

# DOCTRINE

## La réglementation de la neutralité du réseau en Belgique – réflexions et recommandations

Olivier Braet, Hervé Jacquemin, Robert Queck, Maxime Piron, Laurent Schumacher, David Stevens et Peggy Valcke<sup>1 2</sup>

*La neutralité du réseau est une thématique récurrente dans le domaine des communications électroniques depuis ces dernières années. Ce principe postule que soit traité de manière égale et non discriminatoire tout le trafic circulant sur le réseau, indépendamment du contenu, de l'application, du service, de l'appareil, de l'expéditeur et du destinataire. Il a fait l'objet de nombreux débats, tant au niveau européen que belge, notamment en ce qui concerne la priorisation de certaines données sur un réseau qui arrive à saturation avec l'arrivée de nouveaux services de contenu requérant de plus en plus de bande passante. Les directives européennes régissant les réseaux et services de communications électroniques ont été complétées en 2009 par des dispositions en rapport avec cette neutralité du réseau. Ces amendements ont été transposés en droit belge en 2012 mais, à certains égards, le droit belge va déjà actuellement plus loin que ce qui est exigé par les directives. La présente contribution examine le cadre légal actuel et futur de la neutralité du réseau (notamment en ce qui concerne les questions de transparence, changement de fournisseur, exigences minimales en matière de qualité de service, filtrage ou de blocage de contenus illicites) dans l'Union européenne et en Belgique fédérale et propose des réflexions et des propositions résultant de cette analyse. Ce faisant, elle tient, pour certaines des problématiques abordées (définition du concept de « neutralité du réseau », rapport entre les services d'accès à internet et les services gérés), aussi compte des discussions législatives actuellement en cours au niveau européen en la matière suite aux propositions de la Commission de 2013 visant à faire de l'Europe un « continent connecté ».*



*In recent years, Net neutrality has been an ongoing topic in the field of electronic communications. This principle, which requires that all traffic on the network is treated equally and in a non-discriminatory*

<sup>1</sup> La présente contribution se fonde principalement sur des analyses menées en 2013, même si certains développements réglementaires ont été pris en compte jusqu'au 4 avril 2014.

<sup>2</sup> Olivier Braet est Senior Researcher – Project Leader au SMIT (Studies on Media, Information, and Telecommunication) de la V.U.B. Hervé Jacquemin est chargé d'enseignement à l'Université de Namur et directeur de l'unité « commerce électronique » du Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS) de cette même université; il est chargé de cours invité à l'U.C.L. et avocat au barreau de Bruxelles. Maxime Piron est chercheur au CRIDS. Robert Queck est maître de conférences à l'Université de Namur et directeur adjoint du CRIDS de cette même université. David Stevens est Senior Legal Counsel chez Telenet. Laurent Schumacher est professeur à l'Université de Namur. Peggy Valcke est professeur de recherche à l'Interdisciplinary Centre for Law and ICT (ICRI) de la KULeuven et à la KUBrussel.



way, independent of content, application, service, device, the sender and the addressee. It has been the subject of much debate, both at Belgian European level, particularly as regards the prioritization of certain data on a network that reaches saturation with the arrival of new content services requiring more bandwidth. The European directives on electronic communications networks and services were complemented in 2009 by provisions in relation to this network neutrality. These amendments have been transposed into Belgian law in 2012, but in some respects the Belgian law goes today already further than what is required by the directives. This contribution examines the current and future legal framework for network neutrality (notably with regard to the issues of transparency, change of provider, minimum quality of service requirements, filtering or blocking of illegal content) in the European Union and at the Belgian federal level and offers reflections and proposals resulting from this analysis. In doing so, it also takes into account, for some of the issues addressed (definition of "net neutrality", relationship between internet access services and managed services) the legislative discussions ongoing at European level in this field as a consequence of the European Commission's proposals presented in 2013 to make Europe a "connected continent".

## I. INTRODUCTION

Ces dernières années, les États membres de l'Union européenne ont été confrontés à la difficile tâche de garantir un «Internet neutre et ouvert». Derrière ces mots empruntés à une déclaration de la Commission européenne<sup>3</sup> attachée à la directive «mieux légiférer» de 2009<sup>4</sup> se cache une question difficile

à trancher: peut-on laisser aux opérateurs de réseaux le soin de décider librement eux-mêmes comment orienter le trafic de données sur leurs réseaux ou faut-il intervenir sur le marché des communications électroniques de telle manière à ce que soit préservée au mieux ce qu'on appelle communément «la neutralité du réseau» autrement appelée «neutralité de l'Internet» ou encore «neutralité du net»<sup>5 6</sup>?

<sup>3</sup> Commission européenne, déclaration de la Commission sur la neutralité de l'Internet, *J.O.U.E.*, L 337/69, 18 décembre 2012. Voy. aussi *J.O.U.E.*, C 308/2, 18 décembre 2012 (déclaration «neutralité de l'Internet»). Dans ce contexte, voy. aussi communication de la Commission, «L'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe», COM(2011) 222, 19 avril 2011 (communication «neutralité d'Internet») et Commission européenne, communiqué de presse, «Stratégie numérique: la Commission réaffirme sa volonté de voir appliquer les principes d'un internet ouvert», IP/11/486, 19 avril 2011.

<sup>4</sup> Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 337/37, 18 décembre 2009, *err. J.O.U.E.*, L 241/8, 10 septembre 2013 (directive «mieux légiférer»).

<sup>5</sup> Le concept de la neutralité du net a été introduit aux États-Unis au début des années 2000, notamment par T. Wu pour qui il s'agissait de «donner aux utilisateurs le droit d'utiliser des connexions au réseau ou applications non nuisibles, et de donner aux innovateurs le droit correspondant de les fournir» (T. Wu, «Network Neutrality, Broadband Discrimination», *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, 2003, p. 142, disponible sous: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=388863](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863), nous traduisons). Il définissait la «neutralité du net» comme le principe selon lequel «un réseau d'information public des plus utiles tend à traiter tous les contenus, sites et plates-formes de manière égale. Ceci permet au réseau de véhiculer chaque type d'informations et de soutenir toutes sortes d'applications» (T. Wu, *Network Neutrality FAQ*, disponible sous: [http://www.timwu.org/network\\_neutrality.html](http://www.timwu.org/network_neutrality.html), nous traduisons).

<sup>6</sup> Des analyses portant sur différents aspects de la neutralité des réseaux peuvent être trouvées dans A. STROWEL (dir.), *Net Neutrality in Europe – La neutralité de l'Internet en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 178 p.



Afin de présenter une contribution aux discussions en cours concernant la neutralité du réseau, nos réflexions reprennent et actualisent les conclusions d'une étude en la matière que le Service public fédéral Économie a confiée en 2012-2013 à un consortium formé de la Katholieke Universiteit Leuven (ICRI), de l'Université de Namur (CRIDS) et de la Vrije Universiteit Brussel (SMIT)<sup>7</sup>. Ces conclusions sont interdisciplinaires et ont trait à une approche spécifiquement belge de la problématique de la neutralité du réseau. Elles sont fondées sur la situation juridique, économique et technologique belge et sur les interviews menées avec les représentants du secteur et se prononcent dans un certain nombre de domaines (p. ex. la nécessité d'agir en Belgique sur le terrain législatif, de créer un observatoire de la qualité de l'Internet et de prévoir des mesures de protection du consommateur complémentaires à celles déjà existantes actuellement). L'utilité d'une charte pour fournisseurs d'accès à Internet a également été abordée.

L'objet principal de la présente contribution est donc de discuter du cadre réglementaire fédéral<sup>8</sup> belge de la neutralité du réseau, tel

qu'il ressort actuellement de la loi relative aux communications électroniques (LCE)<sup>9</sup>. Cela exige de prendre en compte aussi le cadre réglementaire européen. En la matière, il faut principalement avoir égard aux directives «cadre»<sup>10</sup> et «service universel»<sup>11</sup>, telles que

niques (c'est-à-dire la transmission) que de contenu en la matière, elles disposent en principe aussi de compétences concernant la neutralité du réseau. Dans le cadre de la présente contribution nous nous limitons cependant à l'analyse des dispositions fédérales.

Notons à toute fin utile que dans le cadre de la 6<sup>e</sup> réforme institutionnelle les concepts de «radiodiffusion et télévision» sont remplacés par «services de médias audiovisuels et sonores», sans que cette modification induise cependant un changement quant au fond (art. 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980 tel que modifié par l'art. 2 de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État, *M.B.*, 31 janvier 2014).

<sup>9</sup> Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005 (dernièrement modifiée par le projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3318/6, texte adopté et soumis à la sanction royale). Notons que la neutralité du réseau est aussi protégée (indirectement) par d'autres dispositions fédérales comme, par exemple, les règles sur la libre concurrence ainsi que sur les pratiques du marché et protection du consommateur, inscrites respectivement dans les livres IV et VI du Code de droit économique. Le débat pourrait aussi se tenir au niveau des communautés (compétentes pour la régulation audiovisuelle).

<sup>10</sup> Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), *J.O.C.E.*, L 108/33, 24 avril 2002 qui a été modifiée en 2009 par la directive «mieux légiférer».

<sup>11</sup> Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), *J.O.U.E.*, L 108/1, 24 avril 2002 qui a été modifié en 2009 par la directive 136/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel

<sup>7</sup> Le rapport final original et complet, intitulé O. BRAET, I. GRAEF, H. JACQUEMIN, M. PIRON, R. QUECK, L. SCHUMACHER, D. STEVENS, P. VALCKE, *Étude portant sur la neutralité du réseau (Internet) et les mesures de gestion du trafic, 2012/S2/E9/NET\_NEUTRALITY*, Rapport final pour SPF Économie, PME, Classes moyennes et Énergie, 20 juin 2013, 214 p., peut être consulté sous [http://economie.fgov.be/fr/modules/publications/analyses\\_etudes/etude\\_net\\_neutrality.jsp](http://economie.fgov.be/fr/modules/publications/analyses_etudes/etude_net_neutrality.jsp). Pour davantage d'informations sur les éléments qui sous-tendent les raisonnements développés dans la présente contribution, nous référons le lecteur à ce rapport. La présente contribution, tout en se basant sur l'étude mentionnée, constitue un commentaire strictement personnel des auteurs et n'engage pas le SPF Économie.

