

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Etude portant sur la neutralité du réseau (Internet) et les mesures de gestion du trafic

BRAET, O.; Laurent, Schumacher; Valcke, Peggy; Stevens, D.; GRAEF, I.; Jacquemin, Hervé; Queck, Robert; Piron, Maxime

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

BRAET, O, Laurent, S, Valcke, P, Stevens, D, GRAEF, I, Jacquemin, H, Queck, R & Piron, M 2013, *Etude portant sur la neutralité du réseau (Internet) et les mesures de gestion du trafic: 2012/S2/E9/NET_NEUTRALITY : rapport final*. Crids, Namur.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Interdisciplinair Centrum voor Recht en Informatica



crids

CENTRE DE RECHERCHE INFORMATION, DROIT ET SOCIÉTÉ



Étude portant sur la neutralité du réseau (Internet) et les
mesures de gestion du trafic

2012/S2/E9/NET_NEUTRALITY

Rapport final

O. Braet, I. Graef, H. Jacquemin, M. Piron,
R. Queck, L. Schumacher, D. Stevens, P. Valcke

Donneur d'ordre : SPF Économie, PME, Classes moyennes et Énergie

Leuven, 20 juin 2013

[page délibérément vierge]

Table des matières

Synthèse	1
Chapitre I : Concept, origine et objectifs de la neutralité du réseau	3
1. Cadre conceptuel en matière de neutralité du réseau	3
A. Contexte juridique de la "neutralité du réseau" et de notre analyse	3
B. Contexte technique et économique.....	6
2. Contexte international	8
A. États-Unis	8
B. World Conference on International Telecommunications (WCIT-12).....	12
3. Le contexte européen	14
A. Union européenne	14
B. L'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE – BEREC)	32
4. Initiatives nationales en matière de neutralité du réseau	42
A. France.....	42
B. Pays-Bas.....	46
5. Belgique	50
A. Origine	50
B. Définition	51
C. Objectifs	51
D. Les avis de l'IBPT et de la Commission de la protection de la vie privée	51
E. Conclusions	53
6. Ébauche de définitions (de travail)	54
Chapitre II : Aspects juridiques de la neutralité du réseau.....	57
1. Neutralité du réseau et réglementation des communications électroniques	57
A. La neutralité du réseau et la protection des utilisateurs finaux	57
B. La neutralité du réseau et la réglementation des entreprises puissantes sur le marché 76	
2. Neutralité du réseau et réglementation du commerce électronique.....	81
A. Antécédents et contexte de la jurisprudence de la Cour de justice	81
B. Intérêt et perspectives ouvertes par cette jurisprudence dans le contexte de la neutralité du réseau	85
C. Conclusions	88
3. Neutralité du réseau et règles générales en matière de libre concurrence et de concurrence loyale	89
A. Comportements problématiques.....	91

B. Aperçu des règles juridiques nationales pertinentes.....	94
C. Analyse	98
D. Synthèse	106
4. Neutralité du réseau et protection des données à caractère personnel.....	107
Chapitre III : Aspects économiques de la neutralité du réseau.....	110
1. Introduction	110
2. La neutralité du réseau dans une économie de plate-forme	111
A. Définition de la neutralité du réseau.....	111
B. Définitions : « double lane Internet » et « investir »	113
C. Coûts.....	119
D. Bénéfices	122
E. Coûts-bénéfices	123
F. Innovation	124
G. Coûts-bénéfices + Innovation	126
H. Le tableau coûts-bénéfices et innovation projeté sur la dominance de plate-forme	129
3. Études de cas en Belgique	133
A. Exemples d'établissement non demandé de priorités.....	134
B. Priorité demandée par le client	137
4. Conclusion : Vers une réglementation de la position dominante problématique des plates-formes.....	139
A. Pénurie temporaire.....	140
B. Avis	141
Chapitre IV: Livre blanc concernant la réglementation de la neutralité du réseau en Belgique – recommandations pour une approche efficace	143
1. Introduction	143
2. Considérations sur la nécessité d'agir aujourd'hui en Belgique sur le terrain législatif	144
A. La notion de « neutralité du réseau ».....	144
B. Révision de la Constitution pour y inscrire le principe de la neutralité du réseau .	145
C. Le cadre réglementaire existant en Belgique, la méthode et les principes appliqués – remarques générales.....	147
D. Propositions concernant quelques thématiques spécifiques	150
3. Nécessité d'une approche européenne harmonisée.....	155
4. Nécessité d'une vision plus large en matière de neutralité du réseau	156
5. Initiatives récentes pour des marchés plus concurrentiels.....	156
6. Champ de tension entre obligations actives et passives pour les FAI	157

A. L'application de la réglementation du commerce électronique pourrait aussi dissuader les opérateurs d'agir directement sur les contenus (en sortant de leur rôle passif)	157
B. L'application du raisonnement de la Cour de Justice de l'Union européenne dans les affaires C-70/10, Scarlet c. Sabam et C-360/10, Sabam c. Netlog à la priorisation de certains contenus.....	158
7. Vers une « Charte des bonnes pratiques » ou un « Guide des droits de l'utilisateur final » en matière de neutralité du réseau (Internet)	159

[page délibérément vierge]

Synthèse

Le présent rapport constitue le rapport final des activités de recherche menées dans le cadre de l'étude sur la neutralité du réseau (Internet) et les mesures de gestion du trafic (réf. 2012/S2/E9/NET_NEUTRALITY), qui a été confiée par le Service public fédéral Économie à la Katholieke Universiteit Leuven (ICRI), à l'université de Namur (CRIDS) et à la Vrije Universiteit Brussel (SMIT).

Conformément au cahier des charges et à notre offre, le premier chapitre de ce rapport examine le contexte, l'origine et les objectifs à différents niveaux politiques, dans le but d'identifier une définition de travail du principe de « neutralité du réseau » (et du concept de « gestion du trafic »). Cette partie répond par conséquent à des questions telles que de savoir qui, ou quoi, se trouve à la base du principe de neutralité du réseau, ce que ce principe vise exactement, et comment il est appliqué. Ces questions sont ensuite examinées au niveau international (États-Unis et World Conference on International Telecommunications) et au niveau européen (Union européenne et BEREC), ainsi que pour certains des États membres qui nous entourent et qui ont déjà pris des initiatives sur le plan législatif ou réglementaire en matière de neutralité du réseau (France et Pays-Bas), et pour la Belgique.

Dans cette partie, nous circonscrivons le champ d'application du principe de "neutralité du réseau" au regard des destinataires des droits et obligations que ce principe engendre. En particulier, il s'agit d'opérer une distinction entre différentes catégories de destinataires des droits qui seraient fondées sur le principe. D'une part, il peut s'agir d'autres opérateurs et fournisseurs – dans ce cas la neutralité du réseau apparaît comme garant de la possibilité d'opérateurs et de fournisseurs de services concurrents à l'opérateur dont le réseau est utilisé de joindre le consommateur et de lui fournir leurs services (aspect "concurrence"). D'autre part ces destinataires de droits peuvent être directement les utilisateurs finaux et les consommateurs – ici la neutralité du réseau intervient comme garant des intérêts des utilisateurs qui peuvent avoir accès à différents contenus et utiliser les applications de leur choix (aspect "protection des consommateurs"). Cette partie aborde également la question de savoir comment le principe de neutralité de l'Internet se situe par rapport au principe européen de la séparation entre la réglementation de la transmission et la réglementation du contenu.

À l'aide de cette définition de travail, les chapitres suivants présentent une analyse plus approfondie respectivement de la faisabilité et de l'opportunité sur le plan juridique et économique d'une initiative politique en matière de neutralité du réseau (et de gestion du trafic) par le gouvernement fédéral. C'est ainsi que le chapitre 2 étudie les aspects juridiques de la neutralité du réseau, alors que le chapitre 3 fournit, à partir d'une description détaillée de l'écosystème Internet et de tous les rôles et acteurs opérationnels pertinents ainsi que des services et des flux financiers qui circulent entre eux, une indication de l'impact qu'une éventuelle initiative politique en matière de neutralité du réseau pourrait avoir sur le marché et sur les acteurs du marché.

Sur le plan juridique, les récentes modifications de la législation, en 2012, ont bien entendu eu un impact significatif sur le déroulement de l'étude, cette dernière pouvant en effet partir d'un statu quo (partiel). Il appert en effet de l'analyse juridique qu'en ce qui concerne les dispositions pertinentes, les directives européennes ont été correctement transposées (avec en outre des obligations plus exigeantes notamment en matière de changement d'opérateur et de transparence), et qu'il n'existe donc pas d'exigences juridiques strictes nécessitant des interventions législatives complémentaires en matière de neutralité du réseau. Plutôt que de se livrer à une analyse de la nécessité juridique ou économique éventuelle de mesures nouvelles en matière de neutralité du réseau, on a donc pu suivre une approche plus prospective. Cette partie est aussi consacrée à d'autres aspects juridiques également pertinents en matière de neutralité de l'Internet: le droit des entreprises puissantes sur le marché, le droit de la concurrence, le droit du commerce électronique et le droit de la protection des données à caractère personnel. L'étude se concentre donc davantage sur la question de l'efficacité juridique et économique des mesures nationales introduites en 2012, en tenant compte des caractéristiques spécifiques du marché belge et des préoccupations des acteurs du marché.

Les conclusions sont reprises dans le 4^e chapitre qui constitue également un livre blanc quant à la politique future à mener. Sont également abordés les résultats et propositions de mesures présentées dans le cadre de l'appel d'offres (par exemple : des conclusions sur un observatoire de la qualité de l'Internet, d'autres mesures de protection du consommateur). Conformément aux exigences du cahier des charges, les conclusions concernent une possible approche spécifiquement belge de la problématique de la neutralité du réseau et elles sont fondées sur la situation juridique, économique et technologique en Belgique. En annexe, figure notamment, un exemple de charte (ou code de bonne conduite) concernant la neutralité de l'Internet, tenant compte de la législation actuelle dans ce domaine et proposant également de nouvelles obligations supplémentaires pour les opérateurs de réseaux et les fournisseurs d'accès à Internet.

Chapitre I : Concept, origine et objectifs de la neutralité du réseau

1. Cadre conceptuel en matière de neutralité du réseau

A. Contexte juridique de la "neutralité du réseau" et de notre analyse

Les réseaux et services de transmission de signaux par voies électroniques sont la colonne vertébrale de la société de l'information et donc un outil essentiel pour l'économie et les citoyens. Par conséquent, le développement de ces réseaux et services de communications électroniques, l'amélioration de leur qualité et l'augmentation de la couverture des réseaux et de l'utilisation des services est au cœur de la stratégie européenne pour un redressement économique¹ et en faveur de l'innovation.

L'existence de réseaux et services performants ne suffit cependant pas pour servir les intérêts des fournisseurs de réseaux et services, des entreprises, des utilisateurs finaux et en général de la société. Encore faut-il que les fournisseurs de communications électroniques, les fournisseurs de contenus, les entreprises, les administrations et les consommateurs puissent les utiliser efficacement et dans les meilleures conditions. En d'autres termes, il faut que les signaux, données, contenus et informations soient effectivement² transmis sur les réseaux et que les applications existantes à cette fin, mais aussi les équipements terminaux disponibles, puissent effectivement être utilisés, le tout dans les limites des dispositions réglementaires applicables.

C'est dans ce contexte que se situe le principe de la neutralité du net. Le concept a été introduit aux Etats-Unis au début des années 2000, notamment par T. Wu³ qui définissait la "neutralité du net" comme le principe selon lequel "*un réseau*

¹ Voy. Communication de la Commission, EUROPE 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM(2010) 2020, 3 mars 2010 et Communication de la Commission, Une stratégie numérique pour l'Europe, COM(2010) 245 final/2, 26 août 2010 (communication "stratégie numérique").

² Ce qui signifie notamment que la concurrence entre les opérateurs de communications électroniques en soit ni faussée, ni entravée.

³ T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, 2003, p. 141-179, disponible sous : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863. Voy. aussi M. Lemley et L. Lessig qui notaient en 2000 que "by designing the network to be neutral among uses, the Internet has created a competitive environment where innovators know that their inventions will be used if useful" (M. Lemley, L. Lessig, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era* (October 1, 2000), *UCLA Law Review*, Vol. 48, 2001, p. 925; *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, No. 207; *UC Berkeley Public Law Research Paper* No. 37, p. 8 disponible sous http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247737.

d'information public extrêmement utile tend à traiter tous les contenus, sites et plateformes de manière égale. Ceci permet au réseau de véhiculer chaque type d'informations et de soutenir toutes sortes d'applications"⁴. Le concept a ensuite été mis en œuvre dans la réglementation des Etats-Unis d'Amérique par des règles adoptées par la Federal Communications Commission (FCC) (voy. *infra*, 2.A.). Au niveau international, la question a également été abordée dans le contexte de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT), en particulier par la Conférence Mondiale des Télécommunications Internationales (CMTI-12 – WCIT-12) (voy. *infra*, 2.B.).

Le principe de la "neutralité du net" ou de la "neutralité de l'Internet" est entré dans la réglementation européenne des communications électroniques en 2009 lors de la révision de cette réglementation (voy. *infra*, 3.A.). Depuis lors, *"même s'il n'existe pas de définition établie de la 'neutralité d'Internet', l'article 8, paragraphe 4, point g), de la directive "cadre"⁵ exige des autorités réglementaires nationales qu'elles défendent les intérêts des citoyens de l'Union européenne en favorisant la capacité de l'utilisateur final à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de son choix"*⁶, et l'article 8, paragraphe 2, point b), de la même directive leur impose de promouvoir *"la concurrence dans la fourniture réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment... en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu"*. Au niveau européen, la "neutralité du net" a aussi fait l'objet de nombreux travaux de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE – Body of European Regulators for Electronic Communications, BEREC)⁷ (voy. *infra*, 3.B.).

D'ailleurs, à défaut de définition explicite consacrée dans les directives européennes, plusieurs autorités réglementaires nationales comme l'ARCEP et l'IBPT ont utilisé une

⁴ T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *cit. supra*. Nous traduisons.

⁵ 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, modifiée par le règlement (CE) N° 544/2009 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant le règlement (CE) N° 717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 167/12, 29 juin 2009, et par la 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 (directive "mieux légiférer").

⁶ Communication de la Commission, L'internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe, COM(2011) 222, 19 avril 2011 (communication "stratégie numérique"), p. 3. Voy. aussi 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.

⁷ En matière de neutralité du net, voy. notamment BEREC, Overview of BEREC's approach to net neutrality, BoR (12) 140, 27.11.2012 et BEREC, Summary of BEREC positions on net neutrality, BoR (12) 146, 3.12.2012, disponible sous http://berec.europa.eu/eng/document_register/welcome/. Les deux documents ont été adoptés par l'assemblée générale de l'ORECE du 6 décembre 2012.

traduction libre de T. Wu, pour définir la neutralité du net comme le principe "*selon lequel un réseau public d'utilité maximale aspire à traiter tous les contenus, sites et plates-formes de la même manière, ce qui lui permet de transporter toute forme d'information et d'accepter toutes les applications*"⁸. En effet, plusieurs Etat membres de l'Union européenne, comme la France, les Pays- Bas et la Belgique, ont adopté, ou s'appêtent à adopter, des réglementations spécifiques en matière de neutralité du réseau (voy. *infra*, respectivement 4.A., 4.B. et 5).

⁸ Respectivement ARCEP, Neutralité de l'internet et des réseaux – Propositions et recommandations, Les actes de l'ARCEP, Septembre 2010, p. 7, disponible sous http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/net-neutralite-orientations-sept2010.pdf et Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications, Avis du Conseil de l'IBPT du 05/10/2011 sur les amendements des 7 et 12 juillet à la proposition de loi modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux, p. 3-4, disponible sur : http://www.ibpt.be/fr/382/ShowDoc/3628/Avis/Avis_du_Conseil_de_l_IBPT_du_5_octobre_2011_sur_le_[aspx](#) .

B. Contexte technique et économique

D'un point de vue technique, la neutralité du réseau représente souvent un point délicat pour les services (de contenu) qui exigent d'importantes capacités de réseau. Les opérateurs souhaitent donc une rémunération complémentaire pour la charge que ces services occasionnent à leur réseau ou, dans le cas le plus extrême, veulent même exclure certains services de leur réseau, alors que les fournisseurs de services de contenu partent du principe qu'Internet constitue un réseau *best effort*, et que les opérateurs n'ont pas le droit d'intervenir dans les flux de données pour donner la priorité à certains services individuels. Dans cette discussion, la popularité de la vidéo en ligne est souvent citée comme un cas pertinent.

Techniquement, il y a neutralité du réseau si l'infrastructure prend en charge de manière identique les datagrammes, sans exercer de discrimination sur base, par exemple, du contenu dudit datagramme.

Pour prendre une analogie automobile, deux camions sont traités de la même façon au péage, quelle que soit leur cargaison.

Le principe de neutralité du réseau étant posé, des traitements discriminants sont néanmoins admis, soit parce que la charge utile des datagrammes le nécessite pour que le service soit effectivement rendu (cas des services temps réel/interactifs, VoIP, chirurgie à distance, etc.), soit parce que le gestionnaire de l'infrastructure essaie d'optimiser le comportement de celle-ci (ingénierie de trafic).

Pour continuer dans l'analogie automobile, l'on conçoit qu'un transport de produits frais puisse avoir la priorité sur un chargement de minerais, ou que les camions soient forcés de se ranger sur un parking autoroutier si les routes deviennent impraticables en raison de la neige.

Il y a dérogation à ce principe quand l'un des opérateurs, typiquement le fournisseur d'accès (ISP/FAI), module l'accès de ses clients à différents services, en facturant de manière différente le trafic vers ces services, voire en les bloquant (scénario des écosystèmes fermés, typiquement Apple). Il peut réaliser cela de différentes façons, soit en réorientant les requêtes adressées à certains fournisseurs de contenu (redirection DNS), soit en analysant le contenu des paquets (Deep Packet Inspection) et en appliquant une facturation différenciée, par exemple au moyen d'une infrastructure IP Multimedia Subsystem (IMS).

Cependant, du point de vue de l'économie de l'entreprise, ce ne sont pas nécessairement les services les plus lourds en termes d'infrastructures qui courent le plus le risque d'être victimes d'interventions discriminatoires de la part des opérateurs de réseaux. Les opérateurs ont en effet un argument fort en ce sens que, dans le cadre de la gestion de leur réseau, ils doivent parfois, en bon père de famille, donner la priorité à certaines formes de trafic, si des services lourds deviennent trop populaires auprès des utilisateurs finaux et menacent d'évincer tous les autres services.

À côté de ces services lourds, il existe également un certain nombre de services lucratifs ou stratégiques qui n'imposent pas de grandes charges au réseau mais qui constituent une vache à lait pour les acteurs traditionnels dans la chaîne de valeurs, ou bien qui représentent un investissement stratégique à plus long terme. Voice-over-IP est un bon exemple de cette deuxième espèce de services. Un autre exemple est fourni par le fameux « Whatsapp », qui peut faire office de services de substitution pour les SMS traditionnels.

Formulée dans les termes les plus généraux, la problématique de la neutralité du réseau porte par conséquent, du point de vue de l'économie de l'entreprise, sur la question de savoir jusqu'où les opérateurs de réseaux peuvent aller dans le traitement différencié des prestataires de services qui font usage de leur réseau.

2. Contexte international

A. États-Unis

1. Origine

L'origine du concept de neutralité de l'Internet prend sa source directement dans le mouvement de libéralisation des fournisseurs d'accès à Internet qui a eu lieu au début des années 2000 aux États-Unis. C'est en 2003 que le professeur T. Wu propose de renverser cette tendance en créant ce principe qui permettrait de contrôler les fournisseurs d'accès à Internet qui outrepassaient leur droit à organiser de manière utile le trafic de données sur leur réseau⁹. En 2005, la Federal Communications Commission (FCC) à la suite de l'affaire Madison River¹⁰, publia une décision¹¹ comprenant 4 principes généraux en vue de limiter la gestion de trafic des opérateurs de réseaux.

Une autre affaire de gestion de trafic intervint en 2007 : l'affaire Comcast où un opérateur de réseaux avait ralenti les données utilisant le protocole du *peer-to-peer*. La Federal Communications Commission avait enjoint l'opérateur de cesser cette pratique, ce qu'il avait refusé, argumentant l'incompétence de la FCC en matière de neutralité de l'Internet. L'affaire arriva devant les tribunaux fédéraux et, que ce soit en première ou en deuxième instance¹², les tribunaux considérèrent que la FCC était effectivement incompétente pour réguler le marché de cette manière. En revanche, la FCC est compétente en matière de fusion d'entreprises sur le marché des communications électroniques ce qui lui permet, d'une manière indirecte, d'imposer sa réglementation en assortissant les fusions de conditions en rapport avec la neutralité de l'Internet.

Ce revers judiciaire n'empêcha toutefois pas la FCC de publier en décembre 2010, une ordonnance visant à promouvoir le caractère neutre de l'Internet. Une version définitive des règles contenues dans cette ordonnance fut prise en septembre 2011¹³. En résumé, la régulation actuelle reprend trois principes (voy. *infra*).

⁹ T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *cit. supra*.

¹⁰ L'affaire concerne un opérateur de réseaux, Madison River Communication, qui ralentissait, voire bloquait, les données utilisant le protocole de VoIP (ou « Voice over I.P. », technologie permettant la communication « par la voix » via le réseau Internet). La FCC a demandé la cessation de cette pratique envers Madison River Communication. L'affaire ne fut pas amenée devant les tribunaux américains car le litige fut réglé par un règlement à l'amiable entre les deux parties.

¹¹ Intitulée "Internet Policy Statement", disponible sur : http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf

¹² Disponible sur : <http://pacer.cadc.uscourts.gov/common/opinions/201004/08-1291-1238302.pdf>

¹³ FCC, Preserving the open Internet; final rule, F.R. vol. 76, 2011, p. 59192 et ss., disponible sous <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-09-23/html/2011-24259.htm>.

II. Définition

La définition même de la neutralité de l'Internet a pour origine celle utilisée par T. Wu qui définit comme "neutralité du réseau" le principe : "*selon lequel un réseau public d'utilité maximale aspire à traiter tous les contenus, sites et plates-formes de la même manière, ce qui lui permet de transporter toute forme d'information et d'accepter toutes les applications*"¹⁴. Cette définition est très pragmatique et reste très générale, ce qui lui permet d'être encore d'actualité, même dix ans après sa rédaction.

Cette description ne constitue cependant pas une définition au sens strict du terme. Ceci vient de la conception juridique propre au système de type "« Common Law". En effet, la conception très pragmatique du droit américain semble inconciliable avec tout type de définition qui viserait à généraliser un phénomène, ce qui est notamment le cas avec la neutralité de l'Internet. Préférant une régulation se reposant plutôt sur des principes que sur une définition générale de la neutralité de l'Internet, la FCC a proposé une régulation de l'Internet se reposant sur 4 principe-clés :

1. Transparence

*"Une personne qui offre des services d'accès à Internet à large bande doit publiquement communiquer des informations précises sur les pratiques en matière de gestion du réseau, sur les performances et sur les conditions commerciales des services d'accès à Internet à large bande. Ces informations doivent être suffisantes pour que le consommateur puisse choisir en connaissance de cause d'utiliser de tels services et pour que les fournisseurs de contenu, d'application, de services et d'appareils puissent développer des offres Internet, les mettre sur le marché, et les entretenir"*¹⁵.

2. Interdiction du blocage

"Dans la mesure où elle y est tenue et en tenant compte d'une gestion raisonnable du

¹⁴ La citation complète est : "*network neutrality is best defined as a network design principle. The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and platforms equally. This allows the network to carry every form of information and support every kind of application. The principle suggests that information networks are often more valuable when they are less specialized – when they are a platform for multiple uses, present and future. (For people who know more about network design, what is just described is similar to the "end-to-end" design principle)*" (T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *cit. supra*). La traduction en français est issue de ARCEP, Neutralité de l'internet et des réseaux..., *cit. supra*, p. 7 et Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications, Avis du Conseil de l'IBPT du 05/10/2011, *cit. supra*, p. 3-4. T. Wu précisait d'ailleurs que "*the basic principle behind a network anti-discrimination regime is to give users the right to use non-harmful network attachments or applications, and give innovators the corresponding freedom to supply them*" et qu'un "*neutral network – that is, an Internet that does not favor one application (say, the world wide web), over others (say, email)*" (T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *cit. supra*, p. 142 et 145).

¹⁵ Nous traduisons. FCC, Preserving the open Internet; final rule, *cit. supra*, p. 59202.

*réseau, une personne qui offre des services d'accès à Internet à large bande ne peut bloquer aucun contenu légal ni application, service ou appareil non dommageable"*¹⁶.

3. Absence de discrimination déraisonnable

*"Dans la mesure où elle y est tenue, une personne qui offre des services d'accès à Internet à large bande ne peut appliquer aucune discrimination déraisonnable dans le transport du trafic réseau légal sur les services d'accès à Internet à large bande de l'utilisateur. Une gestion raisonnable du réseau ne comporte pas de discrimination déraisonnable"*¹⁷.

4. Gestion raisonnable du réseau

*"Une pratique de la gestion du réseau est raisonnable lorsqu'elle est adaptée et individualisée en fonction de la réalisation d'un objectif légitime de gestion du réseau, en tenant compte de l'architecture particulière du réseau et de la technologie du service pour le service d'accès à Internet à large bande"*¹⁸.

Les trois premiers principes s'articulent autour d'un quatrième principe enjoignant les opérateurs de gérer leur réseau de manière raisonnable. Ces principes utilisent des critères très généraux, tels que le caractère "raisonnable" d'une gestion de trafic. La régulation du marché passera donc nécessairement par une interprétation jurisprudentielle de ces critères. De ce fait, un tel modèle de définition ne cadre pas *a priori* avec un système juridique tel qu'en Belgique. Cependant, ces critères peuvent être utilisés en vue de la rédaction d'une chartre de bonne conduite des opérateurs afin préserver le caractère neutre de l'Internet par exemple, mais ils ne devraient pas être utilisés en tant que tel pour servir de base à une définition.

III. Objectifs

Les objectifs de la neutralité de l'Internet sont avant tout empreints du caractère libéral de l'économie américaine. L'accent est très clairement mis sur la protection d'un marché déficient par la régulation de ce dernier : *"la Commission a l'obligation de préserver et de promouvoir le caractère vivant et ouvert d'Internet, sachant que le marché des télécommunications entre dans l'ère de la large bande, et de favoriser la création, l'adoption et l'utilisation de contenus, d'applications, de services et d'accessoires pour l'Internet à large bande, et de veiller à ce que les consommateurs profitent de l'innovation qui découle de la concurrence"*¹⁹. En effet, l'objectif visé est une régulation efficace du marché afin de maximiser le surplus de la collectivité et du

¹⁶ *Ibidem*, p. 59205. Nous traduisons.

¹⁷ *Ibidem*, p.59205. Nous traduisons.

¹⁸ *Ibidem*, p.59208. Nous traduisons.

¹⁹ FCC, Internet Policy Statement, 2005, p.3, disponible sur : http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf ; FCC, Preserving the open Internet; final rule, *cit. supra*, p. 59193. Nous traduisons.

consommateur. Pour qu'une telle régulation puisse atteindre ces objectifs, quatre principes doivent guider le régulateur :

1. droit pour les consommateurs d'avoir accès au contenu légal de leur choix ;
2. droit pour les consommateurs d'utiliser les applications ou services de leur choix, dans le respect de la loi ;
3. droit de connecter les terminaux de leurs choix au réseau, sous réserve d'"innocuité" pour le réseau ;
4. droit de faire jouer la concurrence entre fournisseurs d'accès, d'applications, de services et de contenus.

IV. Conclusions

Le droit américain est avant tout un droit pragmatique : aussi bien au niveau de ses définitions que de ses objectifs, ce qui prime sont les résultats en pratique. De ce fait, l'application de la régulation se fait également d'une manière pragmatique, laissant une marge de manœuvre confortable aux tribunaux fédéraux dans l'interprétation des dispositions. Cette conception de la régulation de la neutralité de l'Internet doit encore faire ses preuves dans la pratique car il n'existe à l'heure actuelle aucune décision contraignante en la matière. Force est de constater qu'un tel modèle est difficilement transposable dans notre conception continentale du droit. Toutefois, les critères utilisés dans la régulation peuvent servir de base à la définition d'objectifs en vue d'une régulation saine en Belgique.

B. World Conference on International Telecommunications (WCIT-12)

La neutralité du réseau a également été abordée lors de la World Conference on International Telecommunications (WCIT-12), récemment organisée par l'ITU. Une des "background briefs" s'est penchée sur la question, sous le titre "Quality of Service and Net Neutrality" ; on peut y lire ²⁰ :

"La gestion du trafic est toujours d'application, comme par exemple dans les priorités à accorder aux communications dans les cas d'urgence. Mais il existe des craintes quant à certaines approches qui influencent la qualité de la prestation du service au consommateur. Certaines sortes de sources de trafic pourraient être défavorisées par rapport à d'autres, voire entièrement bloquées.

Des accords pourraient être trouvés entre les prestataires de services Internet (ISP) et les entreprises qui offrent des applications ou du contenu, si bien qu'une qualité améliorée serait donnée à leur circulation via un réseau alors que d'autres clients ne bénéficieraient pas de ces améliorations. Il faut aussi tenir compte des services dits « over the top », ou services OTT (comme Skype), qui fonctionnent via les réseaux qui se situent « au-dessus » de la prestation de base pour l'accès Internet. Les fournisseurs de réseau pourraient exiger un paiement pour la réservation d'un pourcentage de la capacité au profit de ces services, capacité qui ne serait dès lors plus disponible pour l'accès général à Internet. De telles évolutions pourraient rendre l'accès plus lent ou plus difficile aux utilisateurs désireux d'accéder à certains sites Internet ou à certains services en ligne. Les exploitants de réseaux IP devraient-ils donc, pour générer des revenus, privilégier l'offre de qualité supérieure à un prix plus élevé, même si cela a un impact sur le client moyen ? Les lignes directrices sur les bonnes pratiques pour l'application de l'accès ouvert [disponibles sur www.itu.int/ITU-D/treg/bestpractices.html], et qui émanent du ITU Global Symposium pour les instances de régulation en 2010, recommandent que les instances de supervision n'autorisent une telle différenciation que si l'objectif est justifié. De nombreuses instances de supervision lancent à présent des consultations publiques sur les pratiques qui établissent une distinction au niveau de la manière dont les différents flux de données sont traités.

Dans le même temps, les conséquences financières plus larges doivent également être prises en compte. Des revenus doivent être générés pour financer l'élargissement des réseaux, qui contribuent à leur tour à la croissance économique générale. Mais, selon certaines études, les fournisseurs de réseaux ne présupposent plus la possibilité de réaliser les revenus nécessaires

²⁰ <http://www.itu.int/en/wcit-12/Pages/WCIT-backgroundbriefs.aspx> . Nous traduisons.

en se contentant d'offrir les réseaux essentiels et les réseaux d'accès. De plus en plus, les revenus sont générés par les services OTT.

Il existe des propositions de révision des ITR afin de répondre à ces évolutions de la technologie et du marché ; en particulier, il est proposé de remplacer la « qualité minimum de la prestation de service » de l'article 4.3 par les termes de « qualité satisfaisante de la prestation de services », cependant que les pouvoirs publics devraient veiller à la transparence dans ce domaine pour que les consommateurs sachent précisément ce qu'ils obtiennent. Pour l'instant, il se peut qu'un utilisateur ordinaire d'Internet ne sache pas si sa connexion est lente en raison de la congestion ou suite à l'utilisation délibérée de techniques appliquées par un opérateur ou un ISP. Les administrations se réuniront pour évaluer les ITR lors de la World Conference on International Telecommunications-2012 (WCIT-12). Les décisions qui seront prises et qui peuvent avoir un impact sur la qualité du service et la neutralité du réseau pourraient influencer le développement futur de l'accès à Internet ainsi que la qualité de l'expérience que nous pouvons vivre en ligne".

Dans les conclusions finales²¹ approuvées en séance plénière²², toutefois, le concept de "neutralité du réseau" n'a pas été repris en tant que tel dans les ITR, même si des engagements ont bien été pris pour certains des objectifs qui sont à la base de ce concept. C'est ainsi que l'article 3.4 (sur les réseaux internationaux) dispose que chaque utilisateur qui a accès au réseau international a le droit d'envoyer une information conforme à la législation nationale en bénéficiant d'une qualité satisfaisante : "3.4 Conformément à la législation nationale, tout usager ayant accès au réseau international a le droit d'émettre du trafic. Une qualité de service satisfaisante, correspondant aux Recommandations UIT-T pertinentes, devrait être assurée dans toute la mesure possible".

Au niveau des services internationaux, une approche comparable est appliquée.

²¹ Union Internationale des Télécommunications, Actes finals de la Conférence Mondiale des Télécommunications Internationales (Dubai, 2012), disponibles sur <http://www.itu.int/pub/S-CONF-WCIT-2012/en> . Les actes comprennent la nouvelle version du Règlement des Télécommunications Internationales et un certain nombre de résolutions.

²² Il convient de noter que les Etats membres de l'Union européenne n'ont pas signé le Règlement des Télécommunications Internationales dans sa version de 2012. Sauf adhésion ultérieure, ils resteront liés par la version de 1988 du Règlement (disponible sous http://www.itu.int/osg/csd/wtpf/wtpf2009/documents/ITU_ITRs_88.pdf), qui prévaudra aussi dans leurs relations avec les signataires de la nouvelle version (voy. aussi European Commission, No change to telecoms and internet governance – EU Member States amongst dozens not signing proposed new International Telecommunications Regulations (ITR) Treaty, remain 100% committed to open internet, MEMO/12/991, 14 December 2012.)

3. Le contexte européen

A. Union européenne

1. Origines (et évolutions)

Le concept de "neutralité du réseau" a été popularisé aux Etats-Unis au début des années 2000 (voy. ci-dessus 2. A). Il a ensuite traversé l'Europe mais il n'a pas encore été intégré dans le cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques adopté en 2002 (ni d'ailleurs dans le cadre réglementaire des équipements terminaux de télécommunications²³). La "neutralité de l'Internet" ou plutôt, à défaut de reprise explicite du concept en tant que tel et de définition explicite, plutôt certaines dispositions réglementaires qui s'y rapportent plus directement, sont entrées dans la réglementation européenne des communications électroniques lors de la révision²⁴ de cette réglementation²⁵ adoptée en 2009 par le parlement européen et le Conseil suite aux propositions de la Commission²⁶. Ainsi, la

²³ Directive 2008/63/CE de la Commission du 20 juin 2008 relative à la concurrence dans les marchés des équipements terminaux de télécommunications (version codifiée), *J.O.U.E.*, L 162/20, 21 juin 2008, (directive "terminaux").

Directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, *J.O.C.E.*, L 91/10, du 7 avril 1999, modifiée par le règlement (CE) No 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil du 29 septembre 2003 portant adaptation à la décision 1999/468/CE du Conseil des dispositions relatives aux comités assistant la Commission dans l'exercice de ses compétences d'exécution prévues dans des actes soumis à la procédure visée à l'article 251 du traité CE, *J.O.U.E.*, L 284/1, 31 octobre 2003 et modifiée par le règlement (CE) No 596/2009 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 portant adaptation à la décision 1999/468/CE du Conseil de certains actes soumis à la procédure visée à l'article 251 du traité, en ce qui concerne la procédure de réglementation avec contrôle. Adaptation à la procédure de réglementation avec contrôle — Quatrième partie, *J.O.U.E.*, L 188/14, 18 juillet 2009 (directive "R&TTE").

²⁴ A cet égard, voy. les documents préparatoires de la réforme: European Commission, Commission Staff Working Document, Communication on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services – Proposed Changes, SEC(2006) 816, 28 June 2006, p. 26-27; Communication de la Commission, Rapport sur les résultats du réexamen du cadre réglementaire de l'UE pour les réseaux et services de communications électroniques conformément à la directive 2002/21/CE et résumé des propositions de réforme 2007, COM(2007) 696, 13 novembre 2007, p. 11; European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment – Accompanying document to the Commission's regulatory proposals COM(2007) 697, COM(2007) 698, COM(2007) 699, SEC(2007) 1472, 13 November 2007, p. 90-102; European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Summary – Accompanying document to the Commission's regulatory proposals COM(2007) 697, COM(2007) 698, COM(2007) 699, SEC(2007) 1473, 13 November 2007, p. 5-6.

²⁵ Commission européenne, communiqué de presse, Réforme des télécommunications de l'UE: 12 mesures pour des droits du consommateur renforcés, un internet plus ouvert, un marché unique européen des télécommunications et des connexions internet à haut débit pour tous, MEMO/09/568, 18 décembre 2009, p. 2.

²⁶ Voy. Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil 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 et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, COM(2007) 697, 13 novembre 2007 et proposition de modification des directives "service universel" et "vie privée et communications électroniques" ("Droits des citoyens"): Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil 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 et la protection de la

neutralité de l'Internet est présente dorénavant en particulier à travers les objectifs du cadre réglementaire stipulés dans la directive "cadre"²⁷ (principes généraux – spécifiquement, article 8, paragraphe 4, g, en ce qui concerne la protection des intérêts des utilisateurs finaux²⁸, et paragraphe 2, b²⁹, en ce qui concerne la promotion de la concurrence) et à travers certaines dispositions en matière de protection des utilisateurs finaux et consommateurs prévues par la directive "service universel"³⁰ (protection des intérêts des citoyens européens mais aussi concurrence sur les marchés de détail). La neutralité du réseau n'est également ni mentionnée, ni définie, dans les autres directives comme les directives "accès"³¹ (concurrence sur les marchés de gros), "libéralisation"³² (confirmation de la libéralisation du secteur), "autorisation"³³ (conditions pour l'entrée sur les marchés) et "vie privée et

vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs, COM(2007) 698, 13 novembre 2007. Voy. aussi proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, COM(2007) 699, 13 novembre 2007.

²⁷ Dans le contexte de la directive "cadre" et en particulier en ce qui concerne la promotion de la concurrence entre opérateurs et la procédure relative à la puissance significative sur le marché, voy. aussi recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 344/68, 28 décembre 2007 (recommandation "marchés pertinents 2007").

²⁸ Un "utilisateur final" est un utilisateur (c'est-à-dire une personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public) "qui ne fournit pas de réseaux de communication publics ou de services de communications électroniques accessibles au public". Cette catégorie inclut celle des "consommateurs". Ce dernier est "toute personne physique qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public à des fins autres que professionnelles" (article 2, h, i et n de la directive "cadre"). Un abonné : « toute personne physique ou morale partie à un contrat avec un fournisseur de services de communications électroniques accessibles au public, pour la fourniture de tels services. En ce qui concerne le champ d'application, lorsque l'on parle de fournisseur de services de communications électroniques, on vise les fournisseurs de réseaux publics, c.-à-d., excepté les réseaux privés.

²⁹ Voy. aussi les considérant 28 de la directive 2009/136/CE "droits des citoyens", citée ci-dessous et 23 de la directive "mieux légiférer".

³⁰ 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.C.E.*, L 108/51, 24 avril 2002, modifiée par la directive 2009/136/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 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 (directive "droits des citoyens").

³¹ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès"), *J.O.C.E.*, L 108/7, 24 avril 2002, modifiée par la directive "mieux légiférer".

³² Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, L 249/21, 17 septembre 2002.

³³ Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation"), *J.O.C.E.*, L 108/21, 24 avril 2002, modifiée par la directive "mieux légiférer".

communications électroniques"^{34, 35}. Par contre, la Commission met en avant *expressis verbis* la neutralité du réseau dans une "Déclaration de la Commission sur la neutralité de l'Internet" qu'elle a attachée à la directive "mieux légiférer"³⁶, directive qui modifiait en 2009, notamment la directive "cadre".

Dans sa déclaration "neutralité de l'Internet" de 2009, la Commission soulignait la plus haute importance qu'elle attachait au maintien du caractère ouvert et neutre de l'Internet et mettait en avant que désormais, la neutralité de l'Internet était devenue "*un objectif politique et un principe réglementaire que les autorités réglementaires nationales devront promouvoir*". La Commission annonçait également vouloir suivre attentivement la mise en œuvre par les Etats membres des (quelques) dispositions spécifiques du cadre réglementaire européen des communications électroniques³⁷. Finalement, la Commission annonçait un rapport sur la nécessité éventuelle de fournir d'autres orientations, c'est-à-dire de prévoir d'autres dispositions réglementaires plus proactives en faveur de la neutralité du réseau.

³⁴ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, L 201/37, 31 juillet 2002, modifiée par la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, *J.O.U.E.*, L 105/54, 13 avril 2006 et modifiée par la directive "droits des citoyens".

Voy. aussi directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281/31, 23 novembre 1995 (directive "protection des données"), modifiée par le règlement(CE) n° 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil du 29 septembre 2003 portant adaptation à la décision 1999/468/CE du Conseil des dispositions relatives aux comités assistant la Commission dans l'exercice de ses compétences d'exécution prévues dans des actes soumis à la procédure visée à l'article 251 du traité CE, *J.O.U.E.*, L 284/1, 31 octobre 2003.

³⁵ On peut cependant conclure que certains mécanismes déjà prévus par le cadre réglementaire 2002 étaient aussi applicables à ce qui pouvait être considérée en fait comme étant la problématique de la neutralité du réseau. Ainsi, la procédure relative à la puissance significative sur le marché était déjà en place (art. 14 à 16, directive "cadre 2002"; art. 8 à 13, directive "accès 2002" et art. 16 et 17, directive "service universel 2002"), tout comme la possibilité pour les ARN d'imposer, afin de garantir la connectivité et l'interopérabilité des services de bout en bout, l'interconnexion à des opérateurs qui contrôlaient l'accès aux utilisateurs finaux (art. 5, directive "accès 2002"). Les dispositions de protection des consommateurs prévues par la directive "service universel 2002" étaient cependant essentiellement centrées sur le service de téléphonie vocale accessible au public. Finalement, la directive R&TTE (art. 7 et en particulier 7, § 3) prévoyait et prévoit toujours en principe une interdiction de restrictions injustifiées imposées par des opérateurs à la connexion d'équipements terminaux de télécommunications aux réseaux publics de télécommunications. A côté de ces mesures sectorielles, les règles de concurrence restaient applicables (P. Valcke, L. Hou, D. Stevens, E. Kosta, "Network neutrality: Legal Answers from an EU perspective", *R.D.T.I.*, N° 32/2008, p. 328 à 330 et 332 à 342).

³⁶ 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"). Notons que dans sa version anglaise, le titre de cette déclaration ne mentionne pas explicitement l'Internet mais parle de manière plus générale de "Commission declaration on net neutrality". Il en est de même pour la version néerlandaise qui utilise le terme "netneutraliteit".

³⁷ A cet égard, voy. notamment European Commission, Information Society and Media Directorate-General, European Union 2011 Telecommunication Market and Regulatory Developments, 18 June 2012, p. 35-37, disponible sous http://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Telecom_Horizontal_Chapter_0.pdf.

Après que le principe ait entre-temps été reconnu dans le contexte de la "Stratégie numérique pour l'Europe"³⁸, la Commission a publié en avril 2011, sur la base des résultats³⁹ d'une consultation⁴⁰ publique menée du 30 juin au 30 septembre 2010, sa Communication sur "l'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe"⁴¹. Dans cette dernière, la Commission a réaffirmé son engagement à atteindre l'objectif de maintenir Internet ouvert *"et à assurer le maintien d'un Internet solide, sans garantie de performances, auquel chacun a accès"*⁴².

Respectivement en novembre et en décembre 2011, le Parlement européen⁴³ et le Conseil⁴⁴ ont réagi à la Communication "neutralité d'Internet". Le Parlement (ou plus précisément la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs) avait aussi commandité une étude sur la question qui a été achevée en mai 2011⁴⁵. Le Parlement invitait la Commission *"à garantir la mise en œuvre du*

³⁸ Communication "stratégie numérique". La Commission y annonce qu'elle *"suivra également avec attention la mise en œuvre des nouvelles dispositions législatives sur le caractère ouvert et neutre de l'internet, qui préservent la capacité des utilisateurs finals à accéder aux informations en ligne et à en diffuser et garantissant la transparence en ce qui concerne la gestion du trafic. ...La Commission lancera, avant l'été 2010, une consultation publique visant à déterminer si un encadrement supplémentaire est nécessaire pour réaliser les objectifs fondamentaux tels que la liberté d'expression, la transparence, la nécessité d'investir dans des réseaux ouverts et efficaces, la loyauté de la concurrence et l'ouverture à des modèles d'activité innovants"* (p. 24).

³⁹ Parmi les réponses à la consultation, nous mettons en évidence celle rendue par le Contrôleur Européen de la Protection des Données, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/net_neutrality/index_en.htm.

⁴⁰ Les réponses à la consultation, tout comme un rapport sur les résultats (European Commission, Information Society and Media Directorate-General, Report on the public consultation on 'The open internet and net neutrality in Europe', 9 November 2010) sont disponibles sous http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/net_neutrality/index_en.htm.

⁴¹ Communication "neutralité d'Internet". Il convient de noter qu'à l'instar de ce qui a été mentionné pour la déclaration "neutralité de l'Internet", également les versions anglaise et néerlandaise du titre de la communication parlent respectivement de "... net neutrality" et de "netneutraliteit" à la place de "neutralité d'Internet".

⁴² Communication "neutralité d'Internet", p. 9.

⁴³ Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 17 novembre 2011 sur l'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe, P7_TA(2011)0511, non encore publié au *J.O.U.E.* (résolution du Parlement "neutralité d'Internet"). Voy. aussi Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 11 décembre 2012 sur une stratégie pour la liberté numérique dans la politique étrangère de l'Union, P7_TA(2012)0470, non encore publié au *J.O.U.E.* Dans cette résolution, qui dépasse largement la problématique de la neutralité de l'Internet, considère que *"la neutralité du réseau est un principe essentiel pour l'internet ouvert, garantissant la concurrence et la transparence"* (cons. O) et *"soutient fermement le principe de la neutralité du réseau, voulant que les fournisseurs de services internet ne puissent bloquer, altérer de façon discriminatoire, entraver ou amoindrir, notamment par le prix, la capacité de toute personne à utiliser un service pour accéder à des contenus, des applications ou des services de son choix, et pour les utiliser, les envoyer, les recevoir, les poster ou les proposer, quelle qu'en soit la source ou la cible"* (point 56).

⁴⁴ Conseil de l'Union européenne, communiqué de presse, 3134^e session du Conseil – Transports, télécommunications et énergie, Bruxelles, 12 et 13 décembre 2011, 18416/11, p. 19-20, ainsi que Conseil de l'Union européenne, Conclusions du Conseil sur l'Internet ouvert et la neutralité de l'Internet en Europe, 1^{er} décembre 2011 (adoptés le 13 décembre 2011), 17904/11 (conclusions du Conseil "neutralité d'Internet").

