - / - / Ø / + / ++	Commentaires / Justifications
<ul style="list-style-type: none">• Transparence		
<ul style="list-style-type: none">• Non-discrimination		

ANNEXE 9 BIBLIOGRAPHIE

1. RÉFÉRENCES GÉNÉRALES

1.1 Textes communautaires

- Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
- Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (directive "services")
- Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et des réglementations techniques
- Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès" - telle que modifiée par la directive 2009/140/CE)
- Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation" - telle que modifiée par la directive 2009/140/CE)
- Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre" - telle que modifiée par la directive 2009/140/CE)
- Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel" - telle que modifiée par la directive 2009/136/CE)
- Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive "vie privée et communications électroniques" - telle que modifiée par la directive 2009/136/CE)
- Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE

1.2 Union européenne

- Commission Européenne, Communication sur le *rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications*, C1995/275/02, 20 octobre 1995
- Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les*

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

implications pour la réglementation, Vers une approche pour la société de l'information, COM (97)623 final, 3 décembre 1997

- Commission Européenne, Communication, *Statut des communications vocales sur l'internet en droit communautaire, notamment au regard de la directive 90/388/CEE, 98/C 6/04, 10 janvier 1998*
- Commission Européenne, Communication, *Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés, Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications, COM (1999) 539 final, 10 novembre 1999*
- Commission Européenne, Communication, *Principes et lignes directrices de la politique audiovisuelle de la communauté à l'ère numérique, COM(1999) 657 final, 14 décembre 1999*
- Commission Européenne, Communication, *Résultats de la consultation publique sur le réexamen 1999 du cadre des communications et lignes directrices pour le nouveau cadre réglementaire, COM (2000) 239 final, 26 avril 2000*
- Commission Européenne, Direction Générale Société de l'Information, *Document de travail : Un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, INFSO A/1, 27 avril 2000*
- Commission Européenne, Communication, *Statut des communications vocales sur internet en droit communautaire, notamment au regard de la directive 90/388/CEE - Supplément à la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, 2000/C 369/03, 22 décembre 2000*
- Commission Européenne, *Commission Staff Working Document on the treatment of Voice over internet Protocol (VoIP) under the EU Regulatory Framework - An information and consultation document, 14 juin 2004*

1.3 Groupe des régulateurs européens (GRE/ERG)

- ERG, *Common Statement for VoIP regulatory approaches, ERG (05) 12, 2005*
- ERG, *Common Position on VoIP, ERG (07) 56 rev2, décembre 2007*
- ERG, *Common Statement on Regulatory Principles of IP-IC/NGN Core - A work program towards a Common Position, ERG (08) 26 final*
- ERG, *Draft Common Position on Next Generation Networks Future Charging Mechanisms / Long Term Termination Issues, ERG (09) 34, octobre 2009*
- ERG, *Project team on IP-Interconnection and NGN, Final Report on IP Interconnection, ERG (07) 09*

1.4 Jurisprudence communautaire

- CJCE, *Affaire n° C-155/73 Giuseppe Saachi, 30 avril 1974*
- CJCE, *Affaire n° C-52/79 Procureur du Roi c. Marc J.V.C. Debauve et autres (arrêt dit "Debauve"), 18 mars 1980*

