

## Régulation de la **neutralité** de l'Internet : les Etats-Unis donnent le *la* à l'Europe

Le régulateur fédéral américain, la FCC, a adopté le 21 décembre dernier le nouveau règlement sur la neutralité de l'Internet aux Etats-Unis. Ce texte, qui pourrait être contesté, servira tout de même de référence à l'Europe – y compris à la France qui s'apprête à légiférer.

Par **Winston Maxwell**, avocat associé, Hogan Lovells



Adopté le 21 décembre 2010 à une courte majorité, le nouveau règlement de la Federal Communications Commission (FCC) sur la Net Neutrality a un effet contraignant immédiat sur l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet (FAI) américains, qu'ils soient fixes ou mobiles. Ce nouveau règlement de la FCC sera certainement attaqué en justice, car son fondement juridique repose sur les termes très généraux du chapitre 1 de la loi américaine sur les télécommunications, fondement légal qui a été jugé déjà insuffisant par une cour d'appel dans l'affaire Comcast (1). L'avenir de ce règlement reste donc incertain.

Cette règle est très similaire à celle de la proposition n°1 de l'Arcep, sauf que l'Arcep appliquerait cette règle à l'ensemble des FAI qu'ils soient fixes ou mobiles, alors que la FCC appliquerait seulement une version allégée de cette règle aux opérateurs mobiles.

### • Obligation de transparence

La FCC impose à l'ensemble des FAI fixes et mobiles une obligation de transparence à l'égard des utilisateurs quant aux caractéristiques du service et aux méthodes de gestion de réseau qui peuvent éventuellement affecter la performance du service. Cette règle de la FCC est presque identique à la 5<sup>e</sup> proposition de l'Arcep et aux nouvelles dispositions communautaires sur la Net Neutrality qui seront mises en œuvre dans tous les pays membres en mai 2011 (3).

### • Règle de non-discrimination

La troisième et dernière règle imposée par la FCC en matière de Net

Neutrality est l'interdiction pour les FAI fixes de pratiquer une discrimination « déraisonnable » à l'égard des flux qu'ils acheminent sur leur réseau d'accès. Toute discrimination qui est justifiée par une raison technique de gestion de réseau serait admise, ainsi que des discriminations mises en place à la demande de l'utilisateur, tels que les filtres anti-spam ou des filtres qui bloqueraient certains types de contenus illi-

### Notes

(1) - Lire « *La tentation de réguler le trafic sur Internet* », dans *EM@11*, p. 4.

(2) - Le 12 janvier 2011, un amendement de la députée Laure de La Raudière (UMP) a été déposé en commission des Affaires sociales à l'Assemblée nationale pour « mieux assurer le respect du principe de neutralité de l'Internet et des réseaux ».

(3) - Les mesures de transparence imposées par la FCC sont relativement détaillées et pourraient servir de modèle pour les régulateurs européens lorsqu'ils seront amenés à mettre en place des mesures semblables.

### Comparaisons FCC et Arcep

Quoi qu'il en soit, la décision de la FCC marque une étape importante dans le débat mondial sur la Net Neutrality et servira de point de référence pour d'éventuelles actions en Europe, notamment en France où l'Arcep a émis des propositions en septembre 2010 et où l'Assemblée nationale vient de débattre d'un premier amendement déposé le 12 janvier (2). Comparons.

#### • Effet contraignant

Contrairement au Policy Statement de la FCC d'août 2005, la nouvelle décision de la FCC crée un corps de règles qui s'insère directement dans l'équivalent américain du code des postes et communications électroniques. Les propositions de l'Arcep en revanche ne créent pas de nouveaux droits et obligations pour des opérateurs, mais révèlent plutôt les orientations de l'Arcep et l'interprétation qu'elle donne aux dispositions réglementaires préexistantes.

#### • Non-blocage des contenus

La première règle de fond édictée par la FCC est l'interdiction pour les FAI de bloquer l'accès à des sites web, applications, services ou terminaux qui sont légaux et ne présentent aucun risque pour le réseau.

### « *La neutralité d'Internet* », en librairie le 10 février

Nicolas Curien et Winston Maxwell publient « *La neutralité d'Internet* » aux éditions de La Découverte (collection Repères). Cet ouvrage de 128 pages (9,50 euros) présente les termes du débat, ses protagonistes et ses enjeux – « en dehors de toute position partisane », précisent-ils. Les aspects historiques, techniques, juridiques, économiques et sociétaux de la neutralité des réseaux y sont abordés en détail. Disponible en librairie à partir du 10 février. Pour en savoir plus : [www.collectionreperes.com](http://www.collectionreperes.com)

cites. La FCC ne donne pas une définition précise de ce qu'est la discrimination « déraisonnable » et indique que des cas de discrimination seront évalués au cas par cas. La règle de non-discrimination de l'Arcep (proposition n° 2) est similaire. Elle énonce un principe général d'équivalence de traitement dans la gestion des flux dans le réseau sous réserve des différenciations qui seraient justifiées sur un plan technique pour la saine gestion des réseaux. L'Arcep semble plus ouverte cependant que la FCC sur l'existence d'accord en amont entre un FAI et un fournisseur de contenus portant sur la qualité du service (*voir encadré ci-dessous*) et admet la possibilité de tels accords dans le contexte de services « gérés » sur le marché amont (4), même si les contenus en question sont accessibles via l'Internet public.

