

Etats-Unis : la Net Neutrality fait débat

par **Barbara Esbin**⁽¹⁾, Directrice du Centre pour la politique des communications et de la concurr



Les Etats-Unis viennent de faire un pas vers la régulation de la « *Net Neutrality* ». La FCC a en effet récemment considéré qu'en limitant le trafic *peer-to-peer*, le câblo-opérateur Comcast avait violé les principes de gouvernance d'Internet qu'elle avait adoptés en 2005.

Cette décision a été le point culminant de dix ans de tentatives : c'est en 1998, lorsque la FCC a examiné l'acquisition par AT&T du câblo-opérateur TCI, qu'apparaît la première demande visant à ce que les FAI aient un « accès ouvert » au câble sur le marché de gros. Le régulateur avait alors rejeté cette demande, mais la question a rapidement refait surface à l'occasion d'une procédure visant à déterminer à quelle classification réglementaire devait être rattaché Internet par le câble. Devait-il être soumis aux obligations des opérateurs de télécommunications, à celles des câblo-opérateurs, ou considéré comme un « service d'information », alors non régulé par la FCC ?

De la non-intervention

En 2002, la FCC définit Internet par le câble comme un « service d'information », le dispensant de ce fait des obligations imposées aux opérateurs télécoms⁽²⁾. La décision est confirmée par la Cour Suprême⁽³⁾. Par la suite, les partisans d'un « accès ouvert » concentrent leurs efforts sur l'élaboration de règles garantissant le droit des consommateurs à la neutralité du réseau plutôt qu'à défendre l'accès des FAI au marché de gros.

En 2005, la FCC étend sa définition du « service d'information » à la fourniture de services Internet haut débit fixes, libérant ainsi les opérateurs de téléphonie de leurs obligations pour ces services. Ces décisions étaient le reflet d'une politique visant à encourager le déploiement des infrastructures.

Dans le même temps, la FCC publie une déclaration de principe⁽⁴⁾ qui permet aux internautes de 1/ accéder librement aux contenus de leur choix (sous réserve qu'ils soient licites) ; 2/ utiliser les applications et services de leur choix ; 3/ connecter les appareils de leur choix sur le réseau (tant qu'ils ne l'endommagent pas) ; 4/ bénéficier d'une concurrence entre les fournisseurs de réseaux, d'applications et de contenus. Ce texte affirme explicitement que la FCC

n'adopte pas de règles contraignantes, les principes appliqués relevant d'une gestion « raisonnable » du réseau.

Par la suite, la FCC déclare qu'elle est prête à recevoir les plaintes concernant les violations de ces principes, et début 2007, elle ouvre une « enquête⁽⁵⁾ » sur les pratiques des opérateurs haut débit, recherche des informations sur la manière dont sont gérés les réseaux et s'interroge pour savoir si elle doit imposer des règles. Fin 2007, une plainte est déposée aux motifs que Comcast aurait violé la déclaration de principe de la FCC en « dégradant secrètement » le trafic de BitTorrent, contrevenant ainsi aux droits de ses

abonnés, et que ces pratiques ne constituent pas une « gestion raisonnable » du réseau.

... à la régulation implicite

Plusieurs mois plus tard, Comcast et BitTorrent acceptent de collaborer pour tenter de résoudre les problèmes de congestion de réseau en gérant celui-ci de façon neutre du point de vue des protocoles. Le 20 août 2008, la FCC statue sur cette plainte. Dans son ordonnance, elle estime que Comcast viole les principes de gouvernance d'Internet et rejette la défense du câblo-opérateur qui allègue que sa manière de gérer le réseau est « raisonnable ».

Affaire Comcast aux Etats-

par **Winston Maxwell** et **David Sieradzki** *,

Les faits dans l'affaire Comcast sont bien connus. Comcast a coupé ou ralenti les transmissions des abonnés qui utilisaient des applications *peer-to-peer* telles que BitTorrent. Comcast a d'abord nié les faits et a ensuite prétendu qu'il s'agissait d'une mesure de bonne gestion du réseau. La FCC a conclu qu'il s'agissait en réalité d'une discrimination illicite destinée à pousser les abonnés de Comcast à utiliser les services VOD de Comcast. L'autorité de régulation a ordonné à Comcast de changer ses pratiques de gestion de réseau, afin de les rendre plus objectives, transparentes et non discriminatoires. Comcast a fait appel de cette décision en soulevant l'argument que la FCC manquait de base juridique pour ordonner une telle mesure.

