

## **Le partage de « facilités essentielles » comme défense du principe de neutralité de l'Internet**

### *Les régulateurs français et américain face aux enjeux de l'accès aux réseaux haut et très haut débit*

\* \*  
\*

*« L'Internet a été conçu sans gardiens des nouveaux contenus ou services, sur un modèle neutre à plusieurs couches qui permet aux utilisateurs à chaque extrémité du réseau d'innover en étant libres de tout contrôle central »<sup>1</sup>*

Vinton Cerf, co-créateur du protocole TCP/IP, Président de l'ICANN

La neutralité de l'Internet, principe fondamental de son fonctionnement, doit être défendue. Ses jours sont en effet peut-être comptés. Cet article postule que les droits de la régulation et de la concurrence, via le concept des « facilités essentielles », doivent être les garants de cette neutralité. Une approche comparatiste France - Etats-Unis a été choisie afin de faire ressortir les différences mais aussi les risques inhérents aux comportements des régulateurs des deux côtés de l'Atlantique.

Après avoir rappelé ce qu'est la neutralité de l'Internet et son importance, la discussion se concentrera sur deux modes d'accès à l'Internet, le haut et le très haut débit, et cherchera à montrer quelles ont été (ou quelles seront peut-être) les approches des régulateurs français et américain sur ces questions. Si l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP) fait preuve d'un certain volontarisme en usant du principe des facilités essentielles, soutenue sur ce point par le Conseil de la concurrence, son homologue américaine, la Federal Communications Commission (FCC) se montre en faveur d'un « laissez-faire » du marché et stimule la concurrence entre les opérateurs tout en réduisant les obligations de partage d'infrastructures qui leur incombaient jusque là.

Cette position nous semble dangereuse et cet article défend l'idée qu'une régulation est nécessaire afin de mutualiser les ressources essentielles, véritables vecteurs de la concurrence. Il en va de l'avenir de l'Internet et plus largement de l'innovation dans nos sociétés.

\* \*  
\*

## **1. Le principe de neutralité de l'Internet**

### **a. Architecture et neutralité de l'Internet**

Souvent décrit comme le « réseau des réseaux », l'Internet est d'abord un assemblage de couches reliées entre elles par des protocoles spécifiques. Pour Benkler<sup>2</sup>, l'Internet

<sup>1</sup> Interview parue dans *Computer Weekly*, « The end of the web as we know it? », 28 novembre 2006  
« *The Internet was designed with no gatekeepers over new content or services, and on a layered, end-to-end model that allows people at each level of the network to innovate free of any central control* ».

<sup>2</sup> Yochai Benkler, « From Consumers to Users : Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access », *Federal Communications Law Journal*, Vol. 52, 2000  
<http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v52/no3/benkler1.pdf>

est composé de trois couches principales : une couche de transport (infrastructure), une couche « logique » qui contient les applications nécessaires (infostructure) et une couche de contenus.

L'une des particularités de cette architecture est liée à l'indépendance des différentes couches qui constituent le réseau. En effet, le double protocole fondamental de l'Internet « *TCP/IP* » assure une séparation entre les fonctions de transport et les fonctions de traitement des informations<sup>3</sup>. Cette séparation est à l'origine de ce que l'on appelle la neutralité de l'Internet ou principe du « *end to end* »<sup>4</sup>.

Il convient de noter que pour transiter par le réseau Internet, l'information (par exemple un e-mail) est découpée en petits paquets qui sont transmis séparément au destinataire final. Ces paquets sont ensuite recombinaés par l'ordinateur de ce dernier pour que l'information lui soit intelligible. Selon ce principe, c'est aux extrémités du réseau que se crée la valeur, qu'est traitée l'information par les utilisateurs finals, le réseau lui-même n'étant qu'un moyen de transport. Si on utilise une analogie postale, le réseau Internet agirait comme un facteur qui transporte des paquets d'un émetteur vers un destinataire<sup>5</sup>. Le principe de neutralité est sans aucun doute l'une des pierres angulaires de l'architecture de l'Internet et est à l'origine de nombreuses innovations économiques et technologiques et sociales.

Selon Shelanski, le réseau constitue une plateforme d'expression commune, un « *bien commun* » qui permet à l'ensemble des utilisateurs de développer de nouveaux contenus et de nouveaux services<sup>6</sup>. Les conditions et le prix d'accès au réseau sont devenus des éléments vitaux pour l'ensemble des entreprises tant aux États-Unis qu'en Europe. Le principe de neutralité de l'Internet peut alors être décrit comme la possibilité pour tous d'accéder aux ressources du réseau (applications, services ou contenus) sans discrimination. Ces conditions d'accès sont particulièrement importantes pour les petites entreprises qui créent de nouveaux services sur Internet. En effet, la majorité des innovations sur Internet sont issues d'entreprises de petite taille, qui ont pu grâce aux financements des structures de capital-risque, développer de nouveaux services et de conquérir de nouveaux marchés.

Le principe d'un Internet « ouvert » et d'un égal accès pour tous aux ressources du réseau est défendu par de nombreux acteurs. En France par exemple, le Président de l'ARCEP, Paul Champsaur, s'y est déclaré à plusieurs reprises favorable<sup>7</sup>. De même la Commission européenne ainsi que l'ensemble des pays de l'Union Européenne ont

<sup>3</sup> Voir par exemple, Lawrence Lessig, *Code version 2.0*, Basic Books, 2006, Chap 4

<sup>4</sup> Jerome H. Saltzer et al., « End-to-End Arguments in System Design », *Integrated Broadband Networks*, edited by Amit Bhargava, Norwood, Mass.: Artech House, 1991 ou encore « Rethinking the design of the Internet : The end-to-end arguments vs. the brave new world » par David D. Clark et Marjory S. Blumenthal, 25<sup>th</sup> Telecom Policy Research Conference (2000) <http://www.tprc.org/abstracts00/rethinking.pdf>

<sup>5</sup> « *Like a daydreaming postal worker, the network simply moves the data and leaves its interpretation to the applications at either end* », Lessig (2006) précité.

<sup>6</sup> Howard Shelanski, « Three Constraints on Net Neutrality Tradeoffs with the "End-to-end" Principle » (University of California, Berkeley, le 8 février 2004) [http://www.pff.org/weblog/Shelanski\\_Boulder04.pdf](http://www.pff.org/weblog/Shelanski_Boulder04.pdf)

<sup>7</sup> Voir par exemple l'intervention de Paul Champsaur, Président de l'ARCEP, aux journées internationales de l'Idate à Montpellier, le jeudi 16 novembre 2006, [http://www.art-telecom.fr/index.php?id=2124&L=3&tx\\_gsactualite\\_pi1\[uid\]=891&tx\\_gsactualite\\_pi1\[annee\]=&tx\\_gsactualite\\_pi1\[theme\]=&tx\\_gsactualite\\_pi1\[motscle\]=&tx\\_gsactualite\\_pi1\[backID\]=24&cHash=de54bad2b6](http://www.art-telecom.fr/index.php?id=2124&L=3&tx_gsactualite_pi1[uid]=891&tx_gsactualite_pi1[annee]=&tx_gsactualite_pi1[theme]=&tx_gsactualite_pi1[motscle]=&tx_gsactualite_pi1[backID]=24&cHash=de54bad2b6)

réaffirmé leur attachement à la neutralité de l'Internet<sup>8</sup>. Les 25 ont notamment défendu cette notion lors du dernier Sommet Mondial sur la Société de l'Information organisé par les Nations Unies. Outre atlantique, la FCC, autorité américaine de régulation des télécommunications, demeure aussi très attachée au principe de neutralité<sup>9</sup> et de l'accès pour tous au réseau.