⁴⁵ J. S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter, *Network Neutrality : Challenges and responses in the EU and in the U.S. – Study for the European Parliament's Committee on the Internal Market and Consumer Protection*, Brussels, European Parliament, 2011, 67 p. Une version partielle a été publiée en français sous le titre J. S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter, *Neutralité des réseaux: défis et solutions au sein*

cadre réglementaire de l'Union en matière de communications et à étudier,[...], si d'autres mesures réglementaires sont nécessaires afin de garantir la liberté d'expression, le libre accès à l'information, la liberté de choix des consommateurs et le pluralisme des médias ainsi que la compétitivité et l'innovation⁴⁶. Il soulignait l'importance d'une approche européenne cohérente et demandait à la Commission, aux Etats membres et à l'ORECE de garantir la cohérence de l'approche en matière de neutralité de l'Internet⁴⁷. Le Conseil, en ce qui le concerne, soulignait notamment la nécessité de maintenir le caractère ouvert et neutre de l'Internet et de considérer la neutralité de l'Internet comme un objectif politique⁴⁸. Il demandait à la Commission de contrôler la mise en œuvre du cadre réglementaire UE pour les réseaux et les services de communications électroniques et d'évaluer la nécessité de prévoir des mesures plus strictes et de publier, s'il y a lieu, des orientations complémentaires sur la neutralité de l'Internet⁴⁹.

De son côté, le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) a réagi par un avis du 7 octobre 2011 dans lequel il définit le concept de neutralité de l'Internet (voy. ci-dessous, point II.2.A.) et met notamment en avant les incidences de différentes pratiques de gestion du trafic (comme le filtrage, le verrouillage et l'inspection du trafic du réseau) utilisées par les fournisseurs de services Internet sur la protection de la vie privée et des données personnelles (et en particulier sur le droit au secret des communications)⁵⁰. En outre, le CEPD a demandé à la Commission européenne de coordonner un débat au niveau européen (associant des instances comme l'ORECE, la groupe de travail "Article 29" et le CEPD) afin de clarifier certaines questions comme celle de déterminer les pratiques d'inspection qui sont légitimes pour assurer le bon déroulement du trafic et qui peuvent être utilisées à des fins de sécurité et celle de déterminer les conditions dans lesquelles le consentement de l'individu est requis pour garantir que la technique d'inspection n'entraîne pas un traitement de données qui n'est pas proportionné aux objectifs poursuivis. Il s'agira alors éventuellement de proposer des mesures législatives supplémentaires⁵¹.

Tout en reconnaissant dans sa communication "neutralité d'Internet" d'avril 2011 la nécessité de donner aux Etats membres le temps de transposer les dispositions

de l'Union européenne et aux Etats-Unis d'Amérique – Etude pour la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen, Bruxelles, Parlement européen, 2011, 51 p. Les deux documents sont disponibles sous <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html#studies> .

⁴⁶ Résolution du Parlement "neutralité d'Internet", point 4.

⁴⁷ *Ibidem*, points 8 et 9.

⁴⁸ Conclusions du Conseil "neutralité d'Internet", points 3, d; 4, b; 5, a et i; 8, b.

⁴⁹ Conclusions du Conseil "neutralité d'Internet", points 5, e et j; 6, a et b.

⁵⁰ Contrôleur Européen de la Protection des Données, Avis du Contrôleur européen de la protection des données du 7 octobre 2011 sur la neutralité de l'internet, la gestion du trafic et la protection de la vie privée et des données personnelles, *J.O.U.E.*, C 34/1, 8 février 2012 (avis du CEPD "neutralité de l'Internet et protection des données").

⁵¹ Avis du CEPD "neutralité de l'Internet et protection des données", points 88 et 89.

réglementaires de 2009⁵², la Commission annonçait dans ce document aussi une enquête conjointe avec l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) sur des problématiques telles que les entraves au changement d'opérateur, le blocage ou la limitation du trafic internet et la transparence et la qualité de service. Cette enquête devait permettre de déterminer si "*des problèmes importants et persistants sont avérés et si l'ensemble du système – comprenant les multiples opérateurs – ne permet pas aisément aux consommateurs d'accéder aux contenus – et d'en diffuser – ainsi qu'aux services et applications de leur choix à l'aide d'un seul abonnement à Internet*", et si des mesures plus contraignantes devraient être prises pour que la concurrence s'exerce et que les consommateurs aient le choix qu'ils méritent⁵³.

L'enquête menée par l'ORECE et la Commission entre fin 2011 et début 2012 a eu pour résultat un rapport sur la gestion du trafic et sur d'autres pratiques restrictives de l'Internet ouvert en Europe, publié en mai 2012⁵⁴. Depuis lors, la position "attentiste" qui était largement prônée⁵⁵ semble quelque peu révolue⁵⁶. En effet, en réaction aux données fournies par l'enquête, la Vice-Présidente Kroes a annoncé en mai 2012 des recommandations en matière de la neutralité du réseau⁵⁷, en particulier afin de permettre aux consommateurs de choisir un opérateur (et une offre) en toute transparence. Les recommandations devraient donc promouvoir la fourniture d'informations claires sur les vitesses de connexion réellement offertes, sur les limitations en matière de quantités des données téléchargeables (plafonnements) et sur les limitations d'accès à Internet. Pour préparer ces recommandations, la Commission a lancé en juillet 2012 une "consultation publique sur la préservation de l'Internet ouvert (neutralité du net)" ⁵⁸ qui s'est poursuivie du 23 juillet au 15 octobre

⁵² Les dispositions des directives "mieux légiférer" et "droits des citoyens" devaient être transposées au plus tard le 25 mai 2011 (respectivement art. 5, § 1 et art. 4, § 1).

⁵³ Communication "neutralité d'Internet", p. 10.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Voy. J. Sluijs, "Network Neutrality and Internal Market Fragmentation", *CMLR*, 49, 2012, p. 1647. Voy. aussi N. Kroes: "... I wanted better data before acting on net neutrality. One year ago, I asked BEREC, ..., to give me the evidence... I also asked European national legislators and regulators to wait for better evidence before regulating on an uncoordinated, country-by-country basis that slows down the creation of a Digital Single Marke!" (European Commission Press Release, Vice-President Kroes to propose action on consumer choice and "net neutrality", MEMO/12/389, 29 May 2012, p. 1)..

⁵⁶ Dans le même communiqué de presse, la Vice-Présidente Kroes tire les conclusions de l'enquête menée avec l'ORECE: "... these findings show the need for more regulatory certainty and that there are enough problems to warrant strong and targeted action to safeguard consumers" (MEMO/12/389, 29 May 2012, p. 1).

⁵⁷ *Ibidem*, p.2.

⁵⁸ Commission européenne, communiqué de presse, Stratégie numérique: la Commission lance une consultation publique sur la préservation de l'internet ouvert (neutralité du net), IP/12/817, 23 juillet 2012. Voy. aussi European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Public Consultation on specific aspects of transparency, traffic management and switching in an Open Internet, 23 July 2012. Ce questionnaire est, comme les autres informations relatives à la "On-line public consultation on 'specific aspects of transparency, traffic management and switching in an Open Internet'", disponible sous http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/actions/oit-consultation/.

2012. Cette consultation dépasse cependant la question de la transparence, encore mise en avant en mai, pour couvrir aussi :

- la gestion du trafic Internet, y compris la gestion de la congestion, les services gérés et les questions de respect de la vie privée ;
- la possibilité, pour les consommateurs, de changer d'opérateur ; ainsi que
- les problèmes d'interconnexion Internet entre opérateurs.

Aussi, et après un réexamen de la stratégie numérique pour l'Europe de 2010, la Commission européenne a adopté le 18 décembre 2012 sept (nouvelles) priorités pour l'économie et la société numérique. Elle a ainsi annoncé que la principale priorité de la Commission dans le secteur numérique pour 2013 sera l'achèvement d'un nouvel environnement réglementaire stable pour le haut débit ultrarapide afin d'augmenter les investissements dans les réseaux fixes et mobiles⁵⁹. Dans ce contexte, la Commission a réaffirmé qu'elle adoptera une recommandation (elle ne parle donc plus de plusieurs recommandations) sur la neutralité de l'Internet et la "préservation de l'Internet ouvert pour les consommateurs, qui améliorera la sécurité juridique pour les opérateurs de réseau, les investisseurs, les fournisseurs de contenu et les consommateurs"⁶⁰.

Qu'il s'agisse donc d'une ou de plusieurs recommandation(s) relative(s) à la neutralité de l'Internet, le ou les textes étaient attendus pour la mi-2013. Ce calendrier n'a cependant pas pu être respecté. Depuis lors, deux évolutions peuvent être constatées concernant les mesures de la Commission en matière de neutralité du réseau.

D'une part, dans un discours devant la Commission Marché intérieur et protection des consommateurs (IMCO) du Parlement européen, la Vice-Présidente Kroes a annoncé le 30 mai 2013 un paquet de mesures (qu'elle souhaite voir adoptées pour Pâques 2014) destiné à amener un authentique marché intérieur des télécommunications. Dans ce contexte elle a souligné l'importance de sauvegarder, par la garantie de la neutralité du net, le droit d'accès à un Internet ouvert⁶¹. Il n'est pas clair si ces mesures suppléeront la ou les recommandation(s) annoncée(s). Le 4 juin 2013, Neelie Kroes a réaffirmé le lien entre la problématique de la neutralité de l'Internet et celle de la réalisation du marché unique⁶².

D'autre part, dans ce même discours du 4 juin 2013, la Vice-Présidente a également annoncé qu'elle se préparait à proposer des mesures réglementaires

⁵⁹ Commission européenne, Communiqué de Presse, Les objectifs du secteur numérique: les nouvelles priorités pour 2013-2014, IP/12/1389, 18 décembre 2012 (communication "réexamen stratégie numérique"), p. 1.

⁶⁰ Commission européenne, Communication de la Commission, Une stratégie numérique pour l'Europe: faire du numérique un moteur de la croissance européenne, COM(2012) 784, 18 décembre 2012, p. 9.

⁶¹ N. Kroes, The politics of the completing the telecoms single market, SPEECH/13/484, 30 May 2013.

⁶² "... 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 June 2013, p. 3).

complémentaires en matière de neutralité du réseau. Ces mesures devraient être fondées sur quatre piliers : innovation (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), réel choix des services Internet (ce qui demande que soient abolies les barrières au changement de fournisseur) et finalement concurrence (et l'interdiction du blocage ou des limitations de trafic anticoncurrentiels). En général, la Vice-Présidente se prononçait fortement en faveur « *de mesures de sauvegarde pour tout Européen, sur tout équipement, sur tout réseau : une garantie d'un accès à un Internet complet et ouvert, sans blocage ou limitations de services concurrentiels* »⁶³. Elle rappelait cependant aussi qu'il pouvait 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, et éviter la saturation du réseau ou combattre des courriels malveillants ou non-sollicités)⁶⁴.

En attendant, la Commission a déjà publié le 17 décembre 2012, également dans le contexte de la stratégie numérique⁶⁵ et avec l'appui du Conseil⁶⁶, le "Code des droits en ligne dans l'UE"⁶⁷ qui récapitule les droits de l'utilisateur numérique existant dans l'Union européenne. Le chapitre 2 "accès aux services et applications souhaitées" (point (2)) contient "le principe du caractère ouvert et neutre de l'Internet" selon lequel "*les autorités réglementaires du domaine des communications électroniques doivent promouvoir la capacité de chacun, dans l'UE, d'accéder à toute information et de la distribuer, ainsi que d'utiliser les applications et services de son choix*". Ce même point confirme que les ARN "ont le pouvoir de définir la qualité minimale des exigences de service en cas de problèmes, pour préserver le caractère ouvert de l'Internet"⁶⁸. Un autre aspect de la neutralité du réseau est le droit des abonnés à des services de communications électroniques, y compris ceux qui sont utilisés pour la prestation de services de la société de l'information, de recevoir des informations du prestataire, qui est inscrit dans le point (4) du chapitre 6 "Informations contractuelles claires et complètes, en temps utile"⁶⁹. Le droit des abonnés à des services de communications électroniques d'obtenir des conditions contractuelles standards minimales (dont celles

⁶³ *Ibidem*, p. 4. Nous traduisons.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁵ Voy. communication "stratégie numérique", p. 15.

⁶⁶ Conclusions du Conseil "neutralité d'Internet" du 13 décembre 2011, point 6, c.

⁶⁷ Disponible sous <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/code-eu-online-rights>. Selon son préambule (p.2), le code n'a pas pour objet de créer de nouveaux droits mais compile l'ensemble des droits et principes fondamentaux inscrits dans la législation européenne, qui protègent les citoyens lors de l'accès à des réseaux et services en ligne et durant l'utilisation de ces derniers. Ces droits et principes sont exécutoires en vertu de l'instrument juridique dont ils sont issus (par exemple les directives "cadre" et "service universel").

⁶⁸ Le point renvoie d'une part à l'article 8, § 4, g de la directive "cadre", et d'autre part à l'article 22, § 3 de la directive "service universel".

⁶⁹ Ce point renvoie notamment à l'article 21 de la directive "service universel".

relatives à la durée du contrat) est traité par le point (3) du chapitre 7 "conditions contractuelles loyales"⁷⁰.

II. Objectif et définitions

1. Objectif

Selon la Commission européenne, l'objectif général de la neutralité de l'Internet est de permettre à ce dernier de continuer à jouer (et de jouer davantage) son rôle primordial pour le développement de la société de l'information en Europe et ainsi pour la croissance de l'économie et le bien-être des citoyens.

En effet, selon la Commission

"Internet est devenu un phénomène mondial à une vitesse inouïe. En 15 ans seulement, le marché de la connectivité Internet est passé de presque zéro à plusieurs milliards d'euros. L'essor d'Internet a facilité les échanges transnationaux grâce au commerce électronique, contribuant ainsi au développement du marché intérieur et à la disparition des barrières entre les États membres. Internet est aujourd'hui au cœur de l'économie mondiale et à l'origine d'un niveau d'innovation sans précédent.

Internet doit une grande part de son succès au fait qu'il est ouvert et aisément accessible pour autant que l'utilisateur dispose d'une connexion. Actuellement, pour fournir du contenu ou des services, et exception faite des exigences techniques de base, un particulier ou une entreprise n'a pas à supporter de coûts d'accès élevés ni à surmonter les obstacles caractéristiques de nombreuses autres activités de réseau bien implantées. En fait, c'est l'inexistence de ces obstacles qui a permis à bien des applications, aujourd'hui connues par tout un chacun, de décoller.

...Internet est désormais un 'réseau de réseaux' qui a transformé la façon dont nous communiquons, faisons des affaires et travaillons, en ouvrant de grandes perspectives d'enseignement, de culture, de communication et d'interaction sociale, en facilitant les progrès scientifiques et techniques et, plus généralement, en favorisant la liberté d'expression et la pluralité des médias."⁷¹

L'Internet doit une grande part de son potentiel et de son succès au fait qu'il est ouvert et aisément accessible aussi bien aux utilisateurs finaux et consommateurs qu'aux opérateurs et fournisseurs de services de communications électroniques et autres. Dans ce contexte, on peut considérer que, selon la Commission européenne, l'objectif au sens général de la neutralité⁷² de l'Internet est de *"préserver au mieux l'ouverture de cette plate-forme et faire en sorte qu'elle continue à fournir des services de haute*

⁷⁰ Ce point renvoie aux articles 20, 21 et 30 de la directive "service universel".

⁷¹ Communication "neutralité de l'Internet", p. 2-3.

⁷² Pour des "sous-objectifs", voy. ci-dessous, point 3.A.2.4.

qualité à tous et à promouvoir l'innovation⁷³, tout en garantissant la jouissance et le respect de droits fondamentaux comme la liberté d'expression et la liberté d'entreprise⁷⁴. Pour le dire avec les mots du Parlement européen, "le caractère ouvert d'Internet est un moteur clé de l'innovation, qui a mené à un essor spectaculaire des applications, contenus et services en ligne et donc à la croissance de l'offre et de la demande de contenu et de services, et (...) cette ouverture en a fait un accélérateur incontournable de la libre circulation des connaissances, des idées et des informations, y compris dans les pays dans lesquels l'accès à des informations indépendantes est limité"⁷⁵.

2. Définition de la "neutralité de l'Internet"

A. Le cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques tel qu'il se présente actuellement ne reprend explicitement ni les mots "neutralité du réseau"⁷⁶, ni une définition⁷⁷ de ce concept et principe⁷⁸. Sa signification n'est donc inscrite *expressis verbis* ni dans les définitions que contiennent en particulier les directives "cadre"⁷⁹ et "service universel"⁸⁰ concernant plus particulièrement la problématique, ni dans les autres directives.

⁷³ C'est ainsi que, quand la Commission annonce en décembre 2012 une recommandation sur la préservation du caractère ouvert de l'Internet (voy. ci-dessus), elle introduit la section dédiée à ce projet (et à d'autres projets de recommandations) avec le constat que "*la connectivité Internet à grande vitesse est la condition sine qua non de l'économie numérique: sans elle, des services essentiels tels que l'informatique en nuage, la santé en ligne, les villes intelligentes, les services audiovisuels – et les avantages qu'ils procurent – ne pourront tout simplement pas être mis en place*" (communication "réexamen stratégie numérique", p. 8).

⁷⁴ Communication "neutralité de l'Internet", p. 3.

⁷⁵ Résolution du Parlement "neutralité d'Internet", considérant E. Le point 13 de la résolution ajoute que "*le principe de la neutralité d'Internet est un préalable important pour permettre le développement d'un écosystème internet innovant et assurer des conditions de concurrence équitables au profit des citoyens et des entrepreneurs européens*". Voy. aussi conclusions du Conseil "neutralité d'Internet", point 4, b.

⁷⁶ Rappelons seulement que les mots "neutralité d'Internet" sont bels et bien utilisés par la déclaration "neutralité de l'Internet" de la Commission.

⁷⁷ Voy. aussi communication "neutralité d'Internet", p. 3.

⁷⁸ Il convient de noter que dans leur étude pour le Parlement européen, J. S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter définissent la "neutralité de l'Internet ou neutralité des réseaux" comme "*principe réglementaire proposé en vue de limiter la discrimination préjudiciable ou anticoncurrentielle de la part des opérateurs de réseaux et des fournisseurs de services*". Ils mentionnent également que "*plusieurs définitions sont actuellement utilisées: la capacité de tous les utilisateurs de l'internet d'accéder au contenu ou aux applications de leur choix; l'assurance que tout trafic sur l'internet est traité équitablement, indépendamment de sa source, de son contenu ou de sa destination; l'absence d'une discrimination excessive de la part des opérateurs de réseaux dans le cadre de la transmission du trafic Internet. Ces différences de définitions ne sont pas une simple affaire de sémantique. En effet, elles diffèrent (1) dans le degré de l'accent qu'elles mettent sur l'accès, la qualité de l'accès ou le prix de l'accès au contenu et aux applications et (2) dans la question de savoir s'il est utile de se préoccuper de toutes les formes de différenciation, ou seulement de celles qui sont anticoncurrentielles, discriminatoires ou autrement excessives. ... Il convient de noter que l'on ne se préoccupe ici pas uniquement des contenus textuels et audiovisuels classiques, mais aussi des services tels que les moteurs de recherche (par exemple, Yahoo, Google et Bing) et les services de VoIP (par exemple, Skype et Viber)*". (J. S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter, *Neutralité des réseaux: défis et solutions au sein de l'Union européenne et aux Etats-Unis d'Amérique*, op. cit., respectivement p. 7-8 et p. 19-20).

⁷⁹ Art. 2.

⁸⁰ Art. 2.

Cependant, une définition peut être déduite de l'article 8 de la directive "cadre" et en particulier des articles 8, § 2, b (promotion de la concurrence) et 8, § 4, g (protection des intérêts des citoyens), ainsi que de la communication de la Commission "neutralité d'Internet". Ainsi, on peut entendre sous "neutralité de l'Internet" au sens des directives :

"Une organisation des réseaux et services de communications électroniques et en particulier de l'Internet qui favorise la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix, qui s'appuie sur une concurrence non faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu⁸¹, sans préjudice des mesures nationales ou de l'Union européenne prises pour contrer les activités illicites et, notamment, lutter contre la criminalité⁸²".

Les paragraphes 4, g et 2, b de l'article 8 de la directive "cadre" permettent donc de déduire une définition de la neutralité d'Internet. Ce faisant, ils en donnent aussi des sous-objectifs qui sont autant de moyens pour atteindre les objectifs généraux mentionnés ci-dessus (promotion de l'innovation et du développement économique⁸³ ainsi que respect de la liberté d'expression et de la liberté d'entreprise).

Notons cependant que, de son côté, le Contrôleur européen de la protection des données a, dans son avis "neutralité de l'Internet et protection des données" du 7 octobre 2011 également présenté une définition de la neutralité de l'Internet. Selon lui,

"le concept de neutralité de l'internet repose sur l'idée que les informations sur l'internet doivent être transmises de manière impartiale, indépendamment de leur contenu, de leur destination ou de leur source, et que les utilisateurs doivent pouvoir décider d'utiliser les applications, les services et le matériel de leur choix. Cela implique que les FSI (fournisseurs de services internet – nous ajoutons) ne peuvent hiérarchiser ou ralentir arbitrairement l'accès à certains services ou applications tels que le poste à poste (P2P), etc."⁸⁴

Comparée à la définition proposée sur base de l'article 8 de la directive "cadre", la définition du CEDP⁸⁵ paraît d'une part quelque peu plus restrictive vu qu'elle semble

⁸¹ Directive "cadre", art. 8, § 4, g et 8, § 2, b.

⁸² Voy. communication "neutralité d'Internet", p. 3.

⁸³ Dans ce contexte, voy. aussi l'article 8, § 5, d de la directive "cadre" qui enjoint aux autorités réglementaires nationales de "*promouvoir des investissements efficaces et des innovations dans des infrastructures nouvelles et améliorées...*".

⁸⁴ Avis du CEPD "neutralité de l'Internet et protection des données", point 4. L'avis précise dans sa note en bas de page n° 8 que "*le principe ne s'applique pas aux FSI qui limitent la vitesse ou le volume de données qu'un abonné peut envoyer ou recevoir par des abonnements limitant la largeur de bande ou le volume. Par conséquent, conformément au principe de la neutralité de l'internet, les FSI pourraient continuer à offrir des abonnements limitant l'accès sur la base de critères tels que la vitesse ou le volume tant que cela n'implique pas un traitement discriminatoire en faveur ou à l'encontre d'un contenu particulier.*"

⁸⁵ Dans ce contexte, notons que selon le Conseil de l'Europe le principe général de neutralité de réseau signifie que "*les utilisateurs devraient avoir le plus large accès possible à tout contenu, application ou service de leur choix sur Internet, qu'ils leur soient offerts ou non à titre gratuit, en choisissant les appareils*

se focaliser sur l'aspect "protection des intérêts des citoyens". D'autre part, elle est plus large en ce qu'elle inclut d'office l'aspect "matériel" et donc "équipements terminaux" (voy. ci-dessous point D.).

B. Il ressort des développements présentés ci-dessus que le principe de la neutralité de l'Internet prend aussi en compte que l'Internet est "*essentiel pour l'éducation et pour l'exercice pratique de la liberté d'expression et l'accès à l'information*"⁸⁶. Ce principe complète l'article 1, § 3bis de la directive "cadre" qui prévoit que "*les mesures prises par les États membres concernant l'accès des utilisateurs finals aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques respectent les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les principes généraux du droit communautaire*". De la sorte, la disposition adresse la liberté de l'Internet à travers les aspects "obligations à charge des utilisateurs finaux" (et à travers les mesures qui pourront être prises si un utilisateur final ne respecte pas ses obligations, par exemple en matière de contenus, ainsi que les garanties procédurales entourant ces mesures), alors que le principe de la neutralité de l'Internet adresse plutôt les aspects "obligations des opérateurs et fournisseurs de services" (et droits correspondants des utilisateurs finaux et concurrents). Ces deux faces de la même médaille se retrouvent aussi réunies dans le chapitre 2 du Code des droits en ligne dans l'UE⁸⁷.

C. Notons également qu'il ressort bien des objectifs de la directive "cadre" en matière de neutralité du réseau que ce principe vise à rendre ouverte et accessible non seulement la fourniture de services de communications électroniques, mais également la fourniture de contenus. Ce principe dépasse donc la réglementation de la transmission et constitue un exemple des liens qui peuvent exister entre la réglementation de la transmission et la réglementation des contenus et dont l'existence était déjà reconnue par la directive "cadre" en 2002⁸⁸.

D. Notons finalement, que tel qu'il peut être déduit des articles 8, § 2, b et 8, § 4, g, le principe de neutralité d'Internet n'inclut pas explicitement la liberté de connecter des équipements terminaux (qui correspondent aux exigences de la directive "R&TTE"). En effet, l'article 8, § 4, g de la directive "cadre" entend promouvoir la capacité des utilisateurs finaux d'utiliser des applications et services de leur choix, mais ne mentionne pas leur droit de connecter des équipements (terminaux) qu'ils entendent utiliser.

appropriés de leur choix" (Conseil de l'Europe, Déclaration du Comité des Ministres sur la neutralité du réseau, 29 septembre 2010, point 4, disponible sous [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Decl\(29.09.2010_2\)&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Decl(29.09.2010_2)&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383)). Cette définition ajoute l'élément de "gratuité ou non".

⁸⁶ Cons. 4, directive "mieux légiférer".

⁸⁷ Sur les deux questions de "liberté de l'Internet" et de "neutralité de l'Internet", voy. aussi notamment Commission européenne, MEMO/09/568, 18 décembre 2009, *cit. supra*, points 3 et 4.

⁸⁸ Directive "cadre", cons. 5.

D'une part cela nous paraît logique vu que les directives "cadre" et "service universel" régissent les réseaux et services de communications électroniques alors que les équipements terminaux sont soumis à un cadre réglementaire spécifique⁸⁹ (qui stipule cependant notamment qu'en principe *"les exploitants de réseaux publics de télécommunications ne refusent pas la connexion des équipements terminaux de télécommunications aux interfaces appropriées pour des raisons techniques lorsque ces équipements sont conformes aux exigences applicables"* de la directive R&TTE⁹⁰). Notons cependant que aussi bien la directive "cadre" que la directive "service universel" prévoient l'existence de liens entre les deux cadres réglementaires⁹¹.

D'autre part, le considérant 28 de la directive "droits des citoyens" mentionne qu'il *"appartient aux utilisateurs finals de décider des contenus qu'ils veulent envoyer et recevoir, des services, applications, matériels (nous soulignons) et logiciels qu'ils veulent utiliser à cette fin, et ce sans préjudice de la nécessité de préserver l'intégrité et la sécurité des réseaux et des services"*. De plus, l'article 20 de la directive "service universel" prévoit que *"lors de la souscription de services fournissant la connexion à un réseau de communications public et/ou de services de communications électroniques accessibles au public, les consommateurs, ainsi que les autres utilisateurs finals qui le demandent, ont droit à un contrat conclu avec une ou plusieurs entreprises fournissant une telle connexion et/ou de tels services"* qui précise notamment *"toute restriction imposée par le fournisseur à l'utilisation des équipements terminaux fournis"*⁹².

Au regard des dispositions mentionnées ci-dessus (et donc même sans se baser sur la définition proposée par le CEPD, voy. ci-dessus, point A.), on pourrait donc conclure que la neutralité du net au sens européen inclut aussi la capacité des utilisateurs finaux de connecter les équipements terminaux de leur choix, dans la mesure où ils respectent les exigences de conformité.

3. Définition de la "gestion du trafic"

Dans sa communication "neutralité d'Internet", la Commission note que *"le débat sur la neutralité d'Internet tourne, dans une large mesure, autour de la gestion du trafic et de ce qui constitue une gestion raisonnable de ce dernier"*⁹³. En effet, déjà en 2010, la Commission précisait la problématique et notait que :

"Ces dernières années, l'internet a évolué de manière spectaculaire. Les utilisateurs sont de plus en plus nombreux à profiter de connexions très rapides à haut débit. Les services qui exigent un niveau élevé de transfert de données, tels

⁸⁹ Art. 1, § 4 et considérant 8 de la directive "cadre".

⁹⁰ Art. 7, § 3, directive "R&TTE".

⁹¹ Voyez respectivement l'article 1, § 1 de la directive "cadre" et le considérant 11 de la directive "mieux légiférer" ainsi que l'article 1, § 1 de la directive "service universel" et le considérant 8 de la directive "droits des citoyens".

⁹² Voy. aussi le considérant 24 de la directive "droits des citoyens".

⁹³ Communication "neutralité d'Internet", p. 3 et 7.

que la télévision par internet et le partage de vidéos, sont en augmentation. En outre, de nouvelles technologies sont apparues, comme la téléphonie vocale sur internet (VoIP). Les fournisseurs de services internet ont donc mis au point des outils pour établir des distinctions entre les différents sites web et applications qui sont accessibles par l'intermédiaire de leur réseau, afin d'éviter la congestion et de promouvoir une utilisation rationnelle du réseau. On parle alors de 'gestion du trafic'. Ces outils peuvent être utilisés pour assurer un fonctionnement efficace des réseaux et pour la fourniture de services à taux majoré tels que la télévision par internet, Toutefois, ces mêmes techniques peuvent aussi avoir pour effet de ralentir l'accès à des services ou applications non prioritaires, sur une ligne fixe ou mobile, ou de dégrader la qualité d'autres services"⁹⁴. Ou encore, en 2011, "il est communément admis que la gestion du trafic est nécessaire pour assurer la fluidité du trafic internet, notamment pendant les périodes de congestion, afin de garantir une qualité de service élevée et constante. Il existe un large consensus sur le fait que les opérateurs devraient rester libres de choisir leurs modèles économiques et les modalités de commercialisation de leurs services. Toutefois, certaines parties s'inquiètent de la possibilité d'abus dans le domaine de la gestion du trafic, par exemple le traitement privilégié de certains services au détriment d'autres"⁹⁵.

Notons que la Commission met en avant aussi bien les aspects positifs que négatifs de la gestion du trafic, tout comme le Parlement européen qui, d'une part, reconnaît la nécessité d'une gestion raisonnable du trafic, mais, d'autre part, demande aux autorités réglementaires nationales compétentes de s'assurer que les interventions sur la gestion de trafic n'impliquent pas de discrimination anticoncurrentielle, ainsi que d'utiliser si nécessaire leurs pouvoirs pour imposer des normes minimales de qualité de service, et insiste sur le fait que la spécialisation (ou la gestion) des services ne devrait pas porter atteinte au maintien d'un accès à Internet solide, sans garantie de performances⁹⁶. Cette dernière position est partagée par le Conseil (et par la Commission – voy. ci-dessus point 3.A.I.) qui se déclare conscient du fait qu'il "est important de préserver le caractère ouvert de l'internet et d'assurer le maintien d'un internet solide, sans garantie de performances, accessible à tous, dans le respect des droits fondamentaux tels que le pluralisme des médias, la diversité linguistique, la liberté d'expression et d'information ainsi que la liberté d'entreprise"⁹⁷.

Le CEPD de son côté insiste surtout sur le fait que "le filtrage, le verrouillage et l'inspection du trafic du réseau soulèvent d'importantes questions, ..., concernant la confidentialité des communications et le respect de la vie privée des individus et de leurs données à caractère personnel lorsqu'ils utilisent l'internet. Par exemple, certaines techniques d'inspection supposent de surveiller le contenu des communications, les sites web visités, les courriels envoyés et reçus, et à quel

⁹⁴ Commission européenne, communiqué de presse, Stratégie numérique: la Commission lance une consultation sur la neutralité de l'Internet, IP/10/860, 30 juin 2010, p. 2 et 3.

⁹⁵ Commission européenne, communiqué, IP/11/486, 19 avril 2011, *cit. supra*, p. 3.

⁹⁶ Résolution du Parlement "neutralité d'Internet", points 15 et 16.

⁹⁷ Conclusions du Conseil "neutralité d'Internet", point 3, d.

moment, etc., ce qui permet de filtrer les communications."⁹⁸ Le CEDP met donc en avant les risques pour la confidentialité des communications, le droit fondamental garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne^{99, 100}.

La directive "service universel" telle que modifiée en 2009 (applicable en la matière tout comme la directive "vie privée et communications électroniques" et la directive "protection des données") prévoit des mesures qui encadrent la gestion du trafic par les opérateurs et fournisseurs d'accès à Internet au regard des droits des utilisateurs finaux. En effet, d'une part, l'article 1, § 3 de la directive "service universel"¹⁰¹ prévoit explicitement que *"la présente directive ne prescrit ni n'interdit les conditions imposées par les fournisseurs de services et communications électroniques accessibles au public¹⁰² pour limiter l'accès des utilisateurs finals aux services et applications et/ou leur utilisation, lorsqu'elles sont autorisées par le droit national et conformes au droit communautaire, mais prévoit une obligation de fournir des informations concernant ces conditions."* D'autre part, la directive "service universel" impose des obligations en matière de transparence aux fournisseurs d'un(e) (connexion à un) réseau de communications public et/ou de services de communications électroniques accessibles au public (articles 20, § 1, b – spécifiquement 2^{ème} et 4^{ème} tiret - et 21, § 3, c et d¹⁰³) et en matière de possibilité des utilisateurs finaux de changer de fournisseur aux fournisseurs de (réseaux et/ou de) services de communications électroniques (articles 20, § 2 et 30, §§ 5 et 6). Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, elle donne également aux ARN le droit d'imposer des exigences minimales en matière de qualité de service aux entreprises fournissant des réseaux de communications publics (article 22, § 3)¹⁰⁴.

⁹⁸ Avis du CEPD "neutralité de l'Internet et protection des données", point 5.

⁹⁹ *Ibidem*, point 6

¹⁰⁰ Notons que pour le Conseil de l'Europe, *"la gestion du trafic ne doit pas être perçue comme contradictoire au principe de neutralité des réseaux"* quand elle s'avère nécessaire pour la qualité du service, le développement de nouveaux services, la stabilité et la fiabilité du réseau ou la lutte contre la cybercriminalité ((Conseil de l'Europe, Déclaration du Comité des Ministres sur la neutralité du réseau, *cit. supra*, points 5 et 6),

¹⁰¹ Voy. aussi le considérant 29 de la directive "droits des citoyens".

¹⁰² La formule "fournisseurs de services et communications électroniques accessibles au public" (nous soulignons) ("providers of publicly available electronic communications and services") peut quelque peu étonner. A cet égard le considérant 29 de la directive "droits des citoyens" ne parle que de "fournisseurs" ("providers"). Notons cependant de plus que la version néerlandaise de la directive parle de "aanbieders van openbare elektronischecomunicatiediensten", ce qui réglerait l'ambiguïté.

¹⁰³ Voy. aussi le considérant 28 de la directive "droits des citoyens".

¹⁰⁴ Voy. aussi le considérant 34 de la directive "droits des citoyens".

A cet égard il convient aussi de mentionner l'article 5 de la directive "accès" qui permet aux ARN d'imposer une interconnexion aux opérateurs qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finaux afin de garantir la connectivité de bout en bout des réseaux et l'interopérabilité des services. Voy. BEREC, Report - An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, 6 December 2012, p. 6. Le rapport attire également l'attention sur le fait que l'article 5 de la directive "accès" est actuellement le seul outil dont les ARN disposent de par le cadre réglementaire européen pour imposer la connectivité

Cependant, tout comme c'est le cas pour le concept même de "neutralité du réseau", les directives du cadre réglementaire européen des communications électroniques ne prévoient pas une définition explicite de "gestion du trafic". Une définition peut cependant être trouvée dans le questionnaire par lequel la Commission ouvrait le 23 juillet 2012 une consultation sur certains aspects de la transparence, de la gestion du trafic et du changement d'opérateur dans le contexte d'un Internet ouvert (voy. ci-dessus). Dans ce dernier on lit que *"la gestion du trafic est le terme utilisé pour décrire un large éventail de pratiques techniques prises pour gérer le trafic sur les réseaux, qui comprend la priorisation, le ralentissement, la limitation et le blocage de certaines données"*¹⁰⁵.

L'enquête menée conjointement par l'ORECE et la Commission sur la gestion du trafic et sur d'autres pratiques restrictives de l'Internet ouvert définit la gestion du trafic comme *"tout moyen utilisé pour traiter le trafic reçu ou en envoyé par les réseaux aux utilisateurs finaux, y compris la gestion de trafic agnostique ou spécifique des applications"*¹⁰⁶.

Dans sa communication "neutralité d'Internet", la Commission clarifie ce qu'elle comprend par "gestion du trafic". Selon la Commission, « *il existe différentes techniques de gestion du trafic*¹⁰⁷ :

Internet. En effet, dans le cadre de la procédure relative à la puissance significative sur le marché, la recommandation "marchés pertinents 2007" ne reprend actuellement pas de marché de gros de la connectivité Internet (voy. European Commission, Commission Staff Working Document, Explanatory Note, Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Second edition), SEC(2007) 1483, 13 November, 2007 p. 37; voy aussi BEREC, BoR (12) 130, p. 5 à 6). Les ARN peuvent cependant, sur base du "test des trois critères" présenté par la recommandation "marchés pertinents 2007" recenser et définir eux-mêmes pareil marché (mais s'exposent alors à un veto de la Commission sur base de l'article 7 de la directive "cadre").

¹⁰⁵ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Public Consultation on specific aspects of transparency, traffic management and switching in an Open Internet, 23 July 2012, disponible sous http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/actions/oit-consultation/, p. 2. Nous traduisons.

¹⁰⁶ BEREC, A view of traffic management ..., BoR (12) 30, 29 May 2012, *cit. supra*, p. 4. Nous traduisons. Voy. aussi ci-dessous, point 3.B.II. Le concept " application-agnostic" vise l'accès à Internet en général selon le principe du "meilleur effort", alors que " application-specific" vise les services spécialisés ou gérés qui garantissent une qualité donnée comme la IPTV ou la vidéo à la demande.

¹⁰⁷ A cet égard, voy. aussi l'avis du CEPD "neutralité de l'Internet et protection des données", points 13: *"les politiques de gestion du trafic peuvent ainsi aider les FSI à gérer le trafic en période de forte congestion, par exemple en accordant la priorité à certaines formes de trafic sensibles à la durée, comme la lecture vidéo en transit, et en réduisant l'importance d'autres formes de trafic pouvant l'être moins, comme le P2P. Par ailleurs, la gestion du trafic peut permettre aux FSI de générer des flux de recettes potentielles, issues de différentes sources possibles. D'une part, les FSI peuvent faire payer les fournisseurs de services de contenu, par exemple ceux dont les services nécessitent une largeur de bande supérieure, pour leur accorder la priorité (et donc la rapidité). Cela implique que l'accès à un service donné — de vidéo à la demande, par exemple — est plus rapide que l'accès à un service similaire n'ayant pas souscrit à la transmission à haute vitesse. D'autre part, des recettes peuvent être obtenues d'abonnés souhaitant payer plus (ou moins) pour certains types d'abonnements différenciés. Par exemple, un abonnement sans accès au P2P peut être moins cher qu'un autre avec accès illimité."* Voy points 11 – 17 et 32 (techniques d'inspection).

– la **différenciation** de paquets permet de traiter différemment des catégories de trafic distinctes, par exemple pour les services qui exigent une communication en temps réel comme la lecture audio ou vidéo en direct ou la VoIP. Cette différenciation garantit à l'utilisateur final une qualité de service minimale;

– le **routage IP** permet aux fournisseurs de services Internet (FSI) d'acheminer les paquets par des voies de communication différentes pour éviter la congestion et fournir de meilleurs services. Par exemple, un FSI peut acheminer des paquets vers un serveur qui contient une copie des informations nécessaires et est situé soit dans son réseau ou ailleurs à proximité;

– le **filtrage** permet à un FSI de faire la distinction entre le trafic 'sûr' et le trafic 'nuisible' et de bloquer ce dernier avant qu'il n'atteigne sa destination. »

A la gestion de trafic, on peut encore ajouter

– le **blocage** qui peut « consister soit à rendre difficile l'accès à certains services ou sites Internet, soit carrément à en restreindre l'accès. L'exemple le plus classique serait celui d'un opérateur d'Internet mobile bloquant la VoIP »;

– la **limitation** (réduction de la vitesse), « qui est une technique employée pour gérer le trafic et le décongestionner, peut être utilisée pour dégrader (notamment ralentir) un certain type de trafic et ainsi affecter la qualité du contenu, par exemple de la lecture vidéo en transit fournie aux consommateurs par un concurrent».¹⁰⁸

A. Conclusions

A travers différentes dispositions du cadre réglementaire européen des communications électroniques (et sur base de différentes prises de position de la Commission européenne), nous pouvons donc considérer qu'au niveau de l'Union européenne une définition de la neutralité du réseau pourrait être formulée comme suit, même si le cadre réglementaire européen ne mentionne explicitement ni le concept, ni sa définition :

"Une organisation des réseaux et services de communications électroniques et en particulier de l'Internet qui favorise la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix, qui s'appuie sur une concurrence non faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu¹⁰⁹, sans préjudice des mesures nationales ou de l'Union européenne prises pour contrer les activités illicites et notamment, lutter contre la criminalité¹¹⁰".

¹⁰⁸ Communication "neutralité d'Internet", p. 6 et 7. Notons que le même résultat que celui obtenu par un blocage technique de trafic peut aussi être réalisé par une surtaxation (voy. *ibidem*, p. 6).

¹⁰⁹ Directive "cadre", art. 8, § 4, g et 8, § 2, b.

¹¹⁰ Voy. communication "neutralité d'Internet", p. 3.

On peut compléter cette définition par la capacité de l'utilisateur final d'utiliser "les équipements terminaux des télécommunications de son choix, dans la mesure où ils respectent les exigences de conformité".

B. L'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE – BEREC)

I. Origine

Depuis ses origines, le 28 janvier 2010, l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques, ci-après dénommé "ORECE" ou "BEREC"¹¹¹, a fait de la neutralité de l'Internet l'une de ses priorités les plus importantes. Un tel constat découle naturellement des « Working Papers » qui reprennent les différents points d'actions entamés par cette nouvelle institution européenne. A cet effet, une série de documents publiés par le BEREC ont trait au sujet de la neutralité de l'Internet.

En 2010, le BEREC initie les débats sur la neutralité de l'Internet en publiant une réponse à la consultation de la Commission sur la neutralité de l'Internet en Europe :

BEREC BoR (10) 42 – BEREC's Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe. (September 2010)

Ce premier document du BEREC est un aperçu du sujet de la neutralité de l'Internet. Le BEREC conclut que le cadre réglementaire actuel est suffisant pour résoudre la plupart des questions soulevées par la neutralité de l'Internet.

En 2011, les débats autour du caractère neutre de l'Internet s'intensifient et le BEREC publie des lignes directrices sur la transparence, ainsi qu'un document de base sur la qualité de service :

- BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011)

La transparence est un élément essentiel dans la manière d'appréhender la neutralité de l'Internet. Ces lignes directrices développent comment le cadre réglementaire européen devrait fonctionner en pratique. Elles établissent les informations nécessaires à fournir, de quelles manières celles-ci doivent être fournies, etc. Elles établissent également les conditions qui rendent la transparence effective.

- BEREC BoR (11) 53 – A framework for Quality of Service in the scope of Net Neutrality (December 2011)

Ce document reprend et fournit une base conceptuelle pour les lignes directrices sur la qualité de service en relation avec la neutralité de l'Internet (cfr. BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012).

En 2012, le BEREC conduit en mai une enquête sur les différentes pratiques opérées par les opérateurs de réseaux quant à la gestion de trafic. Il initie également une consultation dont les résultats ont été publiés en décembre 2012 :

- BEREC BoR (12) 30 – BEREC findings on Traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe (May 2012)

¹¹¹ Body of European Regulators for Electronic Communications. 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.

Le BEREC entreprend une enquête en vue de relever les différentes pratiques de gestions de trafic existant en Europe. Ce document synthétise ces dernières eu égard aux résultats de l'enquête.

- BEREC BoR (12) 132 – Report on differentiation practices and related competition issues in the context of Net Neutrality (December 2012)
Ce document de travail fournit un cadre de base pour l'analyse des effets sur l'innovation et la concurrence des pratiques de différenciation, tel que le blocage ou la priorisation de trafic. Il tend à démontrer que les gestions de trafic risquent, en général, de léser les intérêts de l'utilisateur final et d'impacter de manière négative le marché des communications électroniques et le marché des services.
- BEREC BoR (12) 130 – An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality (December 2012)
Ce document fournit une analyse, ainsi qu'un aperçu, du marché de gros de l'interconnexion IP et des relations économiques existantes entre les fournisseurs d'accès à Internet et les intermédiaires dans la chaîne de valeur.
- BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012)
Faisant suite au document BoR (11) 53, ces lignes directrices sur la qualité de service dans le cadre de la neutralité de l'Internet fournissent des recommandations aux ARN quant à l'imposition d'un minimum de qualité de services afin d'éviter la dégradation du service.
- BEREC BoR (12) 146 – Summary of BEREC positions on Net Neutrality (December 2012)
Ce document reprend et synthétise les positions et les actions entreprises par le BEREC ces trois dernières années.
- BEREC BoR (12) 140 – Overview of BEREC's approach to Net Neutrality (December 2012)
Ce document rappelle les différentes considérations qui entrent en ligne de compte lorsque l'on traite de la neutralité de l'Internet.

II. Définition

A plusieurs reprises, le BEREC a proposé une définition de travail de la neutralité de l'Internet dans ses documents:

"Une interprétation littérale de la neutralité du réseau, à des fins de travail, est le principe selon lequel toutes les communications électroniques passant par un réseau sont traitées de manière égale. Toutes les communications sont traitées de manière égale signifie qu'elles sont traitées indépendamment (i) de leur contenu, (ii) de l'application, (iii) du service, (iv) de l'équipement, (v) de l'adresse de l'expéditeur, et (vi) de l'adresse du destinataire. L'adresse de l'expéditeur et du destinataire implique que

le traitement est indépendant de l'utilisateur final et des contenus / applications / fournisseur de service".¹¹²

La définition proposée par le BEREC est une définition se basant sur le critère des données "traitées de manière égale". Ce critère est développé de la manière suivante : une donnée n'est traitée de manière égale par rapport à une autre que si aucune différenciation n'est opérée sur base de son contenu, de l'application choisie, du service, de l'équipement, de l'expéditeur ou du destinataire. Cette énumération des différents types de différenciations possibles est excellente, nous semble exhaustive et devrait pouvoir servir de base à une définition solide de la neutralité de l'Internet. De plus, une telle définition serait synonyme, en pratique, du principe de "best effort", appliqué traditionnellement dans le contexte de l'Internet, ce qui correspond à l'objectif généralement visé par la neutralité de l'Internet. Notons que la neutralité de l'Internet est un sujet qui touche aussi bien le contenu que la transmission : la référence au terme "équipement"¹¹³ nous semble dès lors opportune et démontre un champ d'application extrêmement large de la définition. Enfin, il restera dès lors au BEREC à trouver un équilibre entre le principe du « best effort » qui a été appliqué à l'Internet depuis son origine et la possibilité d'introduire des services gérés de bout-en-bout.