<sup>8</sup> Comme nous le verrons, la problématique de la neutralité du réseau touche à la transmission de contenus, y compris des contenus de radiodiffusion et de télévision. Comme, selon la répartition belge des compétences, les Communautés sont compétentes pour la réglementation aussi bien des aspects tech-



modifiées en 2009. Ces dernières sont d'ailleurs actuellement soumises à révision. Cependant, en ce qui concerne ces travaux législatifs en cours au niveau européen concernant un règlement ayant pour objet l'établissement «de mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté»<sup>12</sup>, qui aborderait aussi la question de la neutralité du réseau<sup>13</sup>, nous pouvons, en raison des échéances de clôture de rédaction, seulement prendre ponctuellement (c'est-à-dire en ce qui concerne la question de la définition du concept de «neutralité du réseau» et la problématique de la relation entre «services d'accès à Internet» et «services gérés ou spécialisés») en compte les résultats de la première lecture du Parlement européen, en date du 3 avril 2014<sup>14</sup>,

et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.*, L 337/11, 18 décembre 2009, *err. J.O.U.E.*, L 241/8, 10 septembre 2013 (directive «droit des citoyens»).

<sup>12</sup> Voy. Commission européenne, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012, COM(2013) 627, 11 septembre 2013 (proposition «continent connecté»). Voy. aussi Commission européenne, Memo, «La Commission adopte des propositions réglementaires pour un continent connecté», MEMO/13/779, 11 septembre 2013.

<sup>13</sup> Pour une vue critique sur les propositions de la Commission européenne, en particulier en ce qui concerne la neutralité du réseau, voy. A. RENDA, «Net Neutrality and Mandatory Network-Sharing: How to disconnect the continent» *CEPS Policy Brief*, n° 309, 18 décembre 2013, 8 p., disponible sous <http://www.ceps.eu>.

<sup>14</sup> Résolution législative du Parlement européen du 3 avril 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe

qui modifie le rapport adopté à ce sujet par sa Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du 20 mars 2014<sup>15</sup> qui à son tour amendait fortement la proposition «continent connecté» de la Commission européenne. Pour les autres questions (par exemple transparence, changement d'opérateur, exigences minimales en matière de qualité), nous nous référons aux dispositions actuellement en vigueur et aux propositions émises par la vice-présidente Kroes en juin 2013<sup>16</sup>.

un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012 (COM(2013)0627 – C7-0267/2013 – 2013/0309(COD)), P7\_TA-PROV(2014)0281 («résolution PE du 3 avril 2014»).

Notons qu'une position commune du Conseil n'est pas attendue avant l'automne et la nécessité d'une deuxième lecture (au moins) paraît des plus probables.

Notons aussi qu'avec les élections européennes du 25 mai, «toutes les questions en instance devant le Parlement sont réputées caduques, ...». Cependant, «au début de chaque législature, la Conférence des présidents statue sur les demandes motivées des commissions parlementaires et des autres institutions concernant la reprise ou la poursuite de l'examen de ces questions» (article 214 du règlement du Parlement européen, 7<sup>e</sup> législature, mars 2014, disponible sous <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/fr/00a4c9dab6/Règlement.html>). La pratique semble être que la poursuite (c'est-à-dire quand il y a déjà eu le vote d'une résolution par le Parlement européen) est quasi automatique.

<sup>15</sup> Parlement européen, Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie, rapport du 20 mars 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012 (COM(2013)0627 – C7-0267/2013 – 2013/0309(COD)), A7-0190/2014 («rapport ITRE du 20 mars 2014»).

<sup>16</sup> N. KROES, «Safeguarding the open internet for all», SPEECH/13/498, 4 juin 2013.



## II. CONSIDÉRATIONS SUR LA NÉCESSITÉ D'AGIR AUJOURD'HUI EN BELGIQUE SUR LE TERRAIN LÉGISLATIF

### A. La notion de « neutralité du réseau »

Il existe de nombreuses définitions<sup>17</sup> du concept de neutralité du réseau dans les différents textes traitant de cette problématique. Une définition de travail<sup>18</sup> peut être la suivante :

« toutes les communications électroniques qui passent par le réseau sont traitées sur un pied d'égalité [, sans préjudice de la loi et de la réglementation applicables]<sup>19</sup>. Le fait que les communications soient traitées sur un pied d'égalité signifie qu'elles sont traitées indépendamment (i) du contenu, (ii) de l'application, (iii) du service, (iv) de l'appareil, (v) de l'adresse de l'expéditeur, et (vi) de l'adresse du destinataire. L'utilisation des concepts d'adresse de l'expéditeur et du destinataire signifie que le traitement est indépendant de l'utilisateur final et du prestataire du contenu/de l'application/du service<sup>20</sup>. [Des mesures licites<sup>21</sup> de gestion du trafic doivent rester possibles<sup>22</sup>]. »

Cette définition, s'inspirant de celle<sup>23</sup> proposée<sup>24</sup> par l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE – Body of European Regulators for Electronic Communications, BEREC)<sup>25</sup> et moyennant l'ajout de certains éléments<sup>26</sup> circonscrit avec précision la neutralité du réseau.

Bien que cette définition soit suffisamment précise pour servir de base à un instrument juridique, elle ne devrait cependant pas être inscrite, en tant que telle, dans un quelconque dispositif pour permettre que le contenu du concept et sa compréhension puissent accompagner les évolutions rapides et imprévisibles

<sup>17</sup> À cet égard voy. R. QUECK et M. PIRON, « La neutralité de l'internet, la gestion du trafic et les services gérés : à la recherche de définitions », in A. STROWEL (dir.), *Net Neutrality in Europe – La neutralité de l'Internet en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 111-139.

<sup>18</sup> Pour plus de détails quant au choix de cette définition, voy. O. BRAET *e.a.*, *Étude portant sur la neutralité du réseau...*, *op. cit.*, chapitre 1<sup>er</sup>.

<sup>19</sup> Nous ajoutons.

<sup>20</sup> Nous traduisons. Voy. BEREC, BEREC Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 September 2010, p. 2-3; BEREC, BEREC public consultations on Net Neutrality – Explanatory paper, BoR (12) 34, 29 May 2012, p. 1; BEREC, An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality – BEREC Report, BoR (12) 130, 6 December 2012, p. 4; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality – Final report, BoR (12) 132, 26 November 2012, p. 4-5.

<sup>21</sup> C'est-à-dire acceptés par les autorités réglementaires nationales ou, plus généralement, en conformité avec la réglementation applicable.

<sup>22</sup> Nous ajoutons.

<sup>23</sup> BEREC, Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 September 2010, p. 2-3; BEREC, BEREC public consultation on Net Neutrality – Explanatory paper, BoR (12) 34, 29 May 2012, p. 1; BEREC, Report – An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, 6 December 2012, p. 4; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality – Final report, BoR (12) 132, 26 November 2012, p. 4-5. Nous traduisons comme tel dans le texte : « A literal interpretation of Network Neutrality, for working purposes, is the principle that all electronic communication passing through a network is treated equally. That all communication is treated equally means that it is treated independent of (i) content, (ii) application, (iii) service, (iv) device, (v) sender address, and (vi) receiver address. Sender and receiver address implies that the treatment is independent of end-user and content/application/service provider ».

<sup>24</sup> Dernièrement, le BEREC prévoit que « net neutrality describes the principle of equal treatment of network traffic » (BEREC, Draft BEREC report – Monitoring quality of Internet access services in the context of net neutrality, BoR (14) 24, 8 March 2014, p. 6, note n° 5).

<sup>25</sup> Concernant l'ORECE, voy. règlement (CE) n. 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office, *J.O.U.E.*, L 337/1, 18 décembre 2009. Les documents adoptés par l'ORECE sont disponibles sous [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/welcome/](http://berec.europa.eu/eng/document_register/welcome/).

<sup>26</sup> Pour plus de détails à ce sujet, voy. O. BRAET *e.a.*, *Étude portant sur la neutralité du réseau...*, *op. cit.*, chapitre 1<sup>er</sup>.



des technologies et des marchés, et ce même au détriment d'une certaine sécurité juridique. Afin de trouver un équilibre pratique entre la flexibilité d'agir et la sécurité juridique (théorique), une définition de la «neutralité du réseau» pourrait cependant être incluse dans l'exposé des motifs d'une loi qui réglerait explicitement la matière (sur cette question, voy. aussi *infra*, point B). De plus, le contenu du concept se comprend aussi à travers le contenu des dispositions réglementaires et des décisions du régulateur, qui le mettent concrètement en œuvre.

À cet égard, notons que la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie (ITRE) du Parlement européen va dans ce sens en proposant<sup>27</sup> que la définition de la neutralité du réseau soit inscrite dans un considérant de la proposition «continent connecté» plutôt que dans le dispositif de ce même texte.

Le Parlement européen n'a pas suivi dans sa première lecture sa Commission ITRE et a amendé la proposition «continent connecté» de telle sorte que le règlement contiendrait une définition de la neutralité de l'Internet. Selon le Parlement, il s'agit du «principe selon lequel l'ensemble du trafic Internet est traité de façon égale, sans discrimination, limitation ni interférence, indépendamment de l'expéditeur, du destinataire, du type, du contenu, de l'appareil, du service ou de l'application»<sup>28</sup>.

Le choix entre souplesse d'une part et prévisibilité ainsi que sécurité juridique (p. ex. à travers la force contraignante d'une définition) d'autre part, est souvent un exercice très difficile auquel doit se livrer le législateur.

## B. Révision de la Constitution pour y inscrire le principe de la neutralité du réseau

Afin de souligner l'importance du principe de la neutralité du réseau, il pourrait être considéré de l'inclure dans la liste des droits économiques, sociaux et culturels énumérés par l'article 23 de la Constitution; ce qui est actuellement prévu par la proposition de révision de la Constitution 53-1471/1<sup>29</sup>.

