

Par **Winston Maxwell** et **Pauline Le Bousse**
avocats, Hogan Lovells

Hogan
Lovells



La neutralité des réseaux : introduction au débat américain

Dès le début des années 2000 et alors même que le terme « neutralité d'internet » n'était pas encore utilisé, les autorités américaines et européennes ont été confrontées à des affaires d'accès discriminatoire à certains contenus. En Europe, des obligations de neutralité ont été imposées lors de la création du portail Vizzavi par Vodafone, Vivendi et Canal + et, aux Etats-Unis, lors de la fusion du fournisseur d'accès AOL et de l'éditeur de contenus Time Warner, le premier ne devant pas discriminer en faveur des contenus du second. En 2000, l'affaire Wappup a conduit l'Autorité française de régulation des télécommunications à émettre des recommandations sur l'accès ouvert à l'internet mobile.

Le débat sur la question de la neutralité des réseaux ne s'est réellement animé que quelques années plus tard aux Etats-Unis avec les célèbres affaires Madison River et Comcast et l'édiction des quatre "libertés de l'internet" par la FCC en 2007. A l'occasion de la consultation publique organisée par la FCC en octobre 2009, les points de vue des différents acteurs américains se sont cristallisés autour de positions en apparence difficilement conciliables. Le récent "accord Verizon-Google" symbolise quant à lui un tournant au sein du débat américain. Les différents protagonistes adoptent désormais des positions moins manichéennes et s'attaquent aux questions clés et toujours en suspens de la net neutralité.



utiliser toute application ou service légal sur l'internet ; connecter au réseau tout équipement terminal n'endommageant pas ce dernier ; bénéficier d'un choix et d'une concurrence effective parmi les

fournisseurs de services présents sur l'internet. Ces libertés s'entendent toutefois sous réserve de mesures « raisonnables » de gestion du réseau, pouvant être mises en œuvre par les FAI.

Le *Policy statement* n'établit aucune distinction entre les réseaux fixes et mobiles et ne traite pas de l'applicabilité des quatre libertés de l'internet aux réseaux mobiles, si bien que cette question, comme celle de la délimitation du champ de la gestion raisonnable du réseau, suscite encore aujourd'hui des débats animés. Par ailleurs, le *Policy statement* ne faisant qu'édicter des lignes directrices, il ne revêt aucun caractère coercitif. En 2005 et 2006, cependant, plusieurs grandes fusions ont restructuré l'industrie américaine des télécommunications, donnant à la FCC l'occasion de rendre les quatre libertés contraignantes pour les grands opérateurs américains. Enfin, même s'ils ont accepté de se plier temporairement

Il est grand temps qu'une décision soit prise pour réaffirmer la compétence de la FCC en matière de télécommunications haut débit.

au *Policy statement*, les opérateurs fixes américains n'ont jamais caché leur franche hostilité à l'idée même que la FCC soit juridiquement habilitée à réguler la neutralité. La question de la compétence de la FCC fera l'objet de débats dans le cadre de l'appel intervenu suite à son ordonnance dans l'affaire Comcast.

■ L'affaire Comcast

Pour la FCC, l'heure de vérité est venue avec une affaire incriminant Comcast, le plus grand opérateur de réseaux câblés aux Etats-Unis et le premier FAI en termes de nombre d'abonnés. En 2007, la FCC reçoit une plainte émanant d'une association de consommateurs, au motif que Comcast empêche les abonnés de son réseau d'utiliser le logiciel d'échange pair à pair (P2P) *Bit Torrent*. Afin d'évacuer l'épineuse question de la protection de la propriété intellectuelle, l'association a pris soin de démontrer que les utilisateurs lésés tentaient de télécharger une œuvre libre de droits, en l'espèce une version de la bible ; une précision indispensable, la FCC ayant déclaré que la neutralité ne pouvait pas servir de justification au téléchargement illégal d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Dès réception de la plainte, la FCC contacte Comcast pour lui demander des

■ La genèse du débat aux Etats-Unis

■ Les quatre libertés de l'internet

C'est en 2005 que la FCC a, pour la première fois, statué sur un problème de neutralité d'internet, lorsqu'un FAI situé dans une zone rurale de la Caroline du Nord a bloqué sur son réseau le service de voix sur IP de Vonage, afin de favoriser l'utilisation du service téléphonique classique. Saisi d'une plainte, le régulateur américain est intervenu pour mettre fin à ce blocage discriminatoire. L'affaire s'est soldée par une amende de 15 000 dollars et par une transaction dans laquelle le FAI s'est engagé à respecter la neutralité à l'égard de toutes les applications et contenus utilisés par ses clients. Cette affaire Madison River fut l'occasion, pour la FCC, d'émettre des lignes directrices sur la neutralité de l'internet, lignes directrices rassemblées dans un *Policy statement* publié en août 2005 que la FCC propose aujourd'hui de transformer en règlement.