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- CJCE, *Affaire 14/83 Von Colson et Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen*, Arrêt de la Cour 10 avril 1984
- CJCE, *Affaire 41/83 Italie c/ Commission, "British Telecommunications"*, ECR 510, 1985
- CJCE, *Affaire 352/85 Bond Van Adverteerders et autres c/ Etat néerlandais*, Arrêt de la Cour, 26 avril 1988
- CJCE, *Affaire C-339/04 Nuova societa di telecomunicazioni SpA contre Ministero delle Comunicazioni et ENI SpA*, Conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, 27 octobre 2005
- CJCE, *Affaire C-380/05 Centro Europa 7 Srl contre Ministero delle Comunicazioni e Autorita per le garanzie nelle comunicazioni, Direzione general per le concessioni et le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni*, Arrêt de la Cour (quatrième chambre), 31 janvier 2008
- CJCE, *Affaire C-192/08 TeliaSonera Finland Oyj*, Conclusions de l'avocat général M. Damaso Ruiz-Colomer, 14 mai 2009
- CJCE, *Affaire C-192/08 TeliaSonera Finland Oyj*, Arrêt de la Cour (deuxième chambre), 12 novembre 2009
- CJCE, *Affaire C-492/09 Agricola Esposito Srl contre Agenzia delle Entrate - Ufficio di Taranto 2*, Ordonnance de la Cour (septième chambre), 15 décembre 2010
- CJCE, *Affaire C-543/09 Deutsche Telekom AG contre République fédéral d'Allemagne*, Conclusions de l'avocat général Mme Verica Trstenjak, 17 février 2011
- CJCE, *Affaire C-55/06 Arcor AG & Co. KG / Bundesrepublik Deutschland*, Arrêt de la Cour (quatrième chambre), 24 avril 2008
- CJCE, *Affaire C-227/07 Commission des Communautés européennes c/ République de Pologne*, Conclusions de l'avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, 10 juin 2008

1.5 Textes français

(a) Lois

- Code des postes et des communications électroniques (CPCE)
- Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication
- Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit
- Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
- Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

(b) Décrets

- Décret n°2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques.
- Décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne

(c) Circulaire

- Circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales (NOR: ECOZ0500081C)

(d) Avis

- Avis n°03-552 de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) en date du 29 avril 2003 sur le projet de loi sur les communications électroniques

(e) Consultations

- ARCEP, Consultation publique sur l'analyse des marchés de la téléphonie fixe (9 juillet- 23 août 2004), juillet 2004
- ARCEP, Consultation publique sur les projets de décisions relatifs aux marchés de la téléphonie fixe, juin 2005.

1.6 Jurisprudence française

(a) Conseil d'Etat

- CE, 20 décembre 1961, *Sté de l'autoroute Estérel Côte d'Azur*, Rec. 724

(b) Cour administrative d'appel

- CAA, 9 août 2000, n°00PA00871

(c) Cour de cassation

- Cass. com, *Oracle France c/ Faurecia Sièges d'automobiles*, 13 février 2007, n° 05-17.407
- Cass. Civ., 1^{ère}, *Chronopost*, 22 octobre 1996

(d) Cour d'appel

- CA Paris, *France Télécom c/ Société Paris TV Câble*, n°97/17847, 28 avril 1998
- CA Paris, *Free c/ UFC-Que Choisir*, 11 juin 2010

(e) Juridictions de première instance

- TGI Paris, *Free c/UFC-Que Choisir*, 26 juin 2007

(f) Pratique décisionnelle du régulateur

- ART, *Décision n°97-17847*, 10 juillet 1997 (confirmée par la CA Paris, *France Télécom c/ Société Paris TV Câble*, n°97/17847, 28 avril 1998)

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- ART, *Décision n°00-1194 se prononçant dans le cadre du différend entre Sonera et France Télécom relatif à l'accès au réseau de France Télécom pour la fourniture d'un service de renseignements téléphonique*, 15 novembre 2000
- ARCEP, *Décision n°04-965 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Intercom Caraïbes dans le cadre du différend l'opposant à Orange Caraïbe*, 18 novembre 2004
- ART, *Décision n°05-0208 portant adoption des lignes directrices relatives à la définition de "groupe fermé d'utilisateurs (GFU)" dans le nouveau cadre réglementaire*, 15 mars 2005
- ARCEP, *Décision n°06-0406 se prononçant sur un différend opposant la société Afone et la Société Française du Radiotéléphone (SFR)*, 4 avril 2006
- ARCEP, *Décision n°06-1015 se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange France*, 10 octobre 2006
- ARCEP, *Décision n°2007-0441 se prononçant sur deux différends opposant les sociétés Dièse Télécom et France Télécom*, 15 mai 2007
- ARCEP, *Décision n°2010-1179 se prononçant sur deux demandes de règlement de différend opposant, d'une part, la société France Télécom à la société NC NUMERICABLE, d'autre part, la société France Télécom à la société NUMERICABLE SAS*, 4 novembre 2010