Cette définition établit une stricte neutralité où aucune différenciation ne peut être opérée sur les données qui transitent sur les réseaux. Cependant, le BEREC tempère cette définition en ajoutant que : *"il y a eu et continuera d'y avoir des écarts à ce principe strict. Certains de ces écarts pourraient bien être justifiés dans l'intérêt de l'utilisateur final, mais d'autres écarts pourraient concerner la concurrence et la société. Afin d'appréhender ceci, les ARN devront tenir compte d'un plus large ensemble de principes et d'objectifs réglementaires"*¹¹⁴. D'autre part, le BEREC utilise d'autres définitions ayant un rapport direct avec la neutralité de l'Internet, en particulier la notion de « traffic management » qui nous intéressera en particulier afin de déterminer les exceptions de la neutralité de l'Internet.

Traffic management (traffic management practices): *"Tous les moyens techniques utilisés pour traiter sur le réseau le trafic envoyé ou reçu par les utilisateurs finals, y compris les applications spécifiques et les applications agnostiques de la gestion de*

¹¹² 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 "*.

¹¹³ Ou « device » en anglais dans le texte.

¹¹⁴ Nous traduisons; comme tel dans le texte : *" There have been and will continue to be deviations from this strict principle. Some of these deviations may well be justified and in the end-user's interest but other forms cause concern for competition and society. To assess this, NRAs will need to consider a wider set of principles and regulatory objectives »*.

trafic"¹¹⁵. Par "*applications spécifique*", il faut comprendre le terme comme étant une référence aux services gérés¹¹⁶. Par opposition, le terme "*applications agnostiques*" fait directement références au principe du "*meilleur effort*".

Les mécanismes de gestion du trafic sont utilisés par les fournisseurs de services Internet afin d'optimiser le flux du trafic au sein de leurs réseaux. La gestion du trafic peut être utilisée pour mettre en œuvre à la fois des mesures de limitation (par exemple le blocage et la limitation) et des mesures d'activation (par exemple le routage et la transmission du trafic)¹¹⁷. Le concept de "gestion du trafic" est parfois utilisé comme synonyme de "restriction", mais dans les lignes directrices, l'ORECE cherche à éviter tout malentendu en utilisant le terme "restrictions" pour désigner toutes les limitations, y compris celles qui ne sont pas contractuelles et / ou relevant de la mise en œuvre de limitations techniques¹¹⁸. De nos jours, les techniques de gestion du trafic permettent aux FAI de gérer le trafic plus largement et de façon précise et de différencier le routage des paquets, en fonction des techniques utilisées, basées sur le contenu, les applications de transport / d'accès aux services et les utilisateurs. En général, la gestion du trafic permet un large éventail d'opérations, chacune très hétérogène, telles que, entre autres, la construction de voies rapides (les "classes de trafic" par exemple) pour certains types de données (appelé également "priorisation"), la fourniture d'une capacité garantie du réseau à des utilisateurs spécifiques, la prévention de l'accès aux contenus illicites, l'authentification des clients, le blocage de virus ou la possibilité de bloquer ou dégrader certains contenus. Dans l'ensemble, la gestion du trafic offre des avantages potentiels pour les parties prenantes et peut contribuer à améliorer le bien-être social (par exemple en gérant/ réduisant la congestion); d'autre part, la gestion du trafic peut être utilisée pour mettre en œuvre des pratiques stratégiques, en utilisant des techniques restrictives - au profit des opérateurs, mais, dans certains cas, au détriment des utilisateurs (ou au moins une partie d'entre eux)¹¹⁹.

¹¹⁵ BEREC, A view of traffic management ..., BoR (12) 30, 29 May 2012, *cit. supra*, p. 4. Nous traduisons ; comme tel dans le texte : "*all technical means used to process through the network traffic sent or received by end users, including both application-specific and application-agnostic traffic management*". Voy. aussi ci-dessous, point 3.B.II. Le concept " application-agnostic" vise l'accès à Internet en général selon le principe du "meilleur effort", alors que " application-specific" vise les services spécialisés ou gérés qui garantissent une qualité donnée comme la IPTV ou la vidéo à la demande.

¹¹⁶ Défini *infra*.

¹¹⁷ BEREC, BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012, p. 5. Nous traduisons; comme tel dans le texte: "*Traffic management mechanisms are used by ISPs to optimise the flow of traffic within their networks. Traffic management can be used to implement both limiting measures (such as blocking and throttling) and enabling measures (such as routing and traffic forwarding)*".

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 5. Nous traduisons; comme tel dans le texte: "*The concept of "traffic management" is sometimes used as a synonym of "restrictions", but in these guidelines BEREC seeks to avoid misunderstanding by using the term "restrictions" to refer to all limitations, including those which are contractually binding and/or technically implemented limitations*".

¹¹⁹ BEREC, Differentiation practices and related competition issues..., BoR (12) 132, *cit. supra*, p. 13. Nous traduisons; comme tel dans le texte: "*Nowadays, traffic management techniques allow ISPs to manage traffic more extensively and precisely and to differentiate the packet routing, depending on the techniques used, based on content, applications, transport/access services and users. In general, traffic*

Nous retenons de cette définition que la gestion de trafic est une manière générale de concevoir les atteintes à la neutralité de l'Internet. Les pratiques de différenciation et les services gérés ne sont qu'une partie de la gestion de trafic. En d'autres termes, les services gérés, par exemple, font parties des techniques de gestion de trafic, mais, *a contrario*, la gestion de trafic ne se limite pas aux services gérés, ce qui se vérifie par les définitions des pratiques de différenciation et des services gérés proposée par le BEREC :

- **Pratique de la différenciation**¹²⁰

"Toute décision des FAI¹²¹ ou toute convention entre des FAI et des CAP¹²² ou entre des FAI et des utilisateurs qui pourrait conduire à ce que le trafic déterminé depuis ou vers certains CAP ou utilisateurs, ou concernant l'application spécifique ou des protocoles spécifiques soit traité différemment - ce qui veut dire, ralenti, accéléré ou bloqué, - par rapport au trafic d'autres CAP ou utilisateurs ou à d'autres applications ou protocoles. Ces pratiques de différenciation pourraient notamment recouvrir des situations dans lesquelles des CAP sont tenus de payer".

- **Services spécialisés**¹²³

"Les services spécialisés sont des services de communications électroniques qui sont fournis et exploités dans des réseaux fermés de communications électroniques utilisant le protocole IP.

Ces réseaux s'appuient sur le contrôle d'admission stricte et ils sont souvent optimisés pour des applications spécifiques, basées sur l'utilisation extensive de la gestion du trafic afin de garantir la caractéristique adéquate du service. [...] Lorsque la performance des services spécialisés, tout comme les services intégrés verticalement, sont comparés avec des offres de services d'accès

management allows for a wide range of operations, each highly heterogeneous, such as, inter alia, the construction of fast lanes (i.e. traffic classes) for certain types of data (so-called prioritisation); the provision of guaranteed network capacity to specific users; prevention of access to illegal content; authentication of customers; blocking of viruses; or the ability to block or degrade certain content. Taken together, traffic management offers potential benefits to stakeholders and may contribute to enhanced social welfare (e.g. by managing/reducing congestion); on the other hand, traffic management may be used to implement strategic practices, using restrictive techniques – to the benefit of the operator but, in some cases, to the detriment of users (or at least a part of them)".

¹²⁰ *Ibidem* p. 6. Nous traduisons; comme tel dans le texte: "... any decision of ISPs or any agreements between ISPs and CAPs or ISPs and users entailing that some traffic from or to some CAPs or users, or related to specific application or protocol, is treated differently – i.e. slowed, accelerated or blocked – from those of other CAPs or users or other applications or protocols. These differentiation practices could include situations in which CAPs are charged".

¹²¹ N.B "providers of electronic communications services (also called 'operators' or 'ISPs')", BEREC, Findings on traffic management practices in Europe, BoR (12) 30, 29 May 2012, p. 3.

¹²² N.B.: CAPs: Content and Application Providers, BEREC, Findings on traffic management practices in Europe, BoR (12) 30, 29 May 2012, p. 4.

¹²³ BEREC, BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012, pp. 4-5.

*Internet, seule la couche sous-jacente "communications électroniques" des services spécialisés doit être considérée, et non la couche "application" "*¹²⁴.

Enfin, pour conclure, le BEREC propose d'autres définitions de concepts en lien avec la neutralité de l'Internet, dont en voici, selon nous, l'essentiel :

- **Congestion**¹²⁵

"Les réseaux IP peuvent gommer les pics de trafic de courte durée en plaçant des paquets IP dans les routeurs dans une file d'attente. La congestion désigne la situation dans laquelle des réseaux IP, lorsque le trafic augmente jusqu'à un niveau où les routeurs ne disposent plus d'un espace tampon suffisant, sont contraints de laisser se perdre un certain nombre de paquets IP. En général, cette opération s'effectue de manière arbitraire. La congestion dans les réseaux IP peut apparaître suite à des situations imprévisibles/inévitables ou suite à une incapacité du FAI de prévoir une capacité suffisante".

- **Internet**¹²⁶

"Internet est le réseau de communications électroniques public composé des réseaux qui utilisent le protocole Internet pour la communication avec des points finaux accessibles directement ou au travers d'une traduction d'adresse de réseau, via une adresse Internet unique à l'échelle mondiale".

- **Internet access service**¹²⁷

¹²⁴ Nous traduisons; comme tel dans le texte: *"Specialised services are electronic communications services that are provided and operated within closed electronic communications networks using the Internet Protocol. These networks rely on strict admission control and they are often optimised for specific applications based on extensive use of traffic management in order to ensure adequate service characteristics. ... When the performance of specialised services provided as vertically integrated services is compared with Internet access service offers, only the underlying electronic communications service component of the specialised services will be considered, and not the application layer".*

¹²⁵ *Ibidem*, p. 6. Nous traduisons; comme tel dans le texte: *"IP networks can smooth short-time traffic peaks by queuing IP packets in routers. Congestion is the situation met in IP networks when traffic increases to a level at which routers run out of buffer space and are forced to start dropping some IP packets. By default, this is done randomly. Congestion in IP networks can occur as a result of unpredictable/unavoidable situations or as a result of a failure of the ISP to provide sufficient capacity".*

¹²⁶ BEREC, BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012, p. 4. Nous traduisons; comme tel dans le texte: *"The Internet is the public electronic communications network of networks that use the Internet Protocol for communication with endpoints reachable, directly or through network address translation, via a globally unique Internet address".*

¹²⁷ *Ibidem*, p. 4. Nous traduisons; comme tel dans le texte: *"An Internet access service is a publicly available electronic communications service that provides connectivity to the Internet. In principle, an Internet access service allows for reachability between all endpoints connected to the Internet without any form of restriction to the content exchanged. It enables end-users to run any application utilising the electronic communication function of the Internet. Furthermore, unrestricted Internet access service is defined based on the definition above and the only deviation allowed is the use of reasonable restrictions. If there is any deviation beyond reasonable restrictions, this is defined as a restricted Internet access service".*

"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 de rendre accessible entre eux tous les terminaux connectés à Internet, sans aucune forme de restriction sur le contenu échangé. Il permet aux utilisateurs finaux d'exécuter n'importe quelle application utilisant la fonction de communication électronique de l'Internet. En outre, le service d'accès Internet sans restriction est défini sur la base de la définition reprise ci-dessus et le seul écart autorisé est l'utilisation de restrictions raisonnables. S'il y a un écart au-delà des restrictions raisonnables, il est défini comme un service d'accès à Internet restreint".

La relation entre les services d'accès à Internet et les services spécialisés (ou services gérés) peut-être graphiquement représentée comme suit¹²⁸:

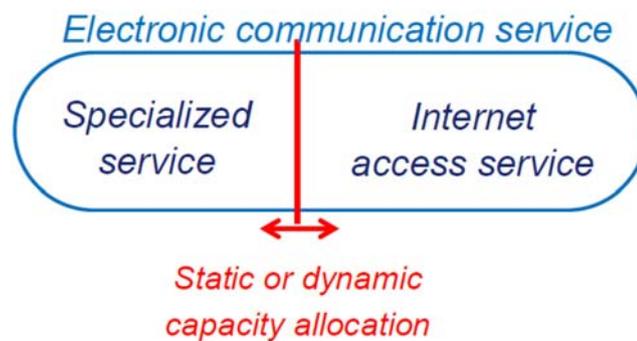


Figure 1 : représentation graphique : « specialized services » vs. « Internet access service »

Notons que la question de la relation entre les services d'accès à Internet et les services gérés a aussi été abordée, dans une tribune libre publiée en janvier 2013 par la Vice-Présidente Kroes¹²⁹ et dans laquelle elle mentionnait que la sauvegarde de neutralité de l'Internet ne faisait pas obstacle à l'introduction de services gérés sur les réseaux. Il est évident qu'une telle question nécessite d'office des investigations plus poussées en vue de déterminer quelle largeur de bande doit être disponible pour qu'un service non-géré puisse jouir d'une qualité d'expérience suffisante afin qu'un utilisateur puisse bénéficier de manière correcte dudit service. Ultérieurement, elle est revenue sur la question: "Je soutiens fermement un Internet ouvert, dynamique et innovant; avec un accès généralisé à des services Internet complets. [...] Selon moi, pour que le

¹²⁸ BEREC, 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, p. 11. L'ORECE y note que "specialized services ... differ from (public and best effort) Internet access service in that they provide a generally guaranteed quality of service and a strict admission control. ... The most frequent applications offered are VoIP, IPTV, VoD. The use of these specialized services might affect the Internet access service in some cases, due to the sharing of access resources".

¹²⁹ Cette tribune fut publiée par le journal « Libération », disponible sur http://www.liberation.fr/medias/2013/01/16/internet-et-applications-de-filtrage-une-histoire-de-choix-et-de-recettes_874443, mais également sur le blog de la commissaire Neelie Kroes : <http://blogs.ec.europa.eu/neelie-kroes/neutralite-du-net/>

choix soit efficace, tous les FAI devraient offrir un service Internet accessible sans restrictions d'application. Je veux que le secteur des télécommunications évolue de sorte que les opérateurs ne limitent pas le choix, mais qu'ils aient en fait un incitant à l'accroître à travers des services à valeur ajoutée innovants. Pour cette raison, nous devons être très prudents en ce qui concerne le risque d'obturer des offres de services innovants" ¹³⁰.

- **Sécurité et intégrité du réseau**¹³¹

« La sécurité du réseau et l'intégrité du réseau consistent en la protection contre les perturbations d'origine extérieure ou interne. La sécurité du réseau consiste en l'adoption de mesures de prévention et de monitoring des accès non autorisés, abus, modifications ou refus d'accès au réseau et aux moyens d'accéder au réseau. L'intégrité du réseau consiste à l'adoption de mesures pour le maintien ou le rétablissement du niveau des performances lors des perturbations du réseau et pour la résolution ou la prévention des perturbations du réseau »

III. Objectifs

Les objectifs fréquemment avancés par le BEREC pour soutenir le caractère neutre de l'Internet sont les suivants :

« En tant que régulateur, il est de notre devoir (en vertu du cadre légal actuel) de promouvoir la liberté des utilisateurs finals d'accéder et de distribuer les contenus, ainsi que d'utiliser les applications qu'ils souhaitent, de promouvoir la concurrence (y compris la fourniture de services) ainsi que l'innovation. Ces objectifs sont atteints par un fonctionnement sans entraves de l'Internet, régi par le principe connu sous le nom de "neutralité de l'Internet" »¹³². Dans l'optique de la protection du consommateur, la neutralité de l'Internet doit avant tout servir l'intérêt de l'utilisateur final. Ce dernier a le droit de pouvoir librement choisir le contenu et les applications qu'il souhaite. Pour ce

¹³⁰ N. Kroes, Building our Digital Single Market: 10 steps to deliver broadband, SPEECH/13/80, 30 January 2013, p. 4. Nous traduisons; comme tel dans le texte: " I strongly support an Internet that is open, dynamic and innovative; with widespread access to full internet services. [...] In my view, for choice to be real, every ISP should offer an accessible Internet service without application restrictions. I want the telecoms sector to evolve, so operators don't restrict choice: but in fact have an incentive to increase it - through innovative added value services. For that very reason, we need to be very careful about the risk of closing off innovative service offerings".

¹³¹ BEREC, BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012, p. 6. Nous traduisons; comme tel dans le texte: "Network security and integrity is protection against externally or internally caused malfunctioning. Network security consists of measures to prevent and monitor unauthorised access, misuse, modification or denial of networks and network-accessible resources. Network integrity consists of measures to maintain or restore the level of performance during network failures, and mitigation or prevention of network failures".

¹³² BEREC, Overview of BEREC'S approach to net neutrality, BoR (12) 140, 6 December 2012, p.1. Nous traduisons ; comme tel dans le texte : «As regulators, it is our job (under the Regulatory Framework) to promote end-users' freedom to access and distribute content and run applications of their choice online, to promote competition (including in the delivery of content), and to promote innovation. These objectives are best served by the unhindered operation of the Internet, governed by the principle known as "net neutrality" ».

faire, il est nécessaire de promouvoir la concurrence sur le marché des communications électronique et cette dernière passe également par l'encouragement de l'innovation technologique. En ce qui concerne la promotion de la concurrence, plusieurs autres objectifs doivent également guider les ARN, notamment en améliorant la transparence des gestions de trafic, en renforçant la concurrence, en facilitant le changement d'opérateurs pour l'utilisateur final, en surveillant la qualité de l'Internet et en n'agissant que lorsque c'est nécessaire¹³³.

En résumé, toute régulation devra nécessairement se poser la question de savoir si ces objectifs sont rencontrés afin d'estimer si elle est justifiée au regard de la situation.

IV. Conclusions

Le BEREC a œuvré ces 3 dernières années à approfondir la réflexion en rapport avec la neutralité de l'Internet. Le résultat du travail accompli a permis de dégager un ensemble de définitions dont la pertinence nous semble avérée. La définition de la neutralité du réseau proposée par le BEREC est la suivante :

*« Une interprétation littérale de la neutralité du réseau, à des fins de travail, est le principe selon lequel toutes les communications électroniques passant par un réseau sont traitées de manière égale. « Toutes les communications sont traitées de manière égale » signifie qu'elles sont traitées indépendamment (i) de leur contenu, (ii) de leur application, (iii) du service, (iv) de l'équipement, (v) de l'adresse de l'expéditeur, et (vi) de l'adresse du destinataire. L'adresse de l'expéditeur et du destinataire implique que le traitement est indépendant de l'utilisateur final et des contenus / applications / fournisseur de services ».*¹³⁴

Nous soulignons à cet effet que la définition de la neutralité de l'Internet proposée par le BEREC nous semble adéquate et suffisamment solide, précise et exhaustive pour servir de base à une définition à la fois universaliste et pragmatique. En effet, l'utilisation du critère « treated equally » nous semble judicieuse, tant elle permet suffisamment de souplesse mais permet également une application aisée d'un concept qui est pourtant difficile à appréhender. De plus, elle prévoit déjà des exceptions à ce principe, ce qui cadre mieux avec la réalité du marché des communications électroniques (question qu'*a contrario* les avis des institutions européennes, telles que la Commission et le Parlement, ne détaillent pas). Aussi le fait que la définition tienne compte réellement de la réalité de la problématique en

¹³³ BEREC, Overview of BEREC'S approach to net neutrality, BoR (12) 140, 6 December 2012, p. 3.

¹³⁴ 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 “.*

visant aussi bien le contenu que la transmission du contenu en lui-même est, à notre sens, un des points forts de cette définition.

4. Initiatives nationales en matière de neutralité du réseau

A. France

I. Origine

La France s'est récemment intéressée à la question de la neutralité de l'Internet, notamment avec une proposition de loi¹³⁵, soumise par la députée Laure de la Raudière. Notons que cette proposition de loi fait suite à un rapport d'information soumis à l'Assemblée Nationale en 2011¹³⁶. En parallèle, l'ARN française, l'ARCEP, a publié également sa position en la matière à plusieurs reprises¹³⁷. Notons également que dans un avis du 1^{er} mars 2013, le Conseil National du Numérique (CNNum) a jugé le cadre réglementaire français actuel comme inadapté pour traiter de la question de la neutralité de l'Internet¹³⁸. Le Conseil pense notamment que la liberté d'expression n'est pas suffisamment protégée dans la loi française face au développement de pratiques de filtrage, de blocage, de censure, de ralentissement, et que le principe de neutralité devrait être reconnu comme un principe fondamental inscrit dans la loi.

Le présent chapitre présentera de manière globale et succincte l'approche adoptée par la France en l'état actuel au travers de ses différentes institutions compétentes en la matière.

II. Définition

Reprenant les bases de la réflexion sur le sujet de la neutralité de l'Internet, la proposition de loi n°190 définit la neutralité du réseau en son article 1 (modifiant l'article L. 32.1 du code des postes et des communications électroniques) comme suit :

*« Le principe de neutralité est défini comme la capacité pour les utilisateurs d'Internet :
1° d'envoyer et de recevoir le contenu de leur choix, d'utiliser les services ou de faire*

¹³⁵ Proposition de loi n°190 de l'Assemblée Nationale du 12 septembre 2012 relative à la neutralité de l'Internet, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0190.asp>.

¹³⁶ Rapport d'information n°3336 du 13 avril 2011 sur la neutralité de l'internet et des réseaux.

¹³⁷ ARCEP, Neutralité de l'internet et des réseaux – Propositions et recommandations, Les actes de l'ARCEP, Septembre 2010, disponible sous http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/net-neutralite-orientations-sept2010.pdf; ARCEP, Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'Internet, septembre 2012, disponible sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-parlement-net-neutralite-sept2012.pdf

¹³⁸ CNNum, Avis Net Neutralité N° 2013-1 du 1^{er} mars 2013, disponible sous <http://www.cnummerique.fr/wp-content/uploads/2013/03/130311-avis-net-neutralite-VFINALE.pdf> . L'avis est accompagné par CNNum, Rapport relatif à l'Avis Net Neutralité N° 2013-1 du 1^{er} mars 2013, 1^{er} mars 2013, 66 p., disponible sous <http://www.cnummerique.fr/wp-content/uploads/2013/03/130311-avis-net-neutralite-VFINALE.pdf> . Selon son site web (<http://www.cnummerique.fr/> - le Conseil National du Numérique), le Conseil est une commission consultative indépendante, dont les membres sont nommés par le Président de la République et dont les missions ont été redéfinies et étendues par un décret du Président de la République du 13 décembre 2012. Le Conseil National du Numérique a pour mission de formuler de manière indépendante et de rendre publics des avis et des recommandations sur toute question relative à l'impact du numérique sur la société et sur l'économie.

fonctionner les applications de leur choix, de connecter le matériel et d'utiliser les programmes de leur choix, dès lors qu'ils ne nuisent pas au réseau ;

2° avec une qualité de service transparente, suffisante et non discriminatoire ;

3° et sous réserve des obligations prononcées à l'issue d'une procédure judiciaire et des mesures nécessitées par des raisons de sécurité et par des situations de congestion non prévisibles. »

Cette définition se veut très clairement orientée en fonction des objectifs poursuivis par la neutralité de l'Internet, et plus précisément de la protection du consommateur, notamment en faisant directement référence aux fonctionnalités que devrait offrir Internet à ces utilisateurs si celui-ci était neutre.

Cependant, que retenir de la définition ? Il eût été préférable d'opter pour une définition "neutre" en utilisant comme référent la transmission du signal¹³⁹ et non la capacité de l'utilisateur de l'Internet. L'ARCEP se base d'ailleurs sur cette dimension lorsqu'elle définit la neutralité de l'Internet comme étant *"un principe selon lequel les réseaux de communications électroniques doivent transporter tous les flux d'information de manière neutre, c'est-à-dire indépendamment de leur nature, de leur contenu, de leur expéditeur ou de leur destinataire. Ce concept peut concerner tous les réseaux, mais il trouve particulièrement à s'appliquer sur les réseaux constituant l'internet"*¹⁴⁰. L'ARCEP distingue dans cette dernière phrase les termes de "neutralité des réseaux" et "neutralité de l'Internet". En effet, les deux termes sont souvent utilisés comme synonymes même si, fondamentalement, ils ne recouvrent pas tout à fait la même réalité. En outre, cette définition reprend de manière exhaustive les différentes discriminations possibles en matière de gestion de trafic, c'est-à-dire : la discrimination en fonction de la nature, du contenu, de l'expéditeur ou du destinataire de la donnée, ce qui nous semble un bon départ pour esquisser un début de définition de la neutralité de l'Internet, compte tenu justement de son caractère exhaustif et donc, par définition, précis et sans ambiguïté.

Ce choix opéré dans la proposition semble avant tout guidé par la volonté d' *"envoyer un signal politique clair aux acteurs, publics ou privés, sur l'attachement (du législateur) à la protection de l'internet, et à la consécration dans la loi du principe de neutralité"*¹⁴¹.

De plus, *"Les fournisseurs d'accès à Internet ne sont autorisés à commercialiser sous le nom d' "accès à Internet" que les services de communications électroniques respectant le principe de neutralité"*. Cet article 5 de la proposition va plus loin qu'une définition classique en proposant de définir l'accès à internet en fonction du principe

¹³⁹ A l'instar de celle proposée par Timothy Wu. dans T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, 2003, p. 141.

¹⁴⁰ Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'Internet, septembre 2012, p. 12.

¹⁴¹ Rapport d'information n°3336 du 13 avril 2011 sur la neutralité de l'internet et des réseaux, p. 68.

de la neutralité de l'Internet. L'idée est intéressante mais demanderait des précisions complémentaires pour que cet article puisse être mis en pratique.

Enfin, notons que la gestion de trafic est définie dans les propositions et recommandations de l'ARCEP comme étant : *"toutes les formes techniques d'intervention sur les flux de données mises en œuvre en prenant en compte la nature du trafic, ou encore l'identité ou la qualité de son émetteur ou de son destinataire"*. Sont visés par cette définition l'introduction des délais entre l'émissions de paquets de données de certains services ("traffic shaping"), la priorisation ou le ralentissement de certaines applications (en utilisant par exemple des techniques de "buffer management"), l'ordonnancement de la transmission de certains flux applicatifs ("traffic scheduling"), ou encore le blocage de la transmission de certains flux.

III. Objectifs

La France a transposé en 2011 les directives modifiant le cadre réglementaire européen des communications électroniques¹⁴². Cette transposition s'est faite de manière assez fidèle à ce que prévoit ce nouveau cadre réglementaire et, de ce fait, reprend également les objectifs fixés par la réglementation. A cet effet, le nouveau Code des Postes et Communications Electronique prévoit que l'ARCEP

- *"[prend], dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis et [veille] à l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans les relations entre opérateurs et fournisseurs de services de communications au public en ligne pour l'acheminement du trafic et l'accès à ces services" ;*
- *veille "à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques [et,] à ce titre, [...] à l'exercice de la concurrence relative à la transmission des contenus et, lorsque cela est approprié, à la promotion d'une concurrence fondée sur les infrastructures" ;*
- *veille "à favoriser la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser ainsi qu'à accéder aux applications et services de leur choix"¹⁴³.*

Le rapport d'information de la commission des affaires économiques propose plusieurs axes d'action à entreprendre dans le cadre de la neutralité de l'Internet. Ces propositions visent essentiellement à consacrer l'Internet comme objectif politique, à encadrer strictement les obligations de blocage de l'Internet, à protéger l'universalité et garantir la qualité de l'internet et à favoriser une économie pérenne de l'Internet en régulant les relations entre les acteurs économiques du transport d'informations.

¹⁴² Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 ; décret en Conseil d'Etat n° 2012-436 du 30 mars 2012 et décret n° 2012-488 du 13 avril 2012.

¹⁴³ Art. L. 32-1 du Code des Postes et Communications Electroniques.

IV. Conclusions

La conception du droit français à l'égard de la neutralité de l'Internet est avant tout marquée par une très nette approche en faveur de la protection du consommateur. La législation française actuelle est issue d'une transposition fidèle des directives « mieux légiférer » et « droits des citoyens » qui ont modifié le cadre réglementaire en 2009.

B. Pays-Bas

I. Origine

1. Introduction

Le 8 mai 2012, la *Eerste Kamer* (Sénat) a adopté la proposition de loi visant à l'instauration de la nouvelle loi néerlandaise sur les télécommunications. C'est ainsi que le principe de neutralité du réseau a été établi dans la loi, ce qui fait des Pays-Bas le premier État membre de l'UE à avoir adopté une réglementation sur la neutralité du réseau¹⁴⁴. Après avoir rappelé l'histoire parlementaire de la neutralité du réseau aux Pays-Bas, l'analyse se concentrera sur la définition et sur les objectifs de la neutralité du réseau dans la législation.

Dans l'histoire parlementaire néerlandaise, la première mention de la question de la neutralité du réseau figure dans une note de politique générale de juin 2008, émanant du secrétaire d'État aux affaires économiques de l'époque, et consacrée à la convergence des marchés des ICT, des télécommunications et des médias audiovisuels et à ses conséquences pour le consommateur.¹⁴⁵ Selon le secrétaire d'État, on pouvait craindre à ce moment-là que des fournisseurs se mettent à bloquer ou discriminer du contenu et des services de concurrents : *"dans la perspective du bon fonctionnement du marché, il n'y a pas de raison directe d'intervenir aussi longtemps que les fournisseurs d'accès sont transparents quant à la politique qu'ils mènent sur ce point, et aussi longtemps que les consommateurs peuvent aisément passer à la concurrence"*.¹⁴⁶ Selon une enquête sur la situation aux Pays-Bas en matière de neutralité du réseau, effectuée à la demande du ministère des Affaires économiques en 2009, il s'avère que l'introduction de transparence était vue à l'époque comme l'option politique la plus séduisante. Selon la conclusion de cette enquête, la supervision *« devrait montrer si la transparence introduite entraînait effectivement une situation considérée comme souhaitable (par les responsables politiques). Si tel n'était pas le cas, d'autres mesures – parmi lesquelles une intervention directe susceptible d'entraîner des répercussions d'une plus large portée – pourraient être envisagées »*¹⁴⁷.

2. Un nouveau gouvernement

En mars 2010, le ministre des Affaires économiques, démissionnaire à l'époque, indiquait à la *Tweede Kamer* (Chambre basse) qu'étant donné le statut du gouvernement et les évolutions au niveau européen, il laissait au prochain

¹⁴⁴ Depuis lors, la Slovénie a également ancré la neutralité du réseau dans la loi, avec l'article 203 de la loi sur les communications électroniques, adoptée le 20 décembre 2012 par le Parlement slovène ; le texte est disponible via <http://www.uradni-list.si/pdf/2012/Ur/u2012109.pdf>. Une traduction anglaise officielle de la loi est disponible via <http://www.scribd.com/doc/144614369/Slovenia-Net-Neutrality-law-2012>.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2007/08, 26 643, nr. 126, bijlage Beleidsbrief Convergence: de consument aan het roer in veranderende markten voor ICT, telecommunicatie en audiovisuele media.

¹⁴⁶ Kamerstukken II 2007/08, 26 643, nr. 126, bijlage Beleidsbrief Convergence: de consument aan het roer in veranderende markten voor ICT, telecommunicatie en audiovisuele media, p. 5.

¹⁴⁷ Kamerstukken II 2009/10, 24 095, nr. 252, bijlage Onderzoeksrapport Netneutraliteit: stand van zaken in Nederland, p. 61.

gouvernement le soin de déterminer s'il y avait lieu d'apporter des adaptations à la ligne politique suivie jusque-là¹⁴⁸. Dans l'exposé des motifs relatif à la modification de la loi sur les télécommunications en vue de la transposition des directives européennes révisées en matière de télécommunications, le nouveau gouvernement a fait savoir qu'il s'en tenait à une transposition stricte des directives. Il a donc été décidé de ne pas faire usage de la possibilité, prévue dans les directives européennes, d'imposer des exigences minimales de qualité pour la prestation des services. Compte tenu des discussions encore en cours en Europe et au niveau national sur le contenu à donner à la politique de neutralité du réseau, il n'a pas été jugé utile ou nécessaire d'adopter de nouvelles règles en matière de neutralité du réseau. Le gouvernement estime que l'on peut se contenter de la possibilité d'élaborer de telles règles à l'avenir, dans le cadre d'une réglementation un niveau inférieur¹⁴⁹.

3. Les débats au sein de la Tweede Kamer

À l'époque où la *Tweede Kamer* a examiné la proposition de loi de la loi révisée sur les télécommunications, une annonce faite par KPN en avril 2011 a secoué les esprits. KPN faisait état en effet de son intention, en tant que fournisseur d'accès Internet mobile, de bloquer la VoIP et les services de chat en ligne Skype et WhatsApp sur les smartphones, sauf si les consommateurs étaient prêts à payer un supplément pour éviter ce blocage. Les sommes ainsi récoltées devaient servir à compenser la baisse des revenus de la téléphonie vocale et des SMS, entraînée par l'utilisation de ces services concurrents¹⁵⁰. Suite à la révélation des intentions de KPN, suivie plus tard également par Vodafone¹⁵¹, un certain nombre de membres de la *Tweede Kamer* ont introduit une motion demandant au gouvernement "de reprendre dans la loi sur les télécommunications une clause interdisant aux fournisseurs télécom d'introduire une différenciation sur la base du type d'utilisation et garantissant ainsi la neutralité du réseau"¹⁵².

Même si le ministre des Affaires économiques, de l'agriculture et de l'innovation avait au départ déconseillé l'adoption de la motion¹⁵³, il a cependant ensuite fait mettre en œuvre ladite motion après quoi il est apparu qu'une large majorité à la *Tweede Kamer* y était favorable¹⁵⁴. La *Tweede Kamer* n'avait cependant pas voulu attendre l'intervention du ministre et avait entre-temps adopté son propre amendement de la loi sur les télécommunications visant à inscrire dans la loi la neutralité du réseau¹⁵⁵. Le

¹⁴⁸ Kamerstukken II 2009/10, 24 095, nr. 256, p. 3.

¹⁴⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 38 (Memorie van Toelichting).

¹⁵⁰ A. Wokke, 'KPN: "chatheffing" voor mobiel internet komt deze zomer', Tweakers.net 21 april 2011, <http://tweakers.net/nieuws/74017/kpn-chatheffing-voormobiel-internet-komt-deze-zomer.html>.

¹⁵¹ A.U. De Haes, 'Vodafone gebruikt DPI voor voipblokkade', Webwereld.nl 13 mei 2011, <http://webwereld.nl/nieuws/106673/vodafone-gebruikt-dpi-voor-voipblokkade---update.html>.

¹⁵² Kamerstukken II 2010/11, 24 095, nr. 281 (Motie Braakhuis c.s.).

¹⁵³ Handelingen II 2010/11, 82, 10, p. 45.

¹⁵⁴ Kamerstukken II 2010/11, 21 501-33, nr. 328, p. 6 (Verslag van een Algemeen Overleg).

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 29 (Amendement Verhoeven c.s.).

ministre a ensuite fait savoir, dans une lettre à la *Tweede Kamer*, qu'il souscrivait à l'amendement parce que, selon lui, il reprenait l'essentiel de la motion adoptée.¹⁵⁶ L'amendement a été adopté le 22 juin 2011 par la *Tweede Kamer*¹⁵⁷ et ainsi a été intégré dans la loi modifiée sur les télécommunications, approuvée ensuite le 8 mai 2012 par la *Eerste Kamer*.¹⁵⁸ Les nouvelles règles relatives à la neutralité du réseau sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

II. Définition

Il appert du nouvel article 7.4a de la loi sur les télécommunications que le principe de la neutralité du réseau, tel qu'il a été adopté aux Pays-Bas, suppose que les fournisseurs d'accès Internet ne puissent gêner ou ralentir des services ou des applications sur Internet. Ce principe ne peut souffrir d'exceptions que dans quatre cas qui doivent être interprétés de manière limitative : pour limiter les conséquences de la congestion, les différentes sortes de trafics étant traitées sur pied d'égalité ; pour préserver l'intégrité et la sécurité du réseau et du service du fournisseur concerné ou des appareils périphériques de l'utilisateur final ; pour limiter la transmission de communications non désirées à un utilisateur final, pour autant que l'utilisateur final ait donné au préalable son autorisation à cet égard ; pour exécuter une prescription légale ou une décision de justice. Les fournisseurs d'accès à Internet ne peuvent pas non plus faire dépendre les tarifs des services d'accès à Internet des services et des applications qui sont offerts ou utilisés via lesdits services.

III. Objectifs

Les objectifs du principe de neutralité du réseau sont expliqués dans le commentaire de l'amendement de la *Tweede Kamer*. L'amendement « vise à maximaliser la liberté de choix et d'expression des utilisateurs finaux sur Internet » et à « garantir l'accès ouvert et sans entrave à Internet aussi bien pour les fournisseurs de services (en ligne) que pour les citoyens et les entreprises ». ¹⁵⁹ Dans une lettre à la *Tweede Kamer*, le ministre citait également la protection de l'innovation comme un objectif : « si certains services Internet n'étaient seulement accessibles aux utilisateurs finaux que moyennant un abonnement plus onéreux, cela pourrait freiner le développement de nouveaux services ». ¹⁶⁰

En réponse aux questions de la Chambre, le ministre a indiqué qu'il a procédé à l'inscription de la neutralité du réseau dans la législation parce qu'il n'était pas suffisamment confiant, après les annonces faites par différents fournisseurs mobiles, en la capacité du marché de garantir les grands intérêts en jeu. Selon le ministre, on ne peut, s'agissant d'un fournisseur d'Internet mobile, "s'attendre à ce qu'il transmette de sa propre initiative des services qui font concurrence à son propre modèle

¹⁵⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 37, p. 2.

¹⁵⁷ Handelingen II 2010/11, 96, 5.

¹⁵⁸ Handelingen I 2011/12, 28, 9.

¹⁵⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 29, p. 2 (Amendement Verhoeven c.s.).

¹⁶⁰ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 37, p. 2.

*lucratif*¹⁶¹. Quant au fait que les Pays-Bas, avec une telle législation, se retrouvent en position d'avant-garde, le ministre a indiqué que les Pays-Bas avaient été "*confrontés plus tôt et plus fortement*" que d'autres pays européens aux conséquences éventuelles¹⁶². Suite aux annonces des fournisseurs mobiles, il était envisageable que les consommateurs néerlandais "votent avec leurs pieds" en mettant ainsi le ministre sous pression¹⁶³. Parmi les intérêts à défendre, le ministre a cité la liberté d'expression et la liberté de réception : "*les citoyens ne peuvent être limités dans leur liberté d'expression et leur accès à l'information sur Internet par les choix de leur fournisseur d'accès Internet*" ; la liberté de choix : "*les consommateurs doivent pouvoir décider eux-mêmes quels services de leur connexion Internet ils utilisent*" ; et un Internet ouvert : "*le niveau peu élevé du seuil nécessaire pour développer des services et (par conséquent) le grand nombre de fournisseurs potentiels font que chaque client peut trouver une application qui lui convient*"¹⁶⁴.

IV. Conclusions

Il appert des documents parlementaires examinés que le gouvernement néerlandais, à l'initiative de la *Tweede Kamer*, a fixé dans la loi le principe de la neutralité du réseau suite à des annonces de fournisseurs d'Internet mobile faisant état de leur intention de bloquer les services concurrents. Les objectifs qui sont poursuivis sont la liberté de choix des utilisateurs finaux et un Internet ouvert aussi bien pour les fournisseurs que pour les utilisateurs.

¹⁶¹ Aanhangsel Handelingen II 2011/12, nr. 3026, p. 2.

¹⁶² Handelingen II 2010/11, 90, 3, p. 35.

¹⁶³ Aanhangsel Handelingen II 2011/12, nr. 3026, p. 2.

¹⁶⁴ Aanhangsel Handelingen II 2011/12, nr. 3026, p. 2.

5. Belgique

A. Origine

En Belgique également, des propositions ont été avancées pour fixer la neutralité du réseau dans la loi. La proposition qui est aujourd'hui à l'ordre du jour est basée sur l'amendement qui a été repris aux Pays-Bas dans la loi sur les télécommunications. À l'occasion de cette proposition de loi, l'Institut belge des services postaux et télécommunications (IBPT) et la Commission pour la protection de la vie privée ont donné des avis sur la voie à suivre en matière de neutralité du réseau en Belgique. Les propositions de loi et les avis en question sont examinés ci-après.

En mai et en juin 2011, et suite à la nouvelle loi néerlandaise qui établit le principe de neutralité du réseau, deux différentes propositions de loi¹⁶⁵ ont été présentées, ainsi qu'une proposition de révision de la Constitution¹⁶⁶ visant à garantir la neutralité du réseau¹⁶⁷. Le 7 juillet 2011, trois partis ont présenté une proposition de texte commun comme amendement à la proposition de loi Déom qui avait été déposée en mai dans le but de modifier la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques¹⁶⁸. Cette proposition est en grande partie comparable à l'amendement qui a été repris aux Pays-Bas dans la loi sur les télécommunications. Il existe cependant une différence dans le fait qu'aux Pays-Bas, le principe de neutralité du réseau contient également une interdiction de faire dépendre la hauteur des tarifs des services d'accès à Internet, des services et des applications qui sont fournis ou utilisés via les services en question. L'amendement du 7 juillet 2011 interdit seulement le fait d'empêcher ou de ralentir des services ou des applications sur Internet, excepté dans certains cas spécifiques qui doivent être interprétés de manière limitative¹⁶⁹. Toutefois, le 12 juillet 2011, deux sous-amendements ont été présentés. Ils visent également à reprendre dans le premier amendement déposé l'interdiction d'imposer des frais supplémentaires pour certains services¹⁷⁰. Si ces amendements sont approuvés, les règles belges en

¹⁶⁵ Proposition de loi (Déom et consorts) modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/1; Proposition de loi (Van den Bergh et consorts) modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1536/1.

¹⁶⁶ Proposition de révision de la Constitution (Déom et consorts) révision de l'article 23, afin d'y inscrire le principe de la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1471/1.

¹⁶⁷ *Annales* Chambre 2012-13, 24 octobre 2012, n° CRIV 53 COM 565, p. 9.

¹⁶⁸ 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 des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/2. Cet amendement fusionne les deux propositions de lois, à savoir la proposition 1536/001 et 1467/001.

¹⁶⁹ 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 des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/2, p. 1 et 2.

¹⁷⁰ Amendements (Dedecker et Déom) à la proposition de loi modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/3. Cet amendement constitue la dernière version de la proposition de loi concernant la neutralité de l'Internet. Depuis lors, les travaux parlementaires ont repris et de nouveaux amendements

matière de neutralité du réseau seront très comparables à celles qui figurent dans la loi néerlandaise sur les télécommunications.

B. Définition

Comme le commentaire de la proposition de loi belge correspond à celui qui accompagne l'amendement néerlandais de la loi sur les télécommunications, la définition et les objectifs du principe de neutralité du réseau, tels qu'ils sont repris dans les deux documents, sont semblables. S'agissant de la définition, la proposition de loi belge reprend le commentaire de l'amendement néerlandais selon lequel le principe de neutralité du réseau signifie d'abord "*qu'aucun fournisseur ne peut bloquer ou ralentir les services ou les applications d'une partie donnée et, secundo, que le fournisseur ne peut pas non plus bloquer ou ralentir un service ou une application spécifique, par exemple en matière de téléphonie sur l'Internet. Le présent amendement tend notamment à éviter les dommages que pourrait subir l'utilisateur final en cas de violation de la norme visée*"¹⁷¹. La proposition de loi belge ajoute encore : "*Il prévoit par ailleurs que le fournisseur ne peut ni bloquer, ni ralentir le trafic à l'aide du matériel ou des logiciels utilisés*"¹⁷².

C. Objectifs

S'agissant des objectifs que le principe de neutralité du réseau tend à atteindre, tout comme l'amendement néerlandais, on renvoie à la maximalisation de la « *liberté de choix et de la liberté d'expression des utilisateurs finals sur Internet* » et à l'importance "*de garantir l'accès illimité et non restreint à Internet tant aux fournisseurs de services (en ligne) qu'aux citoyens et aux entreprises*"¹⁷³.

D. Les avis de l'IBPT et de la Commission de la protection de la vie privée

Dans son avis du 10 octobre 2011, l'IBPT défend la position selon laquelle le marché belge d'Internet est différent du marché néerlandais. C'est pourquoi l'IBPT doute qu'il existe en Belgique un risque de voir les opérateurs mobiles interdire l'accès à certaines applications. "*Il ne semble pas indiqué à l'IBPT d'adopter des mesures réglementaires*

sont en cours de préparation. A la date de clôture du présent rapport, ces derniers n'étaient cependant pas encore disponibles.

¹⁷¹ *Doc. Parl.*, Chambre, II 2010/11, 32 549, nr. 29, p. 3 (Amendement Verhoeven c.s.); 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 des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/2, p. 4.

¹⁷² 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 des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/2, p. 4.

¹⁷³ *Doc. Parl.*, Chambre, II 2010/11, 32 549, n° 29, p. 2 et 3 (Amendement Verhoeven et consorts); 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 des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/2, p. 3 et 4.

en vue de répondre à une situation qui ne se présente pas en Belgique, et qui aurait pu se présenter ou s'est déjà présentée dans un autre pays dont les caractéristiques du marché sont différentes de celles du marché belge"¹⁷⁴. L'IBPT suit par conséquent l'avis du BEREC et de la Commission européenne tendant à suivre l'évolution du marché plutôt que de prendre déjà des mesures visant à prévenir un problème qui ne s'est pas encore posé et qui peut-être ne se posera jamais. L'IBPT "est d'avis que l'avant-projet de loi de transposition permettra de répondre à ces objectifs inscrits dans les directives européennes et qu'il faut surveiller l'évolution du marché et accumuler suffisamment d'expérience dans le cadre des obligations déjà imposées par les amendements de 2009 au cadre réglementaire pour pouvoir raisonnablement juger de leur efficacité avant de prendre des mesures telles que les propositions de loi et les amendements avancés par les Députés"¹⁷⁵.

La Commission de la protection de la vie privée, contrairement à l'avis de l'IBPT, a estimé que le législateur devait inscrire le principe de neutralité du réseau dans la législation pour mettre des limites aux formes de *deep packet inspection* pratiquées par des acteurs du marché belge¹⁷⁶. La Commission, dans sa recommandation sur la neutralité du réseau, la *deep packet inspection* et la protection de la vie privée et des données personnelles dans le secteur des télécoms, indique expressément ne pas souscrire à l'idée selon laquelle la transposition de la législation européenne sur les télécoms suffira à dissiper les inquiétudes qui se sont exprimées jusqu'à présent à l'égard de la neutralité du réseau¹⁷⁷.