De la sorte, un des principes de base de la société de l'information obtiendrait un rang constitutionnel, soulignant l'importance de cette dernière et de l'Internet pour mener une vie autodéterminée et conforme à la dignité humaine. De plus, le principe et le concept même de la neutralité de l'Internet seraient alors explicitement inscrits, en utilisant *expressis verbis* ce concept, dans la réglementation belge, ce qui n'est actuellement pas le cas. En effet, la réglementation belge comprend actuellement, à l'instar de la réglementation européenne en vigueur, des dispositions qui s'appliquent (aussi) à la neutralité du réseau, cependant sans que ces dispositions utilisent le concept et sans qu'elles soient explicitement identifiées comme étant des dispositions concernant la neutralité du réseau. Ajoutons que s'il peut être considéré comme utile d'inscrire le concept de «neutralité de l'Internet» ou de «neutralité du réseau» dans la Constitution, il ne nous apparaît pas,

<sup>27</sup> Rapport ITRE du 20 mars 2014, amendement 41, qui propose d'introduire au considérant 45 de la proposition «continent connecté» la définition suivante, qui fait écho de celles utilisées par l'ORECE: «Le principe de 'neutralité de l'internet' dans l'internet ouvert signifie que tout le trafic devrait être traité de la même manière, sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'émetteur, le récepteur, le type, le contenu, l'appareil, le service ou l'application».

<sup>28</sup> Résolution PE du 3 avril 2014, amendements 234 et 241 qui introduisent un nouveau point 12bis

dans l'article 2, alinéa 2 de la proposition «continent connecté».

<sup>29</sup> Proposition de révision de la Constitution complétant l'article 23, afin de consacrer le principe de la neutralité du réseau Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1471/1.



pour les raisons développées ci-dessus, approprié d'inscrire dans un article de la Constitution une définition du concept.

Il convient cependant de noter que l'article 23 de la Constitution nécessite une mise en œuvre par voie législative et ne crée en soi pas immédiatement des droits concrets en faveur des utilisateurs finaux. L'article stipule en effet que «chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. À cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels [parmi lesquels on inclurait le droit à la neutralité du réseau<sup>30</sup>], et déterminent les conditions de leur exercice». Il reviendra donc, en pratique, au cadre réglementaire de protéger la neutralité du réseau, et il convient d'évaluer le cadre existant afin de déterminer si oui ou non il s'acquitte correctement de cette tâche (voy. *infra*, II, C. et D.).

Ensuite, l'article 23 de la Constitution nous semble viser plutôt l'aspect «protection des utilisateurs finaux» de la neutralité de l'Internet et n'aborde, par conséquent, pas un autre aspect tout aussi important de la neutralité du réseau, à savoir la question de la concurrence entre fournisseurs de réseaux et/ou de services publics.

Finalement, dans le cas où il ne serait pas procédé à une révision de la Constitution, on pourrait imaginer inscrire explicitement le principe de la neutralité du réseau comme objectif réglementaire dans une loi qui serait, *a priori*, la loi relative aux communications électroniques (LCE)<sup>31</sup>. La disposition confirmerait explicitement que la neutralité du réseau est garantie en faveur des utilisateurs finaux et des fournisseurs de réseaux de communications

publics et/ou de services accessibles au public selon les modalités prévues par la LCE et ses mesures d'application.

Finalement, nous considérons que l'approche ne devrait pas être celle d'une interdiction de principe de toute dérogation à la neutralité du réseau mais plutôt celle de la formulation d'un objectif (positif) à atteindre, complété de mesures qui le mettent concrètement en œuvre – qui existent d'ailleurs déjà largement dans la LCE – et qui encadrent aussi les exceptions à la neutralité du réseau (voy. *infra*, II, C. et D.). De cette façon, l'inscription du principe dans la loi comme un objectif réglementaire, qui ne crée pas en tant que tel des droits et obligations pour les utilisateurs finaux et les fournisseurs de réseaux ou de services, contribuera à la transparence en mettant, par l'utilisation du concept même, une référence explicite à la neutralité du réseau dans la loi.

En pratique, on pourrait ajouter une mention explicite de cet objectif respectivement aux articles 6, 2° et 8, 7°, de la LCE qui incluent déjà aujourd'hui implicitement la garantie de la neutralité du réseau parmi les objectifs à promouvoir par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT), l'autorité réglementaire nationale en charge de la régulation fédérale en la matière, dans l'accomplissement de ses tâches. Vu que de la sorte l'IBPT serait confirmé, aussi de manière explicite, comme garant de la neutralité du net, cette manière de procéder nous semble meilleure que celle consistant à formuler un principe abstrait, par exemple dans un nouvel article 3/1 de la LCE.

### **C. Le cadre réglementaire existant en Belgique, la méthode et les principes appliqués – remarques générales**

En 2012, la législation belge en matière de communications électroniques a été adaptée pour être mise en conformité avec le cadre

<sup>30</sup> Nous ajoutons.

<sup>31</sup> Rappelons cependant (voy. *supra*) que d'autres dispositions fédérales protègent également la neutralité du réseau.



européen<sup>32</sup> tel que modifié en 2009. C'est ainsi que les dispositions européennes qui touchent à la matière de la neutralité du réseau<sup>33</sup> ont été transposées dans la législation nationale belge. Ce faisant, ni les dispositions européennes, ni les dispositions fédérales belges<sup>34</sup> se réfèrent explicitement à la neutralité du réseau en utilisant le concept. Les grandes lignes de l'approche européenne portent sur le fait que des mesures complémentaires sont imposées aux opérateurs en matière de transparence dans leurs prestations de services, que l'instance de contrôle doit avoir dans certaines circonstances le pouvoir de déterminer une qualité minimale de la prestation de services, et que l'abonné doit pouvoir aisément changer de fournisseur<sup>35</sup>. À cela s'ajoute le fait que la neutralité de l'Internet est inscrite (implicitement) parmi les objectifs du cadre réglementaire que les autorités réglementaires nationales doivent promouvoir. Il est apparu que la transposition en droit belge peut être considérée comme complète<sup>36</sup> (sur certains points, comme l'obligation d'information dans le contrat sur la vitesse et le volume de téléchargement d'une connexion à haut débit<sup>37</sup> ou la possibilité pour

l'abonné de résilier un contrat<sup>38</sup>, la Belgique va même plus loin que les exigences européennes actuelles – voy. *infra*, D.), et cela d'autant plus que l'application du droit national de la concurrence permettrait de sanctionner comme abus de position dominante certains des comportements les plus problématiques (par exemple lorsqu'un opérateur dominant entend bloquer ou ralentir des services de contenu qui aurait un effet anticoncurrentiel). Du point de vue du droit européen, des mesures complémentaires ne sont donc pas requises en Belgique à l'heure actuelle. Qui plus est, la réglementation et la régulation belges semblent également déjà bien en ligne avec ce que pourraient être des exigences européennes futures, annoncées, dans des termes généraux<sup>39</sup>, par la vice-présidente Kroes le 4 juin 2013<sup>40</sup>. À cette occasion, elle avait plaidé en faveur de quatre piliers qui devraient être à la base de mesures à venir: innovation (ce qui nécessite des services gérés qui doivent cependant coexister avec l'Internet « meilleur effort »), transparence accrue (notamment en ce qui concerne les vitesses réellement fournies<sup>41</sup>), réel choix des services Internet (ce qui demande que soient abolies les barrières au changement de fournisseur) et finalement concurrence (et l'interdiction de blocages ou de limitations de trafic anticoncurrentiels) (voy. *infra*, II, D.). La vice-présidente s'était prononcée fortement en faveur « de mesures de sauvegarde pour tout Européen,

<sup>32</sup> Voy. notamment la modification de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques par la loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *M.B.*, 25 juillet 2012, *err.* 20 septembre 2012.

<sup>33</sup> Pour une liste des articles pertinents des directives «cadre» et «service universel», voy. déclaration «neutralité de l'Internet». Voy. aussi BEREC, Draft BEREC Report – Monitoring quality of Internet access services in the context of net neutrality, BoR (14) 24, 8 March 2014, p. 7-8 et A. STROWEL (dir.), *Net Neutrality in Europe – La neutralité de l'Internet en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 162-167.

<sup>34</sup> Pour une liste des articles pertinents de la LCE, voy. O. BRAET *e.a.*, *Étude portant sur la neutralité du réseau...*, *op. cit.*, pp. 162-170.

<sup>35</sup> Pour plus de détails, voy. O. BRAET *e.a.*, *Étude portant sur la neutralité du réseau...*, *op. cit.*, chapitre 2.

<sup>36</sup> Pour plus de détails, voy. O. BRAET *e.a.*, *Étude portant sur la neutralité du réseau...*, *op. cit.*, chapitre 2.

<sup>37</sup> Article 108, § 1<sup>er</sup>, b), 2<sup>e</sup> tiret de la LCE.

<sup>38</sup> Voy. notamment article 111/3 de la LCE.

<sup>39</sup> Ces suggestions qui ont été à la base des dispositions relatives à la neutralité du réseau de la proposition «continent connecté» ont déjà et seront sûrement encore soumises à de nombreuses modifications avant que le règlement «continent connecté» soit adopté.

<sup>40</sup> N. KROES, «Safeguarding the open internet for all», SPEECH/13/498, 4 juin 2013.

<sup>41</sup> Pour plus d'informations à ce sujet, voy. BEREC, Draft BEREC Report – Monitoring quality of Internet access services in the context of net neutrality, BoR (14) 24, 8 March 2014.





sur tout équipement, sur tout réseau: une garantie d'un accès à un Internet complet et ouvert, sans blocage et limitations de services concurrentiels»<sup>42</sup>.

Sur le plan de la méthode appliquée, on peut faire remarquer aujourd'hui que l'approche belge actuelle (comme l'approche européenne) n'est pas une approche restrictive (c'est-à-dire une interdiction de principe de toute dérogation à la neutralité du réseau, notamment par une interdiction de principe de la gestion de trafic – interdiction de principe qui serait cependant munie d'exceptions comme celle de gérer le trafic pour limiter les conséquences d'une congestion ou pour limiter la transmission de communications non sollicitées<sup>43</sup>). À côté des problèmes juridiques éventuels quant à la définition précise et tournée vers l'avenir du principe de la neutralité du réseau et du concept de "gestion de trafic" ainsi que de ses applications raisonnables et donc, par exceptions, admises, il faut noter qu'une telle interdiction n'est, du point de vue économique, pas recommandée en raison du caractère extrêmement dynamique des marchés et de la technologie. Une telle approche restrictive

pourrait remettre en question des investissements efficaces et la recherche de nouveaux *business models*. Procéder avec une interdiction de principe de la gestion de trafic (même si des exceptions sont prévues) risque donc d'entraver l'innovation, le progrès technologique et le bon fonctionnement des réseaux. En effet, dans la mesure où la capacité de transmission disponible sur les réseaux est encore limitée, des mesures de gestion du trafic et même des entraves à des transmissions peuvent être nécessaires pour permettre aussi bien le bon fonctionnement de l'«Internet best effort» que celui de services gérés nouveaux innovateurs. En raison de l'évolution rapide et imprévisible des technologies et des marchés, une liste limitative des exceptions à l'interdiction et donc des mesures de gestion de trafic autorisées arrêtée par une loi risque d'être beaucoup trop peu flexible pour rester appropriée<sup>44</sup>. Nous proposons de continuer d'appliquer pleinement le principe actuel de la liberté d'entreprise des fournisseurs encadrée par des dispositions réglementaires et des décisions du régulateur. En application du principe de la neutralité technologique de la réglementation et en raison de la convergence fixe-mobile et de l'évolution du marché mobile vers une offre équivalant au réseau fixe, il nous semble d'ailleurs approprié de ne pas introduire au niveau

<sup>42</sup> N. KROES, «Safeguarding the open internet for all», SPEECH/13/498, 4 juin 2013, p. 4, nous traduisons; comme tel dans le texte: «A safeguard for every European, on every device, on every network: a guarantee of access to the full and open internet, without any blocking or throttling of competing services». N. Kroes rappelait cependant aussi (p. 2) qu'il peut y avoir de la gestion du trafic pour des raisons légitimes et objectives (comme celle de séparer le trafic sensible au temps du trafic moins urgent ou éviter la saturation du réseau).

