



III-1.6: LA NEUTRALITÉ D'INTERNET [Net Neutrality], by Nicolas Curien and Winston Maxwell

Compte-rendu de l'ouvrage par Marie-Anne Frison-Roche,

Référence complète : CURIEN, Nicolas, WINSTON, Maxwell, La neutralité d'Internet, Coll. « Repères », la Découverte, 2011, 113 p.

CONTENU

1. Les auteurs définissent la neutralité d'Internet comme « l'égal accès des internautes à tous les contenus, services et applications de la toile ». Ce principe doit composer avec des contraintes liées à la gestion du trafic, au financement de l'innovation, au respect de la vie privée et de la propriété intellectuelle, etc.
2. La neutralité doit donc « s'hybrider » avec la réalité, ce qui conduit les auteurs à préférer « le plus de neutralité possible », situation désignée par le terme de « quasi-neutralité ». Interdire toute forme de discrimination est irréaliste et la neutralité doit conduire à un optimum de second rang, tandis que l'existence du principe n'autorise pas toute forme de discrimination. Les auteurs se réfèrent donc à la discrimination efficace, autorisée puisque la différenciation repose sur la recherche de l'efficacité technico-économique, opposée à la discrimination anticoncurrentielle, qui demeure exclue. Même en cas de discrimination efficace et pour qu'elle ne masque pas une discrimination anticoncurrentielle, il faut qu'elle soit transparente et que l'usagé soit informé des restrictions de débit ou d'accès qui peuvent être attachées à son abonnement.
3. Une autre question est celle du partage des coûts. Il convient en effet de ne pas faire porter sur une seule catégorie d'acteurs les coûts considérables de la construction d'un espace dont d'autres acteurs économiques profitent. Internet se présente alors comme une sorte de ville, voire un écosystème, appelant une corégulation entre acteurs publics et privés. La régulation doit cependant demeurer modeste car le droit de la concurrence suffit souvent à discipliner le comportement des acteurs en vive compétition.
4. Pour donner une bonne compréhension de cette question et permettre au lecteur de se faire une opinion sur ce qui est actuellement débattu, les auteurs posent les « ingrédients du débat ». Ils insistent sur les trois aspects de la neutralité : l'aspect financier, qui partage la valeur et la contribution financière entre opérateur de réseau et fournisseur de contenu ; l'aspect technique sur les pratiques de gestion du trafic ; l'aspect déontologie sur la non-ingérence des opérateurs de réseau dans le traitement des contenus.

5. En outre, la neutralité comporte en aval des enjeux d'usage, visant des modalités d'accès des consommateurs au contenu, et des enjeux en amont liés à la répartition des coûts et de la valeur. La façon dont ces enjeux vont se résoudre va dépendre du comportement des fournisseurs d'accès à Internet (FAI), ainsi que sur les moteurs de recherche, les logiciels de navigation et les fabricants de terminaux. L'usage et la régulation de leur pouvoir économique sera déterminant.
6. D'une façon très imagée et lisible, les auteurs soulignent que dans le débat, s'affrontent les « technos », c'est-à-dire les opérateurs, pour lesquels le grand sujet est la concurrence et le partage des coûts et de la valeur ; les « architectes » qui sont les informaticiens à l'origine d'Internet, *a priori* hostiles à toute régulation et ne voyant aucune continuité entre télécommunication et Internet, la rigidité de penser selon le schéma précédent entravant selon eux l'innovation. Ils sont par définition favorables à un large principe de neutralité ; les troisièmes batailleurs sont les « citoyens » qui militent pour la liberté d'expression et la protection de la vie privée, se méfiant des industriels et de tout Gouvernement, revendiquant le droit à la gratuité, voire le droit de télécharger sans frais les œuvres pourtant protégées par des droits de propriété intellectuelle. Ils deviennent hostiles aux architectes dès que ceux-ci font alliance avec les opérateurs de télécommunication (contrat entre Verizon et Google en 2010).
7. La neutralité du Net a commencé à être élaborée par des décisions ponctuelles en 2000, posant le principe de non-discrimination à la charge des fournisseurs d'accès, concernant l'accès au contenu. D'une façon plus systématique en 2005, la *Federal Commission for Communication* a posé à l'occasion du cas *Madison River* les « quatre libertés » d'Internet qui donnent à l'internaute la liberté d'accéder à tout contenu légal de son choix, d'utiliser toute application ou service légal, de connecter au réseau tout équipement, terminal ne l'endommageant pas et de bénéficier d'un choix et d'une concurrence effective entre fournisseur de services. Le régulateur précise que ces libertés ne s'exercent que sous réserve de « mesures raisonnables de gestion du réseau », mises en œuvre par les FAI. Mais nul ne sait quelle est la portée juridique et la force contraignante de ces affirmations du régulateur. Cela montre qu'en droit le principe de neutralité d'Internet n'est pas encore posé.
8. En 2007, la FCC, à l'occasion du cas *Concast*, opérateur de réseaux câblés et FAI ayant empêché certains de ses abonnés d'utiliser un logiciel d'échange *Per to Per*, le régulateur exigea du FAI qu'il justifie cette discrimination. N'ayant pu le faire, l'entreprise subit une amende. Par ce cas, le régulateur élaborait un test de proportionnalité pour apprécier le caractère raisonnable des contraintes de gestion des réseaux pesant sur le FAI : il faut que la pratique discriminatoire vise un objectif légitime, par exemple éviter la saturation aux heures de pointe ou lutter contre les virus ou les contenus illicites ; il faut encore que la discrimination soit proportionnée à l'objectif.