Ces lignes directrices promeuvent quatre principes, connus aux Etats-Unis comme les quatre « libertés de l'internet ». Les quatre libertés, toutes centrées sur le bien-être du consommateur et du citoyen, énoncent que l'internaute doit pouvoir : accéder à tout contenu légal de son choix sur l'in-

explications et l'opérateur nie en bloc : selon lui, les problèmes ne proviennent pas du réseau, mais du logiciel *Bit Torrent*. Néanmoins, au cours de l'enquête, il apparaît évident que le ralentissement ou la coupure de l'application Bit Torrent sont bien dus au réseau de Comcast et ce dernier doit finalement l'admettre... tout en prétendant qu'il s'agit là d'une mesure de prévention visant à éviter des problèmes de congestion, notamment aux heures de pointe. Malheureusement pour l'opérateur, cet argument est, lui aussi, contredit par les faits : les tests effectués par les agents de la FCC prouvent que les coupures ont lieu à toute heure, même en l'absence de risque de saturation du réseau. La FCC avait compris que la véritable intention de Comcast était de dissuader ses abonnés de télécharger des vidéos en mode P2P, afin de mieux les attirer sur sa propre plateforme payante de vidéo à la demande. Dès lors, l'ordonnance Comcast fut l'occasion pour la FCC de préciser le concept de gestion raisonnable du réseau et de proposer un test de proportionnalité, afin de déterminer si une pratique peut – ou non – être considérée comme relevant de la gestion raisonnable du réseau.

L'ordonnance de la FCC dans l'affaire Comcast a immédiatement été portée en appel. Davantage que le fond, l'appel attaque la compétence de la FCC d'imposer des mesures contraignantes en matière de neutralité d'internet. La FCC estime qu'elle est fondée à agir en vertu du chapitre I de la loi américaine sur les télécommunications qui lui confère un pouvoir très général de promotion des services avancés de télécommunications et des services d'information, ce que conteste Comcast, en raison d'un phrasé trop imprécis de la loi. Le 6 avril 2010, la cour d'appel a tranché dans le sens de Comcast, en annulant la mesure prise par la FCC au motif que l'autorité n'a pas compétence pour agir sur le fondement du chapitre I de la loi. La FCC examine désormais si elle ne pourrait pas revenir sur sa décision de 2002, par laquelle la FCC a statué que l'accès à internet n'est pas un service de télécommunications relevant du chapitre II de la loi, et considérer en définitive que les services d'accès à internet sont des services de télécommunications, donc éligibles à la régulation au titre du chapitre II.

■ Neutralité et réseaux mobiles

S'agissant de l'applicabilité des principes de la neutralité d'internet aux opérateurs mobiles, la plus grande incertitude règne. Si cette question est demeurée sous silence dans l'affaire Comcast, elle a en revanche joué un certain rôle en 2007, lors des enchères des fréquences radioélectriques de la bande 700 MHz. La FCC a divisé le spectre en plusieurs lots, dont l'un expressément soumis aux règles de la neutralité d'internet. En la matière, la compétence du régulateur n'est pas contestable : il dispose de prérogatives très larges lui permettant de prendre toute mesure utile pour gérer au mieux la ressource publique que constitue le spectre radioélectrique. Mais certains spécialistes estiment que la FCC, en soumettant un lot particulier aux règles de neutralité d'internet, a admis par là même que les autres lots, représentant l'essentiel du spectre mis aux enchères, ne seraient pas soumis à ces mêmes règles.

L'ensemble des fréquences mis aux enchères a rapporté 25 milliards de dollars au trésor américain, dont une partie a été utilisée pour faciliter la transition vers la télévision numérique. L'acquisition, au prix fort, de plusieurs lots de spectre non soumis aux règles de la neutralité signifie que ces lots revêtent une valeur supérieure aux yeux des opérateurs mais elle signale également que les autorités américaines éprouveront des difficultés juridiques à modifier les règles du jeu après coup. Si la FCC décidait d'appliquer a posteriori ses principes de neutralité à des opérateurs ayant acquis des fréquences initialement libres de cette contrainte, alors ceux-ci ne manqueraient pas de contester sa décision et pourraient même réclamer le remboursement d'une partie du prix payé lors des enchères.

