

Neutralité du Net : les régulateurs n'attendent plus que les lignes directrices européennes

Le super-régulateur européen des télécoms (ORECE) a publié le 8 octobre 2010 sa réponse à la consultation publique de la Commission européenne sur la neutralité du Net. Il prône une approche prudente de la réglementation. En attendant des lignes directrices communautaires.

Par Winston Maxwell (photo), avocat, Hogan Lovells



Laisser une grande place à la concurrence pour régler d'éventuelles dérives. Telle est la préconisation de l'ORECE, qui constate que les incidents en matière de neutralité d'Internet sont rares en Europe. Ceux qui ont eu lieu ont pu être réglés rapidement sans l'intervention

du régulateur. La neutralité stricte – à savoir le traitement non-discriminatoire de tous les flux – n'existe pas dans la réalité, car des opérateurs appliquent d'ores et déjà tout genre de mesures de gestion de trafic.

Services gérés et Internet ouvert

Ces mesures techniquement « non-neutres » ne sont pas condamnables en soit, mais le deviennent si elles poursuivent un objectif anticoncurrentiel ou dommageable pour le consommateur. Si un fournisseur d'accès à Internet limitait l'accès à certaines applications ou services, le consommateur sanctionnerait immédiatement ce comportement en changeant de fournisseur. Il en serait de même si le FAI dégradait le service Internet dit *best effort* (ou meilleur effort) au profit des services gérés de l'opérateur. La meilleure garantie de la neutralité est un marché de détail pleinement concurrentiel.

Mais la concurrence ne peut jouer son rôle que s'il existe une transparence suffisante, à savoir la possibilité pour le consommateur de comprendre les pratiques des FAI et comparer les offres. D'où l'obligation pour les FAI dans le nouveau cadre de 2009 – non-encore transposé en France – de publier l'ensemble des mesures de gestion de trafic, ainsi que les mesures limitant l'accès à certains services. Par exemple, si un opérateur mobile bloquait l'accès à des services voix sur IP, ou si un opérateur fixe appliquait des limitations de débit pour les échanges pair-à-pair, ces limitations devraient être publiées. Les services gérés, tels que l'IPTV (télévision sur ADSL) et la voix sur réseaux haut débit, cohabiteront avec l'Internet et s'appuieront sur les réseaux

nouvelle génération (NGN). L'ORECE lance une mise en garde face au développement verticalement fermé des NGN et souhaite que ces nouveaux réseaux reposent sur des interfaces ouvertes qui permettront aux fournisseurs de services tiers d'en profiter.

Quid de la cohabitation entre les « services gérés » et l'accès à l'Internet « meilleur effort » ? Là aussi, l'ORECE fait confiance à la concurrence. Si un opérateur dégradait l'accès à l'Internet pour pousser les consommateurs vers ses services gérés, les consommateurs sanctionneraient ce comportement en changeant d'opérateur. Selon l'ORECE, un avenir à deux voies – services gérés et Internet – n'est pas critiquable à condition que les deux voies puissent se développer en parallèle de manière bénéfique pour le consommateur.

Le nouveau Paquet télécom de 2009 prévoit la possibilité pour les autorités de régulation d'imposer des obligations de qualité de service pour l'accès à l'Internet. Les régulateurs doivent en temps utile fournir à la Commission européenne, ainsi qu'à l'ORECE, un résumé des raisons sur lesquelles se fonde leur intervention, le détail des exigences envisagées et la démarche proposée (1). Dans la transposition de ces dispositions, le législateur français pourrait être tenté de fixer un niveau minimum de qualité de service, ce qui laisserait de facto une marge de manœuvre très étroite à l'Arcep. Une telle approche serait cependant incompatible avec le paragraphe 3 de l'article 22 de la directive service universel, disposant que fixer le niveau de qualité de service revient au régulateur national.

Europe : lignes directrices en vue

En effet, même si les États membres jouissent d'un certain degré de liberté dans la définition d'une ARN, il est très généralement admis que le législateur n'est pas un régulateur, notamment par défaut de l'indépendance requise.

En outre, la détermination d'un plancher de qualité de service par le législateur entrerait en contradiction frontale avec la procédure de coordination avec la Commission européenne.

Notes

(1) - Afin de garantir une certaine homogénéité des mesures prises dans les différents États membres, l'article prévoit en outre une procédure de coordination avec la Commission européenne, similaire à celle exigée en matière de définition des marchés et pertinents et de fixation de remèdes: le régulateur doit argumenter sa proposition de décision auprès de la Commission européenne qui, en retour, peut émettre des commentaires dont le régulateur doit alors tenir « le plus grand compte ».

En tout état de cause, l'Arcep n'aura pas totalement carte blanche pour définir et imposer des normes de qualité minimale. En effet, la Commission européenne se montrera vigilante et s'opposera certainement à toute exigence excédant ce qui est strictement nécessaire pour remédier à une dégradation de qualité dûment identifiée.