1.7 Travaux préparatoires

- G. Larcher, sénateur, *Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, de réglementation des télécommunications*, n°389, 29 mai 1996
- G. Larcher, C. Gaillard, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi de réglementation des télécommunications*, n°418 (non daté)
- E. Hamelin, député, *Avis présenté au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n°1055 relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n°1412, 4 février 2004
- P. Hérisson, B. Sido, sénateurs, *Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 244 (2003-2004), 30 mars 2004
- Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, *Rapport d'information n°2276 sur la réglementation des réseaux et des services de communications électroniques (nos E 1548 à E 1554)* (non daté)

1.8 Union internationale des télécommunications (UIT/ITU)

- ITU, *Trends in telecommunication, Reform 2010/11, Enabling Tomorrow's Digital World*, March 2011

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

1.9 Ouvrages généraux

- A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, 1983
- F. Terre, P. Simler, T. Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, Dalloz, 9^{ème} édition
- P. Nihoul, P. Rodford, *EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford University Press, 2004
- ARCEP, *Droits et obligations des opérateurs et fournisseurs de services, Guide juridiques pour les opérateurs locaux et les collectivités*, 15 mars 2007
- G. Oberst, *The Consolidated EU Electronic Communications Regulatory Framework*, Hogan & Hartson, 2010

1.10 Etudes privées

- ART, *Rapport public d'activité*, 1998, Tome 2
- IBM, *La convergence des secteurs audiovisuels et télécoms en France (2003 - 2015)*, octobre 2003
- Analysys, *Final Report for the European Commission, IP Voice and Associated Convergent Services*, 28 January 2004
- Idate, *Services de messagerie instantanée : analyse et enjeux*, Etude réalisée par le cabinet d'étude IDATE pour le compte de l'Autorité de régulation des télécommunications, mai 2004
- H. Tcheng, I. Denervaud et J.-M. Huet, BearingPoint, *Le retour de la convergence*, Groupe Express-Expansion, extrait du n°116 de mars 2005
- ARCEP, *Rapport public d'activité de l'ART*, 2004
- Analysys - Hogan & Hartson, *Preparing the next steps in regulation of electronic communications* (non daté)

1.11 Articles

- ART, *L'intervention des collectivités locales dans les télécommunications, Points de repères*, 1^{er} décembre 2004
- L. RAPP, *Télécommunications et communications électroniques*, Dalloz, Répertoire de droit communautaire, septembre 2005 (dernière mise à jour : octobre 2010)
- J.-M. Sauvé, *Colloque "Convergence numérique, convergence juridique ?"*, 28 novembre 2006
- B. Svendsen, *The EU Directive on data Retention - An End to Justify the Means*, *Telektronik 2.2007*, 2007
- A.-M. Oliva, *Audiovisuel*, Dalloz, Répertoire de droit communautaire, mars 2010 (dernière mise à jour : octobre 2010)

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

- R. Allemand, *Les collectivités territoriales et les réseaux de communications électroniques*, Dalloz, Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 10 (folio n°4210), 2010
- T. Reynaud, *Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public*, BJCP 2010, n°70
- W. Jauk, *The application of EC competition rules to telecommunications - selected aspects : the case of interconnection*, International Journal of Communications Law and Policy (non daté)
- Dictionnaire "Le Petit Robert"

1.12 Divers

- *Conventions des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 11 avril 1981
- Austrian Regulatory Authority for Broadcasting and Telecommunications, *Comments on the Commission Consultation Document on the Treatment of Voice of internet protocol (VoIP) under the EU Regulatory Framework* (document non daté)
- SVM L'Ordinateur individuel (mars 2011)
- Site internet de l'ARCEP : www.arcep.fr
- Glossaire de l'ARCEP :
[http://www.arcep.fr/index.php?id=2146&tx_gsartglossary_pi1\[lettre\]=T&tx_gsartglossary_pi1\[toutes_initiales\]=0&tx_gsartglossary_pi1\[toutes_langues\]=0&cHash=4970c096c9](http://www.arcep.fr/index.php?id=2146&tx_gsartglossary_pi1[lettre]=T&tx_gsartglossary_pi1[toutes_initiales]=0&tx_gsartglossary_pi1[toutes_langues]=0&cHash=4970c096c9)
- Lexique des termes et acronymes des réseaux & télécommunications - Hervé Frenot - Edition 08/2010 : <http://lexique.reseaux.free.fr>