### **b. La neutralité remise en question : le risque de fragmentation**

Un certain nombre d'acteurs se montrent cependant, au mieux sceptiques, au pire hostiles, au principe de neutralité<sup>10</sup>. Il s'agit en particulier des fournisseurs d'accès à Internet (FAI), en particulier outre-atlantique. Ces derniers estiment notamment, nous y reviendrons, qu'il serait légitime qu'ils puissent faire payer aux fournisseurs de contenus une redevance pour faire transiter leurs données sur le réseau à travers leurs infrastructures. A l'heure actuelle, aussi bien aux Etats-Unis qu'en Europe, les FAI ne font payer que les consommateurs finaux : leurs abonnés. Cependant ils jugent, notamment aux Etats-Unis, que cette rémunération est insuffisante pour entretenir l'infrastructure existante et l'améliorer<sup>11</sup>.

Les FAI américains proposent ainsi une tarification dite « étagée » qui varierait en fonction des contenus et de leurs émetteurs. L'objectif pour les fournisseurs d'accès Internet américains serait alors de pouvoir facturer un « *premium* » aux fournisseurs de services ou de contenus afin qu'ils puissent bénéficier d'une bande passante « spécifique » vers les usagers de leurs services. Il convient de noter que dans le fonctionnement actuel les fournisseurs de contenus contribuent au financement des réseaux (côté serveur) pour mettre à disposition leurs services dans des conditions acceptables pour leurs usagers. La proposition émise par les opérateurs télécoms consisterait à les associer aux coûts (côté utilisateurs) en particulier pour la diffusion de la vidéo.

Ce modèle de l'Internet à plusieurs vitesses (« *tiered Internet* ») présente des risques importants. Tout d'abord, il remettrait en cause le principe fondamental de neutralité dans la mesure où l'accès au réseau et à ses ressources ne serait plus le même pour tous. Les grands (et riches) acteurs de l'Internet comme Google, Yahoo! et autres Amazon pourraient faire transiter leurs données de manière fiable et rapide depuis leurs serveurs vers les utilisateurs finaux moyennant paiement aux FAI qui les desservent. Les fournisseurs de contenu plus modestes devraient alors se contenter d'un accès moins rapide, moins fiable, moins prioritaire.

On le comprend aisément introduire une surtarification pour le transit de la voix ou de la vidéo pénaliserait directement les sociétés qui innovent dans ces secteurs. Dans le

---

<sup>8</sup> Voir, entre autres, le discours de Vivian Reding à la Conférence de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) "Telecom World 2006" Hong Kong, Chine, 4 décembre 2006, <http://www.netgouvernance.org/NG2/News%20blog/45DEEF50-DE36-4E91-9DFC-82FFD79C6224.html>

<sup>9</sup> FCC, Policy Statement, 23 septembre 2005, [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf)

<sup>10</sup> Voir par exemple Christopher Fulmer, « When discrimination is good : encouraging broadband Internet investment without content neutrality », *Duke Law and Technology Review*, n° 6, 20 février 2006 ou encore Robert Hahn et Robert Litan, « The Myth of network neutrality and what we should do about it », AEI-Brookings joint center for regulatory studies, novembre 2006 <http://www.heartland.org/pdf/20301.pdf>

<sup>11</sup> Audition de R. Hewitt Pate devant le Congrès américain lors des débats sur la neutralité, 18 Juillet 2006, <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/PateStatement.pdf>

cas d'un système de tarification « étagé », une société de téléphonie sur Internet comme Skype n'aurait tout simplement pas été en mesure de se développer, ses fondateurs ne pouvant se permettre d'accéder aux ressources du réseau et de faire transiter à faible coût leurs flux de données. Il serait impossible pour de nombreuses start-ups de viser un marché international et donc d'atteindre une taille critique. Le risque serait alors que les innovations deviennent l'apanage de grandes compagnies, qui seraient seules en mesure d'investir afin d'accéder au réseau dans des conditions optimales.

Un autre risque concerne le choix laissé aux consommateurs. Comme le note David Flint<sup>12</sup>, les FAI ont de plus en plus tendance à développer leurs propres services que ce soit dans le domaine de la télévision par Internet ou de la VoIP<sup>13</sup>. Les FAI pourraient donc promouvoir leurs services en les faisant transiter de façon prioritaire sur leurs infrastructures, détournant ainsi les consommateurs de produits concurrents. On peut par exemple imaginer un FAI qui propose des services de vidéo à la demande. C'est le cas à présent en France. S'ils peuvent revenir sur le principe de neutralité, les FAI permettront à leurs films de « transiter » de manière prioritaire vers leurs abonnés. Il assignera en revanche un rang moins favorable aux données de ses concurrents, ce qui peut avoir pour conséquence une bien moins bonne qualité de réception. Les consommateurs se tourneront alors en priorité vers les offres du FAI, délaissant la concurrence. Les concurrents n'auront alors d'autres choix que de payer un « *premium* » au FAI pour rétablir une situation d'équilibre.

De façon encore plus radicale, il est parfaitement envisageable que certains FAI bloquent purement et simplement l'accès à certains services et à certains contenus<sup>14</sup>. Un FAI vendant de la musique en ligne pourrait ainsi empêcher l'accès à l'Apple iTunes Music Store. Ces exemples de blocage ne sont plus des hypothèses d'école. Aux Etats-Unis, Madison River Communications, un fournisseur d'accès Internet DSL, a consenti à payer 15 000 dollars à Vonage pour avoir bloqué les communications VoIP en provenance de Vonage, un autre FAI<sup>15</sup>.

Il apparaît nécessaire, à la vue de ces constats, de se prémunir des risques que représenterait une telle fragmentation de l'Internet. Les problèmes juridiques soulevés par ces pratiques « anti-neutralité » sont au carrefour de deux branches du droit économique : le droit de la régulation<sup>16</sup> et le droit de la concurrence. La régulation tout d'abord dont les interventions fréquentes et décisives des autorités dites précisément « de régulation » des télécommunications sont les témoins. La concurrence ensuite car les problématiques d'accès au marché, de choix des consommateurs ou encore de mise à disposition de facilités essentielles lui sont centrales. Dans la seconde partie de cet article, une distinction entre les réseaux de haut débit (de type DSL) et ceux de très haut débit (de type fibre optique) sera opérée afin de démontrer qu'en France, si le premier marché a été protégé du risque de fragmentation par une coordination du droit de la régulation et du droit de la

---

<sup>12</sup> David Flint, « Pipes and Tubes », *Business Law Review*, décembre 2006

<sup>13</sup> Voice over Internet Protocol : téléphonie par Internet

<sup>14</sup> William G. Laxton, « The end of net neutrality », *Duke Law and Technology Review*, n°15, 18 Juillet 2006

<sup>15</sup> FCC, Consent Decree DA 05-543, [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/DA-05-543A2.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-05-543A2.pdf) et interview de Kevin Martin, Président de la FCC : <http://www.techlawjournal.com/agencies/fcc/networkneutrality/20060208.asp>

<sup>16</sup> Marie-Anne Frison-Roche, « La régulation, objet d'une branche du droit », *Les Petites Affiches*, n°110, 3 juin 2002 ; ou encore du même auteur « Le droit de la régulation », *Chroniques*, D.2001 n°7

concurrence, le second se trouve dans une situation plus incertaine et court des risques importants.