<sup>43</sup> Voy. par exemple l'amendement (Van den Bergh et consorts) à la proposition de loi modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité du réseau Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/2. Cet amendement entend modifier l'article 2 de la proposition en introduisant des exceptions spécifiques à la neutralité du réseau en prévoyant des cas dans lesquels il est permis d'entraver et de ralentir des services et applications sur Internet

<sup>44</sup> Selon l'ORECE il est en effet ni utile ni approprié dans le contexte du cadre réglementaire actuel de définir, *a priori*, une liste ou des catégories de pratiques de gestion de trafic raisonnables. L'ORECE propose plutôt aux régulateurs d'appliquer un certain nombre de critères quand ils décident du caractère raisonnable ou non d'une restriction de trafic. Ainsi il s'agirait de voir si une pratique entraîne une discrimination d'un fournisseur particulier d'un contenu ou d'une application; si une pratique est mise en œuvre à la demande d'un utilisateur final et peut être contrôlée par ce dernier, si une pratique est proportionnelle (et donc la moins intrusive et forte possible) et si une pratique est neutre quant aux applications (BEREC, *BEREC Annual Reports – 2012*, BoR (13) 67, June 2013, p. 37).



des principes une distinction entre les réseaux fixes et les réseaux mobiles.

Pour l'instant (c'est-à-dire alors que l'IBPT dispose déjà de nouvelles compétences depuis 2012), opter pour l'adoption d'une autre approche saperait inutilement le rôle et l'autorité de l'instance de contrôle, l'IBPT<sup>45</sup>. En vertu du cadre réglementaire actuel et notamment en vertu de l'article 113, § 4, de la LCE, l'IBPT dispose entre autres des pouvoirs réglementaires nécessaires pour prévenir les problèmes et pour pouvoir intervenir s'ils se posaient (voy. aussi *infra*, II, D., 3. et 4.). Cette base juridique permet donc à notre avis une action proportionnelle, appropriée et «au bon moment» du régulateur. En tout cas, suite à l'attribution à l'IBPT du contrôle du respect de l'obligation faite aux opérateurs de garantir une qualité minimale, la création d'un éventuel «Observatoire de la qualité de l'Internet» est devenue à première vue superflue<sup>46</sup>.

#### D. Propositions concernant quelques thématiques spécifiques

En règle générale, il est apparu que les nouvelles mesures sont encore loin d'être connues, ce qui complique l'estimation précise de leur efficacité (attendue). On peut en tout état de cause faire remarquer que le cadre

belge existant est bien développé dans les domaines suivants.

#### 1. *Transparence*

Les mesures belges en matière de transparence de la prestation de services vont déjà plus loin aujourd'hui que ce que requièrent les directives européennes actuelles<sup>47</sup>, puisque la loi impose également aux opérateurs des exigences spécifiques quant à la vitesse réelle et au volume de téléchargement de l'accès à Internet, et se prononce sur le rôle de contrôle qui est attribué à l'IBPT dans ce domaine<sup>48</sup>. Ainsi, le cadre réglementaire belge semble déjà anticiper, dans une certaine mesure, une des exigences formulées par la vice-présidente Kroes dans son discours du 4 juin 2013 annonçant des mesures réglementaires à adopter au niveau européen. À cette occasion, elle avait en effet exigé que l'utilisateur final sache, à l'avenir, ce qui est réellement inclus dans son contrat, en citant comme exemple particulier la vitesse délivrée<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> On peut en outre rappeler les pouvoirs de sanction de l'IBPT, voy.: article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003, *err.* 4 juin 2003 (loi «IBPT-Statut»).

<sup>46</sup> Il convient cependant de noter que, alors que la plupart des opérateurs rejettent l'idée d'une Charte des bonnes pratiques en matière de neutralité du réseau, nous avons aussi reçu des échos selon lesquels la constitution d'une instance permettant à tous les acteurs concernés d'évoquer ensemble les problèmes concrets liés à la neutralité du Net, dès que ceux-ci surviendraient, paraît importante. Cette instance chercherait et pourrait mettre en œuvre des solutions sur mesure. Ceci devrait se faire, bien entendu, sans préjudice de l'exercice par l'IBPT de ses attributions de régulation.

<sup>47</sup> Dans la directive «service universel»: l'article 20, § 1<sup>er</sup>, b) (transposé par l'article 108, § 1<sup>er</sup>, b), de la LCE) vise les informations qui doivent figurer dans les contrats; l'article 21, § 3, c) (transposé par l'article 111/1, 2<sup>o</sup>, de la LCE) vise toute modification des conditions d'accès à des services; l'article 21, § 3, d) (transposé par l'article 113, § 5, al. 2, de la LCE) pour l'information sur toutes les mesures de gestion du trafic mis en place par un opérateur et l'article 22, §§ 1 et 2 (transposé par l'article 113, § 3 et § 4, al. 1<sup>er</sup>, de la LCE) en ce qui concerne l'information sur la qualité des services.

<sup>48</sup> Voy. art. 108, § 1<sup>er</sup>, b), 2<sup>e</sup> tiret, de la LCE et décision du Conseil de l'IBPT du 4 décembre 2012 concernant la communication de la vitesse d'une connexion fixe à haut débit.

<sup>49</sup> N. KROES, «The EU, safeguarding the open internet for all», SPEECH/13/498, 4 juin 2013, p. 3. Voy. aussi Commission européenne, «Vice-President Kroes to propose action on consumer choice and "net neutrality"», MEMO/12/389, 29 May 2012. Dans ce texte la vice-présidente expose qu'une réelle transparence demande non seulement des informations sur les vitesses réelles fournies, mais également des informations sur les volumes maximum de téléchargement (une exigence déjà rencontrée par l'art. 108, § 1<sup>er</sup>, b),



Constater que la situation en matière de transparence est déjà actuellement bonne en Belgique est extrêmement important, parce qu'un degré suffisant de transparence concernant les services réellement fournis constitue, du point de vue juridique comme du point de vue économique<sup>50</sup>, un élément crucial dans l'évaluation de l'efficacité des instruments actuels et donc de la nécessité éventuelle d'une intervention complémentaire. Une concurrence libre et loyale sur les marchés présuppose en effet des consommateurs qui s'engagent librement et qui sont bien informés.

Si la mise en œuvre des mesures existantes n'était pas considérée comme suffisante, on pourrait éventuellement réfléchir à l'imposition aux opérateurs d'une obligation encore plus générale de transparence, qui stipulerait par exemple que: «tous les fournisseurs de services informent l'utilisateur et/ou le régulateur, de manière proactive, ou après réception d'une plainte, de la manière dont ils établissent des priorités dans le trafic Internet sur leurs réseaux». Éventuellement, une telle obligation pourrait être formulée de manière si générale qu'elle pourrait aussi concerner les adaptations apportées (ou à apporter) aux terminaux, comme les routeurs ou les *switches* de l'utilisateur final.

Dans ce contexte, se pose aussi la question de la congestion réelle des réseaux et des conséquences sur les services offerts ainsi que de l'information des utilisateurs finaux à ce sujet. Vu la complexité technique de l'information, le risque d'une incompréhension de la part de l'utilisateur final peut paraître réel. À cet égard, on pourrait penser à une procédure inspirée par l'article 113, § 5, de la LCE qui s'adresse

aussi bien à l'utilisateur final qu'à l'IBPT. Ainsi, les entreprises fournissant des réseaux publics de communications électroniques fourniraient à l'IBPT (une à deux fois par an) des informations sur la situation de leur réseau en matière de congestion. Elles publieraient aussi sur leur site Internet, à l'attention des utilisateurs finaux, des informations sur les répercussions éventuelles de la congestion constatée sur la qualité du service. Ces informations seraient également communiquées à l'Institut avant leur publication. L'Institut disposerait d'un délai d'un mois pour formuler ses observations éventuelles et les fournisseurs ne pourraient publier les informations qu'après avoir tenu compte de ces observations. Il est vrai que l'information qui serait ainsi obtenue par l'utilisateur final ne serait pas individualisée et que justement la question du degré d'individualisation de l'information à fournir à l'IBPT et/ou à un utilisateur final spécifique devrait davantage être traitée. Si pareille obligation d'information était considérée comme non proportionnelle, le cadre réglementaire pourrait aussi seulement prévoir que, par exemple, l'IBPT testerait, à intervalles réguliers, la qualité des réseaux pour corrélérer cette information technique aux plans tarifaires qui sont proposés afin d'identifier, le cas échéant, des offres «discriminatoires».

## 2. **Changement d'opérateur de réseau et de fournisseur d'accès à Internet**

S'agissant de la possibilité de changer d'opérateur<sup>51</sup>, la législation belge, qui rend d'ailleurs nulles de plein droit les clauses et conditions liées à la résiliation dans les contrats conclus entre un opérateur et un abonné, qui visent

2<sup>e</sup> tiret, de la LCE) et sur la manière selon laquelle les fournisseurs de services Internet commercialisent leur services.

<sup>50</sup> Pour plus de détails, voy. O. BRAET *e.a.*, *Étude portant sur la neutralité du réseau...*, op. cit., chapitre 3.