2. RÉFÉRENCES PAR PAYS

2.1 Grande-Bretagne

- Site internet du régulateur britannique Ofcom : <http://www.ofcom.org.uk/>
- *Communications Act (c. 21)*, 2003
(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/contents>)
- Ofcom, *Designation and relevant activity guidelines for the purposes of administrative charging, Final statement*, 31 March 2005
(<http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/designation/statement/statement.pdf>)
- *General Conditions of Entitlement*
(<http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/telecoms/ga/cvogc300710.pdf>)

2.2 Allemagne

- Site internet du régulateur allemand BNetzA :
http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1912/sid_D9A9FC42D9E25D7A7300943B398AE85B/EN/Home/home_node.html

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

2.3 Italie

- Site internet du régulateur néerlandais OPTA : <http://www.agcom.it/>
- AGCOM, Resolution n°36/02/CONS, *Rules and organisational methods for the implementation and offer of a general subscribers directory service and upgrading of the universal service*, publié au Journal Officiel de la République italienne du 26 mars 2002
- AGCOM, *Resolution n°11/06/CIR governing the supply of VoIP services (Disposizioni regolamentari per la fornitura di servizi VoIP e integrazione del piano nazionale di numerazione)*, publié au Journal Officiel de la République italienne du 13 avril 2006
- Code des communications électroniques (Décret législatif 256/2003)

2.4 Suède

- Site internet du régulateur suédois PTS : <http://www.pts.se/en-gb/>
- *The Electronic Communications Act 2003* : 389 (LEK - Lag om elektronisk kommunikation)
- PTS, *Which services and networks are subject to the electronic communications act ?*, pts-er-2009:12, 11 march 2009 (<http://www.pts.se/en-gb/Documents/Reports/internet/2009/Which-services-and-networks-are-subject-to-the-Electronic-Communications-Act/>)
- PTS, *Guidelines for notification of operations*, 3 novembre 2010

2.5 Pays-Bas

- Site internet du régulateur néerlandais OPTA : <http://www.opta.nl/en/>
- *Telecommunications Act* (Telecommunicatiewet), 1998

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

ANNEXE 10

CONTACTS AU SEIN DES ARNs INTERROGÉS DANS LE CADRE DE CETTE ÉTUDE

<i>Organisation/Société</i>	<i>Pays</i>	<i>Nom</i>	<i>Fonction</i>	<i>Date de contribution</i>
AGCOM	Italie	Vincenzo Lobianco	Directeur du service "Réseaux et services de communications électroniques"	22 mars 2011
		Antonello De Tommaso	Chef du bureau "affaires européennes et internationales"	
		Alceo Barbadoro	Chef du bureau "Ressources rares et services avancés"	
MinCom (Department of Communications of the Ministry of Economic Development)	Italie	Mrs Proto		30 avril 2011
PTS	Suède	Per Bergstrand	Expert au sein du département "sécurité des réseaux", co-auteur du rapport " <i>Which services and networks are subject to the Electronic Communications Act?</i> "	15 mars 2011
		Anna Lundström	Responsable de la procédure de déclaration	19 avril 2011
OPTA	Pays-Bas	Remco Rodenrijs	Bureau des consommateurs, de la numérotation et de la direction, responsable juridique	5 avril 2011
OFCOM	Grande-Bretagne	Katrien Vandersteen	Responsable des opérateurs	28 mars 2011
		Nick Collins	Service "MI" (<i>Market Intelligence</i>)	14 avril 2011
BNetzA	Allemagne	Cara Schwarz-Schilling	Responsable du département "Economie de l'Internet"	25 mars 2011
Commission européenne	UE	Ivan Brincat	Direction Générale "Société de l'information et médias" - Unité B1 "Politique en matière de communications"	28 mars 2011