\* \*  
\*

## **2. Les réseaux du haut débit resteront-ils neutres ? Ceux du très haut débit le seront-ils ?**

### **a. Les réseaux haut débit**

Le haut débit, comme leur nom l'indique, désigne des modes de connexion à l'Internet plus rapides que les modes d'accès traditionnels par numérotation téléphonique (RTC) ou l'accès numérique RNIS. Ils offrent aux utilisateurs des débits nettement supérieurs<sup>17</sup>, une connexion permanente et laissent disponible la ligne téléphonique pour passer et recevoir des appels.

Il existe, aussi bien aux Etats-Unis qu'en Europe, deux modes principaux de connexion haut débit à l'Internet pour les consommateurs. Tout d'abord, ces derniers peuvent opter pour une connexion par câble. Il s'agit du type d'accès Internet prépondérant aux Etats-Unis<sup>18</sup> alors qu'en France il ne concerne que 5,5% des connexions haut débit<sup>19</sup>. Très schématiquement, les câblo-opérateurs, reliés directement à « l'Internet mondial » par l'intermédiaire de *backbones*<sup>20</sup> l'amène chez le consommateur via un câble qui dessert directement leur domicile. Ils sont ainsi propriétaires de l'infrastructure de transport qui va de leurs serveurs aux consommateurs.

L'autre mode de connexion est la technologie ADSL<sup>21</sup> qui représente 94% des accès haut débit en France et 63% au sein des pays de l'OCDE<sup>22</sup>. L'ADSL est une technique d'accès obtenue grâce à la numérisation des lignes téléphoniques de cuivre. Comme le transport de données nécessite des fréquences supérieures à celles d'un signal voix, données et voix peuvent circuler simultanément sur la même ligne sans interférer. La ligne téléphonique est donc la base essentielle de l'infrastructure des réseaux ADSL. Elle est la propriété de France Télécom qui relie environ 34 millions de prises téléphoniques à approximativement 12 000 centraux téléphoniques ou répartiteurs chargés de diffuser l'Internet chez les abonnés via la boucle locale (aussi appelée paire de cuivre). Comme l'explique l'ARCEP<sup>23</sup> :

<sup>17</sup> Jusqu'à 20 Mbit/s en ADSL 2+ et les câblo-opérateurs annoncent des débits de 100 Mbit/s.

<sup>18</sup> Statistiques de l'OCDE, [www.oecd.org/sti/ict/broadband](http://www.oecd.org/sti/ict/broadband)  
ARCEP, étude réalisée par le cabinet Le Channel, « Collectivités territoriales et haut débit aux Etats-Unis », avril 2005, <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/publications/etudes/benchmark-hdcollec/etats-unis.zip>

<sup>19</sup> ARCEP, Observatoire du haut débit, dernier trimestre 2006, <http://www.arcep.fr/index.php?id=8764>

<sup>20</sup> Ce sont les véritables « épines dorsales » de l'Internet mondial qui en constituent « l'ossature »

<sup>21</sup> *Asymmetric Digital Subscriber Line* qu'on peut traduire par « Ligne d'abonnement numérique à débit asymétrique »

<sup>22</sup> Statistiques de l'OCDE, précité.

<sup>23</sup> ARCEP, « L'accès à Internet haut débit et l'ADSL », [http://www.art-telecom.fr/index.php?id=30&tx\\_gsfaq\\_pi2\[categoryUid\]=31&tx\\_gsfaq\\_pi1\[categoryUid\]=31&cHash=4172e378b4#question\\_266](http://www.art-telecom.fr/index.php?id=30&tx_gsfaq_pi2[categoryUid]=31&tx_gsfaq_pi1[categoryUid]=31&cHash=4172e378b4#question_266)

« Pour fournir l'ADSL à ses clients, les opérateurs alternatifs peuvent, entre autres solutions, avoir recours au dégroupage, [total ou] partiel. Le dégroupage, c'est [...] la location, par un opérateur concurrent de France Télécom, de la partie finale de la ligne téléphonique - la boucle locale - arrivant chez l'abonné. En dégroupage partiel, l'opérateur dégroupé ne loue que les fréquences hautes de la ligne qui permet de fournir les services ADSL. Il gère de bout en bout la connexion Internet permanente du client final et les services associés, et France Télécom continue d'assurer le service téléphonique de l'abonné. Dans le cas du dégroupage total, l'opérateur dégroupé gère l'ensemble des fréquences de la ligne [...] »

Dans le cas du dégroupage total, les FAI vont donc fournir leur service directement sur la boucle local louée à France Télécom et qui dessert les habitations des consommateurs via la prise téléphonique. Pour ce qui est du dégroupage partiel, les FAI vont se raccorder en amont de la boucle locale mais toujours sur le réseau de France Télécom.

La différence entre les Etats-Unis et la France concernant les modes d'accès à l'Internet a, compte tenu de leurs caractéristiques techniques, une importance majeure. Outre-atlantique, en dehors des grandes villes desservies par plusieurs opérateurs de DSL ou de câble, une situation de quasi-duopole existe sur l'ensemble du territoire<sup>24</sup>. En effet, les États-Unis n'ont pas connu le dégroupage de la boucle local (et donc le partage des infrastructures par différents opérateurs) qui a été à l'origine du décollage des technologies DSL en France. La concurrence limitée sur le segment final d'accès (la boucle locale ou « last mile ») place les câblo-opérateurs américains dans une position de pouvoir sur le réseau bien supérieure à leurs homologues européens et le principe de neutralité s'en trouve de fait menacé. A l'inverse de l'ARCEP et du Conseil de la concurrence français, le régulateur américain, la FCC, s'est montré hostile à imposer des obligations de partage aux opérateurs propriétaires d'infrastructures. Pourtant, selon le titre II du Communications Act de 1934<sup>25</sup>, les fournisseurs de services de télécommunication classés sous la catégorie éponyme « *telecommunications services* » sont soumis à certaines obligations dites de *common carrier* qui les obligent en substance à partager leurs réseaux contre rémunération et à assurer l'interopérabilité<sup>26</sup> de ces derniers avec les réseaux de leur concurrents<sup>27</sup>. En faisant voter le Telecommunications Act de 1996, le Congrès américain a tenté de réduire les obligations pesant sur les fournisseurs de services de télécommunication en les classant sous une nouvelle catégorie dite des « *information services* »<sup>28</sup>. Les fournisseurs de services reconnus comme *information services* ne sont pas soumis aux obligations de *common carrier*. Le Congrès ne put cependant décider clairement si les FAI haut débit (câble ou DSL) fournissaient des *telecommunications services* ou des *information services*. Après quelques contentieux devant des cours fédérales