9. Une toute autre question est celle de la compétence juridique du régulateur pour intervenir et sa décision fut cassée par la Cour d'appel en 2010 pour incompetence, en ce que son office ne porte que sur les services de télécommunication, qui ne sont pas ici en cause. Pour l'instant, l'on s'oriente donc vers un guide de bonnes pratiques. On observe donc si ce n'est un vide juridique, à tout le moins une grande incertitude en droit. En effet, aucune disposition propre au réseau mobile n'est promulgué en matière de neutralité, sauf à considérer que l'attribution par les pouvoirs publics du spectre radioélectrique permettrait d'associer à ces attributions des exigences de neutralité ou de les en délivrer : ainsi, l'opérateur paierait plus cher une fréquence non soumise au principe de neutralité, puisque lui permettant de gérer à sa guise les services. La FCC, très réactive au comportement des opérateurs, voudrait adopter un règlement contraignant pour y inclure une obligation de transparence sur la gestion du trafic et une obligation stricte de non-discrimination, alors que les acteurs estiment que seules les discriminations anticoncurrentielles sont reprochables et soutiennent que l'autorité de régulation n'a pas la compétence juridique pour intervenir.

Il est vrai que le contrat de janvier 2010 entre *Verizon* et *Google* est, si ce n'est un recul de la neutralité, à tout le moins une affirmation comme quoi celle-ci pourrait se suffire d'une autorégulation.

10. La question majeure est de savoir si imposer aux FAI la neutralité du Net ne va pas les dissuader d'investir dans le développement des infrastructures. L'autre question est de pressentir si la concurrence entre FAI suffira pour susciter l'innovation, l'autorégulation étant alors de mise, ou s'il faut intervenir par la régulation.

11. Les auteurs soulignent que certes la neutralité du Net, présentant une forte dimension économique, notamment parce qu'il s'agit d'opérer un nouveau partage de la valeur, concerne aussi directement les libertés fondamentales du citoyen, telle que la liberté d'expression et le droit à la vie privée. Mais, la liberté de communication et ce que les autorités de régulation, tant qu'américaines qu'européennes ou nationales, ont désigné comme la capacité des utilisateurs finaux à accéder à l'information, doivent trouver leur concrétisation sur Internet.

12. Les défenseurs les plus extrêmes de la neutralité et d'un réseau consubstantiellement ouvert en déduisent que le traitement différencié des flux devrait être interdit. Les opérateurs répondent qu'on ne peut écarter la nécessité d'une gestion efficace des réseaux, considération reprise par les régulateurs, lesquels précisent que la liberté d'accès ne concerne que les sites et contenus légaux. Aux Etats-Unis, cette restriction a été admise comme allant de soi, mais en France les débats autour de l'HADOPI ont montré qu'il pourrait être légitime de s'approprier des œuvres illégalement, ce qui reviendrait à ériger le principe de neutralité en une « sorte de nouvelle liberté fondamentale », les auteurs précisant que cela n'est évidemment pas le cas, car ce qui est illégal dans le monde réel, l'est également dans le monde virtuel.

De la même façon, la restriction d'accès à certains contenus ne met pas en péril la liberté d'expression, car celle-ci n'est pas absolue, et les juges ont validé le blocage d'accès à des sites, dont le contenu incite, par exemple, à la haine raciale.