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

<i>Organisation/Société</i>	<i>Pays</i>	<i>Nom</i>	<i>Fonction</i>	<i>Date de contribution</i>
			électroniques"	

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE 1 - LE PÉRIMÈTRE DE LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES	6
1. INTRODUCTION	6
1.1 Le contexte de cette étude	6
1.2 A la recherche du périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques	7
(a) La notion d'opérateur de communications électroniques à l'épreuve de l'internet	7
(b) Etre "opérateur" : dans quel but ?	9
(c) Les éléments au cœur de la réflexion	9
(i) La notion de réseau : une notion large	10
(ii) Le concept de transmission	10
1.3 Emergence de critères clés	13
(i) Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux?	13
(ii) Le fournisseur est-il responsable pour la transmission?	13
(iii) Le service est-il fourni au public?	13
(iv) Le service est-il normalement fourni contre rémunération?	13
(i) Le service fourni est-il un service de communications électroniques fourni au public (ce qui renvoie au premier test de quatre étapes)?	13
(ii) Le fournisseur utilise-t-il ou met-il à disposition des installations de transmission, de commutation ou de routage pour ce service?	13
(iii) Les installations sont-elles utilisées principalement pour la fourniture de services de communications électroniques au public?	13
(iv) Les installations sont-elles situées en France?	13
2. ÉLÉMENTS DE CONTEXTE COMMUNAUTAIRE ENTOURANT LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES	14
2.1 Marge de manœuvre des autorités réglementaires nationales et enjeu de la définition des services de communications électroniques	14
(a) Une définition étroite du service téléphonique au public à l'époque des services exclusifs	14
(b) A partir du paquet télécoms de 2002, une approche plus neutre des définitions et une marge de manœuvre accrue des autorités réglementaires nationales	15
(c) L'enjeu de la définition des services de communications électroniques	15
2.2 Quelle méthode utiliser lorsqu'une autorité réglementaire nationale recherche le sens des termes utilisés dans les directives communautaires?	16
2.3 Contexte historique des définitions	17
(a) Une régulation cohérente des infrastructures de communication	17
(b) Les principes fondamentaux pour le nouveau modèle de régulation	18

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

	(i) La réglementation devrait être limitée au strict nécessaire pour atteindre des objectifs clairement identifiés	18
	(ii) Les approches réglementaires futures devraient répondre aux besoins des utilisateurs	19
	(iii) Les décisions réglementaires devraient être guidées par le besoin d'un cadre clair et prévisible	19
	(iv) En 1999, la Commission explique la séparation en couches des services réglementés au niveau communautaire.....	21
	(v) Neutralité technologique	22
(c)	L'évolution des définitions	24
	(i) Les définitions de 2002	24
	(ii) Les modifications de 2009.....	24
	(iii) L'inclusion en 2009 d'une nouvelle définition de "services associés"	25
	(iv) La relation entre services de communications électroniques et services de la société de l'information	27
2.4	Les objectifs poursuivis par le législateur communautaire	29
2.5	L'approche communautaire en matière de voix sur IP	31
2.6	Synthèse des éléments de contexte communautaire	33
3.	LA NOTION D'OPERATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES EN DROIT FRANÇAIS	34
3.1	La définition d'opérateur au sens du Code des postes et des communications électroniques	34
3.2	La notion de "réseau de communications électroniques ouvert au public"	35
	(a) Réseau de communications électroniques	35
	(i) La question des infrastructures passives	36
	(ii) Les équipements terminaux	37
	(b) Réseau ouvert au public	39
	(c) Le concept d'exploitant	40
3.3	La notion de "services de communications électroniques"	41
	(a) Comparaison des définitions française et communautaire	41
	(b) La notion de rémunération	42
	(c) La notion de responsabilité	43
	(d) Fourniture d'un service "au public"	43
	(e) "Transmission de signaux"	44
	(i) Qu'est-ce qu'un signal?	44
	(ii) Qu'est-ce qu'une transmission?	45
	(iii) La fonction d'adressage.....	46
	(f) Le service consiste "entièrement ou principalement"	48
3.4	La situation des prestataires de la société de l'information	49
3.5	Conclusions concernant la notion d'opérateur de communications électroniques	51
4.	BENCHMARKS EUROPÉENS	53
4.1	Royaume-Uni	53