---

<sup>24</sup> J. Scott Marcus, « Is the US dancing to a different drum », *Communications and Strategies*, n°60, 2005

<sup>25</sup> Communications Act 1934, <http://www.fcc.gov/Reports/1934new.pdf>

<sup>26</sup> Sur cette notion, consulter <http://fr.wikipedia.org/wiki/Interop%C3%A9rabilit%C3%A9>

<sup>27</sup> « [common Telecommunication carriers] must charge just and reasonable, nondiscriminatory rates to their customers, [...] design their systems so that other carriers can interconnect with their communications networks, [...] and contribute to the federal "universal service" fund [...]. These provisions are mandatory. » National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services, Supreme Court of the United States, 27 Juin 2005

<sup>28</sup> Telecommunications Act 1996, <http://www.fcc.gov/Reports/tcom1996.pdf>

américaines contre des décisions de régulateurs fédéraux ou régionaux<sup>29</sup>, la FCC se devait de mettre fin aux ambiguïtés. En mars 2002, elle publia un document<sup>30</sup> qui classe les FAI câblo-opérateurs en tant que fournisseurs d' *information services*. La FCC explique que les FAI haut débit ne doivent pas être soumis à des contraintes de régulation trop importantes et qu'il est du devoir de l'autorité en charge de cette régulation de promouvoir un environnement qui favorise l'innovation et la compétition. Pas moins de sept recours devant des cours fédérales ont été dirigés contre cette décision. Ces plaintes ont été jointes dans une affaire présentée aux juges de la Cour d'appel du neuvième circuit : l'affaire dite « Brand X »<sup>31</sup>. Les juges décidèrent que la fourniture d'un accès Internet haut débit par câble était pour partie un *information service* et pour partie un *telecommunication service* ce qui entraînait un certain nombre d'obligations de *common carrier* pour les FAI. La Cour Suprême cassa le jugement dans une décision de juin 2005<sup>32</sup>, estimant qu'il est du seul pouvoir de l'autorité de régulation de décider de reconnaître les FAI câblo-opérateurs comme fournisseurs d' *information services*. La Cour releva que la FCC pouvait adopter une approche au « cas par cas » et décider de classer les FAI par ADSL dans une catégorie différente. La FCC s'est donc vu confier un immense pouvoir de régulation du marché en définissant qui serait soumis aux (lourdes) obligations de *common carrier*. Quelques mois après la décision de la Cour Suprême, la FCC classifia les FAI ADSL comme fournisseurs d' *information services*<sup>33</sup> les dispensant du même coup de partager obligatoirement leurs infrastructures, en particulier la boucle locale. Le régulateur américain a donc dessiné à lui seul le paysage concurrentiel du marché de la fourniture d'accès Internet haut débit en exemptant les principaux FAI des obligations de *common carrier*. Selon Michel Bazex<sup>34</sup>, la régulation dans le cas présent peut aller dans deux directions : aménager l'accès des tiers à l'infrastructure ou développer des substituts. La FCC a opté pour la deuxième solution envisagée par l'auteur : elle s'est prononcée en faveur du développement d'offres alternatives aux opérateurs existants, notamment par le biais de nouveaux moyens d'accès à l'Internet comme le *Wimax* ou via les lignes d'électricité.

Les décisions de la FCC font cependant courir un vrai risque au principe de neutralité. Plusieurs opérateurs de télécommunication se sont déclarés satisfaits et ont annoncé qu'ils feraient payer (plus chèrement) l'accès à leurs réseaux Internet, notamment aux fournisseurs de contenus<sup>35</sup>. Craignant que le secteur des télécoms ne soit alors en

---

<sup>29</sup> Voir par exemple MediaOne Group, Inc. v. County of Henrico, Virginia, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 11 Juillet 2001 où la Cour annule la décision du county d'Henrico d'imposer l'ouverture du réseau de MediaOne aux FAI concurrents.

<sup>30</sup> FCC, « Declaratory Ruling and Notice of Proposed Rulemaking », 14 mars 2002, [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-02-77A1.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-02-77A1.pdf)

<sup>31</sup> Brand X Internet Services v. FCC, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 6 octobre 2003

<sup>32</sup> National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services, Supreme Court of the United States, 27 Juin 2005, <http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-277.ZS.html>

<sup>33</sup> FCC, Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, Août 2005, [http://news.com.com/FCC+changes+DSL+classification/2100-1034\\_3-5820713.html?tag=st.num](http://news.com.com/FCC+changes+DSL+classification/2100-1034_3-5820713.html?tag=st.num)

<sup>34</sup> Michel Bazex, « Entre concurrence et régulation, la théorie des "facilités essentielles" », *Revue Concurrence et Consommation*, n°119, janvier-février 2001

<sup>35</sup> Catherine Yang, « At Stake : The Net as We know it », *Business Week*, 15 décembre 2005, [http://www.businessweek.com/technology/content/dec2005/tc20051215\\_141991.htm](http://www.businessweek.com/technology/content/dec2005/tc20051215_141991.htm) à rapprocher de la fameuse citation du PDG d'AT&T, Edward Whitacre Jr., extraite d'une interview à *Business Week* en 1998: « *We and the cable companies have made an investment, and for a Google or Yahoo or Vonage or anybody to expect to use these pipes (for) free is nuts!* » citée par Pate (2006), précité.

mesure de contrôler le développement de l'ensemble des technologies et des services de l'Internet, des parlementaires américains ont souhaité « *sanctuariser* » le principe de neutralité qui veut que les fournisseurs d'infrastructure ne puissent pas sélectionner (ou rendre prioritaires) certains contenus au détriment des autres. Ainsi, l'amendement sur la neutralité proposé par le démocrate Ed Markey<sup>36</sup> souhaitait introduire ce principe dans la loi afin d'éviter que l'effort de régulation ne repose seulement sur une action « au cas par cas »<sup>37</sup> de la FCC au fur et à mesure du développement des technologies d'accès à l'Internet mais bien qu'elle puisse à l'avenir émettre des règles générales dans ces domaines. Les débats devant le Congrès américain furent âpres<sup>38</sup>. Au final, les Républicains ont réussi à bloquer l'amendement mais la nouvelle majorité démocrate est bien décidée à remettre la discussion sur la « net neutrality » à l'ordre du jour, surtout après la fusion d'AT&T et de BellSouth<sup>39</sup>. On ne peut qu'espérer qu'ils y parviennent.

En France, la situation est tout autre. Le dégroupage, qui peut raccorder 56% de la population française<sup>40</sup>, a permis un réel essor de la concurrence entre FAI au sein du marché de la fourniture d'accès Internet ADSL, se traduisant pour le consommateur par une impressionnante baisse des prix et une forte hausse des débits proposés<sup>41</sup>. Le dégroupage ne s'est pourtant pas imposé sans heurts et il a fallu l'intervention de l'ARCEP et du Conseil de la concurrence pour que France Télécom veuille bien concéder l'accès aux boucles locales à des opérateurs tiers.