Il appert d'un rapport de la réunion de la Commission de l'Infrastructure, des Transports et des Entreprises publiques du 24 octobre 2012, que le secrétaire d'État à la lutte contre la fraude, John Crombez, indique au nom du ministre qu'il serait préférable qu'une proposition de loi acceptée soit présentée après le vote pour avis formel à la Commission européenne. Le secrétaire d'État indique également que les propositions de loi belge et néerlandaise avaient trait à "*la gestion du trafic par les fournisseurs d'accès alors que la neutralité d'Internet constitue une notion bien plus vaste et qui a également partie liée avec d'autres créateurs de valeur. À côté de Skype et d'autres services de ce type, il s'agit également ici de la non-discrimination et de la sécurisation du trafic des données sur Internet. Il faut donc entreprendre des actions concrètes et adaptées pour veiller à ce que cela se passe de manière sûre et qu'en même temps l'innovation dans ce domaine ne soit pas pénalisée*"¹⁷⁸. Une

¹⁷⁴ Avis du Conseil de l'IBPT du 05/10/2011 sur les amendements des 7 et 12 juillet 2011 à la proposition de loi modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet, p. 13.

¹⁷⁵ Avis du Conseil de l'IBPT du 05/10/2011 sur les amendements des 7 et 12 juillet 2011 à la proposition de loi modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet, p.16.

¹⁷⁶ Avis n°10/2012 du 21 mars 2012 de la Commission pour la protection de la vie privée, p. 5.

¹⁷⁷ Recommandation n° 05/2012 du 11 avril 2012 de la Commission pour la protection de la vie privée, p. 6 et 7.

¹⁷⁸ *Annales* Chambre 2012-13, 24 octobre 2012, n° CRIV 53 COM 565, p. 10.

réglementation via la loi télécoms n'apporterait dès lors qu'une réponse partielle à la discussion sur la neutralité du réseau.

E. Conclusions

Avec la proposition de loi, la Belgique a suivi l'amendement néerlandais. Les avis sont partagés quant à la question de savoir si le principe de neutralité du réseau doit être repris dans la législation belge et, dans l'affirmative, si les règles proposées sont suffisantes pour garantir la neutralité du réseau. Si les règles proposées étaient adoptées telles quelles, la Belgique aurait la même définition et les mêmes objectifs en matière de neutralité du réseau que les Pays-Bas.

6. Ébauche de définitions (de travail)

Cette section sera consacrée à la détermination de définitions de travail qui serviront de base pour la poursuite de l'étude.

Internet joue un rôle de plus en plus important pour le développement de la société de l'information en Europe et ainsi pour la croissance de l'économie et le bien-être des citoyens. Or, il doit une grande part de son potentiel et de son succès au fait qu'il est ouvert et aisément accessible aussi bien aux utilisateurs finaux et consommateurs qu'aux opérateurs et fournisseurs de services de communications électroniques et autres¹⁷⁹.

Les définitions de travail présentées ci-dessous résultent de l'analyse comparative menée ci-dessus et serviront de base pour la poursuite de l'étude. Nous précisons toutefois qu'il ne s'agit là que de définitions de travail. Par conséquent, la question de la définition de la "neutralité de l'Internet" (et, en même temps, celle de la "gestion du trafic") devra nécessairement être reposée à la fin de l'étude afin d'y être tranchée de façon définitive. Nous soulignons également qu'au terme de l'étude il conviendra aussi de trancher la question de savoir s'il faut vraiment proposer une définition et s'il ne serait pas mieux de laisser la question ouverte afin que le principe puisse évoluer avec l'évolution du secteur et des technologies¹⁸⁰. D'ailleurs, s'il sera utile de disposer d'une définition, son inscription (et donc sa fixation) dans une loi, voire dans la Constitution, est encore une toute autre question.

La définition de la neutralité de l'Internet à retenir parmi celles utilisées par les différents pays et institutions qui ont été abordés dans les précédentes sections devrait être selon nous, et moyennant quelques petits aménagements, celle proposée par le BEREC, à savoir :

"Neutralité de l'Internet : 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].¹⁸¹ Le fait que les communications sont 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. Dans ce traitement, l'adresse de l'expéditeur et celle du destinataire sont indépendantes de l'utilisateur final et du

¹⁷⁹ Voy. communication "neutralité de l'Internet", p. 3.

¹⁸⁰ Voy. Communication "neutralité d'Internet", p. 3; voy. aussi Commission européenne, communiqué, IP/11/486, 19 avril 2011, *cit. supra*, p. 2.

¹⁸¹ Nous ajoutons.

*contenu/de l'application/du prestataire de service*¹⁸². *[Des mesures de gestion de trafic licites*¹⁸³ *doivent rester possibles]*¹⁸⁴.

En effet, pour les raisons développées dans la section consacrée au BEREC, cette définition semble appropriée pour servir de définition de travail, compte tenu que :

- aussi bien l'aspect protection du consommateur que l'aspect concurrence y sont intégrés ;
- la neutralité de l'Internet est un phénomène qui touche aussi bien le contenu que la transmission et que ce point se reflète dans cette définition ;
- le concept de service peut être considéré comme incluant le protocole utilisé ; et que
- la définition est suffisamment large pour contenir également les problèmes de discriminations liés aux terminaux.

Cependant, il faut insister sur le fait que des nuances à ce principe doivent rester possibles, ce que le BEREC avait déjà prévu dans ses documents :

*"Il existe et il continuera à exister des dérogations à ce principe strict. Certaines de ces dérogations peuvent certes être justifiées et servir l'intérêt de l'utilisateur final, mais d'autres formes sont préoccupantes quant à leur impact sur la concurrence et sur le plan sociétal. Pour évaluer la question, les autorités de supervision doivent envisager un ensemble plus large de principes et d'objectifs réglementaires"*¹⁸⁵.

En effet, ce principe n'est pas en contradiction avec certaines applications de gestion de trafic et permet la mise en œuvre de services gérés dans la mesure où ils sont compatibles avec l'exploitation d'Internet selon le principe du "meilleur effort" ("best effort"). Libre au législateur (et aux ARN) d'envisager des exceptions sans que ces dernières n'anéantissent le principe posé par la définition.

En ce qui concerne le "traffic management", à nouveau la définition du BEREC semble la plus appropriée :

¹⁸² Nous traduisons. Voy. 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 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).

¹⁸³ C'est-à-dire en conformité avec la réglementation applicable ou accepté par les autorités réglementaires nationales compétentes.

¹⁸⁴ Nous ajoutons.

¹⁸⁵ Nous traduisons. Voy. 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 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).

"Tous les moyens techniques qui sont utilisés pour traiter le trafic qui est envoyé ou reçu par les utilisateurs finaux via le réseau, y compris la gestion du trafic d'applications spécifiques et agnostiques et ... toutes les mesures pour lesquelles des objectifs similaires sont poursuivis, y compris des mesures relevant de dispositions contractuelles qui ne s'imposent pas en soi sur le plan technique"¹⁸⁶.

En effet, la définition utilisée par le BEREC est suffisamment large que pour contenir aussi bien les cas de différenciations et de services gérés, que la gestion de trafic "de base" afin d'éviter la congestion. Notons également qu'il appartiendrait au législateur (ou aux ARN) de distinguer quelles seront les pratiques autorisées de celles qui ne le sont pas en se référant à des exceptions à la définition de la neutralité de l'Internet (en prévoyant, par exemple, la possibilité d'offrir à des clients des services gérés).

¹⁸⁶ 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. 4. Nous traduisons.

Chapitre II : Aspects juridiques de la neutralité du réseau

1. Neutralité du réseau et réglementation des communications électroniques

A. La neutralité du réseau et la protection des utilisateurs finaux

Partant de la définition de la neutralité du net, les aspects juridiques de la neutralité du net seront abordés sous divers angles juridiques.

Au niveau européen, les efforts des institutions tendent vers une protection du caractère neutre et ouvert de l'Internet¹⁸⁷. A cet effet, le cadre européen des communications électroniques a été modifié en 2009 par les directives "droit des citoyens"¹⁸⁸ et "mieux légiférer"¹⁸⁹. Le cadre réglementaire européen ainsi réformé comprend désormais des dispositions en rapport avec la neutralité du net. Elles ont été implémentées au niveau de plusieurs directives : la directive "cadre", la directive "autorisation" et la directive "service universel"¹⁹⁰. Au niveau de la directive "cadre", les articles, 8, § 2, b et 8, § 5, b inscrivent directement la neutralité de l'Internet dans la question de la promotion de la concurrence dans le secteur des communications électroniques (voy. *infra*, section B). L'article 8, § 4, g de la directive "cadre" a trait, quant à lui, à la protection des consommateurs dans le cadre de la neutralité du net. A cet égard, la directive "service universel" peut être considéré comme prévoyant deux axes qui font écho à deux objectifs. La transparence des méthodes de gestion de trafic¹⁹¹ d'abord, qui comprend elle-même deux composantes : la transparence¹⁹² en

¹⁸⁷ Tel que l'attestent la Résolution du Parlement européen du 17 novembre 2011 sur l'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe et la déclaration de la Commission européenne en annexe à la directive « mieux légiférer » relative à la neutralité du net.

¹⁸⁸ Directive (CE) no 136/2009 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 et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement no 2006/2004/CE relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (directive « droits des citoyens »), *J.O.U.E.*, L337, 18 décembre 2009, p. 11.

¹⁸⁹ 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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L337, 18 décembre 2009, p. 37.

¹⁹⁰ Voy. aussi la déclaration « neutralité de l'Internet » de 2009, attachée par la Commission à la directive « mieux légiférer ».

¹⁹¹ Art. 20, § 1, b), 21, § 3, c), 21, § 3 d) et 22, § 2 de la directive « service universel »

¹⁹² A cet égard, voy. également l'annexe A. 19 de la directive « autorisation » qui prévoit parmi les obligations dont peut être assortie une autorisation générale les « *Obligations de transparence imposées*

tant que telle et le changement de fournisseur. Et ensuite, la possibilité d'imposer des minima de qualité de service lorsque le réseau devient saturé¹⁹³. Dans le cadre de cette transparence, quels éléments devraient être communiqués aux consommateurs pour qu'ils soient clairement informés au sujet des gestions de trafic ? Qu'en est-il des dispositions qui permettent la résiliation d'un contrat d'abonnement entre un abonné et un opérateur¹⁹⁴ de réseaux lorsque celui-ci recourt désormais à la gestion de trafic ?

Ces dispositions devaient être transposées dans les différents Etat membres, tâche à laquelle s'est attelé le pouvoir législatif belge¹⁹⁵ ainsi que les différentes entités fédérées¹⁹⁶. A cet égard, il conviendra de soulever les problèmes que pourront rencontrer les ARN lorsqu'il s'agira d'appliquer ces mesures, notamment l'imposition d'un minimum de qualité de service, tel que mentionné à l'article 22, § 3 de la directive « service universel ». Par ailleurs, soulignons enfin que, en Belgique, des projets de loi ont été déposés dans le but de consacrer la neutralité du Net¹⁹⁷.

aux fournisseurs de réseaux de communications publics fournissant des services de communications électroniques accessibles au public, pour assurer la connectivité de bout en bout, conformément aux objectifs et principes énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive «cadre»), divulgation de toute condition limitant l'accès et/ou l'utilisation de services et d'applications lorsque de telles conditions sont autorisées par les États membres conformément à la législation communautaire et, lorsque cela est nécessaire et proportionné, accès des autorités réglementaires nationales aux informations nécessaires pour vérifier l'exactitude de cette divulgation. »

¹⁹³Art. 22, § 3 de la directive « service universel »

¹⁹⁴ Le concept d'opérateur est défini au niveau européen comme étant celui qui fournit un réseau de communications électroniques. La fourniture de services de communications électroniques se définit à l'article 2, m) comme étant : la mise en place, l'exploitation, la surveillance ou la mise à disposition d'un tel réseau. Au niveau belge, la définition d'opérateur va plus loin que celle prévue dans le cadre réglementaire européen en le définissant comme étant : toute personne ayant introduit une notification conformément à l'article 9. C'est pourquoi, pour éviter toute ambiguïté, nous utiliserons par la suite le terme de fournisseur de réseaux et de services de communications électroniques.

¹⁹⁵ Voy. loi du 10 juillet portant dispositions diverses en matière de communications électroniques, *M.B.*, 25 juillet 2012, *err.* 20 septembre 2012 et la loi du 10 juillet 2012 modifiant la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, *M.B.*, 25 juillet 2012, *err.* 13 août 2012. Notons aussi la Loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunications, *M.B.*, 21 juin 2011 qui transpose partiellement la directive 2009/136/CE.

¹⁹⁶ Voy. décret du 13 juillet 2012 portant modification de diverses dispositions du décret du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 17 août 2012 ; Décret de la Communauté française du 1^{er} février 2012 portant certaines adaptations du décret coordonné le 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels, *M.B.*, 9 mars 2012 ; décret de la Communauté germanophone du 13 février 2012 modifiant, en matière de télécommunications, les règles de droit contenues dans le décret du 27 juin 2005 sur les services de médias audiovisuels et les représentations cinématographiques, *M.B.*, 24 avril 2012 ; Arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone du 23 février 2012 modifiant l'arrêté du Gouvernement du 8 novembre 2007 relatif à la procédure de marché pour des fréquences de radiodiffusion sonore analogique terrestre, *M.B.*, 18 avril 2012 ; loi du 27 décembre 2012 modifiant la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de communications électroniques et services de communications électroniques et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 31 décembre 2012.

¹⁹⁷ Proposition de loi du 1er juin 2011 modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, en ce qui concerne la neutralité du réseau, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1536/1, amendée par la proposition de loi du 7 juillet 2011 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1467/2 et proposition de révision de la Constitution complétant l'article 23, afin de consacrer le principe de la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1471/1.

En outre, seront également abordés la réglementation des entreprises puissantes sur le marché, la réglementation du commerce électronique, ainsi que les liens entre le droit de la concurrence et la neutralité de l'Internet. Enfin, un dernier point sera abordé concernant la protection des données à caractère personnel.

I. Le cadre réglementaire européen

Dans ce premier point, le cadre réglementaire européen sera analysé à travers quatre axes principaux : les objectifs de la réglementation, la transparence, le changement de fournisseur d'accès à Internet et la qualité de service. Chacun de ces axes sera appuyé par l'analyse qui en a été faite par le BEREC dans ses divers documents publiés sur le sujet.

1. Les objectifs de la réglementation

Toute réglementation dans le secteur des communications électroniques doit s'appuyer sur des objectifs et des principes qui figurent dans le cadre réglementaire. S'agissant du cadre européen, ces objectifs et principes figurent à l'article 8 de la directive "cadre". Lors de la modification du cadre en 2009, de nouveaux objectifs ont été insérés aux articles 8, §2, b) et 8, §4, g) de la directive "cadre" :

"Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu"¹⁹⁸ ;

"Les autorités réglementaires nationales soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne, notamment en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix"¹⁹⁹.

Ces deux objectifs couvrent différents aspects de la neutralité de l'Internet.

Dans un premier temps, l'article 8, §2, b) a égard aux aspects relatifs au droit de la concurrence. En effet, la neutralité de l'Internet est abordée sous l'angle de la concurrence de manière générale, mais également de manière spécifique en mentionnant explicitement la transmission de contenu (voy. *infra*, section B)

Dans un deuxième temps, l'article 8, §4, g) a trait, quant à lui, à la protection des utilisateurs finaux. Cet objectif entend permettre à l'ARN de pouvoir justifier l'adoption d'une réglementation sectorielle lorsque cette dernière vise à protéger le droit des

¹⁹⁸ Art. 8, § 2, b) de la directive « cadre ».

¹⁹⁹ Art. 8, § 4, g) de la directive « cadre ».

utilisateurs finaux à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix.

S'agissant de principes et d'objectifs, l'article 8, § 2, b) et l'article 8, § 4, g) ne constituent à proprement parler pas une base juridique suffisante pour une action spécifique d'une ARN. En effet, l'article 8 de la directive "cadre" répertorie un ensemble d'objectifs par rapport auxquels les ARN doivent justifier leurs décisions²⁰⁰ lorsqu'elles entendent réglementer le marché des communications électroniques. Mais, en tant que base juridique, ces décisions ont alors besoin d'un article spécifique du cadre réglementaire. Ce faisant, en modifiant le cadre réglementaire, il est désormais possible aux ARN de pouvoir prendre des mesures spécifiques en vue de protéger le caractère neutre des réseaux.

2. La transparence

La concurrence (parfaite) ne peut être atteinte que lorsque certaines conditions sont réunies. Parmi ces conditions, on y retrouve la transparence du marché. Plus cette transparence est grande, plus les acteurs du marché sont en possession des informations nécessaires pour leur permettre d'effectuer un choix parmi les services qui leur sont proposés. *A contrario*, une asymétrie d'information tend à démontrer que le marché devient inefficace lorsque le fournisseur de service connaît mieux la qualité de ses services²⁰¹ que l'utilisateur final.

S'agissant de la neutralité de l'Internet, l'idée reste la même : les utilisateurs finaux doivent avoir accès aux informations sur les offres disponibles sur le marché, afin qu'ils puissent identifier les offres de services d'accès à Internet illimité (l'accès à toutes les applications disponibles sur l'Internet), ainsi que les limitations qui s'appliquent aux offres restreintes. *"Il appartient aux utilisateurs finals de décider des contenus qu'ils veulent envoyer et recevoir, des services, applications, matériels et logiciels qu'ils veulent utiliser à cette fin, et ce sans préjudice de la nécessité de préserver l'intégrité et la sécurité des réseaux et des services. Un marché concurrentiel offrira aux utilisateurs un large choix de contenus, d'applications et de services. Les autorités réglementaires nationales devraient promouvoir la capacité des utilisateurs d'accéder à l'information et de la diffuser, ainsi que d'utiliser les applications et les services de leur choix, comme prévu par l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre")"*²⁰².

²⁰⁰ Voy. par exemple art. 7, § 1 directive « cadre », art. 8, § 4 directive « accès » et art. 17, § 2 directive « service universel ». Voy. aussi l'art. 4 de la directive « cadre » qui prévoit la possibilité de recours contre les décisions des ARN.

²⁰¹ Voy. G. Akerlof, « The Market for "Lemons" : Quality Uncertainty and the Market Mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n° 3, 1970, p. 488-500.

²⁰² Considérant n°28 de la directive « droits des citoyens ».

La transparence²⁰³ constitue la première approche choisie dans les directives européennes modifiées en vue d'inclure des dispositions relatives à la neutralité de l'Internet.

Les dispositions de base relatives à la neutralité de l'Internet sont les nouvelles exigences en matière de transparence énoncées par les articles 20, § 1, b), 21, § 3, c) et 21, § 3, d) de la directive "service universel", qui fournissent des mesures de transparence potentiellement plus fortes et plus explicite en ce qui concerne les informations fournies aux utilisateurs finaux pour leur permettre de faire des choix éclairés. L'article 22, § 2 peut également être mentionné car il prévoit une obligation de transparence en ce qui concerne la qualité du service. Enfin, notons que les bénéficiaires de cette transparence sont les utilisateurs et les utilisateurs finaux²⁰⁴.

A. Les dispositions du cadre réglementaire européen

L'article 20, § 1, b) de la directive "service universel" porte principalement sur les contrats conclus entre les utilisateurs finaux et les fournisseurs d'accès à Internet et prévoit des obligations pour ces fournisseurs d'accès à Internet de préciser dans les contrats :

- *l'information sur toutes autres conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées en vertu du droit national conformément au droit communautaire,*
- *les niveaux minimaux de qualité des services offerts, à savoir le délai nécessaire au raccordement initial ainsi que, le cas échéant, les autres indicateurs relatifs à la qualité du service, tels qu'ils sont définis par les autorités réglementaires nationales,*
- *l'information sur toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau, et l'information sur la manière dont ces procédures pourraient se répercuter sur la qualité du service,*
- *toute restriction imposée par le fournisseur à l'utilisation des équipements terminaux fournis.*²⁰⁵

L'article 21, § 3, c) prévoit la possibilité aux ARN de pouvoir obliger les fournisseurs d'accès à Internet d' *"informer les abonnés de toute modification des conditions d'accès à des services ou des applications, et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées par le droit national conformément au droit communautaire"*²⁰⁶.

²⁰³ Il est à noter que cette transparence dont il est question s'effectue sur marché de détail des services de communications électroniques.

²⁰⁴ BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 8.

²⁰⁵ 2^{ème}, 3^{ème}, 4^{ème} et 6^{ème} tirets de l'article 20, § 1, b), de la directive « service universel ».

²⁰⁶ Art. 21, § 3, c) de la directive « service universel ».

L'article 21, § 3, d) permet aux ARN d'exiger aux fournisseurs d'accès à Internet de : *"fournir des informations sur toute procédure mise en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la saturation ou la sursaturation d'une ligne du réseau, et sur les répercussions éventuelles de ces procédures sur la qualité du service"*²⁰⁷.

L'article 22, § 2 quant à lui prévoit que *"Les autorités réglementaires nationales peuvent préciser, entre autres, les indicateurs relatifs à la qualité du service à mesurer, ainsi que le contenu, la forme et la méthode de publication des informations, y compris les éventuels mécanismes de certification de la qualité, afin de garantir que les utilisateurs finals, y compris les utilisateurs finals handicapés, auront accès à des informations complètes, comparables, fiables et faciles à exploiter"*²⁰⁸.

Notons enfin que l'alinéa 2 de l'article 21, § 3 prévoit que *"avant d'imposer toute obligation, les autorités réglementaires nationales peuvent, si elles le jugent approprié, promouvoir des mesures d'autorégulation ou de corégulation"*²⁰⁹.

B. Analyse des dispositions du cadre réglementaire européen

Parmi les dispositions détaillées dans la section précédente, les articles 20 et 21 de la directive "service universel" implémentent dans le cadre réglementaire européen une transparence accrue sur le marché de détail des offres de services de communications électroniques. Cette transparence s'effectue à trois niveaux : avant la conclusion du contrat (comparaison des offres et services sur le marché), pendant la conclusion du contrat (conditions et termes du contrat) et après la conclusion du contrat (notification des modifications contractuelles).

Il convient toutefois de préciser les modalités d'exécution de ces dispositions. Le considérant 28 de la directive "droits des citoyens" précise que *"compte tenu de l'importance croissante des communications électroniques pour les consommateurs et les entreprises, les utilisateurs devraient, en tout état de cause, être pleinement informés de toute limitation imposée par le fournisseur de service et/ou de réseau quant à l'utilisation de services de communications électroniques"*²¹⁰. Ce sont les termes « pleinement informés » qui précisent le but réel de la transparence : pour que l'utilisateur final puisse faire un choix éclairé, il faut qu'il soit pleinement informé sur toutes les limitations appliquées sur le service de communications électroniques.

Selon le BEREC, pour que l'utilisateur final soit pleinement informé, les informations fournies par le fournisseur d'accès à Internet doivent avoir certaines caractéristiques. Les informations doivent :

²⁰⁷ Art. 21, § 3, d) de la directive « service universel ».

²⁰⁸ Art. 22, § 2 de la directive « service universel ».

²⁰⁹ Ce point sera plus amplement détaillé dans le quatrième chapitre du rapport consacré aux recommandations.

²¹⁰ Considérant n°28 de la directive « droits des citoyens ».

- être accessibles²¹¹,
- compréhensibles²¹²,
- comparables à d'autres offres sur le marché²¹³,
- précises²¹⁴ et
- avoir du sens²¹⁵.

Le BEREC précise toutefois que ces caractéristiques de l'information ne doivent pas nécessairement être toutes rencontrées pour que l'information soit valide au regard de la réglementation européenne²¹⁶, mais qu'au plus ces caractéristiques sont prises en compte, au plus l'information sera adéquate pour que l'utilisateur final puisse la comprendre. Par exemple, une information qui détaille techniquement les limitations sur le service de communications électroniques est précise mais risque de ne pas être compréhensible pour la majorité des utilisateurs finaux. Par conséquent, ces caractéristiques doivent, dans la mesure du possible, s'articuler de manière efficace pour proposer une information qui permette un choix éclairé. Nous soulignons à cet effet que la terminologie utilisée devra être également uniformisée pour que l'information puisse, à tout le moins, rencontrer la majeure partie des caractéristiques avancée par le BEREC.

Enfin, le recours à des tiers pour délivrer l'information à l'utilisateur final n'est pas exclu²¹⁷ : des experts techniques, des sites spécialisés, voire les ARN peuvent fournir

²¹¹ « Accessibilité : les informations sur le service d'accès à Internet, et en particulier sur le trafic gestion et d'autres restrictions, doivent être accessibles pour les utilisateurs finaux. Entre autres, une information accessible signifie que l'information peut facilement être retrouvée et identifiée pour ce qu'elle est. Si l'information est inaccessible, les utilisateurs finaux ne peuvent tout simplement pas obtenir les informations nécessaires. ». BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 14. Nous traduisons.

²¹² « Clarté - Une autre condition importante pour qu'une information soit transparente est que l'information doit être compréhensible pour les utilisateurs finaux. L'information qui est trop technique à comprendre pour les utilisateurs finaux ne conduira pas à des choix bien informés. Pour être compréhensible, l'information doit également être présentée sous une forme conviviale ». BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 14. Nous traduisons.

²¹³ « Comparabilité - L'information est suffisamment comparable pour les utilisateurs finaux lorsque la même information pertinente est transparente et présentée de façon assez similaire par les différents fournisseurs ou pour différentes offres groupées, pour pouvoir être comparée de manière à ce qu'elle puisse montrer les différences et les similitudes. ». BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 14. Nous traduisons.

²¹⁴ « Précision - L'information doit être exacte et à jour. Les utilisateurs finaux doivent être en mesure de vérifier les informations relatives à leur situation actuelle, ce qui implique des mises à jour régulières. Lorsque les utilisateurs finaux ou des ARN peuvent vérifier que les informations sont exactes et à jour, l'information est susceptible d'être précise ». BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 14. Nous traduisons.

²¹⁵ « Avoir du sens - Une véritable transparence exige qu'une information soit utile aux utilisateurs finaux. Fournir de l'information ne permettra pas aux utilisateurs finaux de faire des choix éclairés si l'information est ambiguë, n'est pas pertinente ou n'est pas présentée d'une façon qui est utile ». BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 14. Nous traduisons.

²¹⁶ *Ibidem.*, p. 14.

²¹⁷ *Ibidem.*, p. 17 et ss.

des informations concernant les limitations sur les services de communications électroniques. Cette approche doit être entendue comme étant complémentaire par rapport aux obligations prévues dans la directive "service universel" : les fournisseurs d'accès à Internet doivent s'assurer du respect de leurs obligations en matière de transparence et ce, même s'il existe des tiers qui fournissent déjà les informations visées par le cadre réglementaire européen.

3. Le changement d'opérateur et de fournisseur d'accès à Internet

La transparence permet à un utilisateur final de pouvoir choisir son fournisseur d'accès à Internet d'une manière éclairée. Cependant, la transparence n'est pas suffisante²¹⁸ en elle-même pour offrir les garanties d'un marché concurrentiel : l'utilisateur final ne pourra exprimer pleinement son choix qu'à partir du moment où celui-ci pourra changer facilement de fournisseur. Si l'utilisateur final se retrouve contraint de continuer son contrat avec son fournisseur, il ne pourra choisir un autre fournisseur proposant une offre qui lui conviendrait mieux.

Ces contraintes peuvent être nombreuses (coût du matériel nécessaire pour obtenir une connexion à Internet, investissement en temps de la part de l'utilisateur final pour changer son contrat, laps de temps sans connexion à Internet, etc.) mais ce qui est visé explicitement par le cadre réglementaire européen, c'est la contrainte exercée par le contrat sur l'abonné. En effet, ce dernier est souvent obligé de respecter une période minimale durant laquelle il devra indemniser le fournisseur s'il devait renoncer à son contrat²¹⁹.

Le cadre réglementaire européen a été modifié afin de tenir compte de cette réalité dans le cadre de la neutralité de l'Internet. En effet, l'article 20, § 2 dispose que : "*Les États membres veillent à ce que les abonnés aient le droit de dénoncer leur contrat sans pénalité dès lors qu'ils sont avertis de modifications apportées aux conditions contractuelles proposées par l'entreprise fournissant des réseaux et/ou des services de communications électroniques*"²²⁰.

Concrètement, l'article 20, § 2 dispose que si des modifications contractuelles sont apportées au contrat entre l'abonné et le fournisseur, celui-ci aura le droit de dénoncer son contrat, c'est-à-dire de résilier son contrat sans frais supplémentaires. Par modifications contractuelles, il faut comprendre également que sont visées implicitement toutes les limitations relatives au service fourni : par exemple, si un fournisseur venait à modifier ses conditions contractuelles concernant la qualité de son service, l'utilisateur serait dès lors en droit de résilier son contrat et de choisir un nouveau fournisseur.

²¹⁸ BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 9.

²¹⁹ Pour plus d'information à ce sujet, voy. : BEREC BoR (10) 34 – Report on best practices to facilitate consumer switching (Octobre 2010).

²²⁰ Art. 20, § 2 de la directive « service universel ».

L'abonné a le droit de dénoncer son contrat, mais le fournisseur a également le devoir de l'avertir de son droit : *"les abonnés sont avertis en temps utile, au plus tard un mois avant ces modifications, et sont informés, au même moment, de leur droit de dénoncer leur contrat, sans pénalité, s'ils n'acceptent pas les nouvelles conditions"*. De plus, les conditions et procédures de résiliation du contrat ne peuvent avoir un effet dissuasif sur l'usage de ce droit²²¹.

Enfin, précisons que l'article 30 du service universel prévoit que, à tout le moins, la durée d'engagement initiale d'un contrat ne peut excéder 24 mois²²². Concrètement, même s'il n'existe aucune modification du contrat de la part du fournisseur, le consommateur aura le droit de résilier son contrat d'abonnement sans pénalité une fois que la période des 24 mois de son engagement initial sera terminée. A tout le moins, les opérateurs doivent également proposer des contrats de 12 mois.

4. La qualité de service

Suite aux modifications entreprises en 2009 sur le cadre réglementaire européen, le législateur européen a élargi les objectifs énoncés dans la directive-cadre, accru la transparence et facilité le changement de fournisseur dans la directive "service universel".

Dans cette même directive, il a également émis le souhait que les utilisateurs finaux puissent être en mesure d'utiliser les réseaux et services comme ils le souhaitent : *"Il appartient aux utilisateurs finals de décider des contenus qu'ils veulent envoyer et recevoir, des services, applications, matériels et logiciels qu'ils veulent utiliser à cette fin, et ce sans préjudice de la nécessité de préserver l'intégrité et la sécurité des réseaux et des services"*²²³. En effet, dans un marché concurrentiel, un consommateur aurait le droit de pouvoir avoir la qualité de service qu'il désire²²⁴.

Cependant, dans certains cas, il sera parfois nécessaire que les ARN interviennent sur le marché des communications électroniques. L'article 22, §3 de la directive service universel prévoit qu' *"afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure de fixer les exigences minimales en matière de qualité de service imposées à une entreprise ou à des entreprises fournissant des réseaux de communications publics"*²²⁵. En effet, lorsque l'ARN estime que la qualité de service sur les réseaux est menacée, celle-ci peut imposer des minimums de qualité.

Implicitement, cet article 22, § 3 doit être compris comme étant un instrument de dernier recours : ce dernier ne trouvera à s'appliquer lorsque les autres mesures

²²¹ Art. 30, § 6 de la directive « service universel ».

²²² Art. 30, § 5 de la directive « service universel ».

²²³ Considérant n°28 de la directive « droits des citoyens ».

²²⁴ Considérant n°34 de la directive « droits des citoyens ».

²²⁵ Art. 22, § 3 de la directive « service universel ».

(transparence et changement d'opérateur) n'auront pas suffi à empêcher la dégradation du service sur les réseaux²²⁶. *In concreto*, si l'ARN vient à constater que l'implémentation et l'application des dispositions prévues en matière de transparence et de changement de fournisseur ne suffisent pas à assurer à l'utilisateur une qualité de service suffisante, il pourra dès lors prendre une décision fixant des minimums de qualité pour un ensemble de services. Cette idée d'instrument du dernier recours est renforcée par l'obligation des ARN de ne prendre des mesures contraignantes que si ces dernières sont nécessaires. En effet, l'obligation de proportionnalité²²⁷ dans les remèdes choisis par l'ARN pour remédier à une carence du marché l'oblige à tenir compte de toutes les répercussions que ces remèdes pourraient avoir sur le marché. S'il existe un déséquilibre entre le coût engendré par les remèdes et l'objectif poursuivi, ils pourraient représenter une charge injustifiée pour l'ensemble du secteur des communications électroniques.

Le test de proportionnalité s'effectue à travers 3 critères : l'efficacité, la nécessité et la stricte proportionnalité²²⁸.

L'efficacité suppose que les exigences minimales de qualité de service peuvent raisonnablement être mises en œuvre par des entreprises et sont susceptibles de prévenir, d'éliminer ou de réduire la dégradation des services non-priorisés.

La nécessité suggère que les objectifs réglementaires sont mis en péril parce que la dégradation du service s'est concrétisée (ou que le risque est grand), et que d'autres mesures réglementaires ont été envisagées et jugées insuffisantes, ou ne peuvent pas être utilisées assez rapidement pour remédier à la situation.

L'obligation imposée doit être également proportionnelle à l'objectif poursuivi. La stricte proportionnalité implique de délimiter les décisions avec une portée adéquate. Par exemple, si des fournisseurs d'accès à Internet offrent des services non-priorisés dégradés, alors les mesures peuvent ne porter que sur ces fournisseurs d'accès à Internet en particulier.

L'ARN devra dès lors correctement justifier sa prise de décision et ce, notamment, au regard de l'effectivité des mesures de transparence et de changement de fournisseur. Soulignons également que la Commission européenne et le BEREC ont un droit de regard sur les décisions prises en application de l'article 22, § 3²²⁹.

²²⁶ En ce sens, voy. : BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012), pp. 6 et 7.

²²⁷ BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012), pp. 13 et 14.

²²⁸ BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012), p. 58.

²²⁹ Art. 22, § 3, deuxième alinéa. Notons que les ARN devront s'acquitter de cette obligation en respectant la procédure de notification prévue dans la recommandation 2012/798/EU 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.

La portée de cet article est large : elle permet aussi bien l'imposition d'une qualité de service à des services en particulier (par exemple : VoIP, peer-to-peer, etc.) qu'à l'ensemble des services qui transitent par les réseaux²³⁰. Cette portée est d'autant plus large qu'elle permet aux ARN d'intervenir aussi bien *a posteriori* qu'*a priori*²³¹. Concrètement, l'ARN pourra prendre une décision basée sur l'article 22, § 3 sans qu'elle doive nécessairement constater au préalable une dégradation de la qualité sur les réseaux. En d'autres termes, elle pourra agir de manière proactive afin d'éviter la saturation des réseaux.

Notons enfin que les lignes de conduites que le BEREC a publiées en 2012²³², établissent un ensemble de critères permettant aux ARN d'identifier les situations qui risquent de provoquer une dégradation du service sur les réseaux. Ces mêmes lignes de conduites prévoient également des critères qui permettent d'aider le régulateur à prendre une décision sur base de l'article 22, § 3²³³.

II. Le cadre réglementaire belge

1. Le cadre réglementaire fédéral actuel

La neutralité de l'Internet est un sujet traité récemment par la législation fédérale belge. Suite aux modifications du cadre réglementaire européen en 2009, la Belgique a transposé au niveau fédéral les dispositions relatives à la neutralité de l'Internet en juillet 2012²³⁴ dans la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques²³⁵. La loi du 10 juillet 2012 transpose donc dans le droit belge des dispositions prévues par le cadre réglementaire, mais prévoit également des règles qui vont plus loin que ce que le cadre réglementaire européen prévoyait initialement, en particulier en matière de protection des utilisateurs finaux²³⁶.

En ce qui concerne les dispositions qui transposent ce que le cadre réglementaire européen prévoit, la Belgique a transposé les articles concernant la neutralité de

²³⁰ BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012), pp. 5 et 6 ; 37 et ss.

²³¹ BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012), p. 22.

²³² BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012).

²³³ BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012), p. 62.

²³⁴ Loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *M.B.*, 25 juillet 2012, *err.* 20 septembre 2012. Voy. aussi loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunications, *M.B.*, 21 juin 2011.

²³⁵ *M.B.*, 20 juin 2005, ci-après : « LCE ».

²³⁶ Pour rappel, la Cour de Justice de l'Union européenne a déjà rendu des arrêts (C.J.U.E., 11 mars 2010, *Telekomunikacja Polska*, C-522/08, point 29 ; 5 mai 2011, *Deutsche Telekom c. Allemagne*, C-543/09, point 41) interprétant les directives « cadre » et « service universel » comme ne procédant pas une harmonisation complète des aspects relatifs à la protection des consommateurs. Il est dès lors possible qu'un Etat-Membre puisse légiférer au-delà de ce qui est déjà prévu dans ladite directive.

l'Internet, à savoir les objectifs du cadre réglementaire, la transparence, le changement d'opérateur et la qualité de service.

A. Les objectifs du cadre réglementaire fédéral belge

S'agissant des objectifs du cadre réglementaires, les principes ont été incorporés dans les articles 6, 2° (promotion de la concurrence – voy. *infra*, section B) et 8, 7° (veiller aux intérêts des utilisateurs) de la LCE :

« Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut veille aux intérêts des utilisateurs... en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix »²³⁷.

Cette disposition est une transposition fidèle de la directive « cadre »²³⁸.

B. Transparence

Concernant la transposition des articles relatifs à la transparence, ces derniers ont été correctement implémentés en droit belge dans la LCE aux articles 108, § 1, b) 2°, 3°, 4° et 6° tirets, 111/1, 2° et 113, § 5 :

« Tout contrat conclu entre un abonné et un opérateur, [...] contient au moins les informations suivantes sous une forme claire, détaillée et aisément accessible :

- *l'information sur toutes autres conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées en vertu des dispositions légales et réglementaires et l'information relative à la vitesse et au volume de téléchargement d'une connexion à haut débit qui est mesurée conformément à la méthode déterminée par l'Institut;*
- *les niveaux minimums de qualité des services offerts, à savoir le délai nécessaire au raccordement initial ainsi que, le cas échéant, les autres indicateurs relatifs à la qualité du service, tels qu'ils sont définis par l'Institut;*
- *l'information sur toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau, et l'information sur la manière dont ces procédures pourraient se répercuter sur la qualité du service;*
- *toute restriction imposée par le fournisseur à l'utilisation des équipements terminaux fournis »²³⁹.*

²³⁷ Art. 8, 7° LCE.

²³⁸ Sauf en ce qui concerne l'utilisation du concept d' « utilisateur » à la place de celui de « citoyens de l'Union européenne ». Dans les faits, cette différence n'a cependant selon nous pas de conséquence vu que le point 7 de l'article 8 LCE utilise le concept précis d' « utilisateur final ».

²³⁹ Art. 108, § 1, b), 2°, 3°, 4° et 6° tirets LCE. Voy. également art. 6 §1 loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution, *M.B.*, 05/07/2007.

« L'Institut peut obliger les entreprises qui fournissent des réseaux publics de communications électroniques et/ou des services de communications électroniques accessibles au public à informer les abonnés de toute modification des conditions légalement autorisées limitant l'accès à des services ou des applications, et/ou leur utilisation »²⁴⁰.

« Les entreprises fournissant des réseaux publics de communications électroniques ainsi que les entreprises fournissant des services de communications électroniques accessibles au public fournissent à l'Institut des informations sur toute procédure mise en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la saturation ou la surcharge d'une ligne du réseau. Ces mêmes entreprises publient sur leur site Internet, à l'intention des utilisateurs finals, des informations sur les répercussions éventuelles de ces procédures sur la qualité du service. Les informations sont également communiquées à l'Institut avant leur publication. L'Institut dispose d'un délai d'un mois pour formuler ses observations éventuelles. Les entreprises ne peuvent publier les informations qu'après avoir tenu compte de ces observations »²⁴¹.

Ce qui ressort après une première analyse est qu'il s'agit à nouveau d'une transposition fidèle de la directive « service universel ». Cependant, la transposition va plus loin sur un point. En effet, le 2^{ème} tiret de l'article 108, § 1, b) ajoute une nouvelle information par rapport à la directive qui doit figurer sur le contrat : « *l'information relative à la vitesse et au volume de téléchargement d'une connexion à haut débit qui est mesurée conformément à la méthode déterminée par l'Institut* ». Cette information a fait l'objet d'une décision de l'IBPT en date du 4 décembre 2012²⁴² qui prévoit un ensemble d'informations relatives au téléchargement qui doivent être disponibles sous une forme claire, détaillée et facilement accessible. Concernant la méthode indiquée pour mesurer la vitesse de la large bande, le programme de travail de l'ORECE prévoit pour 2013 la réalisation d'une analyse étendue visant à identifier les avantages et inconvénients des différentes méthodes de mesure. Cette étude pourrait aboutir à une plate-forme de mesure commune pour les différents régulateurs nationaux. L'IBPT souhaite attendre cette initiative avant d'entreprendre d'autres étapes pour la « mesure » de la vitesse de la connexion large bande.

C. Changement de fournisseur

S'agissant des dispositions relatives au changement de fournisseur d'accès à Internet, les dispositions ont été implémentées dans l'article 108, §§ 2 et 3 :

²⁴⁰ Art. 111/1, 2° LCE.

²⁴¹ Art. 113, § 5 LCE.

²⁴² Décision du conseil de l'IBPT du 4 décembre 2012 concernant la communication de la vitesse d'une connexion fixe à haut débit, disponible sur : <http://www.ibpt.be/fr/654/ShowDoc/3895/D%C3%A9cision%20du%20Conseil%20de%20l'IBPT%20du%204%20d%C3%A9cembre%202012.c.aspx>

« Dès lors qu'ils sont avertis d'un projet de modification d'une clause de contrat conclu, les abonnés ont le droit de résilier leur contrat, sans pénalité »²⁴³.

« Lorsque le contrat visé au paragraphe 1er est conclu avec un consommateur, la durée d'engagement initiale du contrat ne peut excéder vingt-quatre mois. Les opérateurs offrent à leurs clients dans tous les cas la possibilité de conclure un contrat avec une durée initiale maximale de douze mois »²⁴⁴.

Ces dispositions imposent aux opérateurs l'obligation de ne pas imposer aux consommateurs des contrats à durée déterminée allant au-delà d'une période d'engagement initiale de 24 mois. Les opérateurs devront également proposer, à tous le moins, des contrats avec une période d'engagement de 12 mois. Toutefois, ces périodes d'engagement initial ne font pas obstacle à la résiliation du contrat par l'abonné si les conditions contractuelles venaient à être modifiées par la suite.

Cependant, à l'occasion de la transposition des nouvelles dispositions du cadre réglementaire européen, un article 111/3 a été ajouté, prévoyant des règles plus protectrices pour l'abonné :

« §1 : La résiliation par l'abonné du contrat visé à l'article 108, § 1er, peut se faire par tout moyen écrit et sans devoir en indiquer les motifs. Le contrat est résilié au moment choisi par l'abonné, même immédiatement. L'opérateur met fin au service concerné le plus rapidement possible compte tenu de la technique et en communique à l'abonné une confirmation écrite.

§ 2. Sont nulles de plein droit, sans préjudice de l'application du chapitre III, Section 6 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et de conditions liées à la résiliation dans les contrats conclus entre un opérateur et un abonné, qui visent à rendre impossible ou à décourager le changement d'opérateur ou l'utilisation de la facilité visée à l'article 11, § 7.

Le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut continuer à exister sans les clauses ou conditions nulles.

§ 3. Sans préjudice de la disposition de l'alinéa 2, l'opérateur ne peut pas réclamer d'indemnité à un consommateur ou un abonné qui ne possède pas plus de cinq numéros d'appel, à l'exception des numéros pour des services M2M, pour la résiliation d'un contrat à durée indéterminée ou pour la résiliation anticipée d'un contrat à durée déterminée à la fin du sixième mois qui suit l'entrée en vigueur du contrat.

(...)

²⁴³ Art. 108, §2 LCE. Voy. également art. 6 §2 loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution, M.B., 05/07/2007.

²⁴⁴ Art. 108, §3 LCE. Voy. également art. 6 §3 loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution, M.B., 05/07/2007.

En cas de rupture anticipée du contrat, une indemnité supplémentaire peut être demandée au consommateur ou à un abonné qui ne possède pas plus de cinq numéros d'appel ayant reçu, gratuitement ou à un prix inférieur, un produit dont l'obtention était liée à la souscription à un abonnement à durée déterminée, qui ne peut toutefois être supérieure à la valeur résiduelle du produit au moment de la rupture du contrat, conformément à l'article 108, § 1^{er}, e), dernier tiret »²⁴⁵.

Concrètement, le § 3 de cet article 111/3 permet à un abonné de pouvoir résilier son contrat sans pénalités une fois que ce dernier a respecté une période de 6 mois d'engagement initial. Cette résiliation peut se faire par toute voie écrite²⁴⁶ : auparavant, il fallait envoyer une lettre recommandée pour résilier un contrat d'abonnement à Internet. Dorénavant, la résiliation peut se faire par tout moyen écrit et ce, sans aucune justification à donner de la part de l'abonné²⁴⁷.

Ces dispositions sont cependant limitées aux abonnés qui ne possèdent pas plus de cinq numéros d'appel, ce qui laisse entendre que le bénéfice de ces dispositions s'applique aussi bien aux utilisateurs finaux qu'aux utilisateurs qui possèdent moins de cinq numéros, notamment les petites et moyennes entreprises²⁴⁸.

Notons également que le dernier alinéa du § 3 de l'article 111/3 prévoit l'obligation à charge des fournisseurs d'accès à Internet de fournir à l'abonné qui résilie son contrat un tableau d'amortissement du produit que l'abonné a reçu, gratuitement ou pour un coût inférieur, et dont l'obtention était liée à la souscription d'un abonnement. De ce fait, un abonné qui reçoit un téléphone mobile gratuitement, en complément de son abonnement à Internet, peut résilier son contrat de la même manière que ceux qui n'ont pas reçu le produit en question. Cependant, il devra s'acquitter du prix du bien reçu en complément de son abonnement à Internet et ce, en respectant le tableau d'amortissement que le fournisseur d'accès à Internet lui aura fourni à cette fin.

²⁴⁵ Art. 111/3, §§ 1, 2 et 3 LCE. Voy. également art. 6/1 loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution, *M.B.*, 05/07/2007.

²⁴⁶ Par « tout moyen écrit », il faut comprendre le support papier, mais également les courriels, voire les SMS, voy. : *Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques*, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-2143/1, p. 66.

²⁴⁷ Notons qu'en octobre 2012, l'IBPT a vérifié le respect de ces nouvelles dispositions. Les résultats de l'enquête peuvent être consultés via la communication du 23 novembre 2012 sur le site de l'IBPT à l'adresse suivante : http://www.ibpt.be/fr/656/ShowDoc/3883/Communications/Communication_du_Conseil_de_l%E2%80%99IBPT_du_23_novembre_.aspx. Notons également qu'à cet effet, l'IBPT a la possibilité de prendre des sanctions à l'encontre des fournisseurs qui enfreindraient la législation, la réglementation ou les décisions dont l'Institut contrôle le respect, conformément à l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belge, *M.B.*, 24/01/03. A cette occasion, notons que l'IBPT a déjà fait l'usage de sa compétence de sanction en ce qui concerne l'application de l'article 108 § 2 par les acteurs du marché des communications électroniques en imposant une amende à l'égard de Telenet (décision du Conseil de l'IBPT du 29 novembre 2011) et de Belgacom (décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2010).

