

Neutralité du Net : les Etats-Unis et l'Europe divergent sur l'obligation de **non-discrimination**

Le Parlement européen a adopté le 3 avril sa position sur le nouveau règlement du marché unique des télécoms, lequel inquiète les défenseurs de la neutralité du Net menacé d'être à deux vitesses. Pourtant, l'Europe va plus loin que les Etats-Unis dans l'obligation de non-discrimination.

Par Winston Maxwell, cabinet Hogan Lovells, et Nicolas Curien, membre de l'Académie des technologies



La cour fédérale de Washington, DC – dans sa décision datée du 14 janvier 2014 – a annulé en partie le règlement de la Federal Communications Commission (FCC)

sa doctrine, par exemple en indiquant que compte tenu des changements intervenus depuis ses premières décisions, il convenait maintenant de caractériser les FAI comme des *common carriers* et les réguler en tant que tels. La FCC pouvait aussi expliquer pourquoi une autre disposition de la loi – l'article 706 – pouvait justifier une obligation de non-discrimination. En l'espèce, le raisonnement fourni par la FCC n'était pas suffisant pour compenser l'apparente contradiction dans son raisonnement.

Sur le fond, la cour ne critique pas l'opportunité des règles de neutralité. Elle approuve d'ailleurs les dispositions du règlement de la FCC qui traite de la transparence en matière de gestion du trafic. La cour estime que la FCC a suffisamment démontré le besoin d'adopter une régulation de ce type afin de préserver l'écosystème de l'Internet.

Un juge de la cour a écrit un avis discordant. Il est d'accord pour dire que la FCC a commis une erreur manifeste en imposant des obligations de non-discrimination, tout en soutenant que les FAI ne sont pas des *common carriers*. Mais en plus, ce juge estime que la FCC n'a pas suffisamment montré la nécessité de réguler la neutralité d'Internet. Il adopte une approche plus économique : selon lui, l'obligation de non-discrimination est l'équivalent d'une régulation des prix qui ne serait justifiée qu'en présence d'un opérateur puissant sur le marché. Or, la FCC n'a jamais essayé de démontrer que les FAI en question disposaient d'une puissance de marché. De plus, la Commission fédérale des communications n'a même pas tenté de définir le marché pertinent. En théorie, si le marché est concurrentiel, les clients finaux changeront d'opérateur si la qualité de service n'est pas suffisante. En théorie donc, si un FAI bloque ou ralentit certains contenus, les forces de la concurrence sanctionneront l'opérateur pour cette mauvaise conduite. Nul besoin de réguler dans ce cas.

en matière de neutralité d'Internet (1). Les motifs de l'annulation concernent surtout l'incohérence dans le raisonnement de la FCC par rapport à ses propres décisions antérieures. La cour a estimé que la Commission fédérale des communications des Etats-Unis ne pouvait pas à la fois dire que les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) ne sont pas considérés comme des « *common carriers* » en droit américain, et en même temps imposer à ces FAI des obligations caractéristiques d'un *common carrier*.

Réglementer la gestion de trafic du Net

Le concept de *common carrier* correspond approximativement au concept de service public en France (2). Aux Etats-Unis, les services de télécommunications de base, et notamment les services téléphoniques, sont classifiés comme services *common carrier*.

Lors de l'émergence de l'Internet, la FCC s'est bien gardée de donner une classification à ce nouveau service, par crainte de freiner l'innovation. Ainsi, elle a indiqué à plusieurs reprises que les services d'accès à Internet n'étaient surtout pas des services *common carrier*. Le problème est que dans sa décision sur la neutralité d'Internet, la FCC a imposé aux FAI une obligation de non-discrimination similaire à l'obligation qui pèse sur les *common carrier*.

La FCC a estimé que ce n'était pas un problème, car elle avait la flexibilité pour imposer cette obligation au titre d'une autre disposition de la loi américaine, le Telecommunications Act de 1996, et qu'il n'y avait donc aucune contradiction pour dire à la fois qu'un FAI n'est pas un *common carrier*, et imposer une obligation de non-discrimination. La cour fédérale n'a pas été de cet avis. Selon elle, la FCC est libre de changer

Notes

(1) - <http://lc.cx/FCC-Verizon>

(2) - Un *common carrier* ne peut pas prendre certains clients et en refuser d'autres, ni appliquer des prix différents selon la tête du client. Les taxis, les autocars et les trains de passagers sont des *common carriers*.

(3) - <http://lc.cx/CA-Cogent-Orange>

ché étant plus concurrentiel selon elle. Même dans un marché comportant plusieurs FAI concurrents, il peut exister des freins au changement, réduisant de fait le choix des consommateurs.

Ces freins doivent être étudiés, et éliminés si possible afin que la concurrence puisse jouer son rôle de régulateur. Si le marché n'est pas concurrentiel, l'opérateur disposera dans ce cas d'une puissance sur le marché qui justifierait la mise en place d'une régulation *ex ante*. Cependant, le juge discordant estime que la FCC n'a pas essayé de traiter le problème de puissance sur le marché de manière sérieuse et s'est contentée d'affirmer que, dans certaines parties des Etats-Unis, les consommateurs avaient peu de choix en matière de FAI.