<sup>51</sup> L'article 108, § 1<sup>er</sup>, de la LCE spécifie qu'en la matière sont concernés les contrats conclus «entre un abonné et un opérateur, ayant pour objet la fourniture d'un raccordement au réseau public de communications électroniques ou la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public».



## DOCTRINE

à rendre impossible ou à décourager le changement d'opérateur<sup>52</sup>, va déjà plus loin que ce qu'exige l'Europe. Il ressort de l'analyse juridique que la LCE ne prévoit pas seulement, comme stipulé par la directive «service universel»<sup>53</sup>, la possibilité pour les abonnés de dénoncer le contrat sans pénalité ni préavis en cas de modification d'une clause du contrat<sup>54</sup>, mais facilite de manière générale fortement la possibilité pour les abonnés (et tout particulièrement pour les consommateurs, les petits indépendants et les P.M.E.) de changer d'opérateur en permettant une résiliation immédiate du contrat et en limitant très fortement la possibilité pour l'opérateur de réclamer des indemnités<sup>55</sup>. De plus, le remplacement avant échéance d'un contrat à durée déterminée par un autre<sup>56</sup> et la tacite reconduction<sup>57</sup> sont très strictement réglementés. Toutes ces disposi-

tions<sup>58</sup> peuvent à tout le moins être considérées comme allant déjà dans la direction annoncée par la vice-présidente Kroes qui, dans son discours du 4 juin 2013, exigeait que la possibilité de changer de fournisseur devienne encore plus une réalité, et annonçait des mesures pour abolir les barrières au changement constatées. À cet égard, elle mentionnait notamment des frais excessifs liés au changement, la question de la location de modems et celle des adresses courriel ainsi que la tacite reconduction<sup>59</sup>.

Cet aspect, selon différents points de vue (notamment l'analyse juridique liée à l'application du droit de la concurrence pour garantir la neutralité du réseau, mais aussi l'analyse économique théorique et le questionnaire adressé aux acteurs du marché), semble également constituer un élément très important pour évaluer l'efficacité du cadre actuel et, par conséquent, la nécessité d'une intervention complémentaire. Sur le terrain, il appert que l'approche visant à maintenir à un niveau très faible les obstacles à un changement efficace d'opérateur porte ses fruits<sup>60</sup>.

<sup>52</sup> Article 111/3, § 2, de la LCE.

<sup>53</sup> Directive «service universel», article 20, § 2.

<sup>54</sup> Article 108, § 2, de la LCE.

<sup>55</sup> Article 111/3, §§ 1<sup>er</sup> et 3, de la LCE. Rappelons notamment que l'indemnité spécifique qui peut être demandée aux consommateurs, aux petits indépendants et aux P.M.E. qui ont reçu gratuitement ou à prix réduit un équipement terminal lors de la souscription d'un abonnement à durée déterminée, ne peut pas être supérieure à la valeur résiduelle du produit au moment de la rupture du contrat.

<sup>56</sup> Article 108, § 1/1, de la LCE. Le remplacement nécessite notamment l'accord exprès et écrit du consommateur, du petit indépendant ou de la P.M.E. concernée.

<sup>57</sup> Article VI. 91 du Code de droit économique (introduit par la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI «Pratiques du marché et protection du consommateur» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I<sup>er</sup> et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013).

Il est notamment stipulé que, si une clause de reconduction tacite est prévue, elle doit être mise en avant clairement dans le contrat et que le consommateur peut s'opposer à la tacite reconduction. Si le contrat a été reconduit, le consommateur peut le résilier à tout moment, sans indemnité et moyennant un préavis d'au maximum deux mois.

<sup>58</sup> Et encore d'autres, comme la possibilité pour un utilisateur final d'avoir encore accès, pendant au moins 6 mois après avoir résilié le contrat conclu avec un fournisseur d'un service d'accès à Internet, au courrier électronique arrivant à son ancienne adresse de courriel qui était basée sur le nom commercial ou/et les marques de son ancien fournisseur, ou, au choix de l'ancien fournisseur, de profiter pendant ces six mois d'un système de déviation des courriels arrivant vers sa nouvelle adresse (art. 121/1 – 3 de la LCE). À cet égard, voy. aussi décision du Conseil de l'IBPT du 1<sup>er</sup> mars 2011 concernant l'évaluation du code de conduite ISPA concernant l'accès aux e-mails et à l'espace web conformément aux articles 121/1 et 121/2 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

<sup>59</sup> N. KROES, «The EU, safeguarding the open internet for all», SPEECH/13/498, 4 juin 2013, p. 4.

<sup>60</sup> C'est en tout cas ce qui nous a été confirmé lors d'un entretien avec des membres du personnel de l'IBPT. D'ailleurs, l'IBPT note que «la rotation de la clientèle augmente sous l'impulsion de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi télécoms en octobre 2012», Institut belge des services postaux et des télécommunica-



### 3. Exigences minimales en matière de qualité de service

Selon l'article 22, § 3, de la directive «service universel» et l'article 113, § 4, de la LCE qui le transpose, les destinataires des exigences minimales en matière de qualité de service, imposées le cas échéant par l'autorité réglementaire nationale afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, sont les entreprises fournissant des réseaux publics de communications électroniques<sup>61</sup>. Même si ce sont surtout

ces dernières qui, par leur maîtrise du réseau, peuvent affecter le trafic, on pourrait explicitement étendre le champ de ce pouvoir de l'IBPT également aux fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public<sup>62</sup>. Cette extension peut avoir du sens dans la mesure où certains fournisseurs de services (et en particulier les fournisseurs d'accès à Internet) peuvent aussi avoir une influence sur le flux des signaux. Il convient de noter que, si elle couvrait les fournisseurs d'accès à Internet, cette extension n'inclurait pas les services de la société de l'information en tant que tels et, pour les services qui sont à la fois des services de communications électroniques et des services de la société de l'information<sup>63</sup>, seuls les aspects de la réglementation des communications électroniques seraient visés.

tions, *Situation du secteur des communications électroniques 2012*, 30 mai 2013, p. 6. Dans la suite du paragraphe l'IBPT mentionne cependant explicitement le cas du portage de numéros (mobiles) et ne semble donc pas viser directement le cas de changement de fournisseurs d'accès à Internet. Par rapport à la situation concurrentielle dans le marché de la large bande fixe, l'IBPT note que «la part de marché de l'opérateur historique poursuit sa tendance légèrement descendante. Fin 2012, la part de marché de Belgacom (y compris Scarlet) s'élevait encore à 44,4%, comparé à 44,7% un an plus tôt...65,7% de la croissance du marché en 2012 est imputable aux OLO (96.557 lignes large bande fixes)» (*idem*, p. 25).

<sup>61</sup> Actuellement une proposition de loi déposée à la Chambre des représentants prévoit dans ses dispositifs un accès fonctionnel à Internet avec une vitesse minimale de deux mégaoctets par seconde en vue, notamment, de préserver le caractère neutre et ouvert de l'Internet. Voy. proposition de loi modifiant, en ce qui concerne l'accès à l'internet en tant que droit fondamental, la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-3012/1.

Notons cependant, pour toutes les propositions de loi actuellement pendantes, qu'«en cas de dissolution de la Chambre des représentants, sont considérés comme non venus tous les projets et propositions de loi dont les Chambres législatives sont saisies» (loi du 5 mai 1999 relative aux effets de la dissolution de la Chambre des représentants à l'égard des projets et propositions de loi dont les Chambres législatives sont saisies, *M.B.*, 7 mai 1999, art. 2 – cette version de la loi du 5 mai 1999 résulte de la loi du 6 janvier 2014 modifiant diverses lois suite à la réforme du Sénat et portant diverses modifications en matière électorale, *M.B.*, 31 janvier 2014, art. 15-19 et est applicable, selon l'article 166 de la loi du 6 janvier 2014, à partir du 25 mai 2014). On pourrait donc considérer que les

propositions de loi non finalisées avant les élections législatives de cette année deviennent caduques vu que la possibilité de relever un texte de caducité prévue par la version antérieure de la loi de 1999 sera abolie à partir du 25 mai 2014.

<sup>62</sup> L'article 3 de la proposition de loi modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité du réseau Internet (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/2) afin de garantir une qualité minimale des services, visait déjà à permettre à l'IBPT d'«imposer aux fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public des exigences minimales en matière de qualité des services de communication accessibles au public» (amendement (Van den Bergh et consorts) à la proposition de loi modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité du réseau Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/2, p. 4).

<sup>63</sup> La fourniture d'accès à Internet tombe en effet sous l'application des deux corps de réglementation (voy. cons. 10 de la directive «cadre» et cons. 18 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *J.O.C.E.*, L 178/1, 17 juillet 2000).



#### 4. Rapport entre les services d'accès à Internet (« public lane ») et les services gérés (« managed lane »)

Il faut finalement rappeler que l'Internet est un outil « essentiel pour l'éducation et pour l'exercice pratique de la liberté d'expression et l'accès à l'information »<sup>64</sup>. Garantir que l'Internet puisse continuer d'exercer cette fonction d'appui à l'exercice de libertés fondamentales exige que les opérateurs de réseaux et les fournisseurs d'accès à Internet offrent à l'ensemble des utilisateurs finaux et en particulier aux consommateurs des services d'accès à Internet<sup>65</sup>, une « public lane » disposant de capacité suffisante. Ceci n'empêche pas que ces opérateurs et fournisseurs d'accès développent de manière raisonnable, c'est-à-dire d'une manière qui ne met pas en échec l'Internet sur la « public lane », des services gérés, (« managed lane »)<sup>66</sup> aussi appelés « services

spécialisés »<sup>67</sup>, qui profitent autant aux utilisateurs finaux qu'à l'industrie et l'innovation<sup>68</sup>. En effet, les services spécialisés pourraient notamment permettre aux opérateurs d'obtenir des revenus additionnels de la part de fournisseurs de contenu – revenus qui pourraient être investis dans les réseaux de nouvelle génération sans que les coûts supplémentaires de ces investissements doivent être supportés par les utilisateurs finaux<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Directive « mieux légiférer », cons. 4.

<sup>65</sup> Selon l'ORECE, « un service d'accès à Internet est un service de communications électroniques accessible au public qui fournit la connectivité à l'Internet. En principe, un service d'accès à Internet permet que deviennent joignables entre eux tous les points de terminaison connectés à Internet, sans aucune forme de restriction sur le contenu échangé. Il permet aux utilisateurs finaux d'exécuter toute application utilisant la fonction de communication électronique de l'Internet... » (BEREC, BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012, p. 4, nous traduisons).