²⁴⁸ Par exemple, voy. : *Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques*, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-2143/1, p. 59.

En ce qui concerne l'aménagement des modalités du changement d'opérateur, notons que le législateur a prévu, aux articles 121/1 et 121/2, la rédaction d'un code de conduite pour faciliter le changement d'opérateur sur deux points : les espaces personnels et les adresses électroniques basés sur le nom commercial et/ou les marques sous lesquels le service d'accès à Internet est commercialisé. Ce code a été approuvé par l'IBPT dans une décision du 1^{er} mars 2010²⁴⁹.

En dernier point, la reconduction automatique des contrats est également visée dans le cadre de la modification de la LCE en 2012. Un paragraphe 1/1 a été inséré à l'article 108 :

« § 1er/1. Sans préjudice de l'article 111/3, le remplacement par le même opérateur d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée conclu avec un consommateur ou un abonné qui ne possède pas plus de cinq numéros, à l'exception des numéros pour des services M2M, par un nouveau contrat conclu pour une durée déterminée est uniquement possible à condition que l'opérateur:

1° ait préalablement averti le consommateur ou l'abonné concerné par écrit que:

- en n'acceptant pas le remplacement, son contrat à durée déterminée en cours sera converti par application de l'article 82 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur à sa date d'échéance en un contrat à durée indéterminée, aux mêmes conditions et gratuitement résiliable à tout moment moyennant le respect du délai de préavis applicable de maximum deux mois, et

- en acceptant le remplacement, son contrat en cours sera remplacé par un nouveau contrat à durée déterminée, qui ne sera résiliable avant la date d'échéance que moyennant le paiement d'une indemnité de rupture, dont le montant sera également communiqué au consommateur ou à l'abonné concerné, et

2° ait reçu l'accord exprès et écrit du consommateur ou de l'abonné concerné »²⁵⁰.

Cet article utilise la notion de « remplacement ». Par remplacement, il faut entendre : « la pratique par laquelle les opérateurs contactent les abonnés pour ne pas (faire) prolonger (tacitement) leur contrat à durée déterminée mais pour le remplacer par un autre contrat à durée déterminée. Cette pratique de marketing va souvent de pair avec des avantages et des promotions (temporaires) »²⁵¹. Mais le commentaire d'articles de la loi du 10 juillet 2012 précise que : « Il est toutefois essentiel, qu'en vertu de l'article 82, § 2, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, un contrat à durée déterminée qui est prolongé

²⁴⁹ Décision du Conseil de l'IBPT du 1^{er} 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.

²⁵⁰ Art. 108, § 1/1 LCE. Voy. également art. 6 §1/1 loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution, *M.B.*, 05/07/2007.

²⁵¹ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-2143/1, p. 59.

(tacitement) devienne un contrat à durée indéterminée résiliable gratuitement moyennant le respect d'un délai de préavis de maximum deux mois »²⁵². Concrètement, le remplacement vise également la reconduction automatique d'un contrat à durée déterminée mais cette disposition ne peut toutefois porter préjudice à l'article 82 de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur²⁵³ qui prévoit la possibilité pour un consommateur de pouvoir résilier un contrat de service reconduit, au terme d'un délai de préavis fixé dans le contrat mais ne pouvant être supérieur à deux mois. De plus, le remplacement ne peut être valide qu'à partir du moment où l'opérateur a informé son client sur les conséquences de son choix (en acceptant ou en n'acceptant pas le remplacement) et après avoir reçu l'accord exprès et écrit du consommateur ou de l'abonné concerné : « *Cela signifie par exemple concrètement qu'une simple communication téléphonique avec un tel abonné, au cours de laquelle celui-ci marquerait son accord sur un changement, ne suffit pas pour remplacer le contrat existant par un nouveau contrat à durée déterminée : tant que cet abonné n'a pas donné son accord exprès et écrit, c'est-à-dire sur papier ou par voie électronique (message électronique cliquable comme par exemple un e-mail, le "cochage" d'une case prévue à cet effet sur un site Internet, un SMS vers un numéro paramétré par l'opérateur pour recevoir des résiliations)* », pour remplacer son contrat par un autre contrat, le contrat initial continue à exister et sera le cas échéant prolongé et converti en un contrat à durée indéterminée ».

D. La qualité du service

Pour ce qui concerne la qualité de service, l'article 22, § 3 de la directive « service universel » a été transposé dans l'article 113, § 4 :

*« Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, l'Institut peut imposer des exigences minimales en matière de qualité des services aux fournisseurs de réseaux publics de communications électroniques »*²⁵⁴.

S'agissant d'une transposition fidèle de la directive « service universel », nous renvoyons le lecteur à la partie consacrée à l'analyse de la qualité de service au niveau du cadre réglementaire européen pour une analyse détaillée de cette disposition.

2. De lege ferenda²⁵⁵

La date de transposition du nouveau cadre réglementaire européen de 2009 était prévue à l'origine pour le 25 mai 2011 au plus tard. Afin de respecter ce calendrier, le

²⁵² *Ibidem*, p.59.

²⁵³ Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 mai 2010.

²⁵⁴ Art. 113, §4, LCE. Voy. également art. 7/1 §3 loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution, *M.B.*, 05/07/2007.

²⁵⁵ Le présent rapport prend en considération les propositions de révision de la Constitution et de loi dans l'état ou elles étaient connues au 31 mai 2013.

législateur belge avait entrepris de transposer les dispositions relatives à la neutralité de l'Internet dans un projet de loi spécifique²⁵⁶, ainsi que dans une proposition de révision de la Constitution²⁵⁷, et plus précisément, de son article 23 en vue de compléter ce dernier²⁵⁸.

Dans sa première version, la proposition de loi 1467 prévoyait une définition de la neutralité de l'Internet ainsi qu'un principe général obligeant le respect de la neutralité de l'Internet « *lors de toute action ou décision ayant un impact sur l'organisation, la mise à disposition ou l'usage d'un réseau public de communications électroniques* »²⁵⁹.

Dans sa deuxième version, la proposition de loi 1467 a fusionné avec la proposition de loi 1536/001, donnant ainsi la proposition de loi 1467/002. Cette proposition prévoit un principe d'interdiction générale à l'égard des fournisseurs de services de communications électroniques d'entraver ou de ralentir les services et applications sur l'Internet²⁶⁰. Ce principe d'interdiction générale a toutefois été complété par une liste de mesures autorisées à partir du moment où elles sont nécessaires :

« 1° pour limiter les conséquences d'une congestion, des catégories identiques de trafic subissant un traitement identique, indépendamment du protocole ou d'autres modalités de la transmission utilisée, et pour autant que cette discrimination soit nécessaire au bon confort d'utilisation de tous les utilisateurs finals;

2° à l'intégrité et à la sécurité du réseau et du service du fournisseur concerné ou du périphérique de l'utilisateur final;

3° pour limiter la transmission à un utilisateur final de communications non sollicitées visées à l'article 114, moyennant le consentement préalable dudit utilisateur final;

²⁵⁶ Proposition de loi (Déom et consorts) modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/1; Proposition de loi (Van den Bergh et consorts) modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1536/1 ; 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 des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/2 ; Amendement (Dedecker et consorts) à la proposition de loi modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/3 ; Avis du Conseil de l'IBPT du 05/10/2011 sur les amendements des 7 et 12 juillet 2011 à la proposition de loi modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/4.

²⁵⁷ Proposition de révision de la Constitution (Déom et consorts) révision de l'article 23, afin d'y inscrire le principe de la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1471/1.

²⁵⁸ Pour plus de détails concernant l'historique des propositions de loi, voy. le point consacré à la définition de la neutralité de l'Internet en Belgique dans le présent rapport.

²⁵⁹ Art. 3 de la proposition de loi (Déom et consorts) modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1467/1.

²⁶⁰ Art. 2 de 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 des réseaux Internet, *Doc. parl.*, Chambre 2010-11, n° 53-1467/2.

4° à la mise en œuvre d'une disposition légale ou d'un ordre judiciaire. L'obstruction ou le ralentissement n'a lieu que s'il est sans conséquence sur les autres services ou applications que les services ou applications visés;

5° aux personnes visées à l'article 115 ».

L'approche adoptée par le législateur semble tendre vers un principe de la neutralité de l'Internet restrictif : seuls sont autorisés les mesures prévues par la loi. Si des fournisseurs de services de communications électroniques venaient à entraver ou à ralentir un trafic qui ne figure pas dans cette liste exhaustive de mesures autorisées, ils contreviendraient *de facto* à ce principe d'interdiction générale.

Depuis l'adoption de la loi du 10 juillet 2012²⁶¹ qui transpose le nouveau cadre réglementaire européen, la plupart des articles de la proposition de loi 1467 sont devenus caduques car ces derniers prévoyaient également la transposition, en partie, de nouvelles dispositions européennes. Cette proposition de loi sera très probablement amendée par la suite en vue de tenir compte des nouveaux changements survenus depuis son introduction.

²⁶¹ Loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *M.B.*, 25 juillet 2012, *err.* 20 septembre 2012.

B. La neutralité du réseau et la réglementation des entreprises puissantes sur le marché

1. Objectifs et principes

Parmi les trois grands objectifs du cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques listés par l'article 8 de la directive « cadre », c'est surtout dans l'objectif de la protection des intérêts des citoyens européens et des utilisateurs finaux que s'inscrit la neutralité de l'Internet²⁶² (voy. *supra*, section A) . Cependant, la neutralité de l'Internet s'inscrit aussi dans l'objectif de la promotion de la concurrence. C'est ainsi que l'article 8, § 2, b) de la directive « cadre » stipule que « *les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence ... notamment ... en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu* ». C'est ce dernier morceau de phrase, ajouté en 2009, qui est considéré viser la neutralité de l'Internet²⁶³. En droit belge, l'article 8, § 2, b) de la directive « cadre » est repris par l'article 6, 2° LCE. Si ce dernier ne reprend pas la partie de phrase finale « *y compris pour la transmission de contenu* » cela n'est pas dû à une volonté du législateur belge d'exclure la question de la neutralité de l'Internet du champ des dispositions sectorielles destinées à promouvoir la concurrence, mais plutôt au cadre institutionnel belge. En effet, la réglementation des contenus de radiodiffusion²⁶⁴ (d'ailleurs tout comme celle des aspects techniques de la radiodiffusion) relève des Communautés (et donc de leurs régulateurs en la matière : Conseil Supérieur de l'Audiovisuel - CSA, Vlaamse Regulator voor de Media – VRM et Medienrat). Afin d'éviter ce chevauchement de compétences, le législateur belge a, par conséquent, omis la finale de l'article 8, § 2, b).

L'objectif de promotion de la concurrence dans les marchés des réseaux et services de communications électroniques est mis en œuvre au moyen de la procédure relative aux « entreprises puissantes sur le marché »²⁶⁵, c'est-à-dire aux entreprises qui se trouvent, sur un marché de produit et géographique pertinent, individuellement ou

²⁶² Voy. art. 8, § 4, g) de la directive « cadre » et déclaration « neutralité de l'Internet » de la Commission européenne.

²⁶³ Directive « mieux légiférer », cons. 23. Voy aussi R. Queck, A. de Streeck, L. Hou, J. Jost, E. Kosta, "The EU Regulatory Framework Applicable to Electronic Communications", in L. Garzaniti, M. O'Regan (eds.), *Garzaniti - Telecommunications, Broadcasting and the Internet – EU Competition Law & Regulation*, 3rd edition, London, Sweet & Maxwell, 2010, p. 40 et 44.

²⁶⁴ Notons que les contenus de commerce électronique relèvent de la réglementation fédérale. Voy. p.ex. la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 (LSSI).

²⁶⁵ Sur le régime applicable aux entreprises puissantes sur le marché, voy., en ce qui concerne le cadre réglementaire européen notamment J. Scherer „Electronic Communication Law and Policy of the European Union“, in J. Scherer (ed.), *Telecommunication Laws in Europe – Law and Regulation of Electronic Communications in Europe*, 6th edition, West Sussex, Bloomsbury, 2013, p. 41-52 et en ce qui concerne le cadre réglementaire belge, notamment A. Guterman, D. Fesler, E. Dehareng „The Belgian Market for Electronic Communications“, in J. Scherer (ed.), *Telecommunication Laws in Europe – Law and Regulation of Electronic Communications in Europe*, 6th edition, West Sussex, Bloomsbury, 2013, p. 243, 253 – 255, 259 – 260.

conjointement dans une position dominante au sens du droit de la concurrence²⁶⁶. C'est donc vers cette procédure qu'il faut se tourner afin de vérifier comment les dispositions relatives des directives « cadre », « accès » et « service universel » ainsi que les règles de la LCE en la matière peuvent s'appliquer à la question de la neutralité du net.

II. Une procédure à trois étapes

Afin de pouvoir aboutir à l'imposition d'obligations destinées à amener et sauvegarder une concurrence effective et ce, par exemple, pour sauvegarder la neutralité du net entre fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques en faveur des utilisateurs finaux qui ne voient pas leur accès à Internet ou leur communication VoIP bloqué, l'ARN, et donc l'IBPT, doit procéder en trois étapes : d'abord, il doit recenser et définir les marchés pertinents de produits (notamment sur base de la recommandation « marchés pertinents 2007) et géographiques²⁶⁷; ensuite, il doit analyser ces marchés afin de déterminer si règne sur eux une concurrence effective (c'est-à-dire si aucune entreprise puissante n'y est présente) ou non (c'est-à-dire si une entreprise puissante y est présente)²⁶⁸ ; et finalement, il impose une ou plusieurs obligations appropriées à l'entreprise désignée comme disposant d'une puissance significative sur le marché de gros (c'est-à-dire concernant la relation entre fournisseurs de réseaux et services de communications électroniques) ou de détail (c'est-à-dire concernant la relation entre fournisseurs et utilisateurs finaux) pertinent²⁶⁹.

III. La procédure concernant les entreprises puissantes sur le marché et la neutralité du net

A. Obligations

En ce qui concerne les obligations qui peuvent être imposées par une autorité réglementaire nationale, et donc par l'IBPT, à une entreprise puissante et qui

²⁶⁶ Directive « cadre », art. 14. Voy. aussi art. 55, § 3 LCE.

²⁶⁷ Art. 15 directive « cadre » et recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 344/68, 28 décembre 2007 (recommandation "marchés pertinents 2007"). Art. 54 LCE.

²⁶⁸ Art. 16 directive « cadre » et Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, C 165/6, 11.07.2002 (lignes directrices « analyse du marché »). Art. 55 – 56 LCE.

²⁶⁹ Directive « accès », art. 8 – 13 *ter* (obligations sur les marchés de gros) ; directive « service universel », art. 17 (obligations sur les marchés de détail) ainsi que European Regulators Group, Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework – Final Version May 2006, ERG (06) 33, 18 May 2006. Pour la LCE, il s'agit des articles 57 – 62, 65/1 et 65/2 (obligations imposées à l'entreprise puissante sur les marchés de gros) ainsi que 64 (obligations imposées à l'entreprise puissante sur les marchés de détail). Voy. aussi le site de l'IBPT : www.ibpt.be – télécoms – analyses de marchés.

pourraient s'avérer comme pertinentes en matière de neutralité du net, il y a l'obligation de « non-discrimination »²⁷⁰ et l'obligation de « donner accès »²⁷¹. Ces obligations permettraient d'éviter des activités de discrimination (par exemple ne pas accorder à des concurrents la même qualité de service qu'on s'offre à soi-même) et de blocage par des fournisseurs de services Internet qui seraient puissants sur le marché²⁷².

B. Marchés pertinents

Si les cadres réglementaires européens et belges prévoient des remèdes appropriés en cas de discrimination ou de blocage par un FAI puissant, le problème réside ailleurs. Avant de déterminer une entreprise comme puissante et avant de lui imposer des obligations en matière de concurrence, il faut d'abord que soit déterminé un marché pertinent sur lequel cette puissance sera identifiée ; or le document de base en la matière, l'actuelle recommandation « marchés pertinents 2007 », ne prévoit pas un marché spécifique applicable à la neutralité du net²⁷³ qui, au niveau des marchés de gros, pourrait être considéré comme une sorte de « marché d'accès pour fournisseurs d'accès à Internet ». Les ARN peuvent, de leur côté, définir d'autres marchés de produits que ceux prévus par la Commission européenne dans la recommandation « marchés pertinents 2007 » (qui est d'ailleurs actuellement en réexamen), mais ils peuvent s'exposer alors à un « veto » de la Commission²⁷⁴. On peut considérer que ceci n'a, en principe, pas (encore) été réalisé par l'IBPT (voy. ci-dessous).

Par rapport à cette question, P. Larouche expose que :

« Cependant, en tant que condition préalable à l'application du régime PMS [«puissance significative sur le marché » - nous ajoutons], un marché pertinent doit avoir été défini et choisi, soit par la Commission dans sa recommandation sur

²⁷⁰ Directive « accès », art. 10 ; LCE art. 58.

²⁷¹ Directive « accès », art. 12 ; LCE art. 61.

²⁷² P. Larouche, Network Neutrality: the Global Dimension, TILEC Discussion Paper (DP 2011-35), Augustus 2011, p. 20, disponible sur: <http://ssrn.com/abstract=1909811>. Voy. aussi P. Larouche et M. Cave, Network Neutrality and the Open Internet – A European academic perspective, Brussels, Centre on Regulation in Europe (CERRE), 2010, p. 27.

²⁷³ Dans ce contexte, rappelons (voy. *supra* l'article 5 de la directive "accès" qui correspond à l'art. 51 LCE) qui permet aux ARN d'imposer une interconnexion aux opérateurs qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finaux afin de garantir la connectivité de bout en bout des réseaux et l'interopérabilité des services. Voy. BEREC, Report - An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, 6 December 2012, p. 6. Le rapport attire également l'attention sur le fait que l'article 5 de la directive "accès" est actuellement le seul outil dont les ARN disposent de par le cadre réglementaire européen pour imposer la connectivité Internet. En effet, dans le cadre de la procédure relative à la puissance significative sur le marché, la recommandation "marchés pertinents 2007" ne reprend actuellement pas de marché de gros de la connectivité Internet (voy. European Commission, Commission Staff Working Document, Explanatory Note, Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Second edition), SEC(2007) 1483, 13 November, 2007 p. 37; voy aussi BEREC, BoR (12) 130, p. 5 à 6).

²⁷⁴ Directive « cadre », art. 7 ; LCE, art. 143.

les marchés pertinents soit par une autorité réglementaire nationale (ARN) de sa propre initiative. ... Dans les cas où discrimination ou blocage pourraient être un sujet de préoccupation, le pouvoir de marché des fournisseurs de services Internet viendrait de leur position en tant que passerelle vers leurs utilisateurs finaux, quand on adopte le point de vue des fournisseurs de contenu. L'analyse du marché suivrait largement celle de la terminaison d'appels sur des réseaux fixes ou mobiles. Cependant, un tel «marché de la terminaison de trafic de données à large bande (fourniture de contenu) de la dorsale Internet vers l'utilisateur final» n'a pas été recensé, et encore moins inclus dans la recommandation. ... Ce marché pourrait ne pas satisfaire au test des trois critères [prévu par le point 2 de la recommandation «marchés pertinents 2007» - nous ajoutons]. Plus précisément, le second critère (aucune perspective de concurrence effective) pourrait ne pas être rencontré. En accord avec notre analyse de la concurrence, il n'est pas nécessaire d'ajouter un marché à la Recommandation maintenant, mais si des problèmes significatifs venaient à se poser, cette option reste disponible.

De même, pour les exploitations abusives à l'égard des utilisateurs finals, aucun marché pertinent n'a été sélectionné pour analyse en vertu des dispositions de la directive sur le service universel. Ceci reflète l'opinion largement répandue que la fourniture de services d'accès à Internet par les fournisseurs de services Internet aux utilisateurs finals est soit déjà compétitive, soit rendue compétitive grâce à des remèdes sur le marché de gros tels que le dégroupage de la boucle locale et l'accès bitstream »²⁷⁵.

Ajoutons que par rapport à ce «marché de la terminaison de trafic de données à large bande (fourniture de contenu) de la dorsale internet vers l'utilisateur final», P. Larouche note que la première recommandation « marchés pertinents » datant de 2003²⁷⁶ reprenait un marché des services de radiodiffusion, destinés à livrer un

²⁷⁵ P. Larouche, Network Neutrality: the Global Dimension, *cit. supra*, p. 20-21 et P. Larouche et M. Cave, Network Neutrality and the Open Internet, *cit. supra*, p. 27-28. Nous traduisons ; comme tel dans le texte : "However, as a pre-condition to the application of the SMP regime, a relevant market must have been defined and selected, either by the Commission in its Recommendation on relevant markets or by a National Regulatory Authority (NRA) of its own motion. ... In cases where discrimination or blocking could be a concern, the market power of ISPs would come from their position as the gateway to their end-users, when seen from the perspective of content providers. The market analysis would roughly follow that of call termination on fixed or mobile networks. However, no such 'market for the termination of broadband data traffic (delivery of content) from the Internet backbone to the end-user' has been identified, much less included in the Recommendation. ... That market might not meet the three criteria test. More specifically, the second criteria (no prospect of effective competition) might not be met. In line with our competitive analysis, there is no need to add a market to the Recommendation now, but should significant problems arise, that option is available. Similarly, as for exploitative abuses towards end-users, no relevant market has been selected for analysis under the provisions of the Universal Service Directive. This reflects the widespread view that the provision of Internet access services by ISPs to end-users is either already competitive or made competitive through wholesale remedies such as local loop unbundling and bitstream access." Voy. aussi P. Larouche, "Five Neglected Issues about Network Neutrality", in A. Strövel (ed.), *Net Neutrality in Europe -- La neutralité de l'Internet en Europe*, Larcier, Collection de l'IEE de l'USL, 2013, à paraître, p. 86-87.

²⁷⁶ Recommandation 2003/311/CE de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement

contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux (marché 18) qui couvrait la transmission de contenus au moyen de services de communications électroniques (mais en appliquant un modèle de radiodiffusion)²⁷⁷.

Dans ce contexte, Pierre Larouche²⁷⁸ fait également remarquer que si pareil « *marché de la terminaison de trafic de données à large bande (fourniture de contenu) de la dorsale Internet vers l'utilisateur final* », était recensé et défini, les obligations qui seraient imposés sur ce marché aux fournisseurs de services Internet profiteraient en fait aux fournisseurs de contenus. Or ces derniers ne sont, en principe, pas couverts par le cadre réglementaire des communications électroniques qui se focalise sur la réglementation de la transmission. Selon Pierre Larouche, il serait malheureux qu'en particulier la définition du concept « accès »²⁷⁹ soit interprétée restrictivement afin d'éviter l'application du régime de la « puissance significative » à de pareils cas. Cette remarque nous semble soulever une question de base de la réglementation de la neutralité de l'Internet. Cette dernière problématique concerne en effet aussi bien des questions de transmission que des questions de contenus (pas seulement audiovisuels d'ailleurs) et constitue donc un exemple des liens entre réglementation de la transmission et réglementation des contenus qui doivent être pris en compte selon le considérant 5 de la directive « cadre ». Transposé au paysage belge, ce constat plaide pour une approche large mettant tous les concernés (instances communautaires aussi bien qu'instances fédérales responsables pour les télécommunications et instances fédérales responsables pour les contenus de commerce électronique) autour d'une même table (voy. aussi *infra*, chapitre 4, section 3).

européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 114/45, 08 mai 2003

²⁷⁷ P. Larouche, *Network Neutrality: the Global Dimension*, *cit. supra*, note 74 et P. Larouche et M. Cave, *Network Neutrality and the Open Internet*, *cit. supra*, note 42.

²⁷⁸ P. Larouche, "Five Neglected Issues about Network Neutrality", *cit. supra*, p. 86-87.

²⁷⁹ Dans ce contexte, notons cependant que la version néerlandaise de l'article 2, a) de la directive "accès", qui définit le concept d'accès, semble permettre plus de droits en faveur des fournisseurs de contenu que les versions française, anglaise ou allemande du même article. La version néerlandaise prévoit en effet que l'accès est « *het beschikbaar stellen van faciliteiten en/of diensten aan een andere onderneming, [...], met het oog op het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten of het aanbieden van diensten voor de informatiemaatschappij of inzake inhoud voor radio- en televisieomroepen* ». La version française est plus restrictive. Selon elle, « accès » se définit comme « *la mise à la disposition d'une autre entreprise, [...], de ressources et/ou de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques, y compris lorsqu'ils servent à la fourniture de services de la société de l'information ou de contenu radiodiffusé* ».

2. Neutralité du réseau et réglementation du commerce électronique

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 de la responsabilité des prestataires intermédiaires (et notamment les FAI – fournisseurs d'accès à l'Internet) en cas de contenus illicites. Plus précisément, on peut s'y référer en ce qu'elle définit les critères à prendre en considération pour autoriser ou interdire les injonctions de filtrage imposées aux prestataires intermédiaires en cas de contenus illicites.

Dans l'arrêt *Scarlet*²⁸⁰ 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* »²⁸¹. La Cour s'est prononcée dans le même sens dans l'arrêt *Netlog*²⁸² 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).

Après avoir rappelé brièvement les antécédents et le contexte dans lequel les arrêts précités ont été rendus, on pourra comprendre plus précisément les liens (et l'incidence réciproque) entre cette jurisprudence et le principe de la neutralité de l'internet.

A. Antécédents et contexte de la jurisprudence de la Cour de justice

Ces deux arrêts ont été rendus dans le contexte de la lutte contre le téléchargement illégal de fichiers protégés par le droit d'auteur (mais rien n'empêche, *a priori*, d'appliquer les enseignements qui en résultent à d'autres hypothèses). Par souci de clarté, les développements qui suivent seront consacrés à l'affaire *Scarlet*, étant entendu que, sur le fond, les enseignements qui peuvent être tirés de l'arrêt *Netlog* sont similaires²⁸³.

²⁸⁰ C.J.U.E., 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. Sabam*

²⁸¹ Arrêt *Scarlet*, point 52 ; C.J.U.E., 16 février 2012, aff. C-360/10, *Sabam c. Netlog*, point 50.

²⁸² C.J.U.E., 16 février 2012, aff. C-360/10, *Sabam c. Netlog*

²⁸³ Sur ces arrêts et, plus globalement, 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* :

L'affaire *Scarlet* oppose la SABAM (Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs) à un fournisseur d'accès à l'Internet (en l'occurrence, Scarlet) : des internautes utilisent en effet les services de ce dernier pour télécharger des contenus protégés par le droit d'auteur à travers des réseaux *peer-to-peer*. Considérant qu'il est le mieux placé pour intervenir, la SABAM décide d'agir contre celui-ci, pour qu'il lui soit ordonné de prendre des mesures visant à faire cesser les atteintes au droit d'auteur²⁸⁴.

Cet arrêt de la Cour de justice intervient dans le cadre d'une procédure judiciaire initiée en 2004²⁸⁵, et qui a donné lieu à plusieurs décisions des juridictions belges²⁸⁶. Par jugement du 29 juin 2007, le président du Tribunal de première instance de Bruxelles a condamné Scarlet « à faire cesser les atteintes au droit d'auteur constatées dans le jugement du 26 novembre 2004 en rendant impossible tout forme, au moyen d'un logiciel *peer to peer*, d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale du répertoire de la SABAM », sous peine d'astreinte²⁸⁷. Conformément à ce jugement, Scarlet était donc tenue de mettre en place un système de filtrage.

Appel est interjeté contre cette décision et la juridiction de renvoi – la Cour d'appel de Bruxelles²⁸⁸ – pose à la Cour de justice une question préjudicielle visant à établir, « en

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. Melison, « 'Arrêt Scarlet' : le filtrage préventif par les fournisseurs d'accès à 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, « Commentaar bij het arrest van het Europese Hof van Justitie van 24 november 2011 (Scarlet/Sabam) [Verhoudingen tussen auteursrechthebbers en dienstverlenende tussenpersonen op internet (ISPs) en digitale piraterij] », *Computerr.*, 2012, pp. 80-82 ; T. 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.

²⁸⁴ La SABAM se fondait sur l'art. 87, § 1^{er}, de la loi du 30 juin 2004 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994.

²⁸⁵ Prés. Civ. Bruxelles, 26 novembre 2004, *A.M.*, 2005, p. 49, note L. Van Bunnem, *J.T.*, 2005, p. 165, note I. SCHMITZ, *R.D.T.I.*, 2005, p. 89, note E. Montero et Y. Cool.

²⁸⁶ Dans le cadre de cette étude, nous pouvons difficilement analyser en détail cette jurisprudence.

²⁸⁷ Prés. Civ. Bruxelles, 29 juin 2007, *A.M.*, 2007, p. 476, note, *R.D.T.I.*, 2008, p. 87, note F. Coppens, *R.D.C.*, 2007, p. 701.

²⁸⁸ Bruxelles, 28 janvier 2010, *A.M.*, 2010, p. 176.

substance, si les directives 2000/31²⁸⁹, 2001/29²⁹⁰, 2004/48²⁹¹, 95/46²⁹² et 2002/58²⁹³, lues ensemble et interprétées au regard des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une injonction faite à un FAI de mettre en place un système de filtrage

- de toutes les communications électroniques transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels « peer-to-peer » ;
- qui s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle ;
- à titre préventif ;
- à ses frais exclusifs, et
- sans limitation dans le temps,

capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer le transfert de fichiers dont l'échange porte atteinte au droit d'auteur »²⁹⁴.

La Cour a décidé que, dans les circonstances précitées²⁹⁵, une telle injonction était interdite²⁹⁶.

La Cour a eu égard, notamment, aux dispositions de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, qui interdit aux Etats membres d'imposer aux prestataires intermédiaires visés par la directive (sont couvertes les activités de *mere conduit*, de *caching* et d'hébergement) une obligation générale de surveillance (art. 15 de la directive). Plus précisément, on ne peut leur imposer une obligation générale consistant à surveiller les informations stockées ou transmises ou à rechercher activement les faits ou les circonstances révélant des activités illicites²⁹⁷. Cette

²⁸⁹ 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.U.E.*, L 178/1 du 17 juillet 2000.

²⁹⁰ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 167/10 du 22 juin 2001.

²⁹¹ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, L 157/45 du 30 avril 2004.

²⁹² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, L 281/31 du 23 novembre 1995.

²⁹³ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.U.E.*, L 201/37 du 31 juillet 2002.

²⁹⁴ Arrêt *Scarlet*, point 29 ; arrêt *Netlog*, point 26.

²⁹⁵ La Cour de justice n'interdit donc pas, purement et simplement, toute mesure de filtrage.

²⁹⁶ Arrêt *Scarlet*, point 54 ; arrêt *Netlog*, point 52.

²⁹⁷ Cette absence d'obligation générale de surveillance a été transposée en droit belge à l'article 21, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 (ci-après, LSSI). La Cour de justice juge que « la mise en œuvre de ce système de filtrage supposerait

– que le FAI identifie, en premier lieu, au sein de l'ensemble des communications électroniques de tous ses clients, les fichiers relevant du trafic « peer-to-peer » ;

absence d'obligation *générale* de surveillance n'empêche cependant pas la mise en place d'une obligation *spécifique* de surveillance²⁹⁸. Il doit s'agir d'une obligation clairement circonscrite : en particulier, le site Internet ou le service à surveiller doit être clairement identifié, de même que la période durant laquelle la surveillance doit être exercée. On le comprend, les débats se focaliseront sur la distinction, parfois délicate, entre les obligations particulières²⁹⁹ (autorisées) et les obligations générales de surveillance (interdites).

Pour apprécier si l'injonction faite au prestataire de services de la société de l'information de mettre en place des mesures de filtrage est conforme au droit communautaire (qui interdit d'imposer une obligation générale de surveillance), il faut tenir compte des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux. Il faut en effet mettre en balance la protection du droit de propriété intellectuelle, d'une part, la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel, ainsi que liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part, de manière à trouver un juste équilibre entre ces exigences. Le droit de propriété intellectuelle ne doit donc pas être vu comme un droit absolu.

A ce sujet, la Cour a notamment jugé – et c'est le point qui retiendra spécialement notre attention dans contexte de la neutralité de l'internet – que « *les effets de ladite injonction ne se limiteraient pas au FAI concerné, le système de filtrage litigieux étant également susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des clients de ce FAI, à savoir à leur droit à la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à leur liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ces droits étant protégés par les articles 8 et 11 de la charte.*

En effet, il est constant, d'une part, que l'injonction de mettre en place le système de filtrage litigieux impliquerait une analyse systématique de tous les contenus ainsi que la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs qui sont à l'origine de

-
- *qu'il identifie, en deuxième lieu, dans le cadre de ce trafic, les fichiers qui contiennent des œuvres sur lesquelles les titulaires de droits de propriété intellectuelle prétendent détenir des droits;*
 - *qu'il détermine, en troisième lieu, lesquels parmi ces fichiers sont échangés illicitement, et*
 - *qu'il procède, en quatrième lieu, au blocage d'échanges de fichiers qualifiés par lui d'illicites.*

Ainsi, une telle surveillance préventive exigerait une observation active de la totalité des communications électroniques réalisées sur le réseau du FAI concerné et, partant, elle engloberait toute information à transmettre et tout client utilisant ce réseau.

Eu égard à ce qui précède, il convient de constater que l'injonction faite au FAI concerné de mettre en place le système de filtrage litigieux l'obligerait à procéder à une surveillance active de l'ensemble des données concernant tous ses clients afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle. Il s'ensuit que ladite injonction imposerait audit FAI une surveillance générale qui est interdite par l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31 » (Arrêt Scarlet, points 38-40 ; arrêt Netlog, points 36-38).

²⁹⁸ Voy. l'art. 21, § 1^{er}, al. 2, de la LSSI et les art. 12, § 3, 13, § 2 et 14, § 3 de la directive sur le commerce électronique (voy. aussi le considérant n° 47 de la directive).

²⁹⁹ Pour le commentaire d'une application récente, voy. E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 27, avec une réf. à Anvers, 26 septembre 2011, *R.A.B.G.*, 2011/18, p. 1269, note P. VAN EECHE et A. FIERENS.

l'envoi des contenus illicites sur le réseau, ces adresses étant des données protégées à caractère personnel, car elles permettent l'identification précise desdits utilisateurs.

D'autre part, ladite injonction risquerait de porter atteinte à la liberté d'information puisque ce système risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite. En effet, il n'est pas contesté que la réponse à la question de la licéité d'une transmission dépend également de l'application d'exceptions légales au droit d'auteur qui varient d'un État membre à l'autre. En outre, certaines œuvres peuvent relever, dans certains États membres, du domaine public ou elles peuvent faire l'objet d'une mise en ligne à titre gratuit de la part des auteurs concernés »³⁰⁰.

Les mesures de blocage ou de filtrage peuvent en effet se révéler *underinclusive* (les mailles du filet étant trop large et ne permettant donc pas d'identifier et d'empêcher les communications illicites) ou au contraire *overinclusive* (empêchant à la fois les contenus licites et les contenus illicites)³⁰¹.

B. Intérêt et perspectives ouvertes par cette jurisprudence dans le contexte de la neutralité du réseau

Les enseignements que l'on peut retenir de la jurisprudence précitée de la Cour de Justice (affaires *Scarlet* et *Netlog*) dans le contexte de la neutralité de l'internet, doivent être bien compris.

Il faut en effet constater que ces arrêts concernent le *contenu* potentiellement *illicite* que les internautes sont susceptibles de transmettre ou d'échanger en utilisant les services d'un prestataire intermédiaire. Or, la neutralité de l'internet, telle que l'entend notamment le BEREC (*supra*, Rapport intermédiaire, point 3.B.II.) implique que les communications soient traitées de manière égale et, par conséquent, *indépendamment de leur contenu*. En première approximation, et sous réserve de ce qui sera dit *infra*, on pourrait donc considérer que la jurisprudence est étrangère à la question de la neutralité de l'Internet, qui touche d'abord, et avant tout, à l'infrastructure et au réseau (autrement dit, à la transmission).

Cette analyse doit cependant être nuancée à plusieurs égards.

On doit en effet rappeler que la neutralité quant au contenu n'empêche pas la mise en place de mesures de gestion de trafic, consistant notamment en des mesures de filtrage. Il faut en effet partir du postulat que l'application du principe de la neutralité de l'internet ne vaut que pour les contenus licites et n'interdit donc pas aux autorités

³⁰⁰ Arrêt *Scarlet*, points 50-52 (c'est nous qui soulignons) ; arrêt *Netlog*, points 48-50.

³⁰¹ Sur l'efficacité et les avantages/inconvénients d'un système de filtrage imposé aux FAI, voy. not. D. Gobert et J. Jouret, *op. cit.*, pp. 46 et s. ; F. Coppens, *op. cit.*, pp. 96 et s.

compétentes de prendre les mesures qui s'imposent pour lutter contre les contenus illicites ou, de manière générale, pour lutter contre la criminalité informatique³⁰².

On voit ainsi que les questions de « transmission » et de « contenu » sont étroitement liées.

Le principe de la neutralité de l'internet est ainsi complémentaire avec les règles encadrant l'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires visées par la directive sur le commerce électronique (et la loi belge de transposition), ainsi que l'absence d'obligation générale de surveillance à leur charge. Autrement dit, le principe de la neutralité de l'internet n'empêche absolument pas de lutter contre les contenus illicites et, dans ce cadre, de prendre des mesures consistant à imposer au prestataire une obligation particulière de surveillance. Au contraire, l'encadrement des mesures de gestion de trafic sera de nature à renforcer cette lutte contre les contenus illicites.

Il faut toutefois garder à l'esprit que cette lutte contre les contenus illicites ne peut pas se faire en méconnaissance des droits et libertés des internautes. Un équilibre doit donc être trouvé dans le contexte de la neutralité de l'internet, comme il devait également l'être dans les hypothèses soumises à la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires *Scarlet* et *Netlog*.

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 plate-forme 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* »³⁰³.

De même, dans son avis de 2011, le CEPD a souligné que « *Le filtrage, le verrouillage et l'inspection du trafic du réseau soulèvent d'importantes questions, souvent méconnues ou passées sous silence, concernant la confidentialité des communications et le respect de la vie privée des individus et de leurs données à caractère personnel lorsqu'ils utilisent l'internet. Par exemple, certaines techniques d'inspection supposent de surveiller le contenu des communications, les sites web visités, les courriels envoyés et reçus, et à quel moment, etc., ce qui permet de filtrer les communications. Il se peut qu'en inspectant les données de communication, les FSI violent la confidentialité des communications, droit fondamental garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, la «CEDH») et les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, la «Charte»). La confidentialité est en outre protégée par le droit dérivé de l'UE, à savoir l'article 5 de la directive «vie privée et communications électroniques»* »³⁰⁴.

³⁰² Voy. en ce sens la Communication de la Commission, « Neutralité de l'Internet », p. 3

³⁰³ Communication « Neutralité de l'Internet », p. 3.

³⁰⁴ Contrôleur Européen de la Protection des Données, Avis du Contrôleur européen de la protection des données du 7 octobre 2011 sur la neutralité de l'internet, la gestion du trafic et la protection de la vie

Le raisonnement suivi par la Cour de justice dans les affaires *Scarlet* et *Netlog*, en vue de trouver l'équilibre entre les droits et libertés en présence, peut donc être utilement appliqué dans le domaine de la neutralité de l'internet, à un double titre.

S'agissant des mesures de gestion de trafic consistant à filtrer les contenus en vue de lutter contre les contenus illicites, il faut mettre en balance, en particulier, les objectifs de lutte contre des contenus illicites (avec les droits et libertés qui les sous-tendent, tels que la protection des droits de propriété intellectuelle) avec la liberté d'expression, la liberté d'entreprise, le droit à la protection de la vie privée, ainsi que la liberté de recevoir et de communiquer des informations. Le point d'équilibre ne peut être trouvé que par application du principe de proportionnalité. C'est cette exigence qui permet de faire la distinction entre une mesure de filtrage interdite (en ce qu'elle viole l'absence d'obligation générale de surveillance) et une mesure de filtrage autorisée (en ce qu'il s'agit d'une obligation particulière de surveillance). Comme l'indique Thierry Léonard, « *c'est [...] par le correctif de l'abus de droit – le principe de proportionnalité – que l'on peut comprendre l'enseignement de la Cour européenne. Ce qu'elle fustige ce n'est pas le droit de prévenir l'atteinte par un système de filtrage mais bien la manière dont est exercé ledit droit dans les espèces qui lui sont soumises. Et rien n'exclut de penser qu'elle pourrait parfaitement admettre un système de filtrage simple, non permanent, à coût raisonnable et pourquoi pas partagé avec les titulaires des droits, fondé sur un processus de recherches de contenus illicites restant anonymes tant que le caractère illicite n'est pas dûment rapporté et portant sur des communications ou contenus limités à l'égard desquels une forte présomption d'illicéité est rapportée. C'est toute la différence entre une surveillance générale — interdite — et une surveillance spécifique — acceptée — qui reste à ce jour encore à préciser. La clé de la solution se trouve dans la détermination de la rupture de proportionnalité entre l'avantage retiré dans l'injonction par le titulaire des droits et les désavantages qui en découlent pour les intermédiaires et utilisateurs des services en cause* »³⁰⁵. On le voit, l'exercice imposé à l'interprète est loin d'être facile. Il l'est d'autant moins que, dans la recherche de cet équilibre entre les droits et libertés, en tenant compte du principe de proportionnalité, il faut avoir égard à l'état de l'art, notamment sur le plan technique³⁰⁶. Il convient en effet d'apprécier l'existence et les performances des mécanismes de filtrage, à l'aune des exigences précitées.

Plus délicate encore est la question de savoir comment, le cas échéant, hiérarchiser les contenus, lorsqu'aucun d'eux ne peut être écarté en raison de son caractère illicite. Dans ce cas, il s'agit en effet de hiérarchiser des contenus licites. *A priori*, si une hiérarchie doit nécessairement être réalisée en vue de garantir la priorité à certains contenus, il faut nécessairement trouver un équilibre entre les droits et libertés en présence, tout en tenant compte du correctif de la proportionnalité.

privée et des données personnelles, J.O.U.E., C 34/1, 8 février 2012 (avis du CEPD "neutralité de l'Internet et protection des données"), points 5-6.

³⁰⁵ T. Léonard, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question », *J.T.*, 2012, p. 818, n° 11.

³⁰⁶ Voy. aussi *supra*.

C. Conclusions

En conclusion, la jurisprudence de la Cour de justice est intéressante dans le contexte de la neutralité de l'Internet en ce qu'elle confirme que des mesures peuvent (et doivent) être prises pour lutter contre les contenus illicites (des mesures de gestion du trafic consistant à bloquer ces contenus illicites, dans le cadre de la neutralité de l'Internet). La neutralité de l'Internet ne doit donc, en aucun cas, être vue comme un moyen permettant de contourner cette exigence et de mettre à mal ces finalités. Il faut cependant garder à l'esprit que divers critères doivent présider à la mise en place desdites mesures. En particulier, il convient de trouver un point d'équilibre entre les droits et les libertés en présence, tout en s'assurant que l'exigence de proportionnalité a été observée. Indépendamment de l'existence de contenus illicites, cette analyse pourrait également être suivie s'il s'impose de donner une priorité à certains contenus.

3. Neutralité du réseau et règles générales en matière de libre concurrence et de concurrence loyale

L'absence de règles particulières en matière de neutralité du réseau ne doit pas signifier que les entreprises et les pouvoirs publics se trouvent totalement dépourvus d'instruments pour agir juridiquement contre certaines pratiques qui menacent la réalisation des objectifs en matière de neutralité (comme celles qui ont été identifiées dans la partie introductive de ce chapitre³⁰⁷). Il est en effet concevable que ces pratiques soient considérées comme des violations des règles générales de libre concurrence et de concurrence loyale. C'est ainsi que notre législation belge en matière de concurrence (*infra*) prévoit l'interdiction des pratiques restrictives de la concurrence (comme les cartels et les abus de position dominante) et que la loi sur les pratiques du marché (*infra*) interdit les actes contraires aux pratiques loyales du marché, par lesquels une entreprise porte ou peut porter préjudice aux intérêts professionnels d'autres entreprises. Ces deux catégories de normes juridiques font partie du droit de la concurrence au sens large et interagissent entre elles.³⁰⁸ Dans cette partie, nous identifions d'abord quels sont les comportements des fournisseurs d'accès à Internet à l'égard des fournisseurs de services de contenu qui sont généralement considérés comme les plus problématiques du point de vue de la neutralité du réseau. Suivent une rapide mise en situation des règles juridiques pertinentes et une analyse de l'application possible de ces règles aux comportements problématiques identifiés. L'accent se trouve mis au niveau national, même si l'on reviendra souvent à la doctrine existante qui analyse l'application possible des règles générales de concurrence en vue de garantir le caractère « ouvert » d'Internet et d'éviter les discriminations au niveau international ou européen.³⁰⁹ L'objectif est de

³⁰⁷ Les objectifs susmentionnés sont, dans les grandes lignes, liés soit à des motifs plutôt économiques (notamment la garantie de l'équilibre entre les fournisseurs de réseaux et de contenu dans le contexte d'Internet, la promotion d'une concurrence effective et loyale entre les différents fournisseurs, et la promotion d'une réelle liberté de choix pour les consommateurs), soit à des considérations basées sur la garantie des droits fondamentaux (comme la protection et la garantie de la liberté d'expression et de la liberté de communication des citoyens et/ou des fournisseurs de réseaux et/ou services).

³⁰⁸ P. Wytinck, "Enkele facetten van de relatie kartelwet – wetgeving inzake onrechtmatige mededinging, in *De wet handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 169.

³⁰⁹ Voir notamment : P. Larouche, (2011). *Network neutrality: The global dimension*. In M. Burri (Ed.), *Trade governance in the digital age*, Cambridge: CUP, p. 1-15; Pierre Larouche, *Network Neutrality: the Global Dimension*, TILEC Discussion Paper (DP 2011-35), Augustus 2011, <http://ssrn.com/abstract=190981>; P. Larouche, & M. Cave, (2010). *Network neutrality and the open internet*. Brussels: Centre on regulation in Europe (CERRE); P. Valcke, L. Hou, D. Stevens & E. Kosta, (2009) "Legal Analysis of Network Neutrality under EU Competition Rules and the Regulatory Framework for Electronic Communications", in G. Chandana (eds), "Network Neutrality - Legal Contours", (ICFAI University Press, India); Pierre Larouche, (2009). *The European Microsoft case at the crossroads of competition policy and innovation*. *Antitrust law Journal*, 75(3), 933-964; P. Valcke, L. Hou, D. Stevens & E. Kosta, "Network neutrality: Legal answers from an EU perspective", *RDTI* 2008, volume 32, p. 321-348; F. Chirico, I. Haar en P. Larouche, *Network Neutrality in the EU*, TILEC Discussion Paper (DP 2007-30), September 2007, <http://ssrn.com/abstract=1018326>; M. Piron, "La neutralité des réseaux et la garantie de la fourniture de services de médias audiovisuels", *RDTI*, 2011/4, p. 69-92 ; J. Sluijs, *Network Neutrality and European Law*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012 ; N. van Eijk, "Net Neutrality and Audiovisual Services", *IRIS plus*, 2011/5, p. 7-19.

vérifier dans quelle mesure les règles actuelles en matière de libre concurrence et de concurrence loyale offrent déjà des instruments pour garantir le « principe de neutralité du réseau », où se situent leurs limites et/ou dans quelle mesure des initiatives complémentaires sont requises.