Menace effective ou hypothétique ?

La Commission européenne et/ou l'ORECE émettront très probablement des lignes directrices sur le type de mesures que pourrait imposer un régulateur national, et toute initiative outrepassant celles définies dans ces lignes directrices sera sujette à critique. D'où l'enjeu stratégique pour l'Arcep et le gouvernement de participer activement à l'élaboration des futures lignes directrices communautaires qui, dans la pratique, fixeront les bornes au-delà desquelles aucun régulateur ne pourra s'aventurer sans danger. En outre, les directives « Cadre » et « Service universel » rappellent clairement que la concurrence demeure la meilleure garantie d'ouverture du choix des consommateurs (4). En conséquence, lorsqu'il existe une concurrence effective sur le marché de détail de l'accès à l'Internet, on peut légitimement s'interroger sur la nécessité d'imposer des minima de qualité de service. À cet égard, une question en suspens est celle de savoir si la Commission européenne exigera qu'un régulateur national désirant imposer une qualité de service minimale doive impérativement démontrer, avant d'agir, que la qualité constatée sur le marché porte atteinte à la neutralité du Net d'une manière effective, et non pas seulement hypothétique. C'est là un point sensible, car les régulateurs peinent le plus souvent à identifier avec précision des problèmes de qualité menaçant la neutralité. Doivent-ils être dans l'obligation préalable de dresser un constat de défaillance du marché ? Une telle obligation apparaît bel et bien en filigrane, pour les trois raisons suivantes.

En premier lieu, les États membres doivent réserver la régulation sectorielle aux seuls cas d'absence durable de concurrence effective et progressivement réduire l'intensité de cette régulation, au fur et à mesure que s'installe la concurrence. En deuxième lieu, toute mesure de régulation doit être proportionnée (limitée à ce qui est strictement indispensable pour remédier au problème identifié) ; or le critère de proportionnalité du remède au mal est bien difficile à satisfaire...

En troisième lieu, un régulateur se doit d'expliquer à la Commission européenne « les raisons sur lesquelles se fonde son intervention ».

Les futures lignes directrices de la Commission européenne ou de l'ORECE seront déterminantes, afin de savoir si l'Arcep devra attendre de constater une atteinte flagrante à la neutralité de l'Internet sur le marché français avant de pouvoir intervenir, ou bien si cette autorité sera en mesure de définir et d'imposer des normes de qualité à titre purement préventif, indépendamment de toute défaillance patente du marché.

À supposer qu'une intervention préventive de l'Arcep soit légitime, encore convient-il de spécifier quelle régulation de la qualité sera imposée, et sur quels services elle portera. La qualité d'un accès à l'Internet est malaisée à définir, en raison de la multitude des acteurs qui composent la chaîne technique. La non-disponibilité d'un contenu peut aussi bien provenir d'une saturation du site hôte que d'un défaut du navigateur ou d'utilitaires installés chez l'internaute, comme un logiciel anti-virus ; des goulets d'étranglement peuvent également se former aux différents points de *peering* ou de transit ; enfin, il peut s'agir d'un problème imputable au réseau du FAI fournissant l'accès à l'abonné. L'internaute ne perçoit que le symptôme (indisponibilité du site ou lenteur du téléchargement), sans savoir diagnostiquer l'origine du mal. En revanche, si un régulateur contrôle la qualité de service, il conviendra qu'elle sépare les composantes de la prestation relevant de la responsabilité du FAI, pour lesquelles elle fixera des normes, des composantes relevant de la responsabilité d'autres acteurs, tels que les éditeurs de logiciels ou les opérateurs situés plus en amont dans la chaîne.

La VOD non concernée

Concernant le type de services relevant de la régulation de la qualité, il s'agira vraisemblablement de l'accès à l'Internet public, à l'exclusion des services gérés. Certes, le paragraphe 3 de l'article 22 de la directive « service universel » évoque « la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux », sans mentionner Internet en tant que tel, mais la notion même de neutralité fait usuellement référence à la possibilité d'accéder aux services et contenus disponibles via l'Internet public. Un préalable à toute action de régulation consistera évidemment à définir ce qu'est « l'Internet public ». De nombreux services à haut débit émergent, par exemple la vidéo à la demande, sans pour autant relever de l'accès à l'Internet public ; ces nouveaux services gérés n'ont a priori pas vocation à entrer dans le champ d'action du régulateur. @

Notes

(2) - La pierre angulaire des directives de 2002, qui demeure solidement en place après les révisions de novembre 2009, est le principe selon lequel c'est avant tout la concurrence, beaucoup plus sûrement que toute régulation *ex ante* des services et de leur qualité, qui apportera au consommateur les bénéfices du choix et de l'innovation.