

Cabinet BRIARD

Neutralité du Net : enjeux économiques, droits fondamentaux et droit comparé EU/US



Hôtel Le Marois – Salons du Cercle France-Amériques, 2 avril 2019

Le temps d'un petit-déjeuner débat, François-Henri Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, a réuni autour de lui plusieurs personnalités. ARCEP, liberté d'expression, régulation concurrentielle, ou encore discrimination vertueuse, les sujets n'ont pas manqué durant cette matinée franco-américaine d'échanges.

Aux USA, l'administration républicaine a complètement renversé la tendance dans le domaine de la neutralité du Net en décembre 2017. François-Henri Briard note que Donald Trump dispose de deux soutiens pour cela, Ajit Pai, président de la commission fédérale des communications (FCC) à l'origine de la nouvelle réglementation qui a aboli la neutralité d'Internet le 11 juin 2018 et Brett Kavanaugh, récent juge à la Cour suprême qui affirme que le principe de la neutralité d'Internet est contraire à la liberté d'expression au premier amendement de la Constitution américaine.

I. RÉGULER

Pour Monique Liebert-Champagne, conseiller d'État et membre du Collège de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la neutralité du Net est un sujet méconnu. Les autorités de régulation sont nées dans les années 90 dans tous les secteurs où se trouvait une entreprise publique en situation de monopole, précisément pour ouvrir le marché à la concurrence. On les rencontre dans le domaine de l'énergie (EDF, GDF), des transports (SNCF), des télédiffusions (ORTF), des télécommunications (France Télécom), etc. La mission initiale de l'ARCEP s'adressait aux télécoms. La France compte aujourd'hui quatre fournisseurs d'accès à Internet (FAI) qui offrent les tarifs d'abonnement les plus bas d'Europe. L'ARCEP assure la régulation des infrastructures de communication électronique. Elle lutte également contre la cybercriminalité et doit veiller à la neutralité du Net encore appelé Internet ouvert ou neutralité des réseaux. La neutralité du Net associe une philosophie et un corpus juridique dont l'ARCEP est le gendarme. La paternité du concept est attribuée à Tim Wu, professeur à l'Université de Columbia. Né en



Benjamin de Dreuzy, Arpine Khachatryan, Winston Maxwell, François-Henri Briard, Monique Liebert-Champagne, Géraldine Friess-Meric

1989, Internet a été conçu comme un espace d'accès au savoir, de liberté d'expression, de communication, de partage, d'entreprendre, d'innover. Dès lors, doit être garantie l'égalité de traitement et d'acheminement de tous les flux d'informations, quels que soient leur émetteur et leur destinataire. L'Internet « à plusieurs vitesses » et la limitation d'accès à certains contenus ne sont pas admissibles. On ne peut pas gérer les flux et en privilégier une partie choisie, ceci, en vertu du principe qui exclut de discriminer quelqu'un selon la source, la destination ou le contenu. Un fournisseur d'accès à Internet ne doit pas bloquer ou ralentir des flux. Il ferait alors de la discrimination négative. Il ne doit pas non plus proposer d'accès à certains services hors forfait. Il ferait alors de la discrimination positive, elle aussi interdite.

Certains voient dans la neutralité du Net un libéralisme excessif à tendance anarchiste. Quelques groupes influents défendant les

libertés sur Internet se sont violemment opposés à la réglementation naissante sur les droits d'auteur à Bruxelles ainsi qu'à la lutte contre la cybercriminalité. Cette position passe de libérale à libertaire. Derrière cette philosophie se trouve un corpus juridique, un règlement communautaire, paru le 25 novembre 2015, entré en vigueur le 30 avril 2016. En octobre 2016, compétence est donnée à l'ARCEP pour faire appliquer cette réglementation en droit direct, sans transposition. Tous les régulateurs de communication électronique ont été réunis à travers l'organisation des régulateurs européens en matière électronique qui a édité des lignes directrices en octobre 2016 pour se conformer au règlement communautaire. Ce règlement reconnaît de larges droits à l'utilisateur et des devoirs précis pour les fournisseurs d'accès à Internet.

Tout trafic doit être traité de façon égale et sans discrimination, restriction ou interférence, quel que soit l'expéditeur, le destinataire, les contenus. Cependant, le règlement autorise des restrictions raisonnables, tolérées pour des questions de gestion des ressources. Elles sont envisageables en cas de risque de congestion immédiate du réseau.