A. Comportements problématiques

La littérature juridique identifie généralement un certain nombre de types de pratiques qui sont considérées comme des violations du principe de la neutralité du réseau. Après une introduction générale sur la structure, la définition et l'analyse des marchés à large bande, Chirico, van der Haar et Larouche dans leur contribution de 2007 étudient respectivement ³¹⁰ :

- 1) la discrimination (par un fournisseur intégré verticalement ou non, avec ou sans offre en matière de contenu)³¹¹
- 2) le blocage de l'accès de l'utilisateur à du contenu³¹², et
- 3) la dégradation de l'accès et l'offre de *access-tiering*³¹³.

Valcke, Hou, Stevens & Kosta distinguent en revanche les comportements suivants comme étant les plus problématiques :

- 1) le blocage de contenus³¹⁴,
- 2) la dégradation de contenu³¹⁵,
- 3) l'imposition de limitations déraisonnables en matière d'utilisation des applications³¹⁶, et
- 4) l'offre de formules prioritaires ³¹⁷.

Dans des contributions récentes sur la neutralité du réseau³¹⁸, Larouche examine les atteintes possibles au principe de neutralité de l'Internet en termes plus généraux, comme la tentative des fournisseurs d'accès à Internet de convertir leurs services en plates-formes bidimensionnelles, et la question qui en découle de savoir si différents niveaux de qualité (même sans qu'il soit question de discrimination pour des considérations économiques ou non) doivent tout simplement être admis. Même si l'auteur, sur ce dernier point, renvoie surtout aux dangers possibles d'une fragmentation nationale en Europe, en matière de pratiques discriminatoires possibles

³¹⁰ F. Chirico, I. van der Haar & P. Larouche, Network Neutrality in the EU, TILEC Discussion Paper (DP 2007-30), September 2007, p. 6-22, <http://ssrn.com/abstract=1018326>.

³¹¹ *Ibidem*, p. 25-34.

³¹² *Ibidem*, p. 35-40.

³¹³ *Ibidem*, p. 41-64.

³¹⁴ P. Valcke, L. Hou, D. S. & E. Kosta, "Network neutrality: Legal answers from an EU perspective", RDTI 2008, volume 32, 334-336.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 336-337.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 337.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 337-340.

³¹⁸ P. Larouche, (2011). "Network neutrality: The global dimension", in M. Burri (Ed.), *Trade governance in the digital age*, Cambridge: CUP, p. 1-15; Pierre Larouche, Network Neutrality: the Global Dimension, TILEC Discussion Paper (DP 2011-35), Augustus 2011, <http://ssrn.com/abstract=1909811>; Pierre Larouche, "Five Neglected Issues about Network Neutrality", in A. Strowel (ed.), *Net Neutrality in Europe -- La neutralité de l'Internet en Europe*, Larcier, Collection de l'IEE de l'USL, 2013, in druk, p. 77 e.v.

des fournisseurs d'accès à Internet, il met plutôt l'accent sur les préoccupations suivantes :

« Des problèmes de pouvoir de marché se posent également, plus significativement au niveau des FAI. Vis-à-vis des utilisateurs, la capacité des utilisateurs de passer à un autre fournisseur agit comme un frein à tout abus de la part du FAI. Vis-à-vis des fournisseurs de contenu, le fournisseur d'accès est dans une position similaire à celle d'un opérateur de terminaison, mais cette analogie est imparfaite. Il y a une préoccupation répandue dans la littérature selon laquelle un FAI avec un pouvoir de marché pourrait intégrer verticalement, puis s'engager sur la discrimination, voire le blocage du trafic des fournisseurs de contenu non affiliés »³¹⁹.

Sur l'application de dispositions existantes du droit de la concurrence et de dispositions sectorielles spécifiques dans ce contexte, il indique :

« Un certain nombre de questions ont trait à des abus de pouvoir de marché, quand les concurrents sont exclus en raison de l'intégration verticale ou des accords d'exclusivité entre fournisseurs de contenu et les FAI bénéficiant d'une puissance significative sur le marché (ou domination). Le comportement reproché peut consister en la discrimination (ne pas permettre aux concurrents de bénéficier de la même qualité de service en dépit de leur volonté de payer) ou de blocage (soit en empêchant contenu affiliée d'être disponible via les FAI concurrents ou d'empêcher le contenu rival d'être disponible sur le FAI en question) »³²⁰.

Les comportements blâmables mentionnés plus haut peuvent selon nous être regroupés en deux catégories principales :

1. l'offre à des conditions inégales de l'accès à du contenu, à des applications ou à des appareils (via une dégradation ou via l'établissement de catégories prioritaires) ;
2. le blocage de l'accès de l'utilisateur à du contenu, ce qui constitue un refus de vente sous certaines conditions.

On examinera ci-après si, et à quelles conditions, ces pratiques peuvent être combattues comme constitutives d'une discrimination interdite par le droit de la

³¹⁹ Nous traduisons ; comme tel dans le texte : "Market power concerns also arise, most significantly at the ISP level. Vis-à-vis users, the ability of users to switch to another ISP acts as a brake on any abuse on the part of the ISP. Vis-à-vis content providers, the ISP is in a position similar to that of a terminating operator, but this analogy is imperfect. There is a widespread concern in the literature that an ISP with market power could integrate vertically and then engage into discrimination against, or even blocking of traffic from, non-affiliated content providers."

³²⁰ Nous traduisons ; comme tel dans le texte : "A number of issues relate to abuses of market power, when competitors are excluded as a result of vertical integration or exclusivity agreements between content providers and ISPs enjoying significant market power (or dominance). The impugned behaviour can consist in discrimination (not allowing competitors to benefit from the same QoS despite their willingness to pay) or blocking (either preventing affiliated content from being available via rival ISPs or preventing rival content from being available on the ISP in question).

concurrence, ou comme un refus de vente, ou comme un comportement contraire aux pratiques honnêtes du marché.

B. Aperçu des règles juridiques nationales pertinentes

Le droit belge de la concurrence repose sur deux piliers principaux : les pratiques restrictives de la concurrence, d'une part, et les règles de concentration, d'autre part.³²¹ Les premières citées comprennent l'interdiction d'ententes qui limitent ou qui faussent la concurrence³²² (« interdiction des cartels ») et l'interdiction de l'abus de position dominante.³²³ Ce dernier aspect est envisagé dans le cas des fusions ou des rachats d'entreprises, et donc également lorsque ces transactions concernent les marchés de l'accès à Internet et des services de contenu.³²⁴

Ces règles connaissent d'ailleurs un équivalent dans le droit européen de la concurrence : l'interdiction des cartels et l'interdiction de l'abus de position dominante se retrouve ainsi respectivement dans l'article 101 et dans l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ; les règles de concentration sont stipulées dans le règlement CE sur les concentrations de 2004.³²⁵ Les articles 101-102 TFUE ont un effet direct dans l'ordre juridique national (et peuvent donc également être appliqués par les juges nationaux et par les autorités nationales de la concurrence). Seule la Commission européenne peut statuer sur l'admissibilité des concentrations présentant une dimension européenne.

Dans son analyse de la possibilité d'appliquer les dispositions européennes en matière de concurrence pour combattre les possibles violations (discriminatoires) à l'encontre de la neutralité du réseau, Larouche en vient à la conclusion que les règles européennes de concurrence peuvent trouver à s'appliquer comme suit :

«Le droit européen de la concurrence peut s'appliquer dans de tels cas. Dans la mesure où le comportement en question provient d'une entreprise ayant une

³²¹ Art. 6 à 10 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique, *M.B.*, 29 septembre 2006 (ci-après, « LPCE »). Ces articles seront, à une date à déterminer par arrêté royal, remplacées par les articles IV.6. à IV.11. du Code de droit économique du 23 février 2013, *M.B.*, 29 mars 2013 tels qu'introduits par l'article 4 de la loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre 1er du Code de droit économique, *M.B.*, 26 avril 2013.

³²² Art. 2 LPCE. Cet article sera, à une date à déterminer par arrêté royal, remplacé par l'article IV.1. du Code de droit économique du 23 février 2013, *M.B.*, 29 mars 2013 tel qu'introduit par l'article 4 de la loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre 1er du Code de droit économique, *M.B.*, 26 avril 2013. Le texte de l'article 3 LPCE restera inchangé.

³²³ Art. 3 LPCE. Cet article sera, à une date à déterminer par arrêté royal, remplacé par l'article IV.2. du Code de droit économique du 23 février 2013, *M.B.*, 29 mars 2013 tel qu'introduit par l'article 4 de la loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre 1er du Code de droit économique, *M.B.*, 26 avril 2013. Le texte de l'article 3 LPCE restera inchangé.

³²⁴ Par exemple lorsqu'un fournisseur d'accès Internet (par exemple Belgacom) entend mener à bien une fusion ou une reprise d'un fournisseur de services de contenu Internet (par exemple Netlog).

³²⁵ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations") *Pb. L 24*, 29.1.2004, 1–22.

puissance significative sur le marché et qu'elle a un effet anticoncurrentiel, elle sera interdite en vertu de l'article 102 du TFUE (abus de position dominante). L'utilisation des termes et conditions discriminatoires entre tiers sont expressément mentionnées comme exemple d'abus à l'article 102 (c) du TFUE. En effet, la Cour a interprété l'article 102 du TFUE comme interdisant également la discrimination, dans un contexte vertical comme celui-ci, envers un tiers en vue de favoriser les activités de l'entreprise dominante. Quant à un blocage pur et simple, dans la mesure où il y avait les relations pré-existantes (à savoir le contenu utilisé pour être disponible chez le FAI en question), l'article 102 du TFUE s'applique également afin d'empêcher une rupture injustifiée de telles relations³²⁶.

Si le comportement se déroule dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de contenu et un fournisseur de services Internet et qu'il y a pouvoir de marché, l'article 101 TFUE pourrait également s'appliquer. Il y a déjà une certaine pratique décisionnelle de la Commission concernant l'octroi de l'exclusivité sur les contenus 'must-have' tels que les droits sportifs (en plus d'une réglementation spécifique sur des événements d'importance majeure pour la société). Enfin, dans la situation la plus extrême, l'intégration verticale via une fusion entre un FAI et un fournisseur de contenu peut être interdite en vertu de la MCR (note : Merger Control Regulation), à condition que les parties aient une incitation à s'engager dans le verrouillage de l'entrée sur le marché ou de la clientèle et en aient la capacité³²⁷.

Si l'abus concerne l'exploitation plutôt que l'exclusion, par exemple avec des prix excessifs pour le niveau de qualité de service disponible, l'article 102 TFUE pourrait également s'appliquer, bien que le test pour les exploitations

³²⁶ Nous traduisons ; comme tel dans le texte : “EU Competition law can apply in such cases. To the extent that the behaviour in question stems from a firm with significant market power and that it has an anticompetitive effect, it will be prohibited under Article 102 TFEU (abuse of a dominant position). The use of discriminatory terms and conditions as between third parties is expressly listed as an example of abuse at Article 102(c) TFEU. Indeed, the ECJ has interpreted Article 102 TFEU to also prohibit discrimination, in a vertical context such as this, as against third parties in order to favour the dominant firm's own operations. As for outright blocking, to the extent that there were pre-existing dealings (i.e. the content used to be available on the ISP in question), Article 102 TFEU will also apply to prevent an unjustified termination of such dealings”.

³²⁷ Nous traduisons ; comme tel dans le texte : “If the behaviour takes place within the framework of an agreement between a content provider and an ISP and market power is present, Article 101 TFEU could also apply. There is already some Commission decision practice concerning the award of exclusivity over 'must-have' content such as sports rights (in addition to specific regulation on events of major importance to society). Finally, in the most extreme situation, vertical integration via a merger between an ISP and a content provider could be prohibited under the MCR, provided that the parties are able and have an incentive to engage into input or customer foreclosure”.

*abusives ne soit pas clair, de sorte que de tels abus n'ont pas été très souvent étudiés*³²⁸.³²⁹

Là où les règles de concurrence contrôlent le respect du *processus de concurrence libre et effective* sur les marchés (et non la protection de concurrents individuels) en vue de maximaliser l'intérêt du consommateur, la loi relative aux pratiques du marché³³⁰ (précédemment loi sur les pratiques du commerce³³¹) vise à garantir la *loyauté entre les participants individuels* aux échanges commerciaux et à réprimer les actes de concurrence déloyale qui peuvent causer un préjudice aux consommateurs ou aux concurrents.³³² C'est ainsi que l'article 95 interdit « *tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises* ».

Dans la partie qui suit, on examine de quelle manière l'interdiction de l'abus de position dominante, d'une part, et l'interdiction des pratiques de marché déloyales, d'autre part, trouvent à s'appliquer dans le contexte belge. Les dispositions pertinentes sur l'article 3 LPCE³³³ et l'article 102 TFUE, d'une part, et l'article 95 LPMC d'autre part. Ce dernier a été cité ci-dessus ; l'article 3 LPCE s'énonce comme suit :

Art. 3. Est interdit, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- 1° imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;*
- 2° limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;*

³²⁸ Nous traduisons ; comme tel dans le texte : *If the abuse is exploitative rather than exclusionary, for instance excessive prices for the available QoS level, Article 102 TFEU might also apply, albeit that the test for exploitative abuses is not clear, so that such abuses have not been investigated very often*".

³²⁹ P. Larouche, Network Neutrality: the Global Dimension, TILEC Discussion Paper (DP 2011-35), Augustus 2011, p. 19-20, <http://ssrn.com/abstract=1909811>

³³⁰ Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.

³³¹ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *B.S.* 29 août 1991, *err. M.B.*, 10 octobre 1991.

³³² G. Ballon, *De wet marktpraktijken – Een eerste commentaar*, Kluwer, 2011, p. 1-3. Voir p.3 pour un aperçu des directives que cette loi transpose.

³³³ Cet article sera, à une date à déterminer par arrêté royal, remplacé par l'article IV.2. du Code de droit économique du 23 février 2013, *M.B.*, 29 mars 2013 tel qu'introduit par l'article 4 de la loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre 1er du Code de droit économique, *M.B.*, 26 avril 2013. Le texte de l'article 3 LPCE restera inchangé.

3° appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;

4° subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

C. Analyse

C.1. Article 3 LPCE – 102 TFUE: abus de position dominante

Préalable : marché pertinent et position dominante

L'abus de position économique ne peut être établi et sanctionné qu'une fois que le **marché pertinent** a été défini et qu'un ou plusieurs fournisseurs ont été établis comme **dominants** sur ce marché. La probabilité qu'un fournisseur d'accès Internet soit considéré comme dominant diminue 1° dans la mesure où les marchés des utilisateurs finaux et des grossistes sur lesquels il est actif sont plus concurrentiels ; 2° dans la mesure où l'utilisateur final a réellement la possibilité de passer d'un fournisseur à un autre (ce qui suppose notamment un *switching cost* suffisamment bas) ; 3° dans la mesure où l'utilisateur final dispose d'une information suffisamment transparente sur les services réellement offerts par les différents fournisseurs d'accès à Internet.

Il est généralement admis que les marchés des utilisateurs finaux pour l'accès à large bande en Europe présentent un niveau de concurrence raisonnable (grâce notamment aux recours au niveau des grossistes, via la réglementation des marchés 4 - fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau (y compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminée - et 5 - le marché de la fourniture en gros d'accès à large bande – de la recommandation « marchés pertinents 2007»), et que les utilisateurs peuvent assez facilement changer de fournisseur. Les obligations de transparence qui ont été abordées dans la partie 1 de ce chapitre doivent en outre contribuer encore à une information sérieuse de l'utilisateur final, s'il est possible que ce dernier peut choisir davantage en connaissance de cause et faire jouer à plein la concurrence.

Il convient toutefois, à côté des utilisateurs finaux, de prendre également en considération les fournisseurs de contenu et d'applications. Comme Larouche le fait remarquer à juste titre³³⁴, du point de vue des derniers cités, un utilisateur final déterminé ne peut être atteint que via le FAI auquel cet utilisateur final est abonné. Le fournisseur de contenu ou d'applications n'a généralement pas de relation directe avec le FAI et il ne peut pas influencer le choix de l'utilisateur final ; dès lors, la position dans laquelle se trouve le FAI peut être comparée à celle de l'opérateur fixe ou mobile qui, – selon l'approche généralement adoptée dans la réglementation du secteur et le droit de la concurrence – est considéré comme exerçant un monopole sur « son » marché terminal (le marché pertinent est le marché de détail sur le réseau de l'opérateur fixe ou mobile concerné). Cette analogie est toutefois en partie faussée par la pratique du *multihoming*, à savoir le fait que les utilisateurs finaux ne disposent pas seulement d'une connexion à Internet par câble ou DSL chez eux, mais souvent également d'un accès Internet au travail et d'un abonnement 3G pour leur smartphone. Contrairement à la téléphonie vocale fixe ou mobile, dans laquelle l'abonné ne peut être atteint que via son opérateur, l'utilisateur final peut donc se connecter au trafic Internet via différentes routes et différents FAI. Cependant, il convient de préciser que ces

³³⁴ P. Larouche, "Five Neglected Issues about Network Neutrality", in A. Strowel (ed.), *Net Neutrality in Europe -- La neutralité de l'Internet en Europe*, Larcier, Collection de l'IEE de l'USL, 2013, in druk, p. 81.

différentes connexions ne peuvent pas toujours être considérées comme équivalentes ou interchangeables (que l'on pense au moindre confort et au prix plus élevé de la 3G pour consulter en ligne des services vidéo, par rapport à une connexion DSL). En outre, les utilisateurs ne sont guère enclins à devoir passer d'un fournisseur d'accès Internet/abonnement à l'autre en fonction du service ou de l'application qu'ils souhaitent consulter, mais ils comptent bien pouvoir atteindre tous les services ou les contenus en ligne (qu'ils conservent par exemple via un *cloud provider*) à partir de n'importe quel appareil ou de n'importe quelle connexion (« ubiquité »). Larouche conclut dès lors que :

« En fin de compte, et par conséquent, il est concevable que l'analogie avec la rupture tiendrait, et que les FAI se trouveraient sur un marché pertinent qui leur serait propre pour l'acheminement du trafic de l'Internet envers leurs utilisateurs et vice-versa, lorsque la situation est analysée du point de vue du fournisseur de contenu. Si tel était le cas, alors chaque FAI détiendrait un pouvoir de marché en ce qui concerne les fournisseurs de contenu³³⁵ »³³⁶.

La Cour de justice a décrit la **position dominante** dans le contexte de la concurrence comme « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui donne à celle-ci le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents et de ses clients* ». ^{337,338} Il n'est pas nécessaire à cet égard que l'entreprise ait éliminé ou puisse éliminer toute possibilité de concurrence ; pour pouvoir parler de position dominante, il suffit d'une élimination partielle d'une concurrence effective ou potentielle. La position dominante

³³⁵ Nous traduisons ; comme tel dans le texte : “In the end, therefore, it is conceivable that the analogy with termination would hold, and that ISPs would find themselves on a relevant market of their own for the routing of traffic from the Internet to their users and vice versa, when seen from the perspective of the content provider. If that were the case, then each ISP would hold market power as regards content providers.”

³³⁶ *Ibidem*, p. 82.

³³⁷ CJCE 14 février 1978 (United Brands, n° 27/76, *Jur. CJCE* 1978, 207, § 65; confirmé notamment dans CJCE 13 février 1979 (Hoffmann-La Roche), n° 85/76, *Jur. CJCE* 1979, 461, § 38; CJCE 9 novembre 1983 (Michelin), n° 322/81, *Jur. CJCE* 1983, 3461, § 6; CJCE 3 octobre 1985 (Télémarketing), n° 311/84, *Jur. CJCE* 1985, 3261, § 16. La Cour a ainsi repris la description que la Commission avait proposée pour la première fois dans : COMM. C.E. 9 décembre 1971, n° IV/26811 (Continental Can), *PB. L.* 8 janvier 1972, 7, 25, § 3. Il appert de cette description que la possibilité d'établir un certain comportement constitue une indication déterminante de la détention d'une position dominante, alors que la constatation de cette position dominante constitue précisément une condition préalable pouvoir vérifier si le comportement en question constitue un abus ; selon certains auteurs, cette situation s'apparente à un cercle vicieux, M. M. Al-Dabbah, “Conduct, Dominance and Abuse in Market Relationship”, *E.C.L.R.* 2000, 45-50.

³³⁸ En termes économiques, cette position dominante est définie comme étant « *la possibilité pour une entreprise ou pour un groupe d'entreprises de limiter l'output et donc d'augmenter les prix (ou bien de rendre plus dure une autre condition commerciale) jusqu'à un niveau supérieur à celui qui serait atteint par le jeu de la concurrence, et cela afin de tirer profit de cette action* » ; pour un économiste, la position dominante présuppose donc trois éléments (qui certes présentent entre eux des interactions) : une limitation de la production (entraînant une hausse du prix), une rentabilité accrue qui en découle pour l'entreprise concernée et le maintien des prix à un niveau supérieur au niveau compétitif. Pour le dire simplement, la position dominante offre à une entreprise la possibilité de « donner moins et de facturer plus ». Cependant, l'accent est généralement mis sur la hausse du prix comme preuve de la position dominante et l'impact sur l'output est souvent négligé ; voir par exemple ce sujet : C. Veljanovski, “The Economics of the Relevant Market in EC Competition Law”, *R.I.C.* 1998, p. 6-7 (4-10).

est généralement mesurée à l'aide d'une combinaison de facteurs, qui, pris séparément, ne doivent pas en soi être déterminants, mais dont l'ensemble permet de déduire l'existence d'une position dominante dans le chef de l'entreprise concernée. La détention d'importantes parts de marché est considérée comme « *très significative* ». La détention durable de 50 % et plus, excepté la proverbiale exception qui confirme la règle,³³⁹ constitue pratiquement en soi la preuve d'une position dominante³⁴⁰. Conjuguées à des facteurs complémentaires, comme la présence d'un monopole légal ou de fait, l'absence de concurrence effective ou potentielle³⁴¹, le contrôle des équipements qui ne peuvent raisonnablement être reproduits dans un délai acceptable, l'accès aisé ou privilégié à des ressources financières, ou une intégration verticale, des parts de marché situées entre 40 et 50 % (parfois même entre 30 et 40 %) peuvent donner lieu à la constatation d'une position dominante ; pour une part de marché inférieure à 30 %, ces circonstances complémentaires doivent déjà revêtir un caractère exceptionnel pour l'on puisse encore parler de position dominante.³⁴²

Scénario 1. Le blocage de l'accès de l'utilisateur à du contenu, à des applications ou à des appareils

La pratique la plus problématique pour un fournisseur de contenu, d'applications ou d'appareils, est celle qui voit le fournisseur d'accès à Internet bloquer entièrement l'accès aux produits en question. Les abonnés de ce fournisseur d'accès Internet ne peuvent plus consulter ces contenus ou ces applications (que l'on pense à Netflix, Skype ou WhatsApp) et ils se voient contraints de faire appel aux services propres ou aux services affiliés (vocaux, vidéo, etc.) de leur fournisseur d'accès. Ce dernier peut ainsi garantir ses propres revenus en isolant une partie du public des fournisseurs concurrents de contenu ou de services, que cela soit de manière permanente (lorsque l'utilisateur n'emploie qu'un seul abonnement Internet, par exemple son abonnement au câble à domicile), ou de manière temporaire (lorsque l'utilisateur emploie plusieurs abonnements – par exemple DSL et 3G, et celui de son employeur sur son lieu de travail).

Pour autant qu'un certain nombre de conditions soient remplies, un tel blocage par un fournisseur d'accès peut être qualifié de refus de vente ou de refus de livraison, ou de refus d'accès à une facilité essentielle parce que le fournisseur d'accès, par son

³³⁹ Une part de marché importante peut en effet être fragile, par exemple si l'on s'attend à ce qu'une hausse du prix fasse apparaître immédiatement de nouveaux intervenants sur le marché, si bien que l'entreprise concernée ne peut plus être considérée comme dominante.

³⁴⁰ Depuis l'arrêt *Akzo*, la norme des 50 % est citée comme *obiter dictum* et ce seuil est utilisé comme une sorte de charnière : au-delà, une présomption, même si elle n'est pas irréfragable, de position dominante prévaut ; en dessous de ce seuil, des indications complémentaires sont nécessaires pour démontrer l'existence d'une position dominante. Voir à ce sujet : Jacques STEENBERGEN, "Van gebruik naar marktpositie naar misbruik van machtspositie, en terug?", *SEW* 2002, 241-243.

³⁴¹ Une concurrence effective ou potentielle peut faire défaut lorsqu'il existe un fossé important entre la part de marché de l'entreprise dominante est celle de ses principaux concurrents, lorsque le marché est caractérisé par des obstacles considérables à l'entrée.

³⁴² La Cour de justice indique expressément qu'une très faible part de marché (*in casu* 6 à 7 %) sur un marché de produits aisément interchangeables exclut une position dominante; CJCE 25 octobre 1977 (Metro-SB-Grossmärkte), n° 26/76, *Jur. CJCE* 1977, 1875, § 17.

blocage, empêche le fournisseur de contenu d'atteindre les utilisateurs finaux et ce faisant l'exclut du marché du contenu.³⁴³ Dans la jurisprudence européenne (*Bronner, Microsoft...*)³⁴⁴, les conditions qui ont été avancées pour parler d'un abus sont en gros les suivantes :³⁴⁵

- l'accès à la plate-forme du fournisseur d'accès Internet doit être incontournable pour que le fournisseur de contenu puisse atteindre les utilisateurs finaux ;
- le fournisseur d'accès Internet dispose d'une position forte sur le marché (en amont) (de l'accès à Internet) ;
- le blocage du fournisseur de contenu permet aux fournisseurs d'accès Internet d'éliminer, ou au moins de limiter la concurrence sur le marché (en amont) du contenu ;
- le refus empêche l'introduction d'un nouveau produit pour lequel il existe du côté des consommateurs une demande potentielle, ou bien limite le développement technologique ;
- il n'existe aucune justification objective au refus d'accès.

Une justification objective au refus d'accès peut résider dans l'obligation légale pour le fournisseur d'accès à Internet de bloquer certains contenus, par exemple pour cause de violation des droits de propriété (intellectuelle), s'agissant par exemple des violations concernant des œuvres protégées par le droit d'auteur, ou en raison d'une atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Il en découle en outre que le blocage de contenu, de services ou d'appareils par un fournisseur d'accès à Internet ne peut être considéré comme une atteinte à l'interdiction de l'abus de position dominante que dans des circonstances exceptionnelles, d'autant plus que les cours européennes ont placé fort haut le seuil du critère du caractère incontournable.³⁴⁶ Si toutefois l'on admet l'analogie avec le marché de détail pour les services vocaux (*supra*), il n'est pas inconcevable d'argumenter qu'il n'existe pas d'alternative technique autre que la plate-forme du

³⁴³ Même s'il existe dans le cadre du droit européen de la concurrence une controverse sur ces thèmes, voir : F. Chirico, I. van der Haar et P. Larouche, *Network Neutrality in the EU*, TILEC Discussion Paper (DP 2007-30), septembre 2007, p. 37 (notes de bas de page 116 et 117), <http://ssrn.com/abstract=1018326>.

³⁴⁴ CJCE, 26 novembre 1998, (*Bronner*), n° C- 7/97, *Jur. CJCE* 1998, I-7791; GEA, 17 septembre 2007, (*Microsoft v. Commission*), n° T- 201/04, *Jur. CJCE* 2007, II- 3601.

³⁴⁵ Dans le cadre de la présente étude, il est impossible d'analyser de manière suffisamment nuancée la doctrine sur le refus de vente et les facilités essentielles qui constituent l'un des thèmes de discussion les plus controversés au sein du droit de la concurrence et sur lequel la jurisprudence est encore en pleine évolution. Nous nous voyons par conséquent contraints de présenter certaines affaires dans des termes très généraux.

³⁴⁶ En principe, le caractère incontournable signifie que l'équipement ne peut être reproduit de manière économiquement rentable, si bien que l'accès à l'équipement en général (donc pas seulement pour l'entreprise demanderesse, mais aussi pour tous les concurrents potentiels) revêt un caractère essentiel pour pouvoir être compétitif sur le marché concerné (essentiel signifie que le refus d'accès conduirait à ce que l'entreprise demanderesse ne puisse offrir ses services ou ne puisse le faire qu'à des conditions qui économiquement ne sont pas tenables).

fournisseur d'accès à Internet pour atteindre un utilisateur déterminé à un lieu déterminé et à un moment déterminé.

Scénario 2. La fourniture d'un accès à des contenus, des applications et des appareils à des conditions inégales

Si les premiers cas de gestion du réseau qui avaient donné lieu à un débat sur la neutralité du réseau ont généralement concerné le blocage intégral de contenus ou d'applications (que l'on pense au cas de Madison River ou de ComCast aux États-Unis, où respectivement les services VOIP et peer-to-peer avaient été bloqués), l'utilisation de conditions de prix et de conditions contractuelles discriminatoires peut à terme susciter davantage de préoccupations. En pareil cas, les contenus et les applications non affiliés ne sont pas exclus, mais les contenus et les applications affiliés sont offerts à des conditions plus favorables (livraison meilleure et plus rapide, exonération des limites maximales de capacité imposées, etc.).

L'offre à des conditions inégales de l'accès à des contenus, des applications ou des appareils (via une dégradation sélective ou l'attribution de priorités à certaines parties et non à d'autres) peut, sous certaines conditions, être considérée comme une atteinte au droit de la concurrence. L'article 3, second alinéa, 3^o LPCE utilise en effet - comme l'article 102 TFUE - le fait d' « *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* » comme un exemple explicite d'abus de position dominante.

Dans *TeliaSonera*, la Cour de justice a indiqué clairement que les conditions citées pour prouver un refus illicite de livraison ne doivent pas trouver à s'appliquer dans l'évaluation du caractère illicite de la livraison à des conditions défavorables.³⁴⁷ De manière assez paradoxale, cela implique que les pratiques les plus préjudiciables (blocage) seront soumises à un critère d'appréciation plus strict suivant l'article 3 LPCE - article 102 TFUE, que des pratiques moins préjudiciables (l'application par le fournisseur d'accès Internet de conditions moins favorables aux fournisseurs non affiliés de contenus ou de services).

L'article 3, second alinéa, 3^o LPCE n'impose pas une égalité absolue de traitement. Même les entreprises dominantes doivent continuer à disposer d'une certaine marge pour adapter leur comportement commercial au marché et à la situation du moment. Cependant, une entreprise dominante ne peut pas s'efforcer de tirer, sans limitation, davantage du marché que celui-ci ne peut supporter.³⁴⁸ Lorsque la discrimination a pour but ou pour conséquence que certains partenaires commerciaux sont désavantagés pour ce qui concerne leur position concurrentielle, l'interdiction de l'article 3 LPCE peut trouver à s'appliquer si la concurrence se trouve ainsi limitée.

³⁴⁷ CJCE, 17 février 2011, (*TeliaSonera*), n^o C- 52/09, *Jur. CJCE* 2011, I- 527; P. Larouche, "Five Neglected Issues about Network Neutrality", in A. Strowel (ed.), *Net Neutrality in Europe -- La neutralité de l'Internet en Europe*, Larcier, Collection de l'IEE de l'USL, 2013, sous presse, p. 84.

³⁴⁸ D. Vandermeersch, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 226, avec renvoi à CJCE, 14 février 1978 (*United Brands*), n^o 27/76, *Jur. CJCE* 1978, 207, n^o 227.

Autrement dit, le comportement commercial de l'entreprise dominante ne peut pas fausser le marché en amont ou en aval. Concrètement : les fournisseurs d'applications qui concluent une convention avec un fournisseur d'accès à Internet dominant ne peuvent, consécutivement à leurs transactions avec ce dernier, tirer aucun avantage ou désavantage au niveau de la concurrence qu'ils se livrent mutuellement.³⁴⁹

Toutefois, lorsque le fournisseur d'accès à Internet peut justifier l'inégalité de traitement par des *motifs économiques objectifs*, aucune violation ne pourra lui être reprochée. Tout comme dans le cas du refus de livraison (*supra*), il convient donc d'établir une distinction entre la situation où le comportement fait partie d'un plan du fournisseur d'accès à Internet visant à introduire une discrimination entre des fournisseurs de contenu ou des utilisateurs, d'une part, et la situation où ce comportement est induit/peut être justifié par d'autres considérations (par exemple techniques ou juridiques).

C.2. Article 95 LPMC : interdiction de la concurrence déloyale

L'article 95 LPMC concerne les comportements d'entreprises dominantes ou non, et prévoit comme norme ouverte une interdiction générale des pratiques commerciales B2B³⁵⁰ déloyales (« concurrence déloyale »). Il n'existe pas, dans le cadre de l'article 95, de liste établie de comportements interdits, mais le juge examinera *in concreto* si une certaine pratique doit être considérée comme honnête ou déloyale.³⁵¹ Tout comme les articles 1382-1383 Code civil (qui se trouvent à la base de la protection contre les pratiques commerciales B2B déloyales),³⁵² l'application de l'article 95 LPMC suppose trois éléments. L'article est en effet d'application si, en raison d'un acte d'une entreprise qui est contraire aux pratiques honnêtes du marché (*faute*), les intérêts professionnels d'une autre entreprise sont ou peuvent être préjudiciés (*dommage (potentiel), présentant un lien de causalité avec la faute*). La bonne ou la mauvaise foi de l'entreprise qui agit à l'encontre des usages honnêtes du marché n'est pas un élément pertinent.³⁵³

Le champ d'application de cet article ne se limite pas aux pratiques commerciales déloyales entre des entreprises qui sont mutuellement concurrentes (même si le gros de la jurisprudence concerne de telles situations). Il peut s'agir par exemple de formes de « concurrence parasitaire » (consistant à profiter illégitimement des prestations d'autres entreprises, par exemple en utilisant un nom commercial, un slogan ou un emballage identiques ou analogues), ou des formes d' « adultération du marché » (par exemple la distribution gratuite de biens dans le voisinage d'une entreprise qui doit

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 228.

³⁵⁰ *Business-to-business* (par opposition aux pratiques commerciales déloyales B2C qui se situent dans le cadre des relations *business-to-consumer*).

³⁵¹ G. Ballon, *De wet marktpraktijken – Een eerste commentaar*, Kluwer, 2011, p. 214; C. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, Kluwer, 2011, 644 p.

³⁵² J. Stuyck, *Handelspraktijken in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Mechelen, Story-Scientia, 2003, 1, n° 1.

³⁵³ Cass. 31 janvier 1992, *Jaarb. Handelspraktijken 1992*, 259; *RW 1991-92*, p. 1369.

vivre de la vente des biens en question), ou des formes de « concurrence illégale » (lorsqu'une entreprise, en ne respectant pas des dispositions légales – par exemple en matière de normes environnementales de sécurité, ou en matière publicitaire, etc. – obtient un avantage concurrentiel et porte de cette manière atteinte aux intérêts professionnels d'autres entreprises). Ce dernier élément implique que l'action en cessation fondée sur la LPMC peut être aussi utilisée contre un abus de position sur le marché.

Cependant, une convention, ou un comportement, qui est conforme aux articles 2-3 LPCE et 101-102 TFUE, ne peut pas être considérée comme contraire aux pratiques honnêtes du marché. C'est ce que l'on appelle l'effet limitatif du droit de la concurrence, qui fait que l'on ne peut pas interdire quelque chose comme étant de la « concurrence déloyale » lorsqu'elle est autorisée comme « libre concurrence »³⁵⁴ : les intérêts individuels qui sont protégés par la LPMC (précédemment : LPCC) ne peuvent avoir un recours contre un comportement concurrentiel que dans la mesure où ce comportement gêne le bon fonctionnement du marché et porte donc préjudice à l'intérêt économique général au sens de la LPCE.³⁵⁵ Dans son arrêt du 7 janvier 2000, la Cour de Cassation a mis fin au débat, vieux de plusieurs années, au sein de la jurisprudence et de la doctrine, sur le rapport hiérarchique entre les deux normes de droit, tout en apportant une nuance importante : « *un comportement d'une entreprise qui limite la concurrence mais qui est autorisé tant du point de vue du droit européen de la concurrence que de la législation belge sur la concurrence, ne peut être interdit sur la base de l'obligation du respect des usages honnêtes dans les affaires commerciales, lorsque la violation prétendue de ces usages honnêtes réside exclusivement dans une limitation de la concurrence entre les clients* ».³⁵⁶

Lorsque dans le comportement répréhensible, on distingue un autre élément que la limitation de la concurrence, ce comportement, quoique compatible avec le droit de la concurrence, peut cependant être considéré comme une pratique commerciale déloyale (par exemple lorsque la vente à perte pratiquée temporairement par une entreprise dominante pour attirer les clients s'accompagne d'actions trompeuses).

³⁵⁴ D. Mertens, "Onrechtmatige mededinging: Artikel 95 LPMC", in Jura Falconis (ed.), *De wet marktpraktijken en consumentenbescherming toegepast*, Intersentia, 2012, p. 102, avec renvoi à : R. Van Den Bergh, "Over de mededingingsbeperkende werking van de wet handelspraktijken of het verhaal van concurrenten die tegen de concurrentie beschermd willen worden", *EST*, 1980, p. 421.

³⁵⁵ Cf. H. De Bauw, "Onrechtmatige mededinging en vrije concurrentie. Over de wisselwerking tussen de Wet Handelspraktijken en de Wet Economische Mededinging", *T.B.H.* 1992, p. 693 (682-699). Sur la différence d'objectifs de la LPCE et de la LPMC (précédemment LPCC), qui *grosso modo* sont estimés porter sur la protection de l'intérêt général résidant dans une libre concurrence et sur celle des intérêts des concurrents, et sur le caractère relatif de cette distinction, voir : E. Terryn, "Verkoper, consument en de beperkende werking van de W.E.M. op de W.H.P.C.", (note sous Prés. Comm. Bruxelles 28 mai 1999 et Prés. Comm. Bruxelles 3 juin 1999), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1999, p. 637-640 (629-647). Voir aussi : conclusions avocat général X. De Riemaeker dans Cass. 7 janvier 2000, *R.W.* 1999-2000, p. 1269-1272, qui analyse les différents objectifs des lois à l'aide des travaux parlementaires préparatoires, mais qui ne conclut pas que la LPCE devrait prévaloir par rapport à la LPCC (aujourd'hui LPMC).

³⁵⁶ Cass. 7 janvier 2000 (*Multipharma Group/Louis Widmer*), *Arr. Cass.*, 2000, p. 40, *Jaarb. Handelspraktijken* 2000, p. 405; *RCJB* 2001, p. 429, note J. Stuyck; *RW* 1999-2000, 1269, concl. av.-gén. De Riemaeker; *TBH* 2000, p. 369, note D. Vandermeersch.

Dans d'autres formes d'abus de droit également, la doctrine de l'effet limitatif est battue en brèche et le critère des pratiques loyales du marché demeure d'application. C'est ainsi qu'un refus de vente ou une discrimination en matière de conditions contractuelles par une entreprise ne disposant pas d'une position dominante sur le marché sont encore illicites lorsque l'intérêt de la partie qui refuse n'est pas proportionnel au préjudice subi par la victime.³⁵⁷

Suivant les critères généraux de l'abus de droit en cas de refus de vente, il est admis qu'il est question d'abus de droit lorsque le fournisseur n'a *pas d'intérêt* au refus (autrement dit qu'il a seulement l'intention de nuire³⁵⁸) ou lorsque le refus crée un *déséquilibre manifeste* entre les intérêts des parties (autrement dit, que le préjudice causé est sans proportion par rapport à l'avantage recherché ou obtenu par l'auteur du refus³⁵⁹)³⁶⁰. L'application concrète de la doctrine de l'abus de droit lors d'un refus de vente débouche sur des résultats très diversifiés.³⁶¹ Certains tribunaux et cours pratiquent une approche plutôt « stricte » et considèrent le refus de vente comme illicite si l'auteur du refus ne peut présenter de justification objective.³⁶² D'autres ont tendance à ne considérer le refus de vente comme illicite que dans des circonstances très exceptionnelles et font porter la charge de la preuve à la victime, pour démontrer l'existence de circonstances particulières qui rendent leur refus illicite.³⁶³

En d'autres mots, la LPMC fournit dans certaines circonstances une base légale pour intervenir contre des fournisseurs d'accès à Internet qui bloqueraient certains contenus ou applications ou qui ne fourniraient l'accès qu'à des conditions inégales (dégradation ou établissement de priorités), même lorsque ces fournisseurs ne possèdent pas une position dominante sur le marché.

³⁵⁷ D. Mertens, "Onrechtmatige mededinging: Artikel 95 LPMC", in Jura Falconis (ed.), *De wet marktpraktijken en consumentenbescherming toegepast*, Intersentia, 2012, p. 104.

³⁵⁸ La pure intention de nuire découle de l'absence d'intérêt ; J. Stuyck, I. Buelens & D. Counye, "Verkoopsweigering en eerlijke handelsgebruiken", *T.B.H.* 1995, p. 795 (788-804).

³⁵⁹ CASS. 30 janvier 1992, *R.W.* 1993-94, 1023, note, *R.C.J.B.* 1994, p. 185-240, note P. A. Foriers. Pour des applications dans la sphère du refus de vente: BRUXELLES 15 septembre 1999, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1999, 2000*, 894-898; ANVERS 22 novembre 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1995*, 345.

³⁶⁰ Le droit de ne pas contracter est en effet exercé dans ce cas d'une manière qui dépasse manifestement l'exercice normal de ce droit par une personne prévoyante et prudente ; cf. CASS. 10 septembre 1971, *R.W.* 1971-72, p. 321-336, concl. W. Ganshof van der Meersch, note.

³⁶¹ Pour une illustration dans le secteur des communications, voir par exemple l'analyse de la jurisprudence sur l'approvisionnement des marchands de journaux in P. Valcke, *Digitale Diversiteit – Convergentie van Media-, Telecommunicatie- en Mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, 2004, p. 675 e.v.

³⁶² Par exemple Bruxelles 17 mai 1990, *T.B.H.* 1991, p. 448-460, note D. Putzeys; PRÉS. COMM. Verviers 1 octobre 1992 (Bienfait/La Presse Vervietoise), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1992*, p. 364-366.

³⁶³ Le fait que la charge de la preuve en vue de démontrer le caractère illicite d'un refus de vente repose sur la partie demanderesse a été explicitement soutenu dans: ANVERS 22 novembre 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1995*, p. 345-357, note R. De Wit; et PRÉS. COMM. NAMUR 28 octobre 1992, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1992*, p. 372-379.

D. Synthèse

En résumé, on peut conclure que - comme les dispositions européennes dont elles découlent - les règles belges en matière de concurrence libre et loyale (LPCE et LPMC) offrent des bases légales pour combattre des pratiques répréhensibles de fournisseurs d'accès à Internet (dominants ou non) à l'égard de fournisseurs de services de contenu, d'applications et/ou d'appareils.

Il convient de redire que les comportements jugés problématiques peuvent également être combattus ou même empêchés sur la base d'autres dispositions qui ont été examinées plus haut, comme les dispositions sectorielles spécifiques en matière de communications électroniques³⁶⁴ et/ou les dispositions en matière de commerce électronique.³⁶⁵

La probabilité de voir un fournisseur d'accès à Internet adopter un comportement présumé anticoncurrentiel, considéré comme un abus dans le contexte des règles de la concurrence, sera d'autant plus importante dans la mesure où la concurrence sur les marchés des accès à Internet à large bande est limitée, dans la mesure où les coûts du changement de fournisseur sont élevés pour les utilisateurs, et dans la mesure où la transparence sur les conditions (réelles) du service d'accès à Internet à large bande offert est limitée. C'est précisément dans ces trois domaines que la législation sectorielle spécifique en matière de commerce électronique a été récemment adaptée au niveau national, conformément à la nouvelle approche européenne. Il convient dès lors de recommander d'examiner d'abord l'effet de ces modifications avant de prévoir d'autres interventions législatives. Sur ce dernier point, il convient en effet toujours de se demander s'il existe tout simplement une réelle menace de perturbation sérieuse du fonctionnement normal du marché et si, en cas d'intervention éventuelle (préventive) des autorités, le risque d'une *regulatory failure* n'est pas plus grand que le risque d'une éventuelle *market failure*.

³⁶⁴ Voir partie 1 du présent chapitre.

³⁶⁵ Voir partie 2 du présent chapitre.

4. Neutralité du réseau et protection des données à caractère personnel

La gestion du trafic implique nécessairement le traitement de données et certaines d'entre elles sont susceptibles de tomber sous le champ d'application de la législation relative à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel. Par exemple, l'adresse IP, qui permet à une donnée de transiter sur les réseaux, est considérée comme étant une donnée à caractère personnel³⁶⁶. Ce faisant, l'adresse IP ne peut être traitée que dans le respect de la loi « Vie Privée »³⁶⁷ et des arrêtés royaux pris en exécution de celle-ci.

Dans son avis de 2011, le CEPD a souligné que « *le filtrage, le verrouillage et l'inspection du trafic du réseau soulèvent d'importantes questions, souvent méconnues ou passées sous silence, concernant la confidentialité des communications et le respect de la vie privée des individus et de leurs données à caractère personnel lorsqu'ils utilisent l'internet. Par exemple, certaines techniques d'inspection supposent de surveiller le contenu des communications, les sites web visités, les courriels envoyés et reçus, et à quel moment, etc., ce qui permet de filtrer les communications. Il se peut qu'en inspectant les données de communication, les FSI violent la confidentialité des communications, droit fondamental garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, la «CEDH») et les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, la «Charte»). La confidentialité est en outre protégée par le droit dérivé de l'UE, à savoir l'article 5 de la directive «vie privée et communications électroniques»* »³⁶⁸.

En effet, il existe également d'autres règles prévues dans la LCE qui viennent compléter le régime de la protection des données à caractère personnel dans le domaine des communications électroniques. Parmi ces règles, figure notamment l'article 124 :

« S'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes directement ou indirectement concernées, nul ne peut :

1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement ;

³⁶⁶ Voyez par exemple à cet égard l'avis N° 19 de la CPVP du 12 juillet 2006, disponible sur : http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_19_2006_0.pdf

³⁶⁷ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 (ci-après : loi « vie privée »).

³⁶⁸ Contrôleur Européen de la Protection des Données, Avis du Contrôleur européen de la protection des données du 7 octobre 2011 sur la neutralité de l'internet, la gestion du trafic et la protection de la vie privée et des données personnelles, *J.O.U.E.*, C 34/1, 8 février 2012 (avis du CEPD "neutralité de l'Internet et protection des données"), points 5-6.