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

4.2	Allemagne	54
4.3	Italie	55
4.4	Suède	56
4.5	Pays-Bas	57
5.	LA PRATIQUE DE L'ARCEP	58
6.	CRITERES CLES ET PROPOSITION DE METHODOLOGIE	60
6.1	L'identification d'un service de communications électroniques fourni au public	60
(a)	Le service inclut-il "principalement" une prestation de transmission de signaux?	60
(i)	Le service inclut-il une prestation de transmission de signaux?.....	60
(ii)	Si le service inclut effectivement une prestation de transmission de signaux, cette prestation est-elle "principale" pour le service considéré ?.....	61
(b)	Le fournisseur est-il responsable pour la transmission?	61
(c)	Le service est-il fourni au public ?	62
(d)	Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?	62
(e)	Test de proportionnalité	62
6.2	La qualification d'opérateur exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public	63
(a)	Le service fourni est-il un service de communications électroniques fourni au public ?	63
(b)	Le prestataire en cause utilise-t-il ou met-il à disposition des installations de transmission pour ce service ?	63
(c)	Les installations sont-elles utilisées principalement pour la fourniture de services de communications électroniques ?	63
(d)	Les installations sont-elles situées en France ?	64
(e)	Test de proportionnalité	64
7.	DESCRIPTION DES ACTEURS ET SERVICES	64
7.1	Services étudiés et approche	64
(a)	Aspects commerciaux et perception client	65
(b)	Aspects techniques	65
(c)	Qualification juridique du service étudié	66
(d)	Qualification juridique éventuelle du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau	67
7.2	Service de "cloud computing"	68
(a)	Aspects commerciaux et perception client	68
(b)	Aspects techniques	69
(c)	Qualification juridique du service étudié	69
(d)	Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'exploitant de réseau	70

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

7.3	Service de CDN	70
	(a) Aspects commerciaux et perception client	70
	(b) Aspects techniques	71
	(c) Qualification juridique du service étudié	72
	(d) Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau	72
7.4	Service d'appel téléphonique d'un service de voix sur internet	73
	(a) Aspects commerciaux et perception client	73
	(b) Aspects techniques	74
	(c) Qualification juridique des services étudiés	76
	(d) Qualification juridique du fournisseur des services étudiés en tant qu'opérateur de réseau	77
7.5	Service de visualisation de contenu vidéo diffusé sur la connexion haut débit	78
	(a) Aspects commerciaux et perception client	78
	(b) Aspects techniques	79
	(c) Qualification juridique du service étudié	81
	(d) Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau	81
7.6	Service de fourniture de contenus du site d'informations d'un quotidien économique de la presse écrite	81
	(a) Aspects commerciaux et perception client	81
	(b) Aspects techniques	82
	(c) Qualification juridique du service étudié	83
	(d) Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau	83
7.7	Service de validation de titre de transport <i>via</i> un passe communicant	83
	(a) Aspects commerciaux et perception client	83
	(b) Aspects techniques	84
	(c) Qualification juridique du service étudié	84
	(d) Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau	85
7.8	Service de fourniture de contenus de type livres électroniques sur tablette	85
	(a) Aspects techniques	86
	(b) Qualification juridique du service étudié	86
	(c) Qualification juridique du fournisseur du service étudié en tant qu'opérateur de réseau	87
7.9	La collectivité et son partenaire privé dans le cadre d'un contrat de partenariat de construction et d'exploitation d'un réseau haut ou très haut débit	87