Selon la résolution PE du 3 avril 2014, amendements 235 et 242, un « service d'accès à l'Internet » serait défini à l'article 2, al. 2, 14° du règlement comme « un service de communications électroniques accessible au public, qui fournit une connectivité à l'Internet, conformément au principe de neutralité de l'Internet, et, partant, une connectivité entre la quasi-totalité des points terminaux connectés à l'Internet, quels que soient la technologie de réseau ou les équipements terminaux utilisés ».

<sup>66</sup> « Un service géré ... peut être défini comme étant un procédé technique par lequel un opérateur de réseaux garantit à un service un minimum de qualité suffisant d'un bout à l'autre de la chaîne de distribution sur le réseau afin que ce service puisse être proposé de manière efficace aux consommateurs »

(M. PIRON, « La neutralité des réseaux et la garantie de la fourniture de services de médias audiovisuels », *R.D.T.I.*, n° 45, 2011, p. 73). Selon l'ORECE, les services spécialisés (que nous appelons « services gérés »), se distinguent des services d'accès à Internet en ce qu'ils fournissent une qualité garantie et un contrôle strict de l'accès. Les applications les plus fréquentes en sont la transmission de la voix sur le protocole Internet (VoIP), la télévision sur le protocole Internet (IPTV) et la vidéo à la demande (VoD). L'ORECE précise que l'utilisation de ces services peut affecter dans certains cas les services d'accès à Internet en raison d'un partage des ressources d'accès (BEREC, *A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe – Findings from BEREC's and the European Commission's joint investigation*, BoR (12) 30, 29 May 2012, p. 11).

<sup>67</sup> Voy. notamment résolution PE du 3 avril 2014, amendements 235 et 242 selon lesquels un « service spécialisé » serait défini à l'article 2, al. 2, 15° du règlement comme « un service de communications électroniques optimisé pour des contenus, applications ou services spécifiques, ou une combinaison de ceux-ci, fourni au travers de capacités logiquement distinctes, reposant sur un contrôle strict des accès, offrant une fonctionnalité nécessitant une qualité supérieure de bout en bout, et qui n'est pas commercialisé ou utilisable comme produit de substitution à un service d'accès à l'Internet ».

<sup>68</sup> En ce sens, voy. aussi N. KROES, « Safeguarding the open internet for all », *SPEECH/13/498*, 4 juin 2013, p. 3.

<sup>69</sup> P. LAROCHE, « Convergence, consolidation, uncertainty: future-proofing electronic communications regulation », *CERRE Policy Paper*, 18 December 2013, pp. 15-16, disponible sous <http://www.cerre.eu/publications/policy-papers>. Dans le même sens, voy. Commission européenne, *Memo*, « La Commission adopte des propositions réglementaires pour un continent connecté », *MEMO/13/779*, 11 septembre 2013, pp. 20 et 21.



Ce que signifie concrètement un « développement raisonnable » de services gérés qui n'affecte pas les services d'accès à Internet et comment la capacité de réseau disponible devrait se répartir en pratique entre ces deux applications, est contrôlé et le cas échéant déterminé – en application de l'article 113, § 4, de la LCE – par l'IBPT<sup>70</sup>. L'exercice de cette compétence par l'IBPT est strictement encadré. Ainsi, l'IBPT doit notifier tout projet de mesure en la matière à la Commission européenne ainsi qu'à l'ORECE et tenir compte le plus possible des commentaires ou recommandations de la Commission<sup>71</sup>. De manière plus générale, l'IBPT exerce cette fonction sous la tutelle du Conseil des ministres<sup>72</sup> et aussi, dans une certaine mesure, sous le regard du Parlement, dans le cadre de la présentation à la Chambre des représentants de son plan stratégique triennal et de son rapport d'activités annuel<sup>73</sup>.

En ce qui le concerne, le Parlement européen a, dans sa première lecture du 3 avril 2014, amendé la proposition « continent connecté »

initiée par la Commission en septembre 2013. En effet, la Commission estimait qu'il était préférable de laisser une assez large marge de manœuvre aux fournisseurs de services gérés pour permettre une plus grande innovation, notamment en matière de services innovants. Par conséquent, il était seulement prévu que « la fourniture de ces services spécialisés ne porte pas atteinte d'une manière récurrente ou continue à la qualité générale des services d'accès à l'Internet »<sup>74</sup>. Le Parlement est revenu sur cette approche en rétrécissant cette marge de manœuvre possible quant aux services gérés. En effet, « les députés veulent des dispositions claires pour empêcher les fournisseurs d'accès à Internet de promouvoir certains services aux dépens d'autres services. ... Les fournisseurs d'accès Internet pourraient toujours proposer des services spécialisés aux utilisateurs finaux tels que la vidéo à la demande ou la conservation de données critiques (informatique en nuage) s'ils ne portent pas atteinte à la disponibilité ou à la qualité des services d'accès à l'Internet proposés par d'autres entreprises ou services »<sup>75</sup>.

Par conséquent, selon la résolution PE du 3 avril 2014, l'article 23, §§ 1<sup>er</sup> et 2, de la proposition « continent connecté » devrait être formulé comme suit :

« 1. Les utilisateurs finaux ont le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, d'exécuter et de fournir les applications et les services et d'utiliser les terminaux de leur choix, quel que soit le lieu où se trouve l'utilisateur final ou le fournisseur, ou quels que soient le lieu, l'origine ou la destination du service, de l'information ou du contenu,

<sup>70</sup> Ainsi, selon l'ORECE, si un fournisseur de services Internet (ISP) donne priorité à un service géré au détriment d'un service d'accès à Internet, l'autorité réglementaire nationale pourrait utiliser la base juridique de l'article 22, § 3, de la directive « service universel » (transposé en Belgique par l'article 113, § 4, de la LCE) pour exiger un certain niveau de performance de la vitesse d'accès qui peut varier à travers le temps (BEREC, BEREC Annual Reports – 2012, BoR (13) 67, June 2013, p. 42).

<sup>71</sup> Article 113, § 4, al. 2, de la LCE. Voy. aussi art. 22, § 3, al. 2, de la directive « service universel » et recommandation 2012/798/UE de la Commission du 12 décembre 2012 sur la procédure de notification prévue à l'article 22, paragraphe 3, de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 349/72, 19 décembre 2012.

<sup>72</sup> Article 15 de la loi « IBPT-Statut ». Fixer les exigences minimales en matière de qualité de service ne relève en effet ni de la régulation du marché *ex ante*, ni de la résolution de litiges entre opérateurs, qui sont des matières exclues de la tutelle.

<sup>73</sup> Article 34 de la loi « IBPT-Statut ».

<sup>74</sup> Proposition « continent connecté », art. 23, § 2, al. 2.

<sup>75</sup> Parlement européen, communiqué de presse, « Neutralité du net et suppression des frais d'itinérance », n° 20140331IPR41232, 3 avril 2014.



par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'Internet.

2. Les fournisseurs d'accès à l'Internet, les fournisseurs de communications électroniques au public et les fournisseurs de contenus, d'applications et de services sont libres de proposer des services spécialisés aux utilisateurs finaux. Ces services ne sont proposés *que si la capacité du réseau est suffisante pour les fournir en plus des services d'accès à l'Internet et s'ils ne portent pas atteinte à la disponibilité ou à la qualité des services d'accès à l'Internet*. Les fournisseurs proposant un accès à l'Internet aux utilisateurs finaux n'opèrent pas de discrimination entre des services et applications fonctionnellement équivalents<sup>76</sup>.

De manière plus générale, en ce qui concerne la gestion du trafic, la proposition «continent connecté» en prévoyait la possibilité dans des cas exceptionnels<sup>77</sup>. La version amendée par le Parlement européen en avril 2014 est beaucoup plus restrictive en ce qui concerne l'acceptation exceptionnelle de la gestion du trafic, et prévoit que les mesures prises dans le cadre de cette dernière: «... sont transparentes, non discriminatoires, proportionnées et nécessaires pour mettre en œuvre une décision de justice; préserver l'intégrité et la sûreté

du réseau, des services fournis par l'intermédiaire de ce réseau et des terminaux des utilisateurs finaux; prévenir ou atténuer les effets d'une congestion temporaire et exceptionnelle du réseau pour autant que les types de trafic équivalents fassent l'objet d'un traitement identique. Les mesures de gestion du trafic ne sont pas maintenues plus longtemps que nécessaire. (...)»<sup>78</sup>.

De nouveau, on peut constater qu'il s'agit d'un choix difficile à effectuer pour conserver un équilibre entre la protection de la neutralité du réseau (et *de facto* la protection de l'utilisateur final) et les intérêts des opérateurs souhaitant promouvoir des services innovants. Dans ce contexte, l'approche adoptée par le Parlement européen est cependant plus protectrice de la neutralité du réseau que celle de la Commission.

### **5. Enseignements de la jurisprudence de la C.J.U.E. relative à la conformité des mesures de filtrage ou de blocage des contenus illicites imposées aux FAI**

En lien avec l'analyse juridique de certains aspects de la neutralité de l'Internet, on peut également avoir égard à la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne, rendue dans le domaine des injonctions susceptibles d'être imposées à des prestataires intermédiaires (et notamment les FAI – fournisseurs d'accès à l'Internet) en cas de contenus illicites<sup>79</sup>. Plus précisément, on

<sup>76</sup> Résolution PE du 3 avril 2014, amendements 236 et 243, nous soulignons.

<sup>77</sup> La proposition «continent connecté» de la Commission prévoit en son article 23, § 5 que: «... les mesures de gestion raisonnable du trafic sont transparentes, non discriminatoires, proportionnées et nécessaires pour: a) mettre en œuvre une disposition législative ou une décision de justice ou prévenir ou lutter contre les infractions graves; b) préserver l'intégrité et la sûreté du réseau, des services fournis par l'intermédiaire de ce réseau et des terminaux des utilisateurs finaux; c) prévenir la transmission de communications non sollicitées aux utilisateurs finaux qui ont donné leur accord préalable à ces mesures restrictives; d) réduire au minimum les effets d'une congestion temporaire ou exceptionnelle du réseau pour autant que les types de trafic équivalents fassent l'objet d'un traitement identique. ...».

<sup>78</sup> Article 23, § 5, de la proposition «continent connecté», tel qu'amendé par résolution PE du 3 avril 2014, amendements 236 et 243.