Le concept de *common carriage*

Que peut-on apprendre de l'affaire Comcast par rapport au débat européen sur la *net neutrality* ? Elle nous oblige à examiner les concepts de *common carriage*, de non-discrimination et de *net neutrality*, et à s'interroger sur leur pertinence dans le contexte des nouveaux réseaux IP. Derrière le concept de *common carriage* et son cousin, le concept de *net neutrality*, se cachent en réalité deux sujets qu'il ne faut pas confondre : le premier concerne la protection des consommateurs contre toute pratique d'un opérateur qui enfreindrait des libertés fondamentales de l'utilisateur telles que le respect de la vie privée ou l'accès à tout contenu légal disponible sur le net. Le deuxième sujet relève de l'exploitation abusive, par un opérateur, d'une situation de

puissance économique. Le premier sujet peut faire l'objet d'une régulation symétrique, le deuxième d'une régulation asymétrique. Dans la décision Comcast, la FCC s'est surtout penchée sur le premier sujet, susceptible de faire l'objet d'une régulation symétrique.

Le président de la FCC a comparé l'action de Comcast à celle d'un postier qui ouvrirait les lettres pour décider s'il a envie ou non de les livrer. L'analogie du postier est également utilisée en Europe par les opérateurs de réseau qui ne souhaitent pas entrer dans une logique de filtrage des contenus illicites. L'idée qu'un opérateur doit impérativement transporter tout contenu sans ouvrir les colis qu'il transporte provient du concept de « *common carriage* » né au 17^{ème} siècle en Angleterre. Les *common carriers* étaient chargés d'une mission de service public et avaient des obligations de non-discrimination et de tarification non-excessive. Ces obligations s'appliquaient quelle que soit la puissance économique de l'acteur.

Aux Etats-Unis, à la fin du 19^{ème} siècle, le concept de « *common carriage* » a été utilisé dans les concessions accordées par l'Etat aux opérateurs privés. On retrouve les mêmes obligations dans le cahier des charges des opérateurs télécoms historiques européens au moment de leur privatisation. Les directives de 2002 ont scindé la régulation en deux grandes familles : une régulation asymétrique réservée aux opérateurs puissants et une régulation symétrique applicable à tous les opérateurs. Dans les directives de 2002, les obligations de non-discrimination étaient surtout réservées aux opérateurs puissants.

ence de la Progress & Freedom Foundation.

La FCC juge que Comcast : 1/ crée une discrimination entre les applications et protocoles Internet au lieu de les traiter tous de manière égale ; 2/ bloque effectivement le trafic Internet ; 3/ présente des risques significatifs d'abus anticoncurrentiels ; 4/ use de pratiques non cohérentes avec « un Internet ouvert et accessible ». Elle estime aussi qu'en ne révélant pas ses pratiques, Comcast a accentué le problème. En effet, pour décongestionner le réseau, d'autres moyens étaient possibles, qui avaient reçu l'aval de la FCC : la limitation à l'usage (« metered usage ») et la dégradation des vitesses de connexion des utilisateurs excessifs.

L'ordonnance de la FCC a eu pour effet d'établir un cinquième principe de « non-discrimination » en matière de gouvernance d'Internet, mis en œuvre par voie jurisprudentielle et non par des règles définies *ex ante*. Ainsi, 10 ans plus tard, et sans le reconnaître explicitement, la FCC a de fait abandonné son approche non-interventionniste et a finalement imposé aux FAI la même régulation que celle des opérateurs télécoms.

Mais l'histoire ne s'arrêtera pas là ! Comcast a fait appel de la décision de la FCC, en contestant le fondement sur lequel le régulateur s'est appuyé pour juger qu'il avait violé la politique fédérale. Dans le même temps, plusieurs opérateurs télé-

coms ont annoncé qu'ils plafonnaient la bande passante ou avaient l'intention de le faire. Par ailleurs, certains demandent que la FCC établisse des règles *ex ante* et que soit adoptée une loi accordant à la FCC une autorité explicite sur les câblo-opérateurs. En bref, le débat juridique et politique sur la « Net Neutrality » se poursuit. ■

⁽¹⁾ Le point de vue exprimé dans cet article ne reflète que la position de Barbara Esbin et n'engage pas la PFF

⁽²⁾ telles que la fourniture du service à la demande, sans discrimination en matière de tarifs et de modalités de service

⁽³⁾ affaire NCTA v. Brand X

⁽⁴⁾ « Policy Statement »

⁽⁵⁾ « inquiry »