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

(a)	Les dispositions de l'article L.1425-1 du Code général des collectivités territoriales	87
(b)	Les montages contractuels envisageables	88
(c)	Conséquences sur le statut d'opérateur de communications électroniques	90
8.	CONCLUSION	91
	PARTIE 2 - LA PROCEDURE DE DECLARATION D'OPÉRATEUR	94
1.	INTRODUCTION	94
2.	LE CADRE RÉGLEMENTAIRE COMMUNAUTAIRE ET FRANÇAIS	94
2.1	Rappel des sources et des objectifs de la procédure d'autorisation générale poursuivis au niveau communautaire	94
2.2	Le cadre réglementaire français relatif à la procédure de déclaration d'opérateur	98
3.	LA PRATIQUE DE L'ARCEP	98
3.1	Le suivi réglementaire et statistique du marché	98
3.2	La reconnaissance des droits et obligations attachés à la qualité d'opérateur	99
4.	BENCHMARKS EUROPÉENS	101
4.1	Royaume-Uni	101
4.2	Allemagne	102
4.3	Italie	103
4.4	Suède	104
4.5	Pays-Bas	105
5.	LA PROCEDURE DE DECLARATION VUE PAR LES OPERATEURS	106
5.1	Remarques générales	106
5.2	Le point de vue d'AT&T	106
5.3	Le point de vue de Verizon	107
5.4	Le point de vue de Colt	108
6.	CONCLUSION ET PROPOSITIONS ÉVENTUELLES	108
	ANNEXES	110
	ANNEXE 1 RESUME DES DEFINITIONS COMMUNAUTAIRES ET FRANCAISES	111
	ANNEXE 2 DOCTRINE ET JURISPRUDENCE CONCERNANT LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES EN FRANCE	116
1.	LIGNES DIRECTRICES SUR LA COMMERCIALISATION INDIRECTE DE PRESTATIONS TÉLÉPHONIQUES	116
2.	LIGNES DIRECTRICES SUR LE CONCEPT DE "GROUPE FERMÉ D'UTILISATEURS"	116
3.	LE GUIDE JURIDIQUE POUR LES OPÉRATEURS	116
4.	ANALYSE DES MARCHÉS DE LA TÉLÉPHONIE FIXE	117
5.	RÈGLEMENTS DE DIFFÉRENDS	118

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

6. OPÉRATEUR À "CASQUETTES MULTIPLES"	119
ANNEXE 3 POSITION DE L'OFCOM SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES	123
1. FOURNITURE DE SERVICES DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES À DES TIERS	123
1.1 Qu'est-ce qu'un service de communications électroniques ?	123
(a) Définition	123
(b) Distinction entre les services de communications électroniques "basiques", "avancés" et "augmentés"	123
(i) Services basiques	124
(ii) Services avancés	124
(iii) Services augmentés	124
1.2 Qu'est-ce que la fourniture de services de communications électroniques à des tiers ?	125
2. FOURNITURE DE RÉSEAUX DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES, DE SERVICES DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET ACCÈS AU RÉSEAU DES FOURNISSEURS DE COMMUNICATION	126
2.1 Que signifie la fourniture de réseaux de communications électroniques à des fournisseurs de communication ?	126
(a) Qu'est-ce qu'un réseau de communications électroniques ?	126
(b) Qu'est-ce que la fourniture d'un réseau de communications électroniques ?	126
(c) Qu'est-ce qu'un fournisseur de communication ?	126
2.2 Que signifie la fourniture de services de communications électroniques à des fournisseurs de communication ?	127
2.3 Que signifie la fourniture d'accès au réseau à des fournisseurs de communication ?	127
3. LA MISE A DISPOSITION D'INFRASTRUCTURES ASSOCIÉES AUX FOURNISSEURS DE COMMUNICATION	127
4. DÉFINITIONS DU "COMMUNICATIONS ACT" DE 2003	128
4.1 Réseau de communications électroniques	128
4.2 Service de communications électroniques	128
4.3 Service de contenu	128
4.4 Acheminement de signaux	128
4.5 Signaux	128
4.6 Infrastructure associée	129
4.7 Fournisseur de communication	129
4.8 Accès au réseau	129
ANNEXE 4 POSITION DE LA BNETZA SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET LA PROCEDURE DE DECLARATION	131
ANNEXE 5 POSITIONS DE L'AGCOM ET DU MINCOM SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET LA PROCEDURE DE DECLARATION	132