Le web laisse croire que tout est gratuit, mais il faut bien se rémunérer à un moment ou à un autre. Les plateformes et les FAI ont besoin de profits pour investir. Les petites start-up des années 80 sont devenues colossales et tuent les jeunes pousses dans l'œuf. Faut-il appliquer la loi anti trust aux monopoles énormes du Net ? L'ARCEP tente de défendre la liberté et la concurrence.

La libre circulation de l'information est acquise, encore faut-il que les équipements terminaux n'imposent pas des choix au consommateur. Exemple : « *bonjour centre média, mets-moi les infos* », et votre appareil se connecte toujours sur une station unique parce qu'il existe un accord exclusif entre ce diffuseur et le fabricant du système d'exploitation de votre machine. Si vous voulez une autre source, il faut vous montrer plus précis et dire « *bonjour centre média, mets-moi radio untel* ». L'information circule donc librement, mais le système d'accès oriente le flux par défaut.

L'ARCEP met en place des moyens techniques pour améliorer la détection automatique des pratiques préjudiciables à travers des logiciels de détection des mémoires de gestion de trafic. Les fournisseurs d'accès rencontrent, notamment en France, un environnement ardu. Ils assument à la fois une montagne d'investissement et une compétition sévère. Précisons que le droit de la concurrence a toujours été pro-consommateur. Il serait peut-être pertinent, face à la mondialisation, de reconsidérer ce parti pris.

Il faut bien distinguer les déclarations politiques aux États-Unis des positions de fonds. Il existe un consensus entre démocrates et républicains qui estiment que les FAI n'ont pas à bloquer certains contenus. En revanche, ils sont en désaccord sur les moyens à mettre en place pour cette finalité, souligne Winston Maxwell, avocat aux barreaux de Paris et de New York, cabinet Hogan Lovells. Pour les Républicains, le mieux est de s'en remettre au droit de la concurrence, de la protection du consommateur et le gendarme ne devrait pas ressembler à l'ARCEP, mais plutôt à la *federal trade commission* (commission fédérale du commerce, équivalente à la DGCCRF [Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des

fraudes]). L'écosystème, tant pour les FAI que pour les plateformes, est bien trop complexe pour établir des règles simples garantissant égalité et non-discrimination.

Mais comment différencier discrimination préjudiciable et discrimination vertueuse ? L'utopie de la neutralité du Net conçoit l'espace comme très égalitaire. L'internaute lambda doit être traité comme une société multinationale qui exploite Internet dans son activité. Égalité totale et non-discrimination totale favoriserait l'apparition de start-up, la liberté d'expression, l'innovation « sans permission ». En réalité, la discrimination vertueuse est présente. Elle sert à gérer sainement les ressources. Sans elle, un afflux trop intense de demandes simultanées ferait chuter le réseau. Les applications aussi sont soumises à la discrimination. Ainsi, un jeu vidéo a la priorité sur un email, parce que quelques millisecondes d'attente ont des répercussions pour le jeu, pas pour l'email. La discrimination commerciale s'observe chez les FAI qui catégorisent les populations de consommateurs. Offres, qualité de service et tarifs sont adaptés aux attentes des types de client.

Selon le principe de la neutralité du Net, les FAI ne doivent pas accorder de préférence à des fournisseurs de contenus comme des partenaires ou des filiales. Or, en ce moment, on constate une tendance mondiale d'intégration verticale. Les opérateurs majeurs essaient d'acheter les grands studios de production audiovisuelle, ou alors les plateformes financent et produisent leur propre production audiovisuelle disponible en exclusivité sur leur site (cf. rapport de l'Autorité de la concurrence sur les mutations dans le secteur audiovisuel). La régulation de la neutralité concerne un périmètre qui s'élargit et interroge sur le choix adéquat du régulateur.