Unis : quelles leçons pour l'Europe ?

avocats associés, Hogan & Hartson

Contenus légaux et illicites

Aux Etats-Unis, la FCC a déclaré que les fournisseurs d'accès à Internet n'étaient pas soumis aux contraintes du chapitre 2 de la loi américaine applicable au « common carriage ». D'où l'objection de Comcast à propos de la base juridique de la décision de la FCC. Mais au-delà de cet argument, on peut s'interroger sur la légitimité d'une règle de non discrimination dans un monde de réseaux IP. La FCC a bien précisé qu'un FAI est fondé à bloquer des contenus illicites, tels que les images pédopornographiques ou des fichiers échangés en violation du droit d'auteur. En Europe, cette question est au cœur du débat autour de l'accord Olivettes, les FAI prétendant qu'ils n'ont pas le droit de regarder le contenu qu'ils transportent pour détecter d'éventuels contenus illicites. Aux Etats-Unis, ils ont ce droit à condition d'informer les utilisateurs.

La FCC a condamné en partie les pratiques de Comcast parce que son système de détection bloquait tout échange de contenus, y compris des contenus parfaitement légaux. En outre, le blocage s'opérait quelque soit l'heure et quelque soit la taille du fichier. Puisqu'il bloquait des contenus légaux, le système était disproportionné en regard des objectifs de lutte contre le téléchargement illicite, et interférait avec le droit de chaque individu d'avoir accès à tout contenu légal de son choix sur Internet. En outre, le système n'était pas transparent. Comcast n'expliquait pas au consommateur la nature de la détection qui s'opérait.

On peut extraire de la décision de la FCC une règle de proportionnalité, d'objectivité et de trans-

parence : aux yeux du régulateur, une mesure de discrimination serait licite si (i) elle visait un objectif de « gestion raisonnable du réseau » (la lutte contre les contenus illicites étant compris dans ce concept) ; si (ii) elle était proportionnée à l'atteinte de cet objectif, et si (iii) elle était clairement expliquée aux consommateurs.

Le concept de net neutrality

La décision de la FCC n'aborde pas le deuxième volet du débat sur la *net neutrality*, à savoir l'exploitation abusive, par l'opérateur, de sa puissance économique. Une des caractéristiques des nouveaux réseaux IP est la possibilité de créer des qualités de service différentes. Pour utiliser l'analogie routière, il est possible de créer au sein d'une même infrastructure une autoroute pour certaines applications prioritaires, et une route nationale pour les autres applications. Cette forme de discrimination est déjà utilisée dans les réseaux d'entreprises et ne soulève aucune difficulté.

La question clé est de savoir si l'opérateur est en droit de limiter l'accès de son autoroute à certaines applications de son choix et d'obliger les applications d'autres fournisseurs de service (Google par exemple) à emprunter la voie normale, moins rapide. On est ici au cœur d'un souci de régulation économique destiné à éviter une exploitation abusive de puissance économique du type « vertical leveraging » visé par le droit de la concurrence et surtout par l'article 10 de la directive Accès. Dès lors, on peut imaginer que ce type de discrimination serait condamnable pour un opérateur qui serait déclaré puissant, mais que la discrimination serait tolérée pour tout autre opéra-

teur. Dans le cas de Comcast, la FCC n'a fait aucune allusion à l'éventuelle puissance économique du câblo-opérateur, et laisse entière la question de savoir si une discrimination de ce type serait possible.

Quelles leçons pour l'Europe ?

L'une des leçons de l'affaire Comcast est qu'il faut bien identifier le fondement d'une mesure réglementaire du type *net neutrality* avant d'agir. S'agit-il d'une action destinée à protéger certains droits fondamentaux des consommateurs ou bien d'une action destinée à empêcher l'exploitation abusive d'une puissance sur le marché ? Les deux sujets peuvent être liés, surtout lorsque l'on parle d'interopérabilité.

La décision de la FCC montre une tendance croissante à privilégier la régulation symétrique lorsque la régulation asymétrique ne permet pas d'atteindre les résultats recherchés. Cependant, la régulation symétrique doit être utilisée avec réserve, afin d'éviter que des mesures de régulation économique du type opérateur puissant ne s'y introduise insidieusement. Car il ne faut pas perdre de vue la philosophie partagée tant aux Etats-Unis qu'en Europe : la régulation économique sectorielle doit s'effacer progressivement pour faire place uniquement au droit commun de la concurrence. ■

www.hhlaw.com

* ancien chef de service de la FCC



HOGAN & HARTSON