2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu ;

3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne ;

4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non »³⁶⁹.

L'article 124 LCE prévoit un principe qui consacre le secret des communications transitant sur les réseaux. Ce principe est formulé de manière large quant à ces destinataires : doivent, entre autres, être compris dans le champ de cette obligation les opérateurs de réseaux et les fournisseurs d'accès à Internet. Dès lors, par exemple, lorsqu'un fournisseur d'accès à Internet prend connaissance d'un contenu qui ne lui est pas destiné, celui-ci commet une infraction au regard des règles spécifiques prévu par la LCE.

Cependant, l'article 125 de cette même loi prévoit des exceptions à ce principe en son paragraphe premier :

« § 1er. Les dispositions de l'article 124 de la présente loi et les articles 259bis et 314bis du Code pénal ne sont pas applicables :

2° lorsque les actes visés sont accomplis dans le but exclusif de vérifier le bon fonctionnement du réseau et d'assurer la bonne exécution d'un service de communications électroniques »³⁷⁰.

Cette exception bénéficie à toute personne (opérateur ou fournisseur d'accès à Internet) qui traite les données dans le but de vérifier le bon fonctionnement de son réseau ou de s'assurer de la bonne exécution de son service de communications électroniques.

Par contre, peut-on dire qu'une telle exception puisse bénéficier à un opérateur de réseaux (ou fournisseur d'accès à Internet) lorsque celui-ci traite les données que ses abonnés envoient sur le réseau dans le but de discriminer certains contenus au profit d'autres (ou, tout simplement, de gérer le trafic) ? La réponse sera oui, à partir du moment où la gestion de trafic aura pour but de permettre à l'opérateur de réseaux de s'assurer de la bonne exécution de service de communications électroniques qu'il fournit. Concrètement, si un opérateur de réseaux souhaite prévenir la congestion de ses réseaux, cette exception lui permettrait de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne afin de réorienter le trafic de manière utile par exemple.

³⁶⁹ Art. 124 LCE.

³⁷⁰ Art. 125 LCE.

Cependant, le commentaire d'articles de la loi du 10 juillet 2012 précise que « *les exceptions au principe de l'article 124 doivent être interprétées restrictivement* »³⁷¹, ce qui veut dire que seuls les cas visés dans l'article 125, sans préjudice d'autres dispositions qui prévoiraient également des exceptions³⁷², peuvent servir d'exceptions à ce principe. Si les données venaient à être traitées pour d'autres raisons que celles vues précédemment, l'opérateur ou le fournisseur perdrait le bénéfice de cette exception et viendrait à enfreindre le secret des communications électroniques.

³⁷¹ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, no 53-2143/1, p. 77.

³⁷² Par exemple, le troisième point de l'article 124 prévoit en lui-même des exceptions concernant les articles 122 et 123, qui concerne respectivement les données de trafic et les données de localisation.

Chapitre III : Aspects économiques de la neutralité du réseau

1. Introduction

Comme mentionné dans l'offre, les parties 2 et 4 de l'appel d'offres seront traitées conjointement dans ce troisième chapitre, consacré aux aspects économiques et de gestion de la neutralité du réseau (NN). Les questions relatives au droit de la concurrence sont traitées dans le chapitre juridique du présent rapport.

L'objectif de ce chapitre consiste à partir de l'identification des principaux facteurs généraux qui déterminent les tensions industrielles qui orientent les discussions sur la neutralité du réseau. La description détaillée du cadre théorique a été placée en annexe, pour limiter la longueur de l'analyse pour le lecteur. Cette annexe « Cadre théorique : Internet comme marché de plate-forme double » présente une description de l'ensemble du réseau de valeur de l'écosystème Internet, avec tous les rôles et tous les acteurs opérationnels concernés, et les services et flux financiers qui circulent entre ces acteurs. L'importance des plates-formes et des marchés bidimensionnels pour l'écosystème Internet est également mise en lumière. Les marchés des plates-formes bidimensionnelles sont essentiels dans la discussion sur la neutralité du réseau parce que, pour des raisons de dominance industrielle, toute une série de formes de hiérarchisation injustifiée du trafic IP pourraient apparaître dans le chef des acteurs qui exercent le contrôle à d'autres niveaux de l'architecture Internet, par exemple le niveau des applications pour les smartphones.

Dans cette section, nous construisons notre opinion relativement à l'existence possible de dérogations à la neutralité du réseau, et aux cas dans lesquels ces dérogations sont ou non défavorables pour le consommateur ou pour l'innovation. Pour éviter que l'analyse ne débouche sur une prise de position trop générale sur les conséquences de la présence ou de l'absence de certaines formes de neutralité imposée du réseau, il est tenu compte des caractéristiques spécifiques du paysage du secteur en Belgique et de cas d'espèce. L'information sur les cas industriels est collectée au moyen d'une étude théorique et d'interviews avec les principaux protagonistes (fournisseurs de réseaux, acteurs des médias, fournisseurs de logiciels, organisations de consommateurs). L'écosystème Internet est ici présenté de manière concrète dans le cas de la situation belge, en accordant une attention particulière à la **viabilité** de l'ensemble de l'écosystème, à l'impact sur la **liberté du commerce** de tous les acteurs concernés et sur la **liberté de choix** du consommateur belge de services Internet.

2. La neutralité du réseau dans une économie de plate-forme

A. Définition de la neutralité du réseau

On suit ici la définition de la neutralité du réseau du BEREC telle qu'elle a été introduite dans la publication *BEREC Guidelines on Net Neutrality and Transparency: Best practices and recommended approaches* (octobre 2011) :

“Net neutrality [is] the principle that all electronic communication passing through a network is treated equally.” (BEREC 2011, p. 7)

Un réseau caractérisé par **la neutralité pure du réseau** est un réseau régi par le principe absolu *a-bit-is-a-bit*, donc dans lequel tous les paquets IP — indépendamment de l'expéditeur, du contenu ou du destinataire — bénéficient de la même priorité. Lors des pics de congestion du réseau, les paquets IP sont traités sur une base « premier arrivé, premier servi ». Il convient de mentionner que la neutralité du réseau dans cette forme la plus pure n'existe pas une fois que des fournisseurs de contenu ou d'applications (par exemple Google pour son service YouTube) investissent dans l'amélioration de leurs propres services. L'objectif de cette définition de travail de la neutralité du réseau consiste, sur cette base, à pouvoir donner une description de l'impact qu'une réglementation de la neutralité du réseau pourrait avoir sur le consommateur d'une part, et sur le degré d'innovation dans l'écosystème Internet d'autre part.

Dérogation à la neutralité du réseau. Il est question d'une dérogation au principe de pure neutralité du réseau une fois qu'une *managed lane* est créée, si bien qu'au moment de congestion, des paquets IP sont traités de manière « avantageuse » ou « prioritaire », alors que les paquets non prioritaires sont laissés en attente. Il est question d'une *forte* dérogation au principe de pure neutralité du réseau si certains services ou protocoles sont systématiquement et intégralement bloqués.

Dans l'ensemble de ce document, nous évitons tout jugement de valeur en ne parlant pas automatiquement de « violation de la neutralité du réseau » mais, de manière systématique, de « dérogations à la neutralité du réseau ». Nous distinguons en effet des dérogations positives et négatives à la neutralité du réseau.

Les livres blancs du secteur « cadrent » souvent immédiatement la discussion sur le caractère souhaitable de la neutralité du réseau. Selon l'angle d'attaque « industriel » choisi par ces opinions, les dérogations à la neutralité du réseau sont définies comme des « violations » ou des « améliorations ». Dans notre analyse, nous partons des nombreux cas cités de « dérogations au pur principe end-to-end d'Internet », pour aboutir au « caractère souhaitable de ces dérogations du point de vue du consommateur ». Nous partons cependant du présupposé qu'un blocage intégral de certains services ne sera pas autorisé juridiquement ou constituera sur le plan économique une option absurde. Dans les pages qui suivent, on examinera si les

signaux des prix (c'est-à-dire le fait de permettre que des acteurs industriels introduisent un modèle de « tiered pricing ») peuvent perturber l'expérience du consommateur et par ricochet l'écosystème industriel.

La question essentielle du point de vue économique pour le consommateur est de savoir si au-delà de toutes fioritures, le consommateur devra ou non payer *pour une expérience Internet rendue variable* et s'il recevra quelque chose ou non en échange.

B. Définitions : « double lane Internet » et « investir »

Le concept utilisé ici sous le terme « investir » est défini de manière relative par rapport à un degré zéro correspondant à l'investissement permanent que les opérateurs consentent dans tous les cas pour améliorer leur réseau, comme en témoignent les vitesses toujours plus élevées qui sont atteintes et offertes sur le marché belge.

Investir est ici synonyme de l'investissement qui va **au-delà** du développement permanent de l'Internet *public lane*. Nous n'attribuons aucun jugement de valeur à cet investissement complémentaire en ne lui donnant pas à l'avance une connotation positive ou négative.

La définition de l'investissement qui est utilisée ici est notamment inspirée par la réponse du BEREC à la question 5 de la consultation de la Commission européenne de 2011³⁷³, et par un rapport de 2011 demandé par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen³⁷⁴.

Extrait de la réponse du BEREC, p. 9-10:

"Meilleur effort" ('best effort') signifie qu'il n'y a pas de niveau de performance garanti (ni priorité, ni une garantie pour que les données soient livrés à destination), sans que cela implique nécessairement une qualité basse. Le principe général est que toutes les demandes de trafic sont acceptées [...]. Dans les cas où la capacité maximale de transport est atteinte, il en résultera une diminution globale de la qualité. Des réseaux "meilleur effort" ("best effort") comme l'Internet utilisent également des fonctions de gestion du trafic, bien que moins rigoureux et sophistiqués que dans l'environnement des services gérés ("managed services"), afin de contrôler le flux de données dans les réseaux.

Les 'services gérés' ('managed services') sont conçus pour fournir des caractéristiques garanties (par exemple une qualité de bout en bout ou sécurité). Ces caractéristiques sont généralement énoncées dans les dispositions contractuelles. [...]

Une approche 'à deux voies' ('two lanes') fondée sur une distinction claire entre ces catégories est intéressante parce qu'une transparence devrait être demandée des opérateurs concernant la fourniture de ces deux types de service. En effet, l'Internet "meilleur effort" et services gérés doivent coexister et partager souvent les mêmes ressources d'infrastructure. Il est par conséquent important de permettre

³⁷³ BEREC Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 September 2010,

http://www.irg.eu/streaming/Bor_10_42_BEREC_response_ECconsultation_Net_neutrality_final.pdf?contentId=546969&field=ATTACHED_FILE .

³⁷⁴ S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter (2011) 'Network Neutrality: Challenges and Responses in the EU and in the US', May 2011, European Parliament IP/A/IMCO/ST/2011-02, PE457.369. URL: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201108/20110825ATT25266/20110825ATT25266EN.pdf> .

aux utilisateurs finaux (en ce compris les fournisseurs de contenus / applications / services) de choisir le type de service qui convient le mieux à leurs besoins. [...]".³⁷⁵

Le paragraphe suivant est extrait du rapport Marcus et al. 2011, tout comme la figure 12 :

"La coexistence de (services et applications) dans le domaine de l'internet public et des services gérés entraîne l'émergence de ce que l'on appelle le modèle à deux voies ('two lane model'). Dans le modèle à deux voies, la connexion d'accès à large bande d'un utilisateur final sert à fournir à ce dernier un service d'accès à l'internet et plusieurs services gérés."³⁷⁶

Figure 6: Two Lane model over a single broadband access

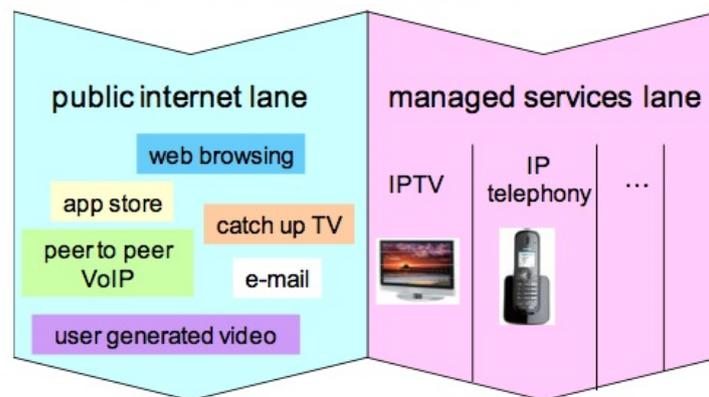


Figure 2 : Modèle « Two lane » par rapport à une seule connexion à large bande

Une première prémisse importante est que dans ce document, traitant de la discussion sur la neutralité du réseau, l'existence de **réseaux business-to-business**, avec leurs Service Level Agreements, est considérée comme **sortant du cadre du débat**. Il s'agit en effet ici de réseaux privés qui sont loués par des clients professionnels et où il existe de nombreuses dérogations aux principes de neutralité du réseau, qui seraient

³⁷⁵ Nous traduisons; comme tel dans le texte: "Best effort means that there is no guaranteed level of performance (nor priority nor a guarantee for the data to be delivered) without necessarily implying a low quality. The general principle is that all traffic demands are accepted [...]. In cases where the maximum transport capacity is reached this will result in an overall decrease of quality. Best effort networks like the Internet also use traffic management functions, although less stringent and sophisticated than in the managed services environment, to control the traffic flow in the networks. Managed services are designed to provide guaranteed characteristics (e.g. end-to-end quality or security). These characteristics are generally stated in contractual arrangements. [...] A 'two lane' approach based on a clear distinction of these categories is interesting because transparency should be requested from operators regarding the provision of these two types of service. Indeed, best effort Internet and managed services have to coexist and often share the same infrastructure resources. It is therefore important to enable end-users (including content/application/service providers) to choose the type of service that best suits their need. [...]".

³⁷⁶ J. S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter, *Neutralité des réseaux: défis et solutions au sein de l'Union européenne et aux Etats-Unis d'Amérique – Etude pour la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen*, Bruxelles, Parlement européen, 2011, p. 51. Disponible sous <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/imco/studiesdownload.html?languageDocument=FR&file=42791>.

inacceptables dans le cadre de l'Internet destiné aux consommateurs, comme le blocage intégral de domaines Internet publics et légitimes (comme YouTube, Facebook) que l'employeur ne considère pas comme essentielles pour les travailleurs dans l'exercice de leurs tâches professionnelles.

L'accent n'est mis dans ce document que sur l'expérience Internet telle qu'elle est proposée aux consommateurs particuliers, soit par des opérateurs, soit par des fournisseurs de services du secteur des médias ou des logiciels.

Sur la base des textes du BEREC, il est possible de distinguer trois scénarios possibles pour ce qui concerne le type de services Internet offerts au consommateur final (voir illustration ci-dessous). À gauche, on trouve la « public lane initiale », soit la situation zéro des investissements dans un réseau toujours plus rapide. Au milieu, un scénario où un opérateur investit dans une *managed lane* supérieure, où des services spécifiques peuvent être localisés qui sont transmis en priorité (en permanence, ou dans les moments de congestion du réseau). À droite, un scénario dans lequel l'opérateur ne crée pas de capacités complémentaires pour les *managed services*, mais où, au sein de la *public lane* de départ, il crée une *managed lane*, la *public lane* ne se voyant alors attribuer que le solde des capacités.



Figure 3 : Aperçu des différents scénarios

La création d'une *lane* supérieure, en plus des capacités existantes, est définie ici comme une situation où « **l'opérateur investit** », alors que la dégradation de la *public lane* pour pouvoir introduire une *managed lane* est définie ici comme un cas où « **l'opérateur n'investit pas** », comme illustré ci-dessous.

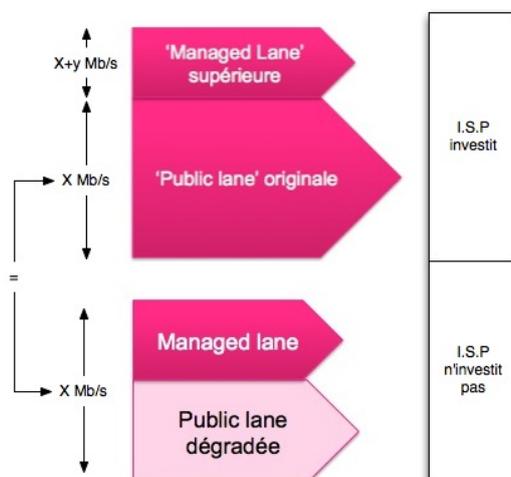


Figure 4 : Aperçu des différents scénarios

Cette définition offre l'avantage de mettre fortement en lumière les contrastes entre les prises de position des plus ardents partisans et adversaires d'une législation sur la neutralité du réseau. Les opposants de la réglementation trouvent que le développement d'un réseau *public lane* constitue déjà un investissement alors que nous soulignons que ces investissements sont en fait une donnée. Les partisans d'une réglementation forte de la neutralité du réseau omettent parfois de reconnaître que le développement d'une *managed lane* de qualité constitue également un investissement et que l'on peut au moins examiner de quelle manière cette *managed lane* peut stimuler aussi bien le surplus de clients que l'innovation.

Il convient de mentionner que la logique économique fondamentale des opérateurs sur le marché des consommateurs est de vendre autant que possible d'accès Internet et qu'ils n'ont par conséquent aucun intérêt à réduire leur *public lane*. Ce n'est que si les marges bénéficiaires ou l'intérêt stratégique de certains services sur la *managed lane* sont intéressants pour l'opérateur que peut naître un risque hypothétique de voir l'opérateur donner une place accrue à cette *managed lane* (temporairement³⁷⁷) au détriment de tous les autres services (qui doivent alors se battre pour gagner leur place sur la *public lane* à la capacité limitée), et cela pour pouvoir proposer en priorité certains services lucratifs ou stratégiques.

Ce problème cesse d'exister si cette hiérarchisation s'effectue à la demande du consommateur lui-même ou si la concurrence est suffisante pour que le consommateur puisse changer d'opérateur.

Une première structure en arbre des scénarios possibles peut être esquissée s'agissant de l'investissement des acteurs concernés et selon que ces coûts d'investissement sont (ou peuvent être) répercutés ou non sur le consommateur ou sur une tierce partie (« sponsor »).

En tenant compte de la littérature sur le marché des plates-formes, nous mentionnons les deux aspects caractéristiques du marché des plates-formes dans le cadre de l'écosystème Internet avec à gauche les **Internet Service Providers (ISP)** et au-dessus les **fournisseurs de services de contenu ou d'applications (CAP)**, qui chacun assurent les choix des investissements et le choix de répercuter ou non leur coût (donc : la génération de revenus). Leur capacité à répercuter ces coûts dépend bien entendu de la dynamique du marché relativement aux services qu'ils souhaitent introduire, comme du nombre d'autres concurrents pour un service analogue.

Le sponsor peut se situer de l'autre côté du marché (l'ISP sponsorise le CAP, ou vice versa), mais il peut également s'agir d'un acteur provenant de n'importe quel autre secteur. Concrètement, rien n'empêche par exemple une entreprise du secteur de l'énergie à supporter les coûts de tels services.

³⁷⁷ Sur le plan technique, le lien entre *managed lane* et *public lane* est dynamique : dans les pics de congestion, la priorité pourrait être donnée à certains paquets IP. L'existence d'une *managed lane* ne constitue donc pas une donnée statique.

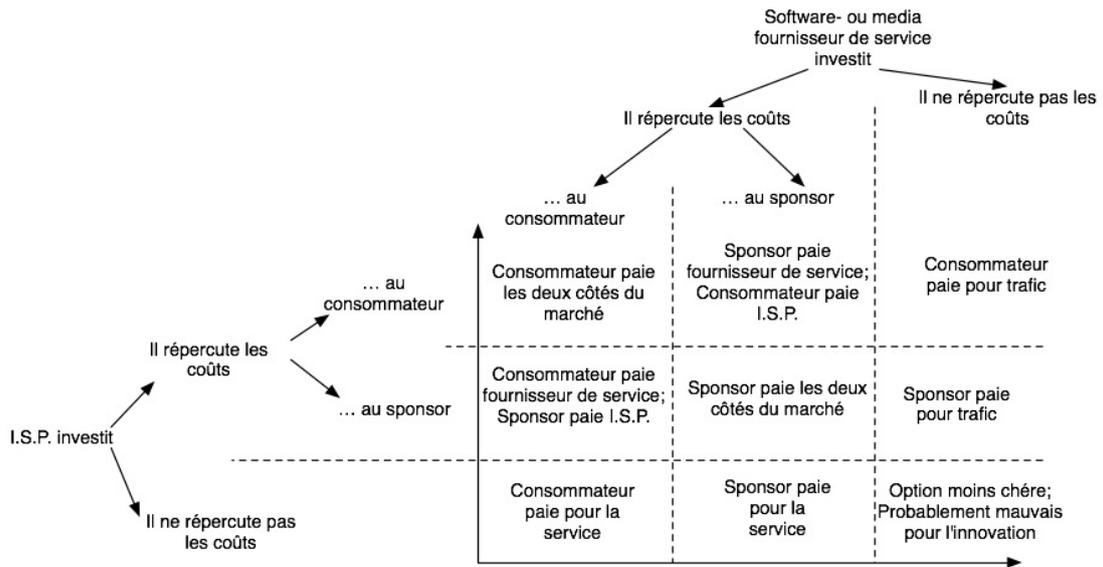


Figure 5: Aperçu des différents scénarios

Un service eHealth, par exemple, se retrouvera dans une case de ce schéma en fonction de la formule de l'offre (le client paye l'intégralité... La mutualité paye l'intégralité). Dans une perspective coûts-bénéfices, la meilleure option pour le consommateur est naturellement celle où ni le prestataire de service ni le fournisseur d'accès à Internet ne répercutent directement les coûts, mais soutiennent généralement ces services par le recours à la publicité. Plus on se dirige vers la droite du schéma, plus le risque d'une absence de viabilité économique pour les acteurs impliqués augmente (à moins que les autorités n'interviennent par des subventions et fassent donc office de sponsor).

Une seconde structure en arbre analogue peut être esquissée pour les scénarios négatifs dans lesquels les acteurs industriels concernés n'investissent pas dans l'amélioration de l'expérience vécue par le consommateur tout en essayant néanmoins de répercuter toujours davantage les coûts sur le consommateur ou sur un sponsor.

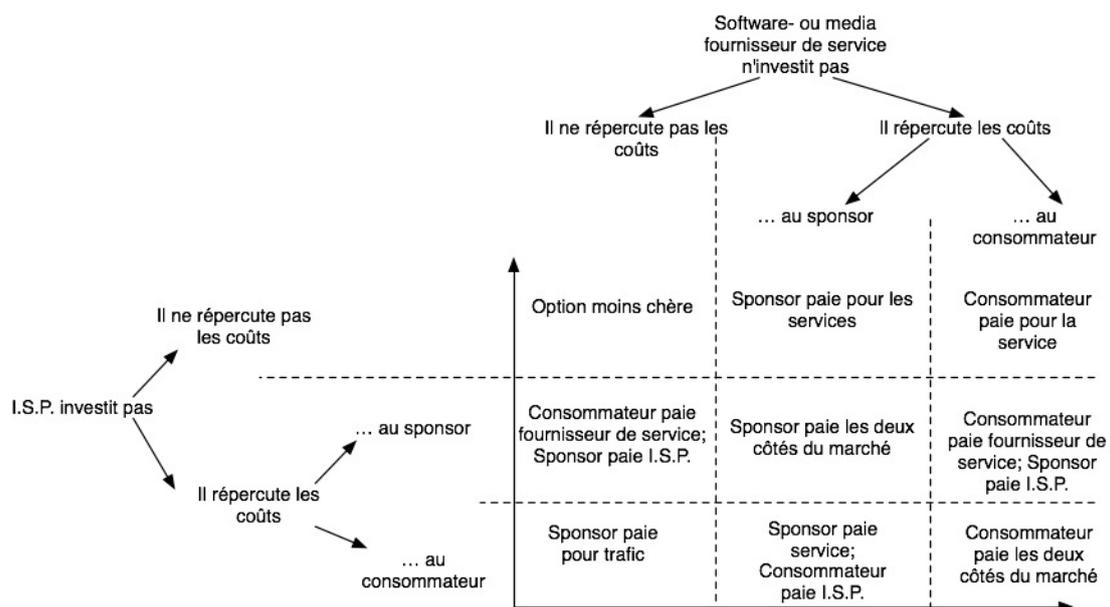


Figure 6 : aperçu des différents scénarios

Les tableaux suivants rassemblent ces deux structures en arbre dans un seul et même tableau d'ensemble. Dans ces tableaux, on part toujours du principe qu'une dérogation a lieu par rapport à une référence idéale de « neutralité intégrale du réseau », soit dans le chef du fournisseur du réseau, soit dans celui du fournisseur de média ou de logiciels. L'analyse débouche donc immédiatement sur la question de savoir si ces acteurs répercutent ou non la dimension variable de l'expérience Internet (en répercutant les coûts d'une meilleure *managed lane*).

Tout d'abord, dans les tableaux suivants, chaque cellule représente une relation entre plusieurs variables, où les autres variables sont considérées comme constantes, toutes choses étant égales par ailleurs. Par exemple, la présence ou non d'une récession économique aura un impact sur la relation entre l'investissement du supplément de revenu et une prestation supérieure des services.

Ensuite, les relations, pour des motifs de clarté et de contraste, sont souvent présentées sous forme binaire, alors qu'il existe tout un continuum de cas possibles entre « investit » et « n'investit pas ».

Troisièmement, un certain nombre de relations sont considérées comme linéaires, alors que dans certains cas, elles peuvent très bien présenter aussi une forme curvilinéaire.

En principe, pour chaque relation, un article scientifique et/ou une étude de cas illustrent l'interaction entre ces dimensions. Les tableaux se situent par conséquent à un niveau supérieur d'analyse par rapport aux cas distincts ou aux articles scientifiques qui examinent souvent une seule relation.

C. Coûts

Ce tableau présente les différentes combinaisons de coûts répercutés ou non sur le consommateur. Le vert s'applique au scénario le plus positif pour le consommateur ; le rouge au scénario le plus négatif. (Les couleurs sont également mentionnées dans les versions noir et blanc de ce document.) La structure même du tableau rend abrupte la transition entre les cellules, alors qu'en fait, une représentation tridimensionnelle aurait pu figurer ici, dans laquelle le point le plus profond correspond à la cellule verte (= plus faible coût pour le consommateur), et présentant des ramifications jusqu'aux quatre coins (= coût le plus élevé pour le consommateur). Voir les notes en bas de page pour une explication complémentaire.

		Fournisseur de contenu ou d'applications					
		Investit dans QoS/E		N'investit pas dans QoS/E			
		Répercute les coûts ³⁷⁸		Ne répercute rien	Répercute les coûts sans services améliorés		
		100 % au consommateur	100 % au sponsor	Coûts supportés en interne/pas de coûts supplémentaires	100 % au sponsor	100 % au consommateur	
I.S.P. investit dans une managed lane en plus de la public lane	Répercute les coûts ³⁷⁹	100 % au consommateur	Rouge	Orange	Jaune	Orange	Rouge
		100 % au sponsor ³⁸⁰	Orange	Jaune ³⁸¹		Jaune	Orange
ISP n'investit pas (crée une managed lane au sein des capacités existantes)	Ne répercute pas les coûts/ pas de coûts supplémentaires	Coûts supportés en interne / pas de coûts	Jaune		Vert		Jaune
	Répercute les coûts (dégradation investit dans une 'public lane')	100 % au sponsor	Orange	Jaune		Jaune	Orange
		100 % au consommateur	Rouge	Orange	Jaune	Orange	Rouge

Logiquement, la note s'alourdit pour le consommateur dans la mesure où les FAI et les fournisseurs de contenu ou d'application répercutent les coûts, indépendamment

³⁷⁸ Nous partons du principe que le « modèle mixte » dans lequel une entreprise répercute des coûts aussi bien aux consommateurs qu'à un sponsor implique que cette entreprise choisit un mix de sponsoring + paiement qui *correspond à un total de 100%*. Autrement dit, nous ne supposons pas un scénario encore plus négatif ou le coût de devoir « regarder les publicités » se trouve cumulé avec le fait de devoir payer, mais un scénario réaliste où les fournisseurs de services optent pour un mix optimal de flux de revenus qui couvrent les frais de développement + génèrent une marge bénéficiaire possible, sans mettre en question le bon fonctionnement du marché en exigeant des consommateurs ou des annonceurs des comportements exagérés.

³⁷⁹ Sur cette ligne, le FAI investit dans une meilleure managed lane, et vend ce service supérieur au consommateur ou bien à un sponsor (ce dernier peut être le fournisseur de service ou toute autre partie externe). Voir notamment Clark, D., B. Lehr, S. Bauer, P. Faratin, R. Sami and J. Wroclawski (2006), "Overlay Networks and the Future of the Internet", Communications & Strategies, 63, third quarter, 1-21.

³⁸⁰ « Répercute le coût à un sponsor » désigne les sponsors au sens le plus large du mot. Il n'y a donc pas que des publicitaires qui payent une partie, mais aussi une facture qui est envoyée à toute autre partie.

³⁸¹ Nous partons du principe que le coût pour le consommateur du fait de regarder des publicités est inférieur à celui de devoir payer directement un montant supplémentaire. (Le coût lié à la publicité peut s'exprimer sous la forme de « temps partiellement perdu »). C'est pourquoi la case en haut à gauche où le consommateur se voit facturer 2 fois des coûts directs, est plus sombre que la case où le consommateur doit accepter 2 fois des messages publicitaires

du fait que ces acteurs investissent ou non dans un service amélioré. Dans ce tableau, les deux axes centraux sont ceux où respectivement les FAI (axe central horizontal) ou les fournisseurs de services (axe central vertical) ne répercutent pas de coûts — qu'ils aient ou non fait des investissements — ce qui en termes de coûts est la situation la moins négative pour le consommateur.

Cette image peut être complétée en examinant si le consommateur reçoit quelque chose en échange des coûts qu'il supporte. Cette prise en considération des bénéfices est présentée dans le tableau suivant.

D. Bénéfices

Ce tableau part de la règle empirique extrêmement stylisée suivant laquelle les investissements se traduisent de manière linéaire dans une amélioration de la prestation du service pour le consommateur. Lorsque aussi bien le FAI que le fournisseur de services investissent, les cellules sont de couleur verte. Lorsqu'aucune des parties ne fait cet effort, les cellules sont de couleur rouge.

		Fournisseur de contenu ou d'applications						
		Investit dans QoS/E			N'investit pas dans QoS/E			
		Répercute les coûts		Ne répercute pas les coûts		Répercute les coûts		
		100 % au consommateur	100 % au sponsor			100 % au sponsor	100 % au consommateur	
FAI investit ³⁸²	Répercute les coûts	100% au consommateur	Vert	Vert	Vert	Jaune	Jaune	Jaune
		100% au sponsor	Vert	Vert	Vert	Jaune	Jaune	Jaune
	Ne répercute pas les coûts	Coûts supportés en interne	Vert	Vert	Vert	Jaune	Jaune	Jaune
FAI n'investit pas ³⁸³	Pas de coûts supplémentaires	Pas de coûts supplémentaires	Jaune	Jaune	Jaune	Rouge	Rouge	Rouge
	Répercute le « coût » (dégradation de la public lane) ³⁸⁴	100% au sponsor	Jaune	Jaune	Jaune	Rouge	Rouge	Rouge
		100% au consommateur	Jaune	Jaune	Jaune	Rouge	Rouge	Rouge

Si aussi bien les fournisseurs de services que les FAI investissent dans l'amélioration des services, cela profite au consommateur. C'est dans les scénarios en haut à gauche que ce dernier en obtient davantage pour son argent et dans les scénarios en bas à droite qu'il est le plus mal loti.

Si nous combinons l'aspect des bénéfiques avec l'aspect des coûts pour le consommateur, nous obtenons le tableau suivant.

³⁸² Pour rappel : « investit » signifie ici : « introduit une managed lane *en plus* d'une public lane ».

³⁸³ « N'investit pas » signifie ici : « introduit une managed lane *à l'intérieur* de la public lane » (par conséquent, la connexion de la managed lane se fait au détriment de la bande passante disponible dans la public lane).

³⁸⁴ Dans cette rangée, le FAI crée une managed lane et une public lane, mais établit cette distinction en dégradant la qualité de la public lane, tout en facturant davantage pour la managed lane qui en fait ne se différencie pas de l'ancienne public lane en termes de vitesse/stabilité/fiabilité.

E. Coûts-bénéfices

Si l'on combine la note à payer par le consommateur dans le premier tableau avec les bénéfices d'une meilleure prestation de service selon le second tableau, on obtient un aperçu stylisé coûts-bénéfices.

		Fournisseur de contenu ou d'applications						
		Investit dans QoS/E			Investit dans QoS/E			
		Répercute les coûts		Répercute les coûts		Répercute les coûts		
		100 % au consommateur	100 % au consommateur	100 % au consommateur	100 % au consommateur	100 % au consommateur	100 % au consommateur	
FAI investit	Répercute les coûts	100 % au consommateur	Jaune	Jaune		Jaune	Orange	Orange
		100% au sponsor	Jaune		Jaune	Jaune	Jaune	Orange
	Ne répercute pas les coûts	Coûts supportés en interne		Vert	Vert		Jaune	Jaune
FAI n'investit pas	Pas de coûts supplémentaires	Pas de coûts supplémentaires	Jaune	Jaune		Jaune	Orange	Orange
	Répercute le « coût » (dégradation de la publicane)	100 % au sponsor	Orange	Jaune	Jaune	Orange	Orange	Rouge
		100 % au consommateur	Orange	Orange	Jaune	Orange	Rouge	Rouge

Même si l'impact pour le consommateur en termes de coût était le plus négatif dans les scénarios des quatre coins de la grille, le tableau coûts-bénéfices montre que ce sont surtout les scénarios en bas à droite qui sont négatifs pour le consommateur. Ce sont les scénarios où le consommateur obtient le moins d'avantages pour le supplément de prix le plus élevé. Le rapport coûts-bénéfices le plus positif pour le consommateur se situe au centre de la grille.

F. Innovation

Étant donné que nous souhaitons donner une description de l'impact de la question de la neutralité du réseau sur la question des consommateurs mais aussi sur la texture des innovations au sein de l'écosystème techno-économique d'Internet, ce tableau montre la possibilité que des investissements complémentaires et des innovations continuent à avoir lieu sur le marché, aussi bien dans l'infrastructure du réseau que dans les *endnodes* (EN).

Ce tableau se différencie du tableau des bénéfiques parce que l'innovation ici est considérée comme une variable industrielle positive pour l'écosystème industriel alors que le tableau des bénéfiques n'accordait de l'attention qu'à la meilleure prestation de services pour le consommateur.

		Fournisseur de contenu ou d'applications					
		Investit dans QoS/E			Investit dans QoS/E		
		Répercute les coûts		Ne répercute pas les coûts		Répercute les coûts	
		100 % au consommateur	100 % au sponsor			100 % au sponsor	100 % au consommateur
FAI investit	Répercute les coûts	100 % au consommateur	Investissements NetWork & End Node les plus élevés	Investissements NetWork & End Node les plus élevés	Medium	Medium	Orange
		100 % au sponsor	Investissements NetWork & End Node les plus élevés	Medium	Medium		
	Ne répercute pas les coûts	Coûts supportés en interne	Medium	Medium			Orange
FAI n'investit pas	Pas de coûts supplémentaires	Pas de coûts supplémentaires	Medium				Orange
	Répercute le « coût » (dégradation de la publicane)	100 % au sponsor			Orange	Orange	Rouge
		100% au consommateur				Orange	Orange

La logique qui se trouve à la base de ce tableau est que les investissements sont une fonction des revenus qui sont mobilisés par toutes les parties concernées, du côté de l'offre (FAI et/ou fournisseurs de services), et/ou du côté de la demande (consommateurs et/ou sponsors). Même si cette relation est plus complexe que ce qui peut être présenté ici, on peut, comme règle heuristique générale, admettre que dans

un marché qui fonctionne bien, les revenus supplémentaires seront réinvestis pour conserver une avance sur les concurrents qui offrent des services analogues.

Le tableau part de l'hypothèse stylisée qu'un FAI peut davantage investir quand il répercute 100 % du coût sur le consommateur en échange d'améliorations manifestes du réseau (première ligne), que lorsqu'il n'investit rien mais s'efforce malgré tout de facturer un coût plus élevé au consommateur (dernière ligne).

Si l'on examine quels sont les scénarios qui libèrent le plus de moyens pour réinvestir dans une meilleure prestation des services, il apparaît que les scénarios constituent un continuum. En conjonction avec la précédente analyse coûts-bénéfices où les cellules les plus centrales étaient plus positives, il s'avère ici que, en examinant les cas où l'on facture une amélioration de service, on pourra conserver en échange davantage d'argent pour les investissements.

G. Coûts-bénéfices + Innovation

Ce dernier tableau combine l'analyse coûts-bénéfices pour le consommateur final avec la probabilité que de nouveaux investissements et innovations seront mis en œuvre par les acteurs du marché. Cet angle d'approche est incomplet s'il n'est pas combiné avec une appréciation ou s'il n'est pas question d'un fonctionnement inefficace du marché, sur quoi nous reviendrons plus tard.

			Fournisseur de contenu ou d'applications					
			Investit dans QoS/E			Investit dans QoS/E		
			Répercute les coûts		Ne répercute pas les coûts		Répercute les coûts	
			100 % au consommateur	100 % au sponsor			100 % au sponsor	100 % au consommateur
FAI investit	Répercute les coûts	100 % au consommateur	Vert	Vert	Vert			Jaune
		100 % au sponsor	Vert	Vert				Jaune
	Ne répercute pas les coûts	Coûts supportés en interne	Vert	Vert	Vert			Jaune
FAI n'investit pas	Pas de coûts supplémentaires	Pas de coûts supplémentaires				Jaune	Orange	Orange
	Répercute le « coût » (dégradation de la public lane)	100 % au sponsor	Jaune	Jaune	Jaune	Orange	Rouge	Rouge
		100% au consommateur	Jaune	Jaune	Jaune	Orange	Rouge	Rouge

Même si dans les scénarios, l'impact des coûts pour le consommateur était le plus négatif dans les quatre coins, et que l'analyse coûts-bénéfices montrait une préférence pour les scénarios centraux, la conjonction d'une telle analyse coûts-bénéfices avec l'analyse de l'impact sur l'innovation montre que le coin supérieur gauche offre, en matière de valeur ajoutée pour l'ensemble de l'écosystème, clairement les retombées les plus positives.

En guise de conclusion provisoire, il est possible de soutenir que la création d'une *managed lane*, dont les coûts sont répercutés au consommateur n'est pas forcément intrinsèquement négative. Il faut cependant veiller à ce que la nouvelle *managed lane* soit effectivement supérieure à la précédente *public lane*. Le test décisif pour pouvoir parler d'une véritable amélioration réside dans le fait que ces services sont acceptés par le consommateur. Dans un marché qui fonctionne bien, le consommateur peut choisir si le service pour lequel on lui demande de l'argent fonctionne effectivement mieux que les autres formes de services. Si ce n'est pas le cas, il cherchera des alternatives.

La zone en bas à droite est donc d'autant plus risquée que l'on a affaire à un marché efficient où un verrouillage pratiqué par un FAI ou par un fournisseur de services est possible ; dans ce cas, les règles en matière de concurrence pourraient intervenir.

Le tableau élaboré ci-après décrit un certain nombre de services qui pourraient être présents pour chaque cellule.

		CÔTÉ DU MARCHÉ 2 : FOURNISSEURS DE CONTENU ET D'APPLICATIONS (CAP)							
		Investit dans QoS/E (suppose capacité finale)				N'investit pas dans QoS/E ("saisit" toute la capacité)			
		Répercute le coût de transmission		Ne répercute pas le coût de transmission		Répercute le coût de transmission			
		100 % au consommateur	100 % au sponsor	Pas de supplément de coût répercuté / coût supporté en interne		100 % au sponsor	100 % au consommateur		
CÔTÉ DU MARCHÉ 1: MARCHÉ DES TÉLÉCOMS	FAI investit	Répercute les coûts	100 % au consommateur	CAP pour Managed Lane supérieure & Consommateur... .. ↕↔↑... .. Sponsor paient (Ex. Bandwidth-on-demand pour teleconferencing. Pour les eHealth services avec SLA.)		CAP pour Managed Lane supérieure & Consommateur paie... .. ↕... .. Sponsor paie 1 côté du marché : l'acteur Telco		CAP over Managed Lane & Sponsor ↕↔↑... .. Consommateur Paient 2 côtés du marché: Telco et le fournisseur de service	
		Ne répercute pas les coûts	100 % au sponsor	Managed Lane Supérieure & Consommateur paie fournisseur de service (VOIP payante) ... ↕... .. Public Lane access & Consommateur paie pour le service	Managed Access Supérieur & Sponsor paie (VOIP sponsorisé) ... ↕... .. Public Lane access & Sponsor paie le service	Managed Lane Supérieure sponsorisée par Telco. (Ex.: bundle Facebook-Telco, bundle iTunes-Telco) Fournisseur investit lui-même... ↔ ... n'investit pas	Public Lane access sponsorisé par Telco. (Ex.: bundle Facebook-Telco, bundle iTunes-Telco) Fournisseur investit lui-même... ↔ ... n'investit pas	Managed Lane Supérieure & Sponsor ↔ Consommateur paient 1 côté du marché: fournisseur de service	CAP sur Public Lane. Sponsor ↔ Consommateur paient 1 côté du marché : le fournisseur de service
	FAI n'investit pas	Répercute les coûts (dégradation public lane)	100 % au sponsor	Ex. consommateur paie Spotify & Spotify paie Telco (qui n'investit pas)	Ex. consommateur paie Spotify & Spotify est sponsorisé (parfois par Telco)	Ex. Smart-TV sur Public lane & Sponsor paie Telco. Fournisseur ... ↔ ... Fournisseur investit n'investit pas		Priorités établies au sein de la Public Lane & Sponsor ↔ Consommateur paient 2 côtés du marché (Telco et fournisseur de service)	
		100 % au consommateur	Ex. Smart-TV sur Public lane + producteur HW investit lui-même + consommateur paie supplément aux deux côtés du marché.	Ex. Smart-TV sur Public lane + producteur TV HW achète capacité + sponsor paie les deux côtés du marché.	Ex. Smart-TV sur Public lane + producteur HW ne veut pas payer ou (ne peut) demander d'argent au consommateur ou à un sponsor	Ex. Smartphone avec priorité pour les paquets native app	Priorités établies au sein de la Public Lane pour le service. Le consommateur paie Telco & Sponsor paie le fournisseur de service	Priorités établies au sein de la Public Lane pour le service & Consommateur paie à Telco et au fournisseur de service	

En ce qui concerne le marché des opérateurs, l'IBPT (interview d'expert, 17 mai 2013) estime que la situation belge correspond à ce qui est indiqué sur la figure. Le marché belge constitue un terrain de manœuvre limité avec un certain nombre d'acteurs portant certes le label de « Significant Market Power » mais il n'y a pas de problème de monopolisation pure. Ces acteurs investissent suffisamment régulièrement dans des innovations de l'offre de services. L'International Telecommunications Union situe les prix belge pour l'Internet à large bande, s'ils sont rapportés au pouvoir d'achat, (c'est-à-dire en termes de PPP) dans le top 10 européen pour ce qui concerne la bande fixe mais autour de la moyenne européenne pour ce qui concerne l'Internet mobile.³⁸⁵

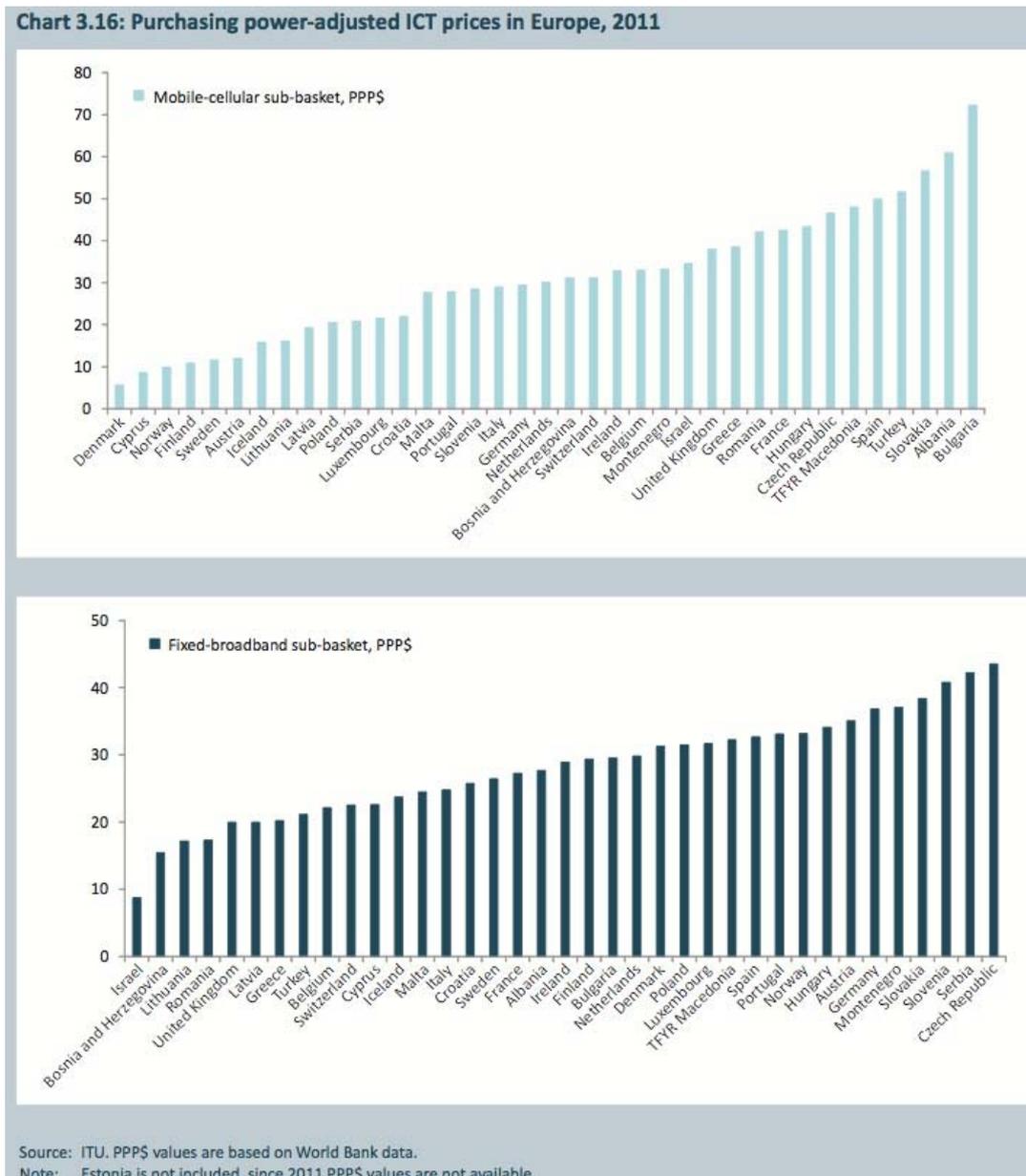


Figure 8 : prix de l'Internet mobile et fixe, rapporté au pouvoir d'achat.