II. MODÈLE ÉCONOMIQUE

La neutralité du Net ressemble pour partie à une extension de la liberté d'expression et de communication dans un espace moderne. Elle fédère les Européens et mériterait aux yeux de certains d'être constitutionnalisée, constate Benjamin Dreuzy avocat au barreau de Paris, du cabinet Briard. Aux USA, elle est considérée sous un angle économique, donnant lieu à une réglementation changeante et des contentieux entre les États et l'administration fédérale. La réglementation européenne est plus stable. Elle essaie de protéger le citoyen, favoriser l'économie et éviter de

créer des failles dans la société. Elle se compose du règlement européen de 2015, des lignes directrices de l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE ou BEREC en anglais) et des législations nationales. Cependant, il y manque encore un cadre fixé aux opérateurs. Il appartiendra à la jurisprudence et aux réformes futures de définir la conduite en matière de modulation des flux de données. Les fournisseurs d'accès à Internet sont soumis à des contraintes réglementaires lourdes concernant leur offre et la gestion du trafic. Mais un cadre trop rigide risque d'être dénoncé comme une entrave à la liberté d'entreprendre tant par les FAI que par les diffuseurs de contenu.

Géraldine Friess-Meric est responsable juridique marketing, relations clients et communication commerciale chez Orange. Elle affirme que la Net neutralité impacte les pratiques commerciales prochaines que quelques opérateurs imaginent. Ainsi, le *zero rating* consiste à ne pas déduire du crédit Internet du client les usages data qui sont nécessaires pour une application ou une catégorie d'applications. Les coûts du trafic sont pris en charge par l'opérateur. L'utilisation de l'application sans conséquence pour le forfait du consommateur lui donne également accès à des offres attractives. Dans le *sponsor data*, le principe est similaire, mais le coût du trafic est assumé par l'éditeur de l'application ou le fournisseur de contenu. Les régulateurs européens observent avec attention ces méthodes. Pour respecter les règlements et le principe de la neutralité, elles suivent un traitement technique indifférencié. Cette non-discrimination se décline sur les deux principaux forfaits généralement proposés aux consommateurs :

- forfait avec un plafond d'usage raisonnable (*fair use*), au-delà duquel le débit est réduit. Dans cette configuration, tous les usages subissent le débit réduit, quelle que soit l'application ;

- forfait bloqué, dans lequel, une fois le crédit de data atteint, tous les usages sont bloqués. Le traitement technique indifférencié entraîne une analyse au cas par cas de chaque projet. La position du FAI et du fournisseur d'application sur leur marché respectif sont prises en compte. Le degré d'incitation à utiliser ces applications est observé, incluant la nature de l'offre dont elle fait partie. L'impact de la pratique sur le marché des fournisseurs de contenu ou d'application est étudié notamment concernant la dissuasion éventuelle de nouveaux postulants sur le marché.

Jusqu'à présent, le *zero rating* n'a pas été remis en cause par une autorité de régulation, néanmoins, des opérateurs ont été sanctionnés parce qu'ils ne se conformaient pas à la non-discrimination technique ou à l'application de forfaits plafonnés. Les opérateurs hésitent à déployer ces méthodes qui sont minutieusement scrutées par les autorités de régulation.

Juriste à la direction juridique concurrence et réglementation chez Orange, Arpine Khachatryan voit dans la neutralité du Net des obligations pour les fournisseurs d'accès et des droits pour les internautes d'accéder aux contenus, de les diffuser librement, de fournir et d'utiliser des applications avec des équipements. Le principe d'un Net ouvert engendre quantité de malentendus. Ouvert ne veut pas dire gratuit. Les technologies durent de moins en moins, laissant peu de temps aux investisseurs pour rentabiliser leurs efforts de recherche. 15 ans de la GSM (Global System for Mobile Communications) à la 3G, 10 ans de la 3G à la 4G, 6 ans de la 4G à la 5G, ces étapes ont demandé des milliards de financement. La durée de vie de la 5G suffira-t-elle pour que les opérateurs rentrent

dans leurs frais ? Le trafic mobile data a été multiplié par 18 entre 2012 et 2017. Les estimations de CISCO prévoient que le trafic sur Internet triplera entre 2017 et 2022. En 2022, les transmissions sur les réseaux dépasseront l'intégralité du trafic Internet transmis pendant les 32 années précédentes. Dans cette explosion volumétrique, le contenu vidéo consomme plus de 80 % de la capacité utilisée. Avec la promesse de la multiplication des objets connectés, leur nombre devrait atteindre les 26 milliards en 2022, et plus de 125 milliards en 2030. Ces perspectives conditionnent le développement impérieux du réseau et de la bande passante.