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

ANNEXE 6 POSITION DE PTS SUR LA NOTION D'OPÉRATEUR DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET LA PROCEDURE DE DECLARATION	135
1. QUALIFICATION DE SERVICE DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES	135
2. QUALIFICATION DE SERVICE DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES OUVERT AU PUBLIC	135
2.1 Le service fourni est-il un service de communications électroniques ?	135
(a) Le service est-il fourni à une autre partie ?	135
(b) Le service est-il normalement fourni contre rémunération ?	136
(c) Le service consiste-t-il principalement en l'acheminement de signaux ?	136
(i) Délimitation des services consistant en un "acheminement de signaux".....	137
(ii) Le contrôle sur le service de communication est un facteur clef pour comprendre la signification de la notion d'"acheminement de signaux".....	137
(iii) Description de la différence entre la "communication" et la "facilitation de communication" au moyen d'un modèle de référence dans le cas des communications superposées.....	138
(iv) Les facteurs suggérant qu'un service consiste au moins principalement en l'acheminement de signaux.....	138
(v) Un service constitué d'un ou plusieurs sous-services est considéré comme un tout lorsqu'il est procédé à l'évaluation de savoir le service consiste principalement en l'acheminement de signaux.....	139
(d) Le service de communications électroniques est-il ouvert au public ?	139
3. RÉSEAUX DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES	140
3.1 Définition d'un réseau de communications électroniques	140
3.2 Modèle pour évaluer ce qui constitue un réseau de communications électroniques	141
(a) Un système pour l'acheminement de signaux	141
(b) Un réseau de communications est "public" dès lors qu'une large gamme d'utilisateurs peut s'y connecter	141
4. METHODOLOGIE DE DETERMINATION D'UN FOURNISSEUR DE SERVICES DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES	142
5. CONCLUSIONS DES ENQUÊTES EUROPÉENNES MENÉES PAR PTS	143
5.1 Aucun pays n'a produit de modèle général permettant d'identifier ce qui constitue un service de communications électroniques et un réseau de communications électroniques	143
5.2 Tous les pays accordent la même importance au critère de contrôle sur l'acheminement des signaux	144
5.3 Résumé des réponses reçues par PTS dans le cadre de son enquête	144
ANNEXE 7 POSITION DE L'OPTA SUR LA NOTION D'OPERATEUR DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET LA PROCEDURE DE DECLARATION	147

Périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques

1.	LA NOTION DE FOURNISSEUR DE SERVICES DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES À LA LUMIÈRE DES NOUVEAUX SERVICES	147
2.	LA PROCÉDURE DE NOTIFICATION	148
	ANNEXE 8 TEST COMMUNAUTAIRE DE L'ARTICLE 8 DE LA DIRECTIVE "CADRE" APPLICABLE AUX NOUVEAUX SERVICES	149
	ANNEXE 9 BIBLIOGRAPHIE	153
1.	RÉFÉRENCES GÉNÉRALES	153
1.1	Textes communautaires	153
1.2	Union européenne	153
1.3	Groupe des régulateurs européens (GRE/ERG)	154
1.4	Jurisprudence communautaire	154
1.5	Textes français	155
	(a) Lois	155
	(b) Décrets	156
	(c) Circulaire	156
	(d) Avis	156
	(e) Consultations	156
1.6	Jurisprudence française	156
	(a) Conseil d'Etat	156
	(b) Cour administrative d'appel	156
	(c) Cour de cassation	156
	(d) Cour d'appel	156
	(e) Juridictions de première instance	156
	(f) Pratique décisionnelle du régulateur	156
1.7	Travaux préparatoires	157
1.8	Union internationale des télécommunications (UIT/ITU)	157
1.9	Ouvrages généraux	158
1.10	Etudes privées	158
1.11	Articles	158
1.12	Divers	159
2.	RÉFÉRENCES PAR PAYS	159
2.1	Grande-Bretagne	159
2.2	Allemagne	159
2.3	Italie	160
2.4	Suède	160
2.5	Pays-Bas	160
	ANNEXE 10 CONTACTS AU SEIN DES ARNs INTERROGÉS DANS LE CADRE DE CETTE ÉTUDE	161
	TABLE DES MATIÈRES	163