13. A l'occasion de l'adoption de la loi sur l'HADOPI en 2009, le Conseil constitutionnel français a mis en balance la protection du droit d'auteur et celle du droit de libre communication et celle de libre expression, sous la gouverne du principe de proportionnalité. Il a considéré que confier à une simple Autorité Administrative Indépendante le pouvoir de restreindre l'accès à Internet était à ces conditions disproportionnée. De la même façon en 2010, une Cour d'appel américaine a affirmé que la liberté d'expression est protégée par la Constitution, mais que, de la même technique de mise en équilibre, cela ne peut pas justifier des actes de contrefaçon.
14. Le droit au respect de la vie privée peut être quant à lui mis en danger par ce moyen de communication à l'ampleur nouvelle qu'est Internet. Des textes commencent à être pris dans différents pays pour limiter le temps de conservation des données personnelles par les opérateurs. Par ailleurs, des mécanismes de filtrage des contenus des sites peuvent constituer des atteintes à la vie privée, c'est pourquoi selon un raisonnement classique, il faut que l'ordre public soit concerné et que le principe de proportionnalité soit respecté pour que le filtrage soit légitime. Si le filtrage a pour source un contrat entre l'internaute et son FAI, le principe de liberté contractuelle permet une atteinte plus grande à la vie privée, puisque la volonté de la personne protégée s'est exprimée, mais il faut que celui-ci soit libre et donné en pleine connaissance de cause.
15. Les Autorités de protection des données personnelles (le CSA en France) interviennent pour préciser ces règles, notamment lorsque des données sont stockées à l'intérieur même des réseaux, car elles sont alors centralisées, ce qui peut alors constituer un danger pour les citoyens. Cette crainte s'exprime notamment si la mise en mémoire des visites, permettant par la suite de bien cibler la publicité (publicité comportementale), s'opère non plus à l'intérieur des sites mais à l'intérieur du réseau par un FAI¹.
16. Les auteurs insistent ensuite sur le fait que l'Europe n'a abordé la question de la neutralité d'Internet que bien après les Etats-Unis. Les directives européennes du « Paquet Telecom » de 2009 se contentent d'obliger les opérateurs d'informer les abonnés sur les pratiques de gestion de trafic et offrent au régulateur le pouvoir d'imposer des minimas de qualité pour la fourniture de l'accès à Internet. Les Etats sont donc assez libres d'intervenir en la matière, même si le droit communautaire, mettant avant tout en avant le principe de concurrence, a posé en 2002, qu'en l'absence d'un besoin manifeste d'une régulation *ex ante*, le système doit s'appuyer sur le droit de la concurrence *ex post*. Mais les auteurs affirment qu'il existe une « régulation asymétrique », qui a pour but de construire un marché concurrentiel, mais aussi une « régulation symétrique », qui indépendamment de celui-ci, vise d'autres objectifs, comme la protection du consommateur. La régulation asymétrique a pour sujet les opérateurs dominants, tandis que la régulation symétrique, indépendante des puissances de marché, a pour sujets tous les agents.

¹ NDE : depuis l'édition de ce livre, un projet de loi a été déposé devant le Congrès américain pour obliger tout gestionnaire de site ayant plus de 15.000 visiteurs par an à offrir aux visiteurs la possibilité de sortir de ces systèmes de collecte de données. Voir II-11.7: Bill to restrict online tracking currently pending before the American Congress, *The Journal of Regulation*, 2011.

17. Ainsi, des marchés de gros, tel que celui du gros débit fixe, doivent encore faire l'objet d'une régulation asymétrique. De même, l'on observe que sur le segment particulier du haut débit par ADSL, l'opérateur historique est puissant et doit être l'objet en tant que tel d'une régulation asymétrique. De même, pour l'accès au client final par la technique du dégroupage, l'opérateur historique est l'unique fournisseur, tant que des boucles locales en fibre optique ne viennent pas concurrencer la boucle locale en cuivre.

Mais, la situation est en réalité complexe, car les innovations techniques mettent les opérateurs en potentielle concurrence à travers le choix des techniques et la question demeure ouverte, de savoir si les régulateurs doivent intervenir sur ces questions. De la même façon, le prix de l'accès à la boucle locale est fixé pour inciter à faire des investissements ou bien pour d'autres considérations. La régulation asymétrique permet une telle politique du régulateur, exercée en Europe, tandis qu'aux Etats-Unis, la FCC est privée d'une telle compétence, les opérateurs mobiles n'étant donc pas obligés de partager leur élément de réseau avec des concurrents.