<sup>79</sup> Sur la jurisprudence de la Cour de justice en matière de responsabilité des prestataires intermédiaires, voy. D. GOBERT et J. JOURET, «L'arrêt *Scarlet contre Sabam*: la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre les échanges illicites d'œuvres protégées sur Internet», *R.D.T.I.*, 2012/46, pp. 33 et s.; D. MELISSON, «'Arrêt *Scarlet*': le filtrage préventif par les fournisseurs d'accès à





peut s'y référer en ce qu'elle définit les critères à prendre en considération pour autoriser ou interdire les injonctions de filtrage ou de blocage imposées aux prestataires intermédiaires en cas de contenus illicites et, dans ce cadre, tient notamment compte de la liberté d'information dont bénéficient les utilisateurs d'Internet.

Dans l'arrêt *Scarlet*<sup>80</sup> du 24 novembre 2011, la Cour de justice a en effet jugé que l'injonction faite à un FAI de mettre en place un système de filtrage «risquerait de porter atteinte à la liberté d'information puisque ce système risquerait en effet de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu licite et un contenu illicite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite»<sup>81</sup>. La Cour s'est prononcée dans le même sens dans l'arrêt *Netlog*<sup>82</sup> du 16 février 2012 (cet arrêt concernait un prestataire de services d'hébergement). Le raisonnement suivi par la Cour de justice poursuit donc des objectifs similaires à ceux qui sous-tendent le principe de la neutralité de l'Internet puisque, parmi d'autres finalités, on veut éviter que la liberté des internautes de recevoir ou de communiquer de l'information ne soit restreinte ou supprimée par les

mesures mises en place (dans le cadre de la neutralité de l'Internet, on vise essentiellement les mesures de contrôle du trafic).

La jurisprudence de la C.J.U.E. dans les affaires *Scarlet Netlog*<sup>83</sup> nous enseigne les éléments à prendre en considération au moment de mettre en œuvre (ou de refuser la mise en œuvre) des mesures de blocage des contenus illicites (mesures qui peuvent avoir une incidence sur la liberté de recevoir ou de communiquer des informations). Plus précisément, il faut trouver un point d'équilibre entre les droits et les libertés en présence (protection du droit de propriété intellectuelle, d'une part, liberté d'entreprise, droit à la protection des données à caractère personnel et liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part), tout en s'assurant que l'exigence de proportionnalité est observée. Dans les affaires précitées, la C.J.U.E. a décidé que l'injonction demandée, consistant à exiger du prestataire qu'il mette en place, à ses frais et à titre préventif, un système de filtrage portant sur toutes les communications électroniques transitant par ses services et applicable indistinctement à toute la clientèle, était interdite<sup>84</sup>.

Dans un arrêt ultérieur du 27 mars 2014 (*UPC Telekabel*)<sup>85</sup>, qui concernait la possibilité d'interdire à un FAI (par la voie d'une injonction<sup>86</sup>) de donner accès à un site qui met en ligne des contenus illicites (en violation des droits de

Internet écarté au nom de l'équilibre entre droit d'auteur et libertés fondamentales», *J.D.E.*, 2012, pp. 43 et s.; E. WERKERS et G. SOMERS, «Commentaarbijhetarrest van het Europese Hof van Justitie van 24 november 2011 (*Scarlet/Sabam*) [Verhoudingen tussen auteursrechthebbers en dienstverlenende tussen personen op internet (ISPs) en digitale piraterij]», *Computerr.*, 2012, pp. 80-82; Th. LÉONARD, «L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne: un état de la question», *J.T.*, 2012, p. 818, n° 11; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, «Commerce électronique et contrats de l'informatique», *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011)*, *R.D.T.I.*, 2012/48-49, pp. 25-27.

<sup>80</sup> C.J.U.E., 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. Sabam*.

<sup>81</sup> Arrêt *Scarlet*, point 52; arrêt *Netlog*, point 50.

<sup>82</sup> C.J.U.E., 16 février 2012, aff. C-360/10, *Sabam c. Netlog*.

<sup>83</sup> C.J.U.E., 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. Sabam* et C.J.U.E., 16 février 2012, aff. 360/10, *Sabam v. Netlog*.

<sup>84</sup> Arrêt *Scarlet*, point 54; arrêt *Netlog*, point 52.

<sup>85</sup> C.J.U.E., 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH*. Cet arrêt appelle diverses remarques (et critiques) que l'on ne peut aborder dans le cadre de la présente contribution.

<sup>86</sup> En l'occurrence, il faut avoir égard au fait que «l'injonction ne précise pas quelles mesures le fournisseur d'accès doit prendre et que ce dernier peut échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de ladite injonction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables» (point 42 de l'arrêt).



propriété intellectuelle)<sup>87</sup>, la Cour se penche une nouvelle fois sur les critères à prendre en considération pour trouver l'équilibre entre les droits de propriété intellectuelle, d'un côté, la liberté d'entreprise des FAI et la liberté d'information des utilisateurs d'Internet, de l'autre. Dans ce cadre, l'injonction de blocage imposée au FAI n'est pas nécessairement interdite pour autant que deux conditions – à vérifier par les autorités et les juridictions nationales compétentes – soient respectées: «d'une part, les mesures prises ne privent pas inutilement les utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles et, d'autre part, [...] ces mesures [ont] pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette même injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle»<sup>88</sup>. L'accent est ainsi mis, dans la recherche de l'équilibre, sur l'application du principe de proportionnalité, tenant compte par ailleurs de l'efficacité des mesures envisagées (étant entendu que, dans l'hypothèse tranchée par la Cour, la responsabilité de définir les mesures de blocage appartient au FAI).

Même si elle laisse certaines questions ouvertes, cette jurisprudence de la Cour de justice est intéressante dans le contexte de la neutralité de l'Internet: ce principe n'empêche en effet pas que des mesures soient prises pour lutter contre des contenus illicites, pour autant que l'équilibre entre les droits et les libertés en présence soit préservé, dans le respect du prin-

cipe de proportionnalité. Comme l'a indiqué la Commission européenne, l'objectif général de la neutralité de l'Internet est de «préserver au mieux l'ouverture de cette plateforme et faire en sorte qu'elle continue à fournir des services de haute qualité à tous et à promouvoir l'innovation, tout en garantissant la jouissance et le respect de droits fondamentaux comme la liberté d'expression et la liberté d'entreprise»<sup>89</sup>.

En ce qui concerne la hiérarchisation entre des contenus licites et donc le blocage d'un contenu licite au profit d'un autre qui serait rendu nécessaire par une saturation du réseau, on pourrait s'inspirer d'un tel raisonnement pour justifier de donner la priorité à un contenu licite sur un autre contenu licite. L'opérateur devrait cependant dans pareil cas trouver un équilibre entre les différents droits et libertés en présence (liberté de recevoir ou de communiquer des informations, liberté de commerce, droit de bénéficier de soins de santé spécifiques, droit à la protection de la vie privée, etc.) et appliquer pleinement le principe de proportionnalité. Cet exercice devrait d'ailleurs se faire sous le contrôle des cours et tribunaux (qui apprécieraient le cas échéant le point d'équilibre entre les droits et libertés en présence).

### III. NÉCESSITÉ D'UNE APPROCHE EUROPÉENNE HARMONISÉE

La problématique de la neutralité du réseau demande une approche européenne harmonisée. Déjà dans son discours du 4 juin 2013 exposant des propositions pour des mesures à adopter concernant la neutralité du réseau (propositions qui ont servi de base aux analyses menées ci-dessus point II, C. et D.), N. Kroes, vice-présidente de la Commission européenne, a explicitement lié la problématique de la

<sup>87</sup> Sur la mise en place de mesure de blocage, voy. aussi les arrêts récents rendus par la Cour de cassation belge (Cass., 22 octobre 2013, R.G. n° P.13.0550.N et R.G. n° P.13.0551.N).

<sup>88</sup> Arrêt *UPC Telekabel*, point 63.

<sup>89</sup> Communication «neutralité d'Internet», p. 3.



neutralité de l'Internet à celle de la réalisation du marché intérieur<sup>90</sup>. Il en est de même pour la proposition «continent connecté». Dans ce contexte la Commission européenne constatait que «certains États membres de l'UE (les Pays-Bas, la Slovénie) ont adopté des dispositions législatives [en matière de neutralité du net – nous ajoutons], des mesures sont à l'étude dans d'autres pays mais, sans action au niveau de l'UE, le morcellement du marché européen risque de s'aggraver et la gestion intégrée de réseaux multiterritoriaux n'en deviendra que plus compliquée»<sup>91</sup>.

Savoir si des mesures nouvelles qui seraient adoptées au niveau européen en matière de neutralité du réseau prennent la forme d'une recommandation (ce qui semblait longtemps être le cas), d'une directive (ce qui pourrait être le cas selon les déclarations de N. Kroes en juin 2013) ou d'un règlement (ce qui semble à l'heure actuelle être le cas si on considère

la proposition «continent connecté» et la résolution du PE du 4 avril 2014) importe peu pour la question qui nous intéresse ici – si on estime que ces nouvelles mesures européennes entraînent un besoin de légiférer (ou de réguler) en Belgique (ce qui ne paraît pas vraiment comme étant sûr, en tout cas si on se fonde sur les mesures envisagées par la vice-présidente Kroes en juin 2013, – voy. *supra*, II, C. et D.), il nous semble approprié d'attendre leur adoption par l'Union européenne avant d'agir en Belgique<sup>92</sup> afin d'éviter qu'on introduise prématurément des approches divergentes nocives au marché intérieur. S'abstenir de réglementer nationalement (de manière anticipative) sera de toute façon obligatoire si les mesures européennes prennent la forme d'un règlement, qui est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable.

#### IV. NÉCESSITÉ D'UNE VISION PLUS LARGE EN MATIÈRE DE NEUTRALITÉ DU RÉSEAU

La problématique de la neutralité du réseau exige une vision large, embrassant la société de l'information numérique dans son ensemble. Le problème du degré requis de «neutralité» de l'Internet ne peut être résolu de manière satisfaisante lorsqu'on se focalise principalement sur les aspects qui relèvent d'un seul niveau de pouvoir (par exemple les compétences fédérales relatives aux communications électroniques). Pour notre pays, il faut, pour disposer d'une vision globale de la neutralité du réseau, tenir compte également

<sup>90</sup> «... We are seeing the pressure for national action on net neutrality. The telecoms single market is far from complete – and a failure to take coordinated action on net neutrality would shatter the fragile construction. If we don't address net neutrality, wider problems will arise and tomorrow's innovative services might have to stop at the border» (N. KROES, «The EU, safeguarding the open internet for all», SPEECH/13/498, 4 juin 2013, p. 3).