Et qu'en plus, il existait des freins au changement. Selon ce juge, il aurait fallu examiner s'il existe une puissance sur le marché qui justifierait l'imposition d'une obligation de non-discrimination.

Réguler ou pas : le cas Cogent-Orange

L'avis discordant du juge a mis à nu quelques-uns des débats de fond sur l'opportunité de réguler les relations économiques entre les FAI, d'un côté, et les fournisseurs de contenus et d'applications en amont, de l'autre. Cela nous oblige à demander exactement pourquoi une régulation est nécessaire. Est-ce que c'est parce que les FAI disposent d'une puissance sur le marché ? Si c'est le cas, de quel marché parle-t-on exactement ? Et pourquoi le droit de la concurrence ne serait-il pas suffisant pour traiter la question ?

La Cour d'appel de Paris, qui a examiné l'an dernier la question du marché pertinent dans l'affaire France Télécom contre Cogent, a estimé dans son arrêt (3) du 19 décembre 2013 qu'une connexion directe en *pee-*

ring avec France Télécom n'était pas une infrastructure essentielle, puisqu'il existait d'autres moyens commerciaux, via d'autres prestataires, pour atteindre les abonnés de France Télécom. De plus, la cour parisienne a conclu que même si France Télécom occupait une position dominante, elle n'avait commis aucun abus en appliquant une politique de *peering* payante à l'égard de Cogent, puisque cette politique n'était pas discriminatoire.

Un autre argument sérieux pour une régulation de la neutralité de l'Internet concerne les dommages collatéraux que des accords commerciaux pourraient provoquer pour l'écosystème d'Internet dans son ensemble (4). En termes économiques, il s'agirait d'« externalités négatives », à savoir des coûts pour l'écosystème d'Internet qui ne sont pas supportés par les parties contractantes. Cet argument s'appuie sur le principe qu'Internet est un bien public, comme un parc public. Si les acteurs sont entièrement libres de conclure des accords commerciaux concernant la gestion des ressources dans le parc, chacun agira dans son intérêt propre, et l'ensemble de ces activités « égoïstes » finira par détruire le parc. Il s'agit de la « *tragedy of commons* ». Ce point a récemment été souligné dans un blog (5) par Reed Hastings, CEO de Netflix.

La majorité de la cour fédérale estime que la FCC a démontré l'existence de ces externalités et que cela constituait une justification de plus pour une intervention réglementaire. Le juge discordant n'est pas de cet avis. Là encore, il estime que la FCC a seulement mentionné qu'il pouvait exister ce genre de dommage collatéral pour l'écosystème d'Internet, mais que l'agence n'a fait aucune démonstration sérieuse pour étayer cette thèse. @

Notes

(4) - Même en l'absence de puissance sur le marché, une régulation pourrait se justifier si la conclusion d'accords entre FAI et fournisseurs de contenu conduisait à des dommages collatéraux pour l'écosystème de l'Internet.

(5) - <http://blog.netflix.com/2014/03/internet-tolls-and-case-for-strong-net.html>

Focus

Futur règlement européen : plus loin que la FCC ?

La nouvelle proposition de règlement européen « Marché unique européen des télécommunications », qui a été adoptée par le Parlement européen le 3 avril en première lecture et qui doit encore être examinée par le Conseil de l'Union européenne (1), impose une obligation de non-discrimination – pas de blocages ni de ralentissements de services Internet, sauf « *cas exceptionnels* » – sur l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet (FAI). Elle va même plus loin que le règlement de la FCC car l'obligation s'appliquerait même aux opérateurs mobiles. Dans la philosophie de régulation européenne, le remède de non-discrimination est normalement réservé aux opérateurs économiquement puissants. Cette approche traditionnelle rejoint l'approche discordante du juge fédéral (*lire ci-dessus*). Dans sa proposition, la Commission européenne ne s'attarde pas sur cette question. Elle cite une étude du BEREC (2) sur les pratiques des FAI et la divergence dans les approches européennes, pour démontrer la nécessité d'une nouvelle réglementation. Cependant, les questions de fond soulevées par les juges américains dans la décision Verizon

contre la FCC ne sont pas traitées, même dans l'étude d'impact. Les défenseurs de la neutralité du Net attaquent les dispositions du règlement européen en ce qui concerne les « *services spécialisés* » (VOD, cloud, ...), lesquels échappent aux règles sur la neutralité. Ils plaident pour l'existence « *d'un seul Internet* ». Les opposants au texte de la Commission européenne souhaitent également éliminer la possibilité pour les FAI d'effectuer des mesures de filtrage, notamment à l'égard des sites de téléchargement illégaux. Le souvenir de l'accord ACTA (3) et celui des vifs débats à propos du dispositif Hadopi en France sont encore frais dans les mémoires. @

(1) - Après le vote du Parlement européen, le Conseil de l'UE devra adopter une position commune sur le texte proposé par la Commission européenne. Ensuite, une deuxième lecture commencera devant le nouveau Parlement européen, probablement en 2015. D'ici là, la Commission européenne aura changé. Beaucoup d'incertitudes donc pour ce texte controversé.

(2) - BEREC ou, en français, Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE). (3) - Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA). Lire EM@62, p. 4.