A l'instar de ce qui avait été décidé dans le secteur du câble<sup>42</sup>, dans une décision du 7 novembre 2005<sup>43</sup>, le Conseil de la concurrence estime que France Télécom aurait dû fournir un accès à la boucle locale aux FAI dans la mesure où cette dernière constitue une « facilité essentielle »<sup>44</sup>. En effet, la technologie ADSL ne peut être mise en place que via les lignes téléphoniques et en particulier en reliant la boucle locale aux installations du FAI<sup>45</sup>. Ce dernier doit donc y avoir accès pour relier la prise téléphonique de ses abonnés à ses installations. Comme le démontre clairement le Conseil de la concurrence, la boucle locale satisfait toutes les conditions qui font

<sup>36</sup> [http://www.rules.house.gov/109\\_2nd/specialrules2nd109/hr5252/109hr5252\\_markey20.pdf](http://www.rules.house.gov/109_2nd/specialrules2nd109/hr5252/109hr5252_markey20.pdf)

<sup>37</sup> Selon les termes employés par la Cour Suprême dans l'affaire « Brand X »

<sup>38</sup> Consulter l'excellente veille opérée sur ce sujet par CNet « Net Neutrality Showdown » :

[http://news.com.com/Net+neutrality+showdown/2009-1028\\_3-6055133.html](http://news.com.com/Net+neutrality+showdown/2009-1028_3-6055133.html)

<sup>39</sup> <http://www.internetnews.com/bus-news/article.php/3652136>

<sup>40</sup> ARCEP, « Tableau de bord du dégroupage et du bitstream », 30 novembre 2006,

<http://www.arcep.fr/index.php?id=34>

<sup>41</sup> ARCEP, « Zones dégroupées en France », 30 septembre 2006 :

[http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/observatoire/blr/novembre\\_2006/carte-couv-dsl-300906.pdf](http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/observatoire/blr/novembre_2006/carte-couv-dsl-300906.pdf)

<sup>42</sup> « il ne peut être exclu que NC NumériCâble ne disposant d'aucune autre solution que d'utiliser les réseaux de France Télécom pour l'exploitation de ces sites, ces infrastructures revêtent pour elle le caractère d'une facilité essentielle » décision n°99-MC-01, 12 janvier 1999, Conseil de la concurrence, [http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/boccrf/99\\_07/a0070011.htm](http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/boccrf/99_07/a0070011.htm), décision confirmée par un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 15 mars 1999

<sup>43</sup> décision n°05-D-59 du Conseil de la concurrence, confirmée par un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 4 juillet 2006

<sup>44</sup> sur cette notion : Michel Bazex (2001) Précité ; Laurent Richet « Le droit à la paresse, "Essential facilities" » *Dalloz Aff.* 1999 p. 523 et s. ; Laurence Idot, « Dans quelle mesure le droit de la concurrence (déloyale) impose-t-il de donner à d'autres opérateurs économiques accès à des infrastructures, services ou informations que l'on détient ? » *Revue internationale de la concurrence*, n° 186, 1<sup>er</sup> avril 1998, pp. 30-33 ; Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2006

<sup>45</sup> notamment aux DSLAM

d'elle une infrastructure essentielle. Elle est la propriété de France Télécom, qui la détient en « quasi-monopole » comme le soulignait l'ARCEP (alors ART) dans l'avis 00-28<sup>46</sup> cité par le Conseil. Ensuite, l'infrastructure est strictement nécessaire aux FAI pour proposer leurs services. Il s'agit là d'une condition « technique » inhérente à la technologie ADSL. De plus, les FAI n'ont évidemment pas le moyens de reproduire l'infrastructure en question en dupliquant 34 millions de paires de cuivre, c'est ce que rappelle notamment l'avis de l'ART précité. Enfin, l'accès à la boucle locale est techniquement possible, comme l'ont démontré des offres faites par France Télécom dès la fin des années 1990. La réunion de ces conditions permettent de démontrer que la boucle locale constitue bien une facilité essentielle. A ce titre, France Télécom doit la mettre à disposition de tous les FAI qui le demandent à des conditions non discriminatoires et proportionnées au coût engendré pour l'opérateur historique. Les conditions sont « encadrées » comme l'écrit Laurent Richet<sup>47</sup>. Le droit de la concurrence a donc permis de supprimer l'une des plus grosses barrières à l'entrée du marché de la fourniture d'accès Internet ADSL en facilitant l'accès des FAI à la boucle locale. Contrairement au choix de la FCC de stimuler des alternatives, les autorités françaises de concurrence ont préféré aménager l'accès des tiers aux infrastructures.

Cette décision a eu pour résultat de stimuler le dégroupage et de permettre à des FAI autres que France Télécom de fournir un accès Internet ADSL haut débit à des coûts toujours plus bas. Si France Télécom est toujours loin devant, les autres FAI grignotent peu à peu ses parts de marché<sup>48</sup>. Changer de FAI devient de moins en moins coûteux en termes de temps et d'argent. Les services proposés sont toujours plus nombreux<sup>49</sup> et alléchants.

C'est précisément cette concurrence en pleine expansion qui garantit le respect du principe de neutralité en France. Un FAI qui bloquerait des contenus ou en discriminerait certains s'exposerait au risque de voir ses abonnés partir chez la concurrence. La perte de son vivier d'abonnés (en particulier les plus anciens d'entre eux) est la plus grande menace qui pèse sur un fournisseur d'accès. Il est fort à parier qu'aucun d'entre eux ne privilégiera une rentabilité de court-terme en faisant payer aux fournisseurs de contenus un accès à ses réseaux face au risque d'une perte à long terme de ses clients, mettant par là en péril toute sa viabilité<sup>50</sup>. Le droit de la concurrence est donc un puissant protecteur de la neutralité de l'Internet en France. Plus la concurrence est vive entre FAI, plus ils sont amenés à « être neutres » vis à vis des contenus qui transitent par leurs installations afin de satisfaire un maximum de consommateurs. En outre, si les trois principaux FAI français se mettaient d'accord pour faire payer aux fournisseurs de contenu un « premium » afin de faire transiter leurs données sur leurs réseaux, cette entente serait très certainement réprimée sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Il est d'ailleurs à noter que contrairement à leurs homologues d'outre-atlantique, les FAI français sont beaucoup plus discrets sur le sujet de la neutralité de l'Internet et de son éventuelle remise en cause.

---

<sup>46</sup> ART, Avis n°00-28, 7 janvier 2000, [http://www.art-telecom.fr/uploads/tx\\_gsavis/00-28.pdf](http://www.art-telecom.fr/uploads/tx_gsavis/00-28.pdf)

<sup>47</sup> Richet (1999), précité.

<sup>48</sup> <http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39364308,00.htm>

<sup>49</sup> Avec par exemple les offres dites « triple play » qui combinent accès à Internet, téléphonie fixe et télévision.

<sup>50</sup> Laxton (2006), précité

Le vrai risque est en fait ailleurs. Il se situe, en France aussi bien qu'aux Etats-Unis, sur le marché du très haut débit, et concerne en particulier le mode d'accès à l'Internet de demain : la fibre optique.

## **b. Les réseaux très haut débit : le cas de la fibre optique**

La fibre optique apparaît comme l'un des modes privilégiés de connexion à l'Internet dans les années à venir. Elle offre des débits théoriques potentiellement illimités, permettra de nouveaux usages de l'Internet et l'apparition de nouveaux services<sup>51</sup>. Elle sera aussi un moyen d'expression plus « égal » pour les internautes car elle pourra fournir, contrairement à l'ADSL, un débit symétrique. Cela signifie que les utilisateurs pourront envoyer leurs données sur le réseau aussi rapidement qu'ils les reçoivent. Les contenus seront donc « uploadés » et « downloadés » beaucoup plus rapidement.