Récemment, l'Autorité de la concurrence a considéré que les opérateurs se trouvent dans une situation paradoxale. Ils sont contraints d'accroître leurs investissements de développement de réseau pour eux-mêmes comme pour leurs concurrents sans obtenir en contrepartie de véritable revenu complémentaire. Le prix de la data baisse en Europe tandis que les obligations des opérateurs augmentent. Comment redéfinir un équilibre où tous les acteurs du marché participent à l'amélioration des réseaux ? Les opérateurs estiment qu'il n'existe pas

d'opposition entre la neutralité du Net et le financement de son réseau par ceux qui créent le trafic. Le manque de financement pour le réseau conduirait à une régression de la qualité de service. Le modèle économique a besoin d'être repensé.

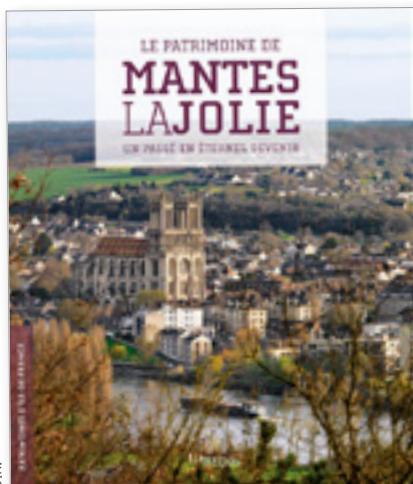
Dans la version actuelle, le règlement européen ne pèse que sur les opérateurs. Pourtant, beaucoup d'autres acteurs interviennent : hébergeurs, transiteurs, fournisseurs de contenus et d'applications. La protection des droits du consommateur lui donne accès à un Web ouvert. Certes, le contenu qui arrive chez un fournisseur d'accès en Europe ne subira pas de discrimination de flux, mais cela a pu se produire antérieurement en passant par des hébergeurs, transiteurs, etc. Tous ces acteurs en amont du flux, hors UE, bénéficient de la neutralité du Net pour toucher leur client final sans discrimination, alors qu'ils ne sont soumis à aucune contrainte réglementaire et peuvent donc librement bloquer ou favoriser le trafic de leur choix. En fin de compte, peu importe à quel niveau de la chaîne la discrimination s'opère, le résultat est le même pour le consommateur final.

C2M

2019-4767

Le patrimoine de Mantes-la-Jolie rassemblé dans un ouvrage

Une collégiale gothique, des fortifications, des hôtels particuliers, un Hôtel-Dieu, une sous-préfecture, des cités-jardins, une « *plus belle mairie de France* », le grand ensemble du Val Fourré, comment trouver une logique à cet inventaire à la Prévert ? Tout simplement en chaussant les bottes de sept lieues de l'Histoire de France. Voici Guillaume le Conquérant qui incendie la ville en 1087. Voici Louis VII le Jeune, dont le frère Philippe est abbé de la collégiale. Ils sont suivis par les deux cousins ennemis, Charles de Navarre, dit « *le mauvais* » et Charles V, dit « *le sage* », qui n'ont de cesse de fortifier la ville, le pont, le château, la collégiale. Mais ne dirait-on pas Du Guesclin qui vient de reprendre la ville au nom du roi ? La roue de fortune de l'église Sainte-Anne continue de tourner et voici Mantes sous la domination des Anglais qui fortifient encore et construisent



Dr.

la tour Saint-Martin. J'aperçois Henri IV qui trépigne aux portes de Paris. Mantes est alors un court instant la petite capitale de la France... À l'ère du chemin de fer tout s'accélère,

la ville s'agrandit et se dote d'équipements publics. Mais les Alliés bombardent le pont et la voie ferrée. C'est le prélude à la modernité orchestrée par Raymond Lopez qui reconstruit le centre, modernise les Bas-quartiers, planifie le Val Fourré. Ce beau livre, richement illustré, détaille tout le patrimoine de Mantes-la-Jolie au gré des multiples traces laissées dans la ville par l'Histoire de France !

Cet ouvrage, réalisé par le service Patrimoine et Inventaires de la Région Île-de-France, est le cinquième numéro de la collection de beaux livres Patrimoines d'Île-de-France.

Le patrimoine de Mantes-la-Jolie, Un passé en éternel devenir, Inventaire du patrimoine (Texte : Roselyne Bussièrre, en collaboration avec Hélène Bouisson, Catherine Cmokrak, Jeanne Paquet, Nicolas Pierrot – Photographies : Laurent Kruszyk), Éditions Lieux Dits, 160 pages - 24 euros.

2019-4744