En dépit de l'effet d'hystérésis créée par la procédure d'attribution du spectre dans la bande 700 MHz, la FCC ne désespère pas d'appliquer des règles de neutralité aux opérateurs mobiles et elle a consacré à ce sujet un chapitre spécial de sa consultation publique d'octobre 2009.

■ La cristallisation du débat

Dans sa consultation d'octobre 2009, la FCC propose de transformer les quatre libertés de 2005 en un règlement contraignant, et d'y ajouter deux nouvelles règles : d'une part, une obligation de transparence quant aux pratiques de gestion du trafic ; d'autre part, une obligation stricte de non-discrimination. Cette dernière règle soulève une vive controverse outre-Atlantique, beaucoup d'acteurs estimant que seuls des comportements de discrimination anticoncurrentielle devraient être prohibés.

Les réponses à la consultation publique de la FCC sont nombreuses et elles émanent aussi bien des défenseurs que des détracteurs de la neutralité. Le débat se cristallise alors autour des positions des différents protagonistes qui apparaissent difficilement conciliables. Si certains acteurs comme l'opérateur AT&T considèrent que l'internet n'est pas neutre et ne l'a jamais été, d'autres, tels que Facebook ou encore l'intellectuel Lawrence Lessig, soutiennent ardemment le principe de neutralité des réseaux aussi bien pour l'internet fixe que mobile.

■ S'agissant de l'applicabilité des principes de la neutralité d'internet aux opérateurs mobiles, la plus grande incertitude règne.

Cette consultation a cependant donné l'occasion à deux grands acteurs du secteur de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente. Après avoir soumis des réponses séparées (et opposées) à la consultation de la FCC d'octobre 2009, Verizon et Google se sont mis d'accord sur quelques principes communs en janvier 2010 et les ont fait connaître à la FCC, faisant ainsi renaître l'espoir d'une autorégulation efficace de la neutralité d'internet. Cet accord a débouché en août 2010 sur une proposition conjointe de cadre législatif réduisant ainsi les points de désaccord entre les deux grands protagonistes.

■ Le tournant du débat

Comme l'affirme le commissaire de la FCC Michael J. Copps dans un communiqué en réaction à l'annonce des deux opérateurs, il est grand temps qu'une décision soit prise pour réaffirmer la compétence de la FCC en matière de télécommunications haut débit. La décision de la Cour d'appel dans l'affaire Comcast a remis en cause jusqu'à la légitimité de la FCC à traiter de la neutralité et le problème de la compétence de cette autorité devra impérativement être résolu, avant qu'une quelconque régulation ne soit envisageable. Le cadre législatif proposé par Verizon et Google reconnaît à la FCC une compétence exclusive en matière de surveillance des services d'accès à internet au débit. Cependant, les services, applications et contenus internet seraient exclus du champ de compétence de la FCC. L'autorité ne disposerait par ailleurs que d'une compétence de supervision *ex post* et non d'une compétence de régulation *ex ante* des services d'accès internet haut débit.

La proposition Verizon–Google relance également la discussion sur la question de l'application des principes de net neutralité aux services mobiles. Les deux opérateurs proposent que, dans un premier temps, seul le principe de transparence s'applique aux services mobiles, ces services étant confrontés à une concurrence plus rude et à une évolution technologique plus rapide.

Sur un autre sujet controversé – la question du traitement des services différenciés – Google et Verizon proposent que les fournisseurs d'accès internet haut débit aient la possibilité d'offrir des services en ligne différenciés pouvant reposer sur des pratiques de priorisation du trafic.

Les deux sujets clés que sont l'internet mobile et les services différenciés sont désormais au cœur du débat aux Etats-Unis. La consultation publique de la FCC ouverte début septembre 2010 est centrée sur ces deux questions. Comme l'illustre la proposition Verizon–Google, la nature du débat américain sur la net neutralité semble avoir évolué ces derniers mois, s'éloignant un peu de la guerre des tranchées vers une démarche plus pragmatique, reconnaissant la légitimité de certaines offres à valeur ajoutée élaborées par les opérateurs.

www.hoganlovells.com