Plusieurs modèles « architecturaux » des réseaux de fibres optiques sont possibles. Pour comprendre le fonctionnement de l'accès à l'Internet par fibres optiques, il faut faire la distinction entre les équipements passifs et actifs. Les infrastructures passives concernent le long terme et sont constituées des fibres optiques dites « noires » et des fourreaux qui amènent la fibre jusqu'à l'appartement du consommateur final (câblage interne de l'immeuble). Les équipements actifs se situent à chaque extrémité du réseau et permettent quant à eux d'illuminer la fibre noire pour y permettre le transit de données. Selon l'ARCEP, ce sont ces derniers équipements qui constituent « le cœur de métier » des FAI et qui leur permet « une réelle différenciation concurrentielle »<sup>52</sup>. Plusieurs modes de distribution, désignés par des acronymes quelque peu barbares, sont envisagés. Pour n'en citer que quelques uns : le FTTH (Fiber To The Home) qui correspond à la fibre jusqu'au domicile de l'abonné, chaque fibre entre les installations du FAI et le domicile correspond à un abonné unique ou encore le FTTB (Fiber To The Building) qui correspond à la fibre jusqu'à l'immeuble où la fibre arrive jusqu'au bas de l'immeuble, les derniers mètres jusqu'à l'appartement étant assurés par une connexion de moindre débit (le plus souvent VDSL). Tous ces modes de distribution sont désignés par l'acronyme générique FTTx<sup>53</sup>.

Partout à travers le monde, le mouvement de passage à la fibre est enclenché ou est sur le point de l'être<sup>54</sup>. L'exemple japonais est à cet égard impressionnant<sup>55</sup>. Selon le Ministère des Communications nippon, près 25% des abonnés au haut débit bénéficient d'une connexion par fibre optique<sup>56</sup>. Aux Etats-Unis, les opérateurs historiques se lancent dans la fibre optique afin de contrer les puissants câblo-opérateurs. La France n'est quant à elle pas en reste. La fibre optique commence à être déployée à Paris et dans quelques villes de province. Les principaux FAI s'apprêtent à investir massivement<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Vidéo à la demande sur plusieurs télévisions, télé médecine, éducation à distance, vidéoconférences, web 3.0, etc.

<sup>52</sup> ARCEP, « Lettre d'information », n°53, novembre/décembre 2006, [http://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gspublication/lettre53.pdf](http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/lettre53.pdf)

<sup>53</sup> Pour une liste des acronymes, voir [http://www.mauriennix.net/wiki/index.php?title=Acronymes\\_FTTx](http://www.mauriennix.net/wiki/index.php?title=Acronymes_FTTx)

<sup>54</sup> <http://www.altivis.fr/-Le-FTTH-poursuit-sa-progression-.html>

<sup>55</sup> <http://www.lexpress.fr/info/high-tech/infojour/infos.asp?id=337271>

<sup>56</sup> <http://www.generation-nt.com/actualites/22510/japon-japonais-7-2-millions-abonnes-clients-foyers-connectes-relies-ffth-fibre-optique/>

<sup>57</sup> L'opérateur Free (Iliad) s'est ainsi engagé à investir 1 milliards d'euros d'ici à 2012

L'équipement du territoire en fibres optiques est en effet très onéreux. L'ARCEP estime que le déploiement d'un réseau de fibres optiques prendra 10 ans en France et coûtera plusieurs dizaines de milliards d'euros<sup>58</sup>. Suivant les opérateurs, le coût de raccordement par abonné oscillerait entre 1 500 et 2 000 euros par prise dans les régions à forte densité, essentiellement en travaux de génie civil, et serait plus proche des 5 000 euros en zones de densité moyenne à faible. Si la fibre optique représente bien selon l'expression du régulateur « la boucle locale de demain »<sup>59</sup>, les modèles d'investissement ne seront pas les mêmes que ceux utilisés pour l'installation de la paire de cuivre. Le financement ne sera pas assuré par une rente de 70 ans découlant d'une situation de monopole légal, comme ce fut le cas pour France Télécom. Plusieurs modes d'investissement sont possibles. Le choix sera crucial car il déterminera l'architecture du réseau de fibres optiques qui pourra être porteuse des risques potentiels non seulement pour le maintien d'une bonne concurrence entre les FAI mais aussi pour la neutralité de l'Internet de demain. Les coûts élevés de déploiement de la fibre optique sur le territoire d'un état rend l'entreprise impossible pour un seul opérateur. Ainsi, il est clair qu'une mutualisation des équipements passifs (fibre noire et fourreaux) est nécessaire<sup>60</sup>. Cependant le modèle de mutualisation retenu ne sera pas neutre.

Aux Etats-Unis, les opérateurs historiques privilégient la construction d'un réseau fermé de bout en bout. Le modèle sera clairement celui du FTTH et touchera directement l'abonné. En 2003, la FCC a décidé de ne pas soumettre les réseaux FTTH au dégroupage<sup>61</sup> mais les opérateurs restent néanmoins soumis au partage des fourreaux, dès qu'un concurrent en fait la demande. Les opérateurs américains souhaitent en effet rester propriétaires et maîtres de leur réseau, installé à grands frais et à leurs seuls risques et périls. Pour promouvoir le déploiement des réseaux FFTx à travers tout le pays, la FCC n'a pas soumis les FAI aux obligations de partage qui incombent aux *common carriers*. Les opérateurs pourront exploiter leur réseau librement et c'est dans ce cadre qu'ils envisagent de taxer les fournisseurs de contenus. Quant on sait que l'Internet de la fibre sera l'Internet des contenus à haute valeur ajoutée, avec des services toujours plus sophistiqués et que d'autre part toutes les petites entreprises disposeront d'un débit montant très supérieur à ce dont elles disposent aujourd'hui pour diffuser leurs innovations sur l'Internet, les défenseurs de la neutralité peuvent entretenir des légitimes inquiétudes. La mutualisation *de minimis* imposée par la FCC pourrait reconstituer des monopoles locaux. Les opérateurs risquent de développer leur réseau de fibres là où il n'y a guère de compétition afin d'éviter de « doubler » et se concentrer sur des zones encore blanches pour capter un maximum de clientèle. Il y a donc un risque de fragmentation, avec la constitution d'un patchwork de réseaux peu (ou pas) interopérables. En outre, comme toute entreprise en situation de monopole, les opérateurs pourront disposer d'un pouvoir

---

<sup>58</sup> ARCEP, « Lettre d'information », n°53, précitée

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> Voir par exemple le plan d'action du 27 novembre 2006 proposé par le Ministère de l'industrie : <http://www.industrie.gouv.fr/portail/secteurs/planTHD.pdf>

<sup>61</sup> FCC, « In the Matter of Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers; Implementation of the Local Competition Provisions of the Telecommunications Act of 1996; Deployment of Wireline Services Offering Advanced Telecommunications Capability » [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-03-36A1.doc](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-03-36A1.doc)

« FCC removes more roadblocks to broadband deployment in residential neighborhoods », *Optics Weekly Update*, 24 octobre 2004, [http://www.findarticles.com/p/articles/mi\\_m0NVN/is\\_42\\_24/ai\\_n6336559](http://www.findarticles.com/p/articles/mi_m0NVN/is_42_24/ai_n6336559)

important de marché et imposer un « premium » aux fournisseurs de contenus afin de rendre leurs flux de données prioritaires. Le principe de neutralité pourrait être totalement remis en cause pour satisfaire les opérateurs privés qui attendent du déploiement des fibres optiques un fort retour sur investissement<sup>62</sup>.