³⁸⁵ P. 107, chart 3.16 de ITU 2012, Measuring the Information Society. http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/mis2012/MIS2012_without_Annex_4.pdf

L'ITU évoque cependant les difficultés méthodologiques de la comparaison internationale de la large bande mobile. L'existence de formules très variables d'abonnements et de formules prépayées entre les pays et au sein de chacun d'entre eux est la cause de cette impossibilité de comparer.

L'existence ou non d'une dominance de plate-forme est en lien direct avec le **pouvoir de négociation** dont certains acteurs peuvent bénéficier vis-à-vis des fournisseurs de services. La figure ci-dessous montre comment le pouvoir de négociation des opérateurs vis-à-vis des fournisseurs de services diminue au fur et à mesure que certains domaines comptent davantage de visiteurs.

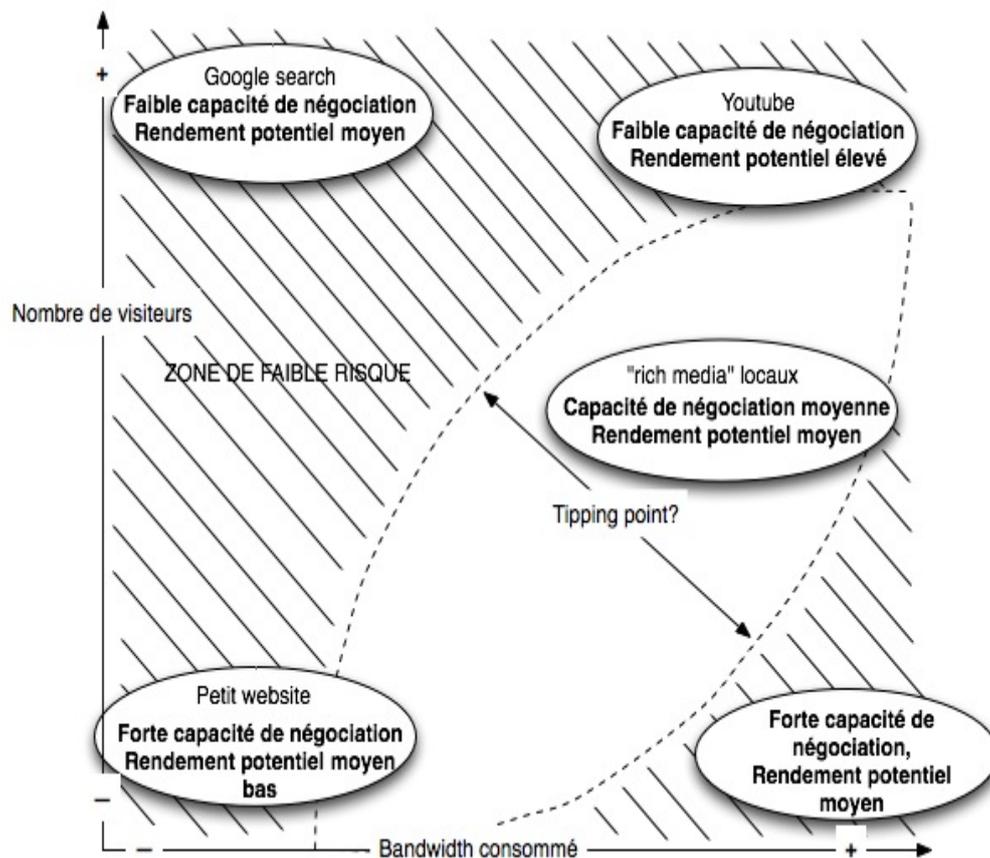


Figure 9 : aperçu des différents scénarios

Le pouvoir relatif de négociation des opérateurs est certes important auprès de petits sites Internet de niche, mais la bande passante utilisée est si limitée que le business case ne peut être établi pour demander une contribution à ces fournisseurs de services, compte tenu des frais administratifs qu'un tel contrôle occasionnerait, sans parler de la perte d'image pour les opérateurs si l'on imposait un tel contrôle à de petits acteurs. Les opérateurs devraient alors contrôler la quantité et la fréquence des visites des clients auprès de certains domaines — ce qui en soi peut constituer déjà une atteinte à la législation sur le respect de la vie privée — pour pouvoir établir un décompte sur cette base. Le return potentiel reste peu élevé du côté inférieur droit, où l'on trouve de petits sites Internet « *rich media* » qui génèrent un trafic important. Ici aussi, les opérateurs sont confrontés à un problème d'image et de respect de la vie privée.

Le business case se renforce au fur et à mesure qu'un service Internet génère un trafic très élevé, comme par ex. YouTube avec ses vidéos en streaming qui sont toujours plus fréquemment proposées dans un format quasiment à haute définition. Une petite contribution de ces fournisseurs de services permettrait de générer des revenus plus importants. De manière assez ironique, le pouvoir de négociation des opérateurs diminue au fur et à mesure qu'un service devient plus populaire auprès des consommateurs. Si des opérateurs entendaient faire contribuer certains de ces fournisseurs de services, comme Google (Youtube) ou Facebook, il est à prévoir sur une base théorique que ceux-ci refuseraient et retireraient l'accès à leur domaine au départ des opérateurs en question, ce qui aurait un effet commercial destructeur sur la base de clients desdits opérateurs.

À côté de la déduction théorique selon laquelle le pouvoir de négociation des opérateurs n'est pas suffisant pour introduire un péage de ce type, on peut également constater sur le mode empirique que les opérateurs télécoms à travers le monde réussissent rarement à introduire un tel « péage Google » même dans des marchés bien moins concurrentiels que le marché belge. Le seul exemple international d'un tel péage Google est représenté par l'accord spécifique conclu entre Orange et Google en France (voir les études de cas).

3. Études de cas en Belgique

Nous procédons à l'examen de ces cas belges en prenant comme prémisse que le blocage *d'entrées DNS légitimes* (il ne s'agit donc pas d'un blocage imposé par un tribunal comme dans le cas de thepiratebay.org en Belgique) constitue une atteinte manifeste dans le chef de l'opérateur à un principe de base d'Internet.

Du point de vue des valeurs, il est possible de donner un contenu négatif ou positif à la neutralité du réseau en fonction de l'acteur qui prend l'initiative de la gestion du réseau. La concrétisation négative est celle où le consommateur n'a pas adressé explicitement une demande d'établissement de priorités à son fournisseur de services en réseau (section 3.2.1). La concrétisation positive est traitée par souci d'exhaustivité à la section 3.2.2, même si celle-ci ne soulève aucun problème.

A. Exemples d'établissement non demandé de priorités

Respect My Net, une initiative de Laquadrature.net, *Bits of Freedom* (bof.nl) et de quelques volontaires individuelles, collecte les atteintes possibles au principe de la neutralité du réseau à travers l'Europe. Les cas mentionnés pour la Belgique sur <http://respectmynet.eu/list/> sont tous examinés ici. Cette liste limitée est complétée en outre par les cas hypothétiques ou étrangers de 'Google Tax', Facebook Bundel, Public Hotspot et Deutsche Telekom.

Les cas signalés par respectmynet.eu d'opérateurs qui bloquent le domaine thepiratebay.org n'entrent pas dans le champ de la problématique de la neutralité du réseau, étant donné que cette intervention a été imposée par une décision de justice. D'ailleurs, respectmynet considère également que ce blocage est hors sujet.

Cas a) Blocage de SMTP port 25

Port 25 a été bloqué par un certain nombre d'opérateurs pour les mails émanant de particuliers. Cela permet aux opérateurs d'imposer des limites au nombre de mails envoyés par un client et cette mesure est justifiée par la lutte contre les spams. Chez ces opérateurs, aucun e-mail ne peut être envoyé si l'on utilise d'autres installations de serveur SMTP au départ du mail que les installations indiquées par le fournisseur. Mesure appliquée notamment par EDPnet: http://en.wiki.edpnet.be/index.php/E-mail_limits et par Belgacom, <http://postmaster.belgacom.be/?c=faq&l=nl#port25>, <http://postmaster.belgacom.be/?c=faq&l=fr#port25>. Si, en tant que client, on souhaite malgré tout envoyer de gros volumes de mails vers un grand groupe de destinataires dans un bref délai, la possibilité existe toujours d'opter pour un paquet professionnel.

Cas b) 'Google Tax'

Par « Google tax », on entend le prélèvement par l'opérateur d'un péage imposé aux fournisseurs de services de contenu ou d'applications. Orange et Google ont conclu un accord relatif à la consommation de données des services Google sur le réseau mobile. Les détails de cet accord n'ont pas été rendus publics. Forbes³⁸⁶ a signalé que la position dominante d'Orange sur le continent africain aurait joué à cet égard un rôle déterminant.

S'agissant du cas Google-Orange, on peut faire remarquer que cet accord ne concerne que le trafic de données mobiles. On peut donc renvoyer à la position indiquée ci-dessus selon laquelle plus la pénurie de larges bandes sur les réseaux mobiles baissera, et plus de tels accords devraient disparaître. En effet, Google sera prêt à payer pour une garantie de Quality of Service pour ces services sur les réseaux mobiles, précisément parce que la capacité est encore plus rare sur ces réseaux que sur les réseaux fixes. La question se pose donc immédiatement de savoir si l'on ne peut parler ici d'un marché faussé, à l'avantage de Google avec ses ressources financières importantes, et au détriment de plus petits fournisseurs de sites Internet de vidéo en streaming.

³⁸⁶ Forbes, 20/01/2013, Why Orange's Dominance in Africa Forced Google To Pay For Traffic Over The Mobile Network. <http://www.forbes.com/sites/ewanspence/2013/01/20/why-oranges-dominance-in-africa-forced-google-to-pay-for-traffic-over-their-mobile-network/>

S'agissant du marché belge, nous n'avons cependant pu trouver aucun exemple offrant un cas de « prélèvement imposé par un opérateur ».

Cas c) Bundle Facebook

Il existe en Belgique des *bundles* pour les services mobiles où le trafic de certains services Internet populaires comme Twitter ou Facebook n'est pas ajouté au volume de données autorisé chaque mois.³⁸⁷ S'il s'agit d'un choix proactif d'un gestionnaire de réseau de donner la priorité à certains fournisseurs de services sans que ces fournisseurs de services le demandent (et a fortiori que les fournisseurs exclus le demandent) on peut effectivement parler d'une dérogation à la neutralité du réseau sous sa forme la plus pure.

Ce cas montre cependant que l'opérateur non seulement n'a pas de pouvoir de négociation vis-à-vis des services Internet populaires, mais que ces services eux-mêmes reçoivent sans le demander un traitement privilégié. Cela peut certes renforcer un effet « winner takes all » sur Internet, mais il s'agit d'un élément d'une problématique des dominances au sein du marché des fournisseurs de services d'application. Un service comme Facebook est en effet devenu dominant sans intervention des opérateurs et non grâce à l'intervention des opérateurs.

En effet, si la possession du contrôle sur les réseaux avait été un facteur déterminant de succès dans la percée des services Internet, alors il devrait exister des alternatives valables à tous les services Internet à succès hors du champ des télécommunications. On peut cependant constater que les acteurs des télécoms ne peuvent imiter la stratégie de croissance rapide typique des services Internet. Si cela était le cas, il existerait alors à chaque fois pour Google, YouTube, Flickr, eBay, Amazon ou Facebook, des exemples de succès tout aussi frappants dans le monde des télécoms.

Aussi longtemps que les opérateurs offriront de tels bundles de services et qu'ils ne factureront pas des sommes non demandées aux fournisseurs de services concurrents, l'accès des consommateurs aux initiatives Internet continuera de s'effectuer sur grande échelle via la public lane.

Cas d) Public Hotspot.

Dans ce cas, une partie de la capacité hotspot est réservée à la création d'un hotspot public en ouvrant une partie du routeur Wifi à d'autres clients du même opérateur.

Tout d'abord, cette situation n'est pas problématique si le consommateur a la liberté de connecter chez lui son propre routeur Wifi à la connexion Internet. Ensuite, elle n'est pas problématique si le consommateur a reçu une information transparente sur cette restriction et s'il peut opter pour un paquet de services où cette fonctionnalité n'existe pas.

A l'avenir également, le consommateur devra être informé du fait qu'une certaine partie des capacités est réservée à certains services en indiquant correctement quelle est la partie concernée par ces priorités, et à quels moments.

³⁸⁷ <http://www.mobistar.be/nl/aanbod/gsm-abonnementen/dolfijn>

La partie partiellement publique d'un hotspot est, de manière assez ironique, le résultat d'une initiative provenant d'Internet (FON) à l'égard de laquelle les opérateurs avaient d'abord réagi très négativement. À présent que les opérateurs se sont joints aux démarches visant à élargir l'Internet Wifi (le consommateur mobile utilisant le roaming ne doit souvent pas payer de frais de données), on observe des réactions négatives de la part d'organisations de consommateurs. Il s'agit d'une innovation qui profite à tous les clients d'un opérateur déterminé, grâce à laquelle les clients qui ne veulent pas utiliser ce réseau peuvent désactiver cette fonctionnalité. (Exemples belges : VOO Wi-Free, hotspots de Telenet, FON-hotspots de Belgacom.)

Cas e) Deutsche Telekom : le traitement privilégié de ses propres services

Une dérogation à la neutralité du réseau peut être problématique si des opérateurs ont en même temps leurs propres services de contenu et d'applications et si ceux-ci bénéficient d'une priorité par rapport aux services concurrents dans une « managed lane ». Un exemple de ces pratiques est fourni par le cas allemand de Deutsche Telekom, tel qu'il est décrit dans le Spiegel du 25 avril 2013.³⁸⁸

Ce cas démontre en même temps que les opérateurs belges ne possèdent pas une telle domination du marché qui les placerait dans une position de négociation relativement forte par rapport à la plupart des fournisseurs de services. Il faut veiller cependant à ce que le marché belge ne soit pas perturbé par l'arrivée de services Over-The-Top Video analogue, comme l'arrivée annoncée de *Netflix*³⁸⁹ ou les projets en phase expérimentale comme *Stieve*³⁹⁰ de VMMA, SBS et la VRT.

³⁸⁸ Der Spiegel 2012, 'Flat-Rate Fiasco: Telekom Plan to Limit DSL Worries Berlin'. <http://www.spiegel.de/international/business/government-wary-of-telekom-limits-on-flat-rate-dsl-access-a-896435.html>

³⁸⁹ De Standaard 17/05/2013, 'Netflix komt naar België'. http://www.standaard.be/cnt/DMF20130517_013

³⁹⁰ VRT 20/02/2013, 'Stieve, TV kijken via App'. <http://www.vrt.be/nieuws/2013/02/stieve-tv-kijken-app>

B. Priorité demandée par le client

Par souci d'exhaustivité, nous mentionnons un certain nombre de cas où une dérogation à la neutralité du réseau sous sa forme pure a été demandée par le client. Nous considérons ces cas comme sortant du champ d'une réglementation éventuelle, mais ils illustrent en même temps comment des dérogations à la neutralité du réseau peuvent être souhaitées par le consommateur ou par le client professionnel.

Cas a) Un fournisseur de services de contenu ou d'application investit dans une meilleure prestation de services

Si c'est un choix actif du fournisseur de service lui-même d'améliorer son propre service, cela peut constituer un choix propre positif pour la gestion du réseau. En soi, cette situation sort du champ de la présente étude, étant donné que les contrats professionnels purs sont à rattacher au réseau privé. Il est néanmoins pertinent de mentionner ce cas, étant donné qu'il représente l'image inversée du cas discuté précédemment de Deutsche Telekom.

Si, par exemple, Google investit lui-même dans un centre de données, il s'agit d'un choix positif de cette entreprise pour améliorer ses propres services aux consommateurs. Même si cet acteur, au lieu de constituer son propre centre de données, aurait pu s'adresser à certains opérateurs pour louer les capacités de leurs centres de données (un service offert par la plupart des opérateurs), pour garantir une bonne expérience d'utilisateur dans le chef des visiteurs des services, il s'agit d'un choix positif pour toutes les parties concernées même si, en soi, elle va à l'encontre de la définition pure de la neutralité du réseau.

Cas b) Services eHealth : priorité établie à la demande du client/patient/médecin

Il existe un second ensemble de services où on peut imaginer l'établissement de priorités dans le trafic des données à la demande du consommateur final. Un exemple concret est fourni par les services eHealth qui transmettent en priorité des informations critiques sur un patient vers la personne de contact concernée. Une application mobile qu'un consommateur installe pour surveiller d'éventuels problèmes cardiaques sera associée à une demande de communication prioritaire vers les services de secours, avec ou non un remboursement par la mutuelle. Il s'agit donc d'un service où le FAI établit une priorité mais où, si nécessaire, il investit pour garantir à ses services la QoS la plus élevée et où le coût est supporté par un sponsor (la mutuelle, avec éventuellement une assurance médicale privée) et par le patient.

Des services analogues sont concevables au départ des services eCall³⁹¹, pour lesquels le *Memorandum of Understanding* européen a déjà été signé par la Belgique.³⁹² Comme cet

³⁹¹ http://ec.europa.eu/information_society/activities/esafety/ecall/index_en.htm

³⁹² eCall Memorandum of Understanding: http://ec.europa.eu/information_society/activities/esafety/doc/library/mou/list_of_signatures.pdf

ensemble de services demandent un traitement prioritaire à la demande du client, cette dérogation à la neutralité du réseau ne revêt pas de caractère problématique.

4. Conclusion : Vers une réglementation de la position dominante problématique des plates-formes

Comme indiqué dans la contribution théorique au présent chapitre, Internet constitue un exemple de marché de plates-formes bidimensionnel. La neutralité du réseau est limitée inutilement par certains auteurs au domaine des services en réseau alors que les dérogations problématiques à la neutralité du réseau doivent être considérées de manière plus large, comme un symptôme d'une espèce spécifique de position dominante de la plate-forme, par lequel le propriétaire de la plate-forme (que ce soit à l'intérieur du monde des réseaux ou du monde des logiciels) traite en priorité les paquets IP de ses propres services. Le débat classique sur la régulation du réseau devrait donc être élargi à une discussion plus large que la régulation.

La limitation du débat sur la neutralité du réseau aux seuls opérateurs a une origine empirique : l'offre en termes de nombre d'opérateurs est relativement plus faible que celle des fournisseurs de services de contenu ou de logiciels sur l'Internet. Cependant, dans le domaine des systèmes d'exploitation pour les smartphones, le marché est également caractérisé par un nombre limité d'acteurs. Le sous-champ des systèmes d'exploitation est pour l'instant dominé par Android (de Google) et iOS (Apple).

Van de Smartphones par système d'exploitation, 4e trimestre 2012³⁹³ :

Entreprise	Android	iOS (Apple)	Asha Full Touch (Nokia)	Blackberry (RIM)	Windows Mobile (Microsoft)	Bada (Samsung)	Symbian (Nokia)
Chiffre d'affaires 4e trimestre 2012 (en mio)	144,7	43,5	9,3	7,3	6,2	2,7	2,6

Ces autres acteurs de la chaîne de valeur de l'Internet pourraient également porter préjudice aux consommateurs ou à l'innovation en établissant des priorités dans le traitement des paquets IP. Par exemple une même forme de hiérarchisation, communiquée de manière non transparente, des paquets IP pourrait être appliquée par un fabricant de hardware pour smartphones qui, sur la couche d'application (lors des pics de congestion ou non) donnerait priorité aux paquets IP contenant des informations header grâce auxquelles le fabricant de hardware peut savoir quand il s'agit de ses propres paquets et quand il s'agit de paquets d'un trafic « étranger ».

³⁹³ Gartner 13 février 2013, 'Gartner Says Worldwide Mobile Phone Sales Declined 1.7 Percent in 2012'. <http://www.gartner.com/newsroom/id/2335616>

Il pourrait donc être question d'une éventuelle réglementation des dérogations à la neutralité du réseau si les quatre facteurs suivants se trouvaient simultanément présents dans l'écosystème des smartphones :

Établissement de priorités : si *SmartphoneX* sur la couche d'application du trafic Internet entrant ne traite pas prioritairement les applications non-*SmartphoneX* et traite en priorité le trafic de ses propres apps. Ce traitement prioritaire constitue déjà une dérogation aux principes purs et intégraux de neutralité du réseau, mais ils ne sont pas nécessairement dommageables pour le consommateur ou pour le potentiel d'innovation si les facteurs suivants sont absents.

Priorités non justifiées : *SmartphoneX* réserve (lors des pics de congestion) un % des capacités pour le trafic IP de ses propres applications *SmartphoneX*. Les applications des autres fournisseurs sont alors (temporairement) limitées à la bande passante résiduelle.

Position dominante de plates-formes : les régulateurs observent une position dominante persistante d'un acteur déterminé qui, dans un marché clairement défini, tient sous sa coupe aussi bien les consommateurs que les concurrents.

Alternatives difficilement accessibles : coût élevé du switching pour le consommateur ou le fournisseur de services qui souhaite changer de plate-forme

Il convient cependant de signaler que l'élasticité des prix des services de contenu et de logiciels est en moyenne très supérieure pour les fournisseurs de services logiciels que pour les services large bande. Par exemple, on a observé une perte de marché de 0,59% sur le marché de la DSL et de 1,465% pour le câble suite à une hausse relative des prix (par rapport à la concurrence) de 1% selon Rappoport et al 2003.³⁹⁴ L'élasticité des prix des services software est cependant nettement plus basse, sauf dans quelques cas uniques de position dominante sur le marché, comme dans le conflit entre Microsoft et la Commission européenne qui s'est terminé par une amende pour abus de marché. Le marché des systèmes d'exploitation mobile est pour l'instant encore trop jeune et en évolution trop rapide pour pouvoir déjà parler d'une domination définitive du marché.

A. Pénurie temporaire

Le débat sur la neutralité du réseau est en soi un débat sur une pénurie de capacité. Sur les réseaux fixes, le débat s'est calmé parce que l'espace disponible pour la « *public lane* » est suffisant pour tous les fournisseurs de services de contenu ou d'applications. Sur les réseaux mobiles, le débat est encore actif. Mais si les opérateurs télécoms continuent à investir dans des réseaux plus rapides (LTE), le problème pourrait également se résoudre de lui-même. Cette solution se fonderait sur la prémisse selon laquelle un pourcentage « acceptable » (les juristes pourront utiliser ici une terminologie plus correcte) reste garanti pour la *public lane*.

Le cas spécifique de BBC iPlayer décrit en annexe illustre comment les discussions sur la neutralité du réseau apparaissent à des moments où la capacité des réseaux est encore limitée pour une espèce spécifique de nouveaux services — dans le cas en question, les

³⁹⁴ P. Rappoport, D. Kridel, L. Taylor, J. Alleman, and K. Duffy-Deno (2003), "Residential Demand for Access to the Internet," in G. Madden ed., *Emerging Telecommunications Networks: The International Handbook of Telecommunications Economics Vol. I*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 55–72.

vidéos en streaming de la chaîne publique britannique — et aussi comment ces conflits s'atténuent d'eux-mêmes au fur et à mesure que les capacités du réseau Internet augmentent.

En attendant des capacités supplémentaires, le raisonnement suivant peut être appliqué s'agissant de garantir l'accessibilité de l'Internet. Il existe un risque que les opérateurs ne puissent plus investir dans certains services qui sont offerts à un prix plus élevé sur le marché parce que la législation sur la neutralité du réseau ne permet pas de variations de prix : la législation sur la neutralité du réseau empêcherait dès lors d'améliorer constamment la capacité des réseaux Internet. De manière assez paradoxale, la législation sur la neutralité du réseau pourrait avoir un effet non désiré de ralentissement du processus d'amélioration du réseau, alors que les revenus des services payants pourront avoir un effet de subvention pour les services non payants

B. Avis

Il faut préciser tout d'abord que notre avis adopte un angle d'approche économique, étant donné que l'on ne peut observer d'emblée de dérogations très problématiques à la neutralité du réseau sur le marché belge, pour suivre une approche non restrictive, par laquelle un certain nombre de dérogations à la neutralité du réseau doivent certes être déconseillées, mais où opérateurs et fournisseurs de services ont la liberté de continuer à expérimenter différents paquets de services avec les variations de prix correspondantes. Les opérateurs possèdent donc la liberté d'expérimenter de nouveau *business models*, ce qui leur permet de continuer à investir aussi bien dans la *public lane* que dans la *managed lane* pour les services qui les utilisent.

Un tel avis implique certes que la législation existante en matière d'éventuels problèmes de concurrence et de transparence de l'information au client reste entièrement en vigueur. Le consommateur doit être informé en toute transparence des conditions de son contrat et il doit avoir suffisamment de liberté pour changer d'opérateur s'il ne souhaite pas opter pour une offre groupée où certains services bénéficient d'une priorité.

Enfin, la problématique de la neutralité du réseau est un phénomène paneuropéen et il est nécessaire de disposer de définitions paneuropéennes de *managed lane*, *public lane*, *neutralité du réseau* etc., pour adopter une approche qui dépasse les frontières nationales.

La littérature économique existante, plutôt limitée, sur le thème de la neutralité du réseau³⁹⁵,³⁹⁶ conclut que dans des modèles de monopole et de duopole, aussi bien les consommateurs que les fournisseurs de contenu et d'applications non seulement peuvent subir des préjudices en raison des dérogations à la neutralité du réseau au sens le plus pur, mais qu'ils peuvent aussi tirer un avantage (défini comme un accroissement de prospérité) de ce que l'on appelle un « network management regime » si la qualité de la *managed lane* proposée par les FAI est

³⁹⁵ G. Knieps, (2010) Network neutrality and the Evolution of the Internet. Discussion Paper, Institut für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik No. 135.

<https://portal.uni-freiburg.de/vw/files/files-publikationen/disk/disk135>

³⁹⁶ J. Krämer & L. Wiewiorra (2009), Network Neutrality and Congestion-Sensitive Content Providers: Implication for Service Innovation, Broadband Investment and Regulation. Karlsruhe Institute of Technology, Munich Personal RePEc Archive, http://mpira.ub.uni-muenchen.de/22095/1/MPRA_paper_22095.pdf

effectivement plus élevée. Même un monopole investira dans une *managed lane* si la valeur ajoutée en termes de prospérité pour le consommateur est tellement élevée qu'elle peut permettre au monopole d'augmenter ses prix. Dans des scénarios où la concurrence sur le marché est meilleure que dans un modèle monopolistique, les acteurs investiront dans la création de valeur ajoutée pour le consommateur mais ils ne peuvent pas en même temps augmenter les prix demandés.

Certains livres blancs de provenance non académique soutiennent que la dynamique entre les fournisseurs d'accès à Internet et les fournisseurs de services de contenu et d'applications est un jeu à somme nulle, où le fait de permettre à un côté du marché de répercuter les coûts se fait nécessairement au désavantage de l'autre côté du marché³⁹⁷. Dans la littérature économique plus formelle, nous n'avons pas trouvé d'éléments étayant cette position.

La régulation de la neutralité du réseau peut conduire à ce que des opérateurs ne disposent plus d'un financement suffisant pour pouvoir continuer à réaliser les investissements requis pour le développement d'un Internet de qualité. Conserver la liberté de la fixation des prix pour des services qui varient en valeur ajoutée permet aux FAI de gagner de l'argent qui peut ensuite être réinvesti dans la poursuite du développement de réseaux de plus grande valeur.

Si cette liberté des prix disparaît, il existe un danger que les investissements dans les infrastructures soient asséchés, avec des conséquences négatives en amont dans la chaîne de valeur pour les fournisseurs d'infrastructures et des conséquences négatives en aval dans la chaîne de valeur pour les consommateurs dont l'expérience Internet peut souffrir dans un réseau ne disposant pas de capacités suffisantes.

Une réflexion analogue pourrait également être formulée pour des dérogations problématiques au principe de la neutralité du réseau par d'autres acteurs dominants des technologies. Si la régulation de la neutralité du réseau ne s'applique qu'aux opérateurs, cela peut donner l'impression que ce sont certains fournisseurs de contenu ou de services de logiciels qui, via l'introduction d'une régulation de la neutralité du réseau, veulent appliquer la Quality of Service du secteur telecom sans devoir négocier avec des opérateurs individuels. Or, si un fournisseur de services souhaite offrir une prestation de service supérieure à la *public lane*, la pratique actuelle est encore de voir ce fournisseur investir lui-même dans des serveurs plus puissants et une connexion upstream rapide. Le fait qu'un fournisseur de services exige que la *public lane* garantisse en même temps la Quality of Service constitue donc une contradiction. Si un fournisseur de services souhaite une meilleure QoS, il y a toujours le marché B2B des réseaux privés.

L'argument selon lequel la neutralité du réseau serait nécessaire pour protéger les acteurs locaux est un argument faible. Ce sont précisément les grands acteurs comme Google qui disposent des moyens propres suffisants pour améliorer leurs services sur le réseau et ce sont précisément les plus petits acteurs locaux qui, au moyen de relations de collaboration avec les opérateurs professionnels, pourraient garantir la qualité de leur offre en termes d'expérience pour les consommateurs.

³⁹⁷ I. M. Chettiar & J. S. Holladay (2010), Free to Invest. The Economic Benefits of Preserving Net Neutrality. Institute for Policy Integrity, New York University School of Law, Report no. 4, January 2010.

Chapitre IV: Livre blanc concernant la réglementation de la neutralité du réseau en Belgique – recommandations pour une approche efficace

1. Introduction

Ce livre blanc contient les conclusions et recommandations découlant de la mission d'étude portant sur la neutralité du réseau (Internet) et les mesures de gestion du trafic (ref. 2012/S2/E9/NET_NEUTRALITY), que le Service public fédéral Économie a attribué à la Katholieke Universiteit Leuven (ICRI), à l'université de Namur (CRIDS) et à la Vrije Universiteit Brussel (SMIT).

Conformément au cahier des charges et à notre offre, ces conclusions et recommandations sont interdisciplinaires. Elles peuvent s'appuyer sur les recherches menées au sujet de la notion, de l'origine et des objectifs de la neutralité du réseau dans le contexte européen et international (chapitre 1), avant de se concentrer sur la situation juridique et économique spécifique de la neutralité du réseau dans notre pays (chapitres 2 et 3).

Des recommandations sont formulées dans les paragraphes qui suivent comme fruits de l'étude qui a été menée selon ces différents angles d'analyse sur les résultats de propositions et de mesures soumises à discussion par la demande d'offre (par exemple : conclusions sur un observatoire de la qualité de l'Internet, autres mesures de protection du consommateur, rédaction d'un livre blanc et d'un projet de charte pour les fournisseurs d'accès à Internet). Comme demandé, les conclusions et recommandations ont trait à une approche possible spécifiquement belge de la problématique de la neutralité du réseau et elles sont fondées sur la situation juridique, économique et technologique belge et sur les interviews menées avec les représentants du secteur.

2. Considérations sur la nécessité d'agir aujourd'hui en Belgique sur le terrain législatif

A. La notion de « neutralité du réseau »

Pour rappel, nous réitérons ici la définition de la notion – basée sur le travail du BEREC - de « neutralité du réseau »³⁹⁸ que nous avons présentée comme résultat de nos travaux dans le cadre du premier chapitre :

« 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].³⁹⁹ Le fait que les communications sont 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. Dans ce traitement, l'adresse de l'expéditeur et celle du destinataire sont indépendantes de l'utilisateur final et du contenu/de l'application/du prestataire de service⁴⁰⁰. [Des mesures de gestion de trafic licites⁴⁰¹ doivent rester possibles.⁴⁰²]»

Idéalement, cette définition ne devrait cependant pas être inscrite en tant que telle dans le dispositif d'une loi afin de permettre que le contenu du concept et la compréhension de la problématique de la neutralité de l'Internet puisse accompagner les évolutions rapides et imprévisibles des technologies et des marchés, même si cela peut être considéré comme entraînant une certaine insécurité juridique. Afin de circonscrire plus précisément ce « de quoi on parle », une définition de « neutralité du réseau » pourrait cependant être incluse dans l'exposé des motifs des lois ou dans le rapport au Roi des arrêtés qui l'appliquent, ainsi que dans les décisions de l'IBPT qui la mettent en œuvre (sur cette question, voy. aussi *infra*, paragraphe 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.

³⁹⁸ Dans le présent rapport nous utilisons les concepts de « netneutraliteit » / « neutralité du réseau » / « neutralité des réseaux » et « neutralité de l'Internet » comme synonymes. Nous suivons en cela notamment les différents titres des versions française, néerlandaise et anglaise de la déclaration (2009/C 308/02) de la Commission sur la neutralité de l'internet, *J.O.U.E.* L 337/69, 18 décembre 2009 et *J.O.U.E.*, C 308/2, 18 décembre 2009 (déclaration « neutralité de l'Internet »).

³⁹⁹ Nous ajoutons.

⁴⁰⁰ 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.

⁴⁰¹ C'est-à-dire en conformité avec la réglementation applicable ou acceptés par les autorités réglementaires nationales compétentes.

⁴⁰² Nous ajoutons.

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

Afin de souligner l'importance du principe, il pourrait être considéré d'inclure le droit à la neutralité du réseau dans la liste des droits économiques, sociaux et culturels énumérés par l'article 23 de la Constitution, comme c'est actuellement déjà le cas dans la proposition de révision de la Constitution 53-1471/1⁴⁰³.

De la sorte, un des principes de base dans le domaine de la société de l'information obtiendrait 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 dans la réglementation belge, ce qui n'est actuellement pas le cas. La réglementation belge contient actuellement, à l'instar de la réglementation européenne, des dispositions qui s'appliquent (aussi) à la neutralité du réseau, cependant sans que ces dispositions soient explicitement identifiées comme étant des dispositions concernant la neutralité du réseau. Cela risque de poser un problème de transparence.

Les développements motivant la proposition de révision de la Constitution pourront d'ailleurs contenir utilement une définition de la neutralité du réseau. Cette définition ne devrait en effet pas être incluse directement dans le dispositif de l'article 23 de la Constitution et ce pour les raisons avancées ci-dessus.

Il convient cependant de noter que l'article 23 de la Constitution nécessite une mise en œuvre par voie législative et n'impose pas immédiatement des obligations en faveur des utilisateurs finaux. L'article stipule en effet que « *chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. A 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 réseau⁴⁰⁴], et déterminent les conditions de leur exercice* ». Il reviendra donc, en pratique, comme c'est le cas actuellement, au cadre réglementaire de protéger la neutralité du réseau, et il convient d'évaluer le cadre existant afin déterminer si oui ou non il s'acquitte correctement de cette tâche (voy. *infra*, sections 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 directement la question de la concurrence entre fournisseurs de réseaux et/ou de services publics et son lien avec la neutralité du réseau, ce qui nous paraît quelque peu regrettable.

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

⁴⁰³ 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. Le présent rapport prend en considération les propositions de révision de la Constitution et de loi dans l'état où elles étaient connues au 31 mai 2013.

⁴⁰⁴ Nous ajoutons.

(LCE)⁴⁰⁵. 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'application⁴⁰⁶.

Le principe ne serait donc pas à formuler comme une interdiction de principe de toute dérogation à la neutralité du réseau et nécessitera, comme c'est déjà actuellement le cas, d'être mis en application par des dispositions concrètes de la LCE, qui existent d'ailleurs déjà (au moins largement) (voy. *infra*, section D) et par des mesures de mise en œuvre de ces dernières (voy. *infra*, section C). L'inscription du principe dans la LCE ne créera pas, en tant que telle, des droits et obligations pour les utilisateurs finaux et les fournisseurs de réseaux ou de services. Cependant, cette inscription du principe dans la loi comme un objectif réglementaire 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 du principe respectivement aux articles 6, 2° et 8, 7° LCE qui incluent déjà aujourd'hui implicitement la garantie de la neutralité du réseau parmi les objectifs à promouvoir par l'IBPT dans l'accomplissement de ses tâches. Vu que de la sorte l'IBPT serait confirmé, alors 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 LCE.

⁴⁰⁵ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005. La LCE est en effet le siège principal de la réglementation sectorielle spécifique en la matière.

⁴⁰⁶ Notons que la neutralité du réseau est aussi protégée (indirectement) par d'autres dispositions comme, par exemple, les règles sur la libre concurrence inscrites dans le code de droit économique.

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 européen⁴⁰⁷. C'est ainsi que les dispositions européennes harmonisées en matière de neutralité du réseau⁴⁰⁸ ont été transposées dans la législation nationale belge. 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 son fournisseur. A 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 de l'examen juridique du chapitre 2 que la transposition en droit belge peut être considérée dans les grandes lignes comme complète (sur certains points, comme l'obligation d'information dans le contrat sur la vitesse et le volume de téléchargement d'une connexion à haut débit⁴⁰⁹ ou la possibilité pour l'abonné de résilier un contrat⁴¹⁰, la Belgique va même plus loin que les exigences européennes actuelles – voy. *infra*, section 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 pour des motifs anticoncurrentiels). Du point de vue du droit européen, des mesures complémentaires ne sont donc pas requises à l'heure actuelle. Qui plus est, la réglementation et la régulation belge semblent également déjà bien en ligne avec ce que pourraient être des exigences européennes futures, annoncées, dans des termes généraux⁴¹¹, par la Vice-Présidente Kroes le 4 juin 2013⁴¹². A 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

⁴⁰⁷ 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.

⁴⁰⁸ Voy. 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 (directive « mieux légiférer ») et 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 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 (directive « droit des citoyens »).

⁴⁰⁹ Art. 108, § 1, b), 2e tiret LCE.

⁴¹⁰ Voy. notamment art. 111/3 LCE.

⁴¹¹ Ces suggestions seront d'ailleurs sûrement encore soumises à de nombreuses modifications avant d'être adoptées.

⁴¹² N. Kroes, Safeguarding the open internet for all, SPEECH/13/498, 4 June 2013.

ce qui concerne les vitesses réellement fournies), 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*, section D). En général, la Vice-Présidente s'était prononcée fortement en faveur « *de mesures de sauvegarde pour tout Européen, sur tout équipement, sur tout réseau : une garantie d'un accès à un Internet complet et ouvert, sans blocage et limitations de services concurrentiels* »⁴¹³. Nous verrons si cette garantie passera par l'inscription explicite du droit à la neutralité du réseau dans un des textes du cadre réglementaire européen (et donc par conséquent belge) des communications électroniques (voy. aussi *supra*, section B.).

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 sollicitées⁴¹⁴). 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 exception 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 appropriée⁴¹⁵. 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

⁴¹³ *Ibidem*, 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 pour procéder à la gestion de trafic (comme celle des séparer le trafic sensible au temps du trafic moins urgent ou éviter la saturation du réseau).

⁴¹⁴ Voy. par exemple 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, art. 2.

⁴¹⁵ 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).

neutralité technologique de la réglementation et en raison de la convergence fixe-mobile et de l'évolution du marché mobile vers une offre équivalent au réseau fixe, il nous semble d'ailleurs approprié de ne pas introduire au niveau des principes une distinction entre les réseaux fixes et les réseaux mobiles.

Pour l'instant (c'est-à-dire en attendant l'application concrète par l'Institut de ses nouvelles compétences de 2012), opter déjà pour l'adoption d'une autre approche saperait inutilement le rôle et l'autorité de l'instance de contrôle, l'IBPT⁴¹⁶. 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*, section D. III et IV). 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 superflue⁴¹⁷.

Les récentes modifications de la loi en 2012 ont, bien entendu, eu aussi un impact sur le déroulement de l'étude, étant donné que celle-ci a pu partir d'un statu quo partiel. Comme déjà indiqué ci-dessus, les directives européennes ont été, dans les grandes lignes, correctement transposées et il n'y a donc pas de nécessité juridique stricte pour une intervention législative complémentaire. Au lieu de se livrer à une analyse de la nécessité juridique ou économique éventuelle de nouvelles mesures sur la neutralité du réseau, une approche beaucoup plus prospective a donc pu être suivie. L'étude a donc pu davantage se concentrer sur la question de savoir si les mesures nationales récemment introduites sont efficaces selon ces deux angles d'approche, en tenant compte des caractéristiques spécifiques du marché belge et des préoccupations des acteurs du marché (cf. questionnaire et séminaire).

⁴¹⁶ On peut en outre rappeler les pouvoirs de sanction de l'IBPT, voir : 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 »).

⁴¹⁷ 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 (voy. *infra*, section 7), 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.

D. Propositions concernant quelques thématiques spécifiques

En règle générale, il est apparu que les nouvelles mesures - quelques six mois après leur adoption - sont encore loin d'être connues, ce qui complique l'estimation précise de leur efficacité (attendue). Cependant, les services de l'IBPT ont actuellement lancé une action de contrôle du respect et de l'application de ces nouvelles mesures. On peut en tout état de cause faire remarquer que le cadre belge existant est bien développé dans les domaines suivants :

I. *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, 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 domaine⁴¹⁸. 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. A cette occasion, elle avait en effet exigé que l'utilisateur final devrait, à l'avenir, savoir ce qui est réellement inclus dans son contrat, en citant comme exemple particulier la vitesse délivrée⁴¹⁹.

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, 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 libres et 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

⁴¹⁸ Voy. art. 108, § 1, b), 2^e tiret 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.

⁴¹⁹ N. Kroes, The EU, safeguarding the open internet for all, SPEECH/13/498, 4 June 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, b), 2^e tiret LCE) et sur la manière selon laquelle les fournisseurs de services Internet commercialisent leur services.

de l'utilisateur final peut paraître réel. A cet égard, on pourrait penser à une procédure inspirée par l'article 113, § 5 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. Ils publieraient aussi sur leur site Internet, à l'intention 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 adressée. 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 et pour corrélérer cette information technique aux plans tarifaires qui sont proposés afin d'identifier, le cas échéant, des offres "discriminatoires".

II. Changement d'opérateur de réseau et de fournisseur d'accès à Internet

Egalement, s'agissant de la possibilité de changer d'opérateur⁴²⁰, 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 à rendre impossible ou à décourager le changement d'opérateur⁴²¹, va déjà plus loin que ce qu'exige l'Europe. Il ressort de l'analyse juridique que la LCE ne prévoit pas seulement, comme prévu par la directive « service universel »⁴²², la possibilité pour les abonnés de dénoncer le contrat sans pénalité ni préavis en cas de modification d'une clause du contrat⁴²³, 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 indemnités⁴²⁴. De plus, le remplacement avant échéance d'un contrat à durée déterminée par un autre⁴²⁵ et la tacite reconduction⁴²⁶ sont très strictement réglementés. Toutes ces

⁴²⁰ L'article 108, § 1^{er} 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* ».

⁴²¹ Art. 111/3, § 2 LCE.

⁴²² Directive « service universel » art. 20, § 2.

⁴²³ Art. 108, § 2 LCE.

⁴²⁴ Art. 111/3, §§ 1 et 3 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.

⁴²⁵ Art. 108, § 1/1 LCE. Le remplacement nécessite notamment l'accord exprès et écrit du consommateur, du petit indépendant ou de la P.M.E. concernée.

⁴²⁶ Art. 82 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010. 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

dispositions⁴²⁷ peuvent à tout le moins être considérées comme allant déjà allant 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. A 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 reconduction⁴²⁸.

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 efficient d'opérateur porte ses fruits⁴²⁹.

III. Exigences minimales en matière de qualité de service

Selon l'article 22, § 3 de la directive « service universel »⁴³⁰ 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. 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 public⁴³¹. Cette extension peut faire

reconduit, le consommateur peut le résilier à tout moment, sans indemnité et moyennant un préavis d'au maximum deux mois.

⁴²⁷ 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 arrivants vers sa nouvelle adresse (art. 121/1 – 3 LCE). A cet égard, voy. aussi décision du Conseil de l'IBPT du 1^{er} 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.

⁴²⁸ N. Kroes, The EU, safeguarding the open internet for all, SPEECH/13/498, 4 June 2013, p. 4.

⁴²⁹ 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 télécommunications, 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).

⁴³⁰ 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 108/51, 24 avril 2002.

⁴³¹ Notons d'ailleurs que l'article 3 de la proposition de loi 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*

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'information⁴³², seuls les aspects de la réglementation des communications électroniques seraient visés.

IV. 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* »⁴³³. 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 Internet⁴³⁴, 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 »)⁴³⁵ qui profitent autant aux utilisateurs finaux qu'à l'industrie et l'innovation⁴³⁶. Ce que signifie concrètement un « développement raisonnable » de services gérés et comment la capacité de réseau disponible devrait se répartir en pratique entre ces

au public » (Amendement (Van den Bergh c 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).

⁴³² La fourniture d'accès à Internet tombe en effet sous l'application des deux corps de réglementation (voy. cons. 10 de la 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 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).

⁴³³ Directive « mieux légiférer », cons. 4.

⁴³⁴ Nous traduisons ; comme tel dans le texte : « *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).

⁴³⁵ « *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 fréquents 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, BEREC, 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, p. 11

⁴³⁶ En ce sens, voy. aussi N. Kroes, Safeguarding the open internet for all, SPEECH/13/498, 4 June 2013, p. 3.

deux applications, est contrôlé et le cas échéant déterminé – en application de l'article 113, § 4 LCE – par l'IBPT⁴³⁷. 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 Commission⁴³⁸. De manière plus générale, L'IBPT exerce cette fonction sous la tutelle du Conseil des Ministres⁴³⁹ 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 annuel⁴⁴⁰.

⁴³⁷ 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 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).

⁴³⁸ Art. 113, § 4, al. 2 LCE. Voy aussi art. 22, § 3, al. 2 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.

⁴³⁹ Art. 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.

⁴⁴⁰ Art. 34 de la loi « IBPT-Statut ».

3. Nécessité d'une approche européenne harmonisée

Selon les différents angles d'analyse, il est apparu qu'il existait dans la littérature un large consensus pour estimer que la problématique de la neutralité du réseau se prête par excellence à une approche européenne harmonisée. C'est ainsi que dans le contexte du chapitre 1 (cadre conceptuel européen et international et analyse technique), le caractère intrinsèquement global de l'Internet a été évoqué, alors que dans l'étude juridique du chapitre 2, on a renvoyé à des contributions de spécialistes de premier plan du droit européen de la concurrence qui mettent l'accent sur le risque d'une fragmentation européenne face à l'existence de régimes nationaux trop divers. Du point de vue économique également, l'approche européenne harmonisée fait l'objet d'une préférence marquée, et ce aussi bien dans l'analyse théorique que dans les interviews des acteurs belges du secteur.

En outre, N. Kroes, Vice-présidente de la Commission européenne, a explicitement lié la problématique de la neutralité de l'Internet à celle de la réalisation du marché intérieur⁴⁴¹. Ainsi, les mesures complémentaires que la Commission se prépare à proposer en matière de neutralité du réseau (notamment, comme mentionné ci-dessus, en matière de transparence et de facilitation du changement d'opérateur) feront partie des mesures visant le marché intérieur que la Vice-Présidente souhaite voir adoptées pour Pâques 2014