18. Les directives communautaires de 2009 ont rappelé que la transmission de contenu ne doit pas fausser la concurrence, ce qui revient à distinguer la discrimination anticoncurrentielle (proscrite) et la discrimination technique (*a contrario* autorisée²). Le texte souligne que les régulateurs doivent défendre l'intérêt des citoyens à accéder à l'information, à la diffuser et à utiliser les applications et les services de leur choix. Les auteurs estiment que des régulateurs, comme l'ARCEP en France, ont compétence pour régler des différends en la matière entre un opérateur et une entreprise même en l'absence de contrat, si elles sont rattachées indirectement par un accès ou une interconnexion.

19. Les textes communautaires spécifiques ne règlent pas la question de savoir si un FAI peut ou non pratiquer en amont une discrimination à l'égard de certains fournisseurs au bénéfice des uns et au détriment des autres, par exemple par des clauses d'exclusivité, mais le droit de la concurrence qui est « polyvalent par essence » peut traiter la question à travers l'abus de position dominante et l'accord anticoncurrentiel.

20. Les auteurs estiment que l'objet de preuve le plus difficile est dans le premier cas de l'abus de position dominante, la démonstration non pas de l'abus mais du marché pertinent, sur lequel l'entreprise doit détenir une position dominante. Or, il est très difficile de calculer la part détenue par chaque FAI dans le marché d'acheminement des contenus. Ces difficultés probatoires expliquent pourquoi le droit de la concurrence se manifeste surtout à travers la prohibition des ententes. Cela peut viser un contrat entre un FAI et un fournisseur de contenus, par lequel le fournisseur d'accès fournit un service de priorisation de flux à un fournisseur de données ou un moteur de recherche d'une façon exclusive. L'exclusivité n'est pas interdite en soi, car elle est souvent la condition de l'innovation et les exclusivités sont en la matière courante pour rentabiliser des investissements dans les nouveaux services, comme les vidéos 3D, promues par une filiale de *Google*. Les autorités de concurrence

² Voir supra.

analysent au cas par cas, l'exclusivité devant justifiée si elle demeure strictement proportionnée à ce qui est nécessaire pour l'innovation.

21. Cet ouvrage très pédagogique se clôt par une conclusion prenant la forme de questions/réponses. A la question de savoir ce qu'est la neutralité et quelles sont ses limites, les auteurs rappellent que le réseau doit être observé, autant qu'il est techniquement possible, la double exigence de non-ingérence et d'équivalence. A la question des enjeux de la neutralité, les auteurs soulignent qu'ils sont d'une part économiques, ayant trait notamment au partage de la valeur, et d'autre part sociétaux, liés à la liberté d'expression et à l'innovation. Ils insistent ensuite de nouveau entre la discrimination technique et efficace qui doit être autorisée, selon le principe de « quasi-neutralité », et l'hypothèse de discrimination anticoncurrentielle qui doit être sanctionnée. Les auteurs mettent en avant que dans un modèle économique libéral, le droit de la concurrence intervient en premier, la régulation, qu'elle soit asymétrique ou symétrique, ne devant intervenir qu'en second, si elle apparaît nécessaire. Le régulateur intervient en *ex ante*, mais aussi pour trancher les conflits. La neutralité d'Internet n'est pas seulement de la compétence du régulateur des infrastructures (en France l'ARCEP), mais encore des régulateurs des contenus, des liens de corégulation les associant aux opérateurs.

BREF COMMENTAIRE

22. Cet ouvrage est remarquable car il est tout à la fois très clair, complet, parfaitement actualisé et permet à tout lecteur de comprendre cette neutralité d'Internet dont bien des présentations trop passionnées nous la rend incompréhensible. On appréciera notamment que toutes les disciplines sont prises en considération et exposées, non seulement le droit et l'économie mais encore la sociologie. C'est ainsi que l'image des groupes de culture et d'intérêts que sont les technos, les architectes et les citoyens est particulièrement éclairante. En outre, les débats et l'actualité sont exposés tels qu'ils se déroulent, aussi bien aux Etats-Unis, qu'en Europe ou en France. Enfin, si l'ouvrage ne comporte pas de notes de bas de page, style de la collection oblige, en revanche, le lecteur peut disposer d'un glossaire et de repères bibliographiques très utiles. En un mot, il s'agit d'un excellent ouvrage.