En France, l'ARCEP semble adopter une position proche de sa consœur américaine. Gabrielle Gauthey résume cette position dans la dernière lettre d'information publiée par l'Autorité : « *Il s'agit de donner [aux opérateurs] une certaine assurance quant à la juste rémunération de leur investissement tout en évitant un attentisme dommageable qui risquerait de conduire au déploiement d'une infrastructure non mutualisable* »<sup>63</sup>. L'ARCEP propose tout d'abord une implication forte des collectivités locales dans la construction des réseaux de fibres en particulier pour ce qui est de la mutualisation du génie civil en particulier dans les zones rurales à faible densité. Ensuite elle développe l'idée de faire des fourreaux (le câblage interne des immeubles) des « infrastructures essentielles » dont l'accès serait ouvert à tous les opérateurs à des conditions transparentes, non discriminatoires à des tarifs orientés vers les coûts. L'ARCEP indique qu'il s'agit d'un sujet de discussion au niveau européen. Dans son discours aux journées internationales de l'IDATE<sup>64</sup>, Paul Champsaur a souligné l'importance pour les FAI de tirer revenu des efforts qu'ils mettront en œuvre pour déployer la fibre optique. Comme l'explique le Président de l'ARCEP<sup>65</sup> :

« Ce modèle, qui sépare totalement, les revenus des opérateurs et des fournisseurs de contenus s'est avéré viable, car il s'appuie sur le partage, au travers du dégroupage, de l'actif existant de très bonne qualité que constitue la boucle locale cuivre de l'opérateur historique. [...] L'avènement du très haut débit me semble toutefois susceptible de remettre en question le principe de séparation des revenus.

En premier lieu, les enjeux et les risques liés à l'investissement dans le très haut débit, qui nécessite la recréation d'une nouvelle boucle locale et donc un effort d'investissement considérable dans les infrastructures très haut débit, paraît devoir justifier économiquement qu'une part des revenus perçus par les fournisseurs de services revienne aux opérateurs d'accès.

En second lieu, puisque les contenus valorisent les réseaux en motivant la demande des consommateurs pour l'accès, il serait équitable que les opérateurs de communications électroniques rémunèrent cet avantage en participant au financement de la création de contenus, notamment audiovisuels. [...]

Ainsi la question de la " net neutrality " se résoudra, à mon sens, par le maintien d'une saine concurrence sur les marchés de l'accès et des contenus ».

Ainsi donc le mouvement serait dans les deux sens, les fournisseurs de contenus paieraient un « premium » aux FAI et en contrepartie les FAI participeraient financièrement à la création des contenus. Cette approche est discutable mais paraît plus équilibrée que le modèle américain. Il reste à voir si les différents acteurs l'accepteront et l'appliqueront. Ils ne sont en effet pas tous sur un même pied d'égalité. L'opérateur historique garde une belle longueur d'avance dans le déploiement de la fibre optique : il dispose d'une capacité importante en fourreaux

---

<sup>62</sup> Pate (2006), précité

<sup>63</sup> Lettre d'information de l'ARCEP, n°53, précitée

<sup>64</sup> Intervention de Paul Champsaur, Président de l'ARCEP, aux journées internationales de l'Idate à Montpellier, le jeudi 16 novembre 2006, précitée

<sup>65</sup> Ibid.

hérités de sa position monopolistique et cela constitue un avantage considérable face aux FAI alternatifs qui doivent, entre autre chose, de tenter de convaincre les syndicats de les autoriser à installer leurs fibres dans les immeubles.

L'ARCEP a, on l'a vu, proposé de faire de ces fourreaux des facilités essentielles, accessibles à tous, sans discrimination. Elle a notamment lancé, le 5 octobre 2006, une consultation<sup>66</sup> à ce sujet afin de recueillir les avis des principaux acteurs concernés notamment celui des FAI alternatifs. Au terme de cette consultation publique<sup>67</sup>, l'ARCEP juge « décevant » le bilan quantitatif de l'offre, et ne voit pas de « raison objective » à l'absence de réponse de France Télécom sur plusieurs points litigieux. Si l'ARCEP ne se montre pas satisfaite, France Télécom sera sans doute amené à faire des concessions, afin d'éviter que l'Autorité ne considère comme inévitable de réguler le marché. L'ARCEP a d'ores et déjà ouvert une « enquête administrative »<sup>68</sup> à l'encontre de France Télécom et de son offre de location de fibre optique aux opérateurs alternatifs. L'Autorité de régulation veut évaluer les moyens mis en oeuvre par France Télécom pour planifier son propre déploiement et pour répondre aux demandes des opérateurs alternatifs. Il est plutôt rassurant de voir que le régulateur français veille et qu'il n'hésitera pas à intervenir pour empêcher France Télécom d'abuser de sa position dominante. Le droit de la régulation constitue en effet certainement le meilleur rempart contre un déploiement de la fibre qui laisserait la seule entreprise France Télécom une position de force.

\* \*  
\*

### **3. Volontarisme français ou laissez-faire américain ?**

On l'a bien compris, la régulation joue un rôle central en matière de neutralité de l'Internet. Elle organise, par le jeu des régulateurs, les rapports entre les différents acteurs qu'ils soient fournisseurs d'accès et/ou de contenus.

Sur le marché de la fourniture d'accès Internet haut débit, le but poursuivi par les régulateurs consiste clairement à encourager la concurrence. L'ARCEP a fait, grâce à l'intervention du Conseil de la concurrence, de la boucle locale une facilité essentielle qui est partagée par tous à des conditions « encadrées ». Cela a généré une concurrence en pleine essor entre les FAI ce qui laisse finalement décider le consommateur des contenus qu'il souhaite voir transiter sur le réseau de cuivre. Les FAI chercheront sans aucun doute à le satisfaire, les améliorations constantes des offres, notamment « *triple play* » en témoignent. De cette façon on peut penser que la neutralité du réseau sera garantie, personne n'ayant intérêt à discriminer les flux de données.