#### • Services « gérés »

Les règles de la FCC ne s'appliquent pas aux services gérés, mais seulement aux services d'accès haut débit à l'Internet. Sur ce point, la position de la FCC et de l'Arcep sont en parfaite harmonie. Pour les deux autorités de régulation, il est important de ne pas entraver le développement de services innovants en ligne en dehors de l'accès à l'Internet traditionnel. La FCC comme l'Arcep sera vigilante pour que les services gérés ne se développent pas au détriment de l'Internet classique. Sous le nouveau cadre européen, l'Arcep a le pouvoir d'imposer une qualité de service minimum pour l'accès à l'Internet dans le cas où le marché concurrentiel ne serait pas suffisant pour

garantir une qualité de service satisfaisante. L'analyse de l'Arcep est plus fine quant à la coexistence possible entre des services gérés et des services d'accès à l'Internet. L'Arcep admet qu'il puisse exister un service géré en amont entre le FAI et le fournisseur de contenu alors qu'en aval le contenu est disponible via un accès à l'Internet classique (5).

#### • Opérateurs mobiles

La FCC impose des règles différentes aux opérateurs mobiles en raison du caractère dynamique et plus concurrentiel du marché mobile américain par rapport au marché fixe. Les règles de transparence de la FCC s'appliqueront aux FAI mobiles mais la règle de non-blocage ne s'appliquerait qu'à l'égard de sites web, ou à l'égard d'applications et services en concurrence avec ceux de l'opérateur mobile.

En d'autres termes, les opérateurs mobiles sont libres de bloquer des applications si celles-ci ne sont pas en concurrence avec des applications proposées par l'opérateur mobile. Enfin, la règle de non-discrimination de la FCC ne s'applique pas du tout aux opérateurs mobiles. Du point de vue européen, cette différence de traitement entre opérateurs fixes et mobiles paraît en contradiction avec le principe de neutralité technologique. L'Arcep, dont l'approche semble plus satisfaisante, applique les mêmes principes à l'ensemble des opérateurs mais admet que les particularités des réseaux mobiles doivent être prises en compte dans l'application concrète de ces principes. @

#### Notes

(4) - L'Arcep cite l'exemple d'un service d'administration en ligne nécessitant une haute qualité de service. Le FAI pourrait percevoir une rémunération en amont de l'administration concernée même si les services en question sont accessibles via l'offre de détail d'accès à l'Internet.

(5) - Cette souplesse permettra l'émergence de nouveaux modèles économiques par lesquels les FAI pourraient percevoir une rémunération spécifique auprès des fournisseurs de contenus sans pour autant être en violation des règles de la neutralité de l'Internet.

## Zoom

### La FCC interdit la discrimination « déraisonnable » des contenus sur le Net

Le régulateur fédéral américain des communications électroniques cite le cas extrême où un fournisseur d'accès à Internet accorderait à ses propres services une qualité de service supérieure à celle accordée à ses concurrents. Une telle discrimination serait évidemment « déraisonnable » et donc interdite. Mais il existe une multitude de cas possibles de discrimination qui tomberaient dans une zone grise d'incertitude. Qu'advierait-il si un FAI percevait une rémunération supplémentaire pour garantir une qualité de service améliorée sur le réseau d'accès ? Dans ce cas, la FCC fait une distinction curieuse : un tel service de "priorisation" serait parfaitement licite s'il était demandé et payé par l'utilisateur final ;

mais un tel service serait problématique s'il était demandé et payé par le fournisseur d'applications en amont ! Sans les interdire complètement, la FCC donne un avis négatif sur l'existence d'accords de qualité de service entre les fournisseurs de contenus, applications et services et les FAI.

La démarche de la FCC part de l'idée qu'il ne faut pas créer un Internet à deux vitesses où les fournisseurs de contenus « riches » bénéficieraient d'une meilleure qualité de service et les fournisseurs de contenus « pauvres » d'une qualité médiocre (1). En même temps, la FCC donne sa bénédiction à toute mesure de qualité de service qui serait demandée par l'utilisateur final. Ainsi, un FAI serait

parfaitement fondé à offrir aux utilisateurs finals des options de qualité de service, tel qu'un bouton « turbo » qui permettrait à l'internaute de bénéficier d'une qualité de streaming accrue pendant la durée d'un film, par exemple. En revanche, si le fournisseur de contenu en amont proposait de mettre cette option en place automatiquement pour l'ensemble des internautes en payant les FAI pour l'option turbo à l'avance, cet arrangement serait problématique. @

(1) - Cependant cette vision d'un Internet parfaitement égalitaire est un mythe, car les fournisseurs de contenus « riches » achètent déjà des prestations de Content Delivery Networks (CDN) pour garantir une qualité de services auprès de l'utilisateur final. Un fournisseur de contenus « pauvre » doit se satisfaire en revanche de tous les aléas de l'Internet best efforts.