<sup>91</sup> Commission européenne, Memo, «La Commission adopte des propositions réglementaires pour un continent connecté», MEMO/13/779, 11 septembre 2013, p. 20. En effet, «il est probable que les consommateurs seront davantage enclins à souscrire aux offres d'opérateurs établis dans d'autres États membres s'ils savent qu'ils peuvent s'appuyer sur le même ensemble de règles: il s'agit par exemple des règles en matière de transparence, de conditions contractuelles, de facilitation du changement d'opérateur, ou encore des règles destinées à prévenir le blocage ou la limitation des services en ligne, dans le cadre des mesures visant à garantir l'accès à l'Internet ouvert. Il se peut que la dispersion des efforts nationaux pour garantir les droits des consommateurs aggrave aussi le morcellement du marché» (communication de la Commission européenne sur le marché unique des télécommunications, COM(2013) 634, 11 septembre 2013, pp. 4-5).

<sup>92</sup> Peu importe que cette action prenne la forme d'une intervention réglementaire ou celle de l'adoption par l'IBPT de mesures régulatrices au-delà de celles déjà prises ou à prendre dans le contexte du cadre réglementaire actuel (p. ex. décision du Conseil de l'IBPT du 4 décembre 2012 concernant la communication de la vitesse d'une connexion fixe à haut débit, disponible sous <http://www.ibpt.be>) ou proposées dans la présente contribution.



des compétences et des préoccupations des Communautés, qui sont notamment compétentes pour les aspects de contenu et les aspects techniques des services des médias audiovisuels (voy. *supra*, I). Cette constatation est d'autant plus pertinente que, précisément, le transport de contenus audiovisuels semble exiger à l'avenir des quantités énormes de bande passante. Dans ce contexte, il nous semble d'ailleurs qu'une coopération et une réflexion plus large que celles qui sont menées actuellement entre l'IBPT et les autorités de régulation communautaires de la radiodiffusion dans le cadre de la « Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques – CRC »<sup>93</sup> s'imposent. Les autorités fédérales compétentes en matière de contenus de commerce électronique devraient d'ailleurs être incluses dans cette large concertation qui, seule, pourra prendre en compte de manière appropriée le phénomène de la neutralité du réseau qui dépasse les frontières entre la réglementation de la transmission et la réglementation des contenus.

Il convient également de tenir suffisamment compte du fait que les fournisseurs nationaux traditionnels de services subissent toujours plus la concurrence d'acteurs du marché qui offrent leur contenu « *over the top* » (OTT) (ex. Google TV, Apple TV, YouTube, Netflix,...). En exagérant quelque peu, on pourrait prétendre que les rapports de force en la matière évoluent presque chaque jour. C'est précisément pour cela qu'il faut adopter

une vision la plus large et la plus dynamique possible afin de trouver une solution optimale en matière de neutralité du réseau.

## V. VERS UNE « CHARTE DES BONNES PRATIQUES » OU UN « GUIDE DES DROITS DE L'UTILISATEUR FINAL » EN MATIÈRE DE NEUTRALITÉ DU RÉSEAU (INTERNET)

Afin d'appliquer une approche suffisamment flexible et dynamique, on pourrait faire le choix, au niveau national, de faire davantage appel à des instruments de corégulation et d'autorégulation, tels qu'un code ou une charte auxquels les fournisseurs de réseaux électroniques et de services et/ou les fournisseurs d'accès à Internet pourraient souscrire<sup>94</sup>. Une telle charte pourrait contenir une descrip-

<sup>93</sup> À cet égard, voy. l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, *M.B.*, 28 décembre 2006.

<sup>94</sup> Une charte ne peut pas exempter ses signataires de leurs obligations légales et l'IBPT reste compétent pour prendre les mesures qui relèvent de ses attributions en vertu de la loi et des arrêtés. Une charte peut cependant être contraignante pour ses signataires si ces derniers le souhaitent. Dans ce cas, il convient de prévoir une procédure permettant une réaction en cas d'infraction aux engagements acceptés dans le cadre de la charte. En principe et sans préjudice de tout recours entre les signataires sur base du droit civil, la charte devrait alors prévoir pareil mécanisme et soit mettre en place un organe spécifique (ce qui soulève la question de la volonté des signataires de la charte de participer à cet organisme, notamment pour son financement), soit se référer à des organismes déjà existants dans les attributions desquels l'action prévue pourrait tomber. Dans ce contexte on pourrait par exemple penser, d'une part, à l'IBPT qui pourrait être appelé à intervenir sur base de l'article 14, § 1, 4°, de la loi « IBPT-Statut » en cas de plainte d'un opérateur signataire contre un autre en vue de les concilier. D'autre part, on pourrait faire état de l'article 43bis, § 3, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (*M.B.*, 27 mars 1991, *err.* 20 juillet 1991) qui permettrait à un utilisateur final qui se plaint que par une de ses activités un opérateur signataire ne respecte pas la charte, de saisir le Service de Médiation pour les télécommunications afin que ce dernier examine la plainte, s'entremette pour trouver un compromis à l'amiable et émette une recommandation à l'opérateur visé si un compromis à l'amiable ne peut être trouvé.



tion des principaux objectifs et des pratiques les plus problématiques qui doivent être évités. Là où cela s'avère nécessaire ou utile, des engagements complémentaires des fournisseurs d'accès Internet pourraient être prévus, en vue d'une protection encore plus efficace des droits des utilisateurs au-delà de ce qui est déjà prévu par voie réglementaire ou régulateur. En outre, la charte pourrait utilement informer les utilisateurs des droits qui sont déjà les leurs et donc remplir une fonction de transparence. Mais, notamment lors d'un séminaire tenu le 26 avril 2013, des représentants du secteur, des consommateurs et du monde politique se sont exprimés à une très grande majorité contre l'idée de la charte, les uns la considérant comme prévoyant trop, les autres l'estimant comme prévoyant trop peu d'obligations.

Si une charte ne se réalisait pas (ou en la complétant), la fonction de garantie de transparence pourrait aussi être assurée par un «Guide des droits de l'utilisateur final en matière de neutralité du réseau (Internet)». Ce guide serait publié par les pouvoirs publics (SPF Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie; IBPT...).

À l'instar du «Code des droits en ligne dans l'Union européenne» publié par la Commission européenne en décembre 2012, le guide de l'utilisateur n'aurait pas pour objet de créer des droits (nouveaux) concernant la neutralité de l'Internet, mais de compiler les droits

et principes existants afin d'informer les utilisateurs finaux en toute transparence<sup>95</sup>. Ainsi, le guide ne serait pas applicable en tant que tel, mais les droits et principes qui y seraient décrits seraient exécutoires en vertu de l'instrument juridique (LCE, décision de l'IBPT...) dont ils sont issus<sup>96</sup>.

## VI. CONCLUSIONS

La neutralité du réseau est un sujet vaste et complexe. Mais la véritable question ne devrait pas être comment conserver à tout prix un Internet neutre, car il est illusoire (et même contreproductif) à l'heure actuelle de penser que les réseaux peuvent (ou devraient) rester totalement neutres comme c'était le cas aux origines de l'Internet. La véritable question devrait être de décider comment doivent être appréciées et encadrées les exceptions à la neutralité des réseaux. Des exceptions à ce principe doivent être envisagées pour, notamment, assurer une meilleure gestion des flux de données sur les réseaux et pour promouvoir l'innovation au moyen de services gérés. Mais dans quelle mesure? Dans ce contexte, la neutralité du réseau en tant que telle doit être vue comme un objectif qu'il faut s'efforcer de suivre et non comme une obligation de résultat.

La législation et la régulation sectorielle belges comportent déjà actuellement des dispositions et garanties en matière de neutralité du réseau. Même si des améliorations sont toujours possibles, ces protections apparaissent comme largement suffisantes pour garantir à l'heure actuelle en pratique un Internet neutre en Belgique, notamment grâce aux règles rela-

Notons finalement qu'un «label» pourrait également être envisagé pour donner plus de poids à la charte. Un tiers, qui serait désigné dans la charte, s'assurerait du respect par les signataires des obligations prises dans le cadre de la charte et serait également l'organe vers lequel se retourner en cas de litige concernant le respect de ces obligations, qu'il s'agisse d'un litige entre un utilisateur final et un signataire, ou d'un litige entre des signataires. Si le tiers constate (d'initiative ou dans le cadre d'un litige), que le signataire respecte ses engagements, il maintient le label attestant de ce respect. Dans le cas contraire, le tiers retirera le label.

<sup>95</sup> Commission européenne, «Code des droits en ligne dans l'UE», 17 décembre 2012, p. 2, disponible sous <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/code-eu-online-rights>.

<sup>96</sup> *Ibidem*.



tives à la transparence et à la facilitation du changement d'opérateur de réseau. Et même si le caractère neutre de l'Internet venait à être menacé, l'IBPT est en mesure de le restaurer grâce à sa compétence d'imposer des exigences minimales en matière de qualité de service. Le recours à une charte (qui notamment compléterait les obligations législatives et réglementaires) et à un guide des utilisateurs (qui améliorerait la transparence en reprenant les droits existants), peuvent également être envisagés.

Une réglementation trop rigide de la neutralité du réseau étoufferait l'innovation dans le secteur des communications électroniques. Il est nécessaire de permettre aux opérateurs de promouvoir et de proposer des services innovants qui bénéficieront en fin de compte aux

utilisateurs, même si en parallèle on donne (une certaine) priorité aux services d'accès à Internet «de base».

D'ailleurs, le débat de la neutralité du réseau ne devrait pas se limiter à l'encadrement des opérateurs de réseaux mais être étendu à la réglementation des «fournisseurs Over-The-Top» (OTT). De même, compte tenu du fait que la neutralité du réseau est une problématique qui touche à la fois la transmission du signal et le contenu qui transite par les réseaux, il serait opportun que les autorités fédérales (IBPT pour les aspects «télécommunications» et SPF Économie pour les aspects «commerce électronique») et les entités fédérées collaborent ensemble pour avoir une approche coordonnée.