---

<sup>66</sup> ARCEP, Texte de la Consultation : [http://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gspublication/consult-liaison-fibreoptq-051006.pdf](http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consult-liaison-fibreoptq-051006.pdf)

<sup>67</sup> ARCEP, Réponses à la consultation, [http://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gspublication/bilan-lfo-191206.pdf](http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/bilan-lfo-191206.pdf)

<sup>68</sup> ARCEP, Communiqué de presse, 19 décembre 2006, [http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&tx\\_gsactualite\\_pi1\[uid\]=903&tx\\_gsactualite\\_pi1\[annee\]=&tx\\_gsactualite\\_pi1\[theme\]=&tx\\_gsactualite\\_pi1\[motscle\]=&tx\\_gsactualite\\_pi1\[backID\]=26&cHash=af6d36aec1](http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&tx_gsactualite_pi1[uid]=903&tx_gsactualite_pi1[annee]=&tx_gsactualite_pi1[theme]=&tx_gsactualite_pi1[motscle]=&tx_gsactualite_pi1[backID]=26&cHash=af6d36aec1)

L'attitude américaine a été différente. La FCC a cherché à développer des substituts au câble, mode prépondérant d'accès à l'Internet et a tenté de réduire les obligations de *common carrier* incombant à des opérateurs pourtant très puissants et bien souvent en situation de duopole. L'attitude de laissez-faire du régulateur américain peut être au mieux qualifiée de naïve, au pire de dangereuse. Compter sur de nouvelles technologies pour faire concurrence à celles qui existent laissera le temps aux « anciens » opérateurs de se constituer des rentes importantes, notamment en taxant les fournisseurs de contenus. De plus, il suffit de regarder la part de marché des technologies alternatives au câble pour se convaincre que la substitution sera très difficile et très longue. Ces nouvelles technologies d'accès à l'Internet haut débit (excepté l'ADSL) n'en sont en effet encore qu'à ses leurs premiers stades d'expérimentation qu'il s'agisse des systèmes *Wi-Fi* ou *WiMax* ou encore du « *courant porteur* ». La position passive de la FCC ne sera d'ailleurs probablement pas remise en cause par les tribunaux comme l'affaire « Brand X » l'illustre. Les juges peuvent en principe annuler les décisions de l'autorité de régulation mais encore faut-il qu'ils soient à même de comprendre les questions éminemment techniques (mais aux effets juridiques et politiques bien réels) qui leur sont soumises. Comme le fait remarquer Marcus<sup>69</sup>, les juges auront tendance à s'en tenir aux décisions de la FCC et lui laisseront un large périmètre d'action. En cela, on peut affirmer que la régulation de la FCC a un immense impact sur la neutralité de l'Internet. Par une série de classification, cette dernière peut exempter les FAI d'obligations de *common carrier* pourtant prévues par la loi fédérale dans le Communications Act de 1934. En dérégulant le marché comme elle fait, elle met en péril l'interopérabilité des réseaux, l'accès non discriminatoire à ces derniers par les fournisseurs de contenus et *in fine* le choix des consommateurs.

Pour ce qui est du marché de l'accès Internet à très haut débit via, en particulier, la fibre optique, un certain nombre de risques se posent. La FCC n'a soumis les FAI à aucune obligation de partage de leurs réseaux FTTx: elle demande juste que les fourreaux soient partagés sur demande. L'attitude de l'ARCEP est du même ordre mais le régulateur français se propose d'aller plus loin et souhaite faire des fourreaux une facilité essentielle, notamment pour éviter que France Télécom ne tire avantage de son ancienne situation de monopole. Cette position nous semble louable dans la mesure où elle impose, de manière forte et volontaire, le partage des fourreaux, la boucle locale du futur, de façon transparente et non discriminatoire à un prix orienté vers les coûts. Selon nous, il s'agirait même d'aller plus loin et de faire de fibre noire une autre facilité essentielle dont l'accès devrait être garanti aux opérateurs qui en feraient la demande. Son financement conjoint par des opérateurs privés et des collectivités locales, le coût de son déploiement et son importance capitale au sein des réseaux FTTx en font une infrastructure essentielle à l'accès très haut débit à l'Internet. Si l'ARCEP évoque certes une mutualisation de la fibre noire, elle ne va pas jusqu'à en faire une facilité essentielle. Espérons que ce n'est qu'une question de temps sinon France Télécom pourrait être en mesure de reconstituer un monopole autour de la fibre qui serait très dommageable à l'économie.

La théorie des facilités essentielles, de plus en plus souvent utilisée par les régulateurs européens, nous semble en effet l'une des meilleures protections de la neutralité de l'Internet. Rendre le partage des infrastructures d'accès obligatoire induira naturellement une concurrence entre FAI qui ne peut qu'être bénéfique au

---

<sup>69</sup> Marcus (2005) précité.

consommateur en faisant de lui le décideur des contenus auxquels il souhaite accéder. Cela permet, plus généralement, de garder l'Internet « ouvert » tel qu'il a été construit, avec des réseaux technologiquement neutres, interopérables et interconnectables. Définir une infrastructure comme « essentielle » n'est pas non plus politiquement innocent et cela lui confère une importance qu'elle n'aurait sans doute pas sinon. Il est quasi-impossible de remettre en cause une telle classification et elle permet aux acteurs de bénéficier d'une sécurité juridique sur l'utilisation des facilités en question : elles devront être partagées. On ne peut que se désoler des atteintes récentes portées à la doctrine des facilités essentielles outre-atlantique. Dans sa décision dite « Trinko »<sup>70</sup>, la Cour Suprême américaine conteste l'existence même du concept<sup>71</sup> et de nombreux auteurs ont considéré que le principe de facilité essentielle avait été du même coup anéanti<sup>72</sup>. Espérons qu'il n'en est rien. La neutralité de l'Internet peut certes être protégée par le droit de la concurrence mais cette concurrence n'apparaîtra réellement que si les opérateurs sont à même d'accéder aux ressources essentielles du réseau à des conditions acceptables et non discriminantes. Il est naïf que croire la concurrence découlera du simple jeu du marché ou comme l'affirme la FCC par l'apparition de technologies alternatives. Ces technologies, que ce soit dans le domaine du haut débit ou du très haut débit, ne présentent pas, à l'heure actuelle, une alternative sérieuse. Le droit de la régulation doit créer les conditions nécessaires pour que le marché devienne compétitif et c'est en cela que le recours au concept d'infrastructure essentielle peut se révéler un outil précieux pour le régulateur.

\* \*  
\*

Le risque est grand : laisser se développer des réseaux « privatisés », en particulier des réseaux FTTx, non interconnectables qui remettraient en cause l'architecture de l'Internet et par là même son fonctionnement<sup>73</sup>. Il est crucial que les données qui circulent sur le « réseau des réseaux » soient acheminées de la même manière, qu'elles émanent de Google ou d'un blogger isolé. Remettre en cause la neutralité, c'est mettre en danger la liberté d'expression et la liberté d'accéder à certains contenus. C'est aussi désorganiser l'Internet par un changement architectural qui peut lui être fatal. L'innovation dans les infrastructures des réseaux ne peut être obtenue à ce prix. Le droit de la régulation et le droit de la concurrence doivent en être les garants.

\* \*  
\*

---

<sup>70</sup> Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, Supreme Court of the United States, 13 Janvier 2004, <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/02-682.pdf>

<sup>71</sup> « *The “essential facilities” doctrine [has been] crafted by some lower courts. [...] We have never recognized such a doctrine, [...] and we find no need either to recognize it or to repudiate it here .»*, Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, précité.

<sup>72</sup> Par exemple Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise : Principle and Execution*, Harvard University Press, 2006, p.248.

<sup>73</sup> Bernard Benhamou, « Organiser l'Architecture de l'Internet », *Revue Esprit*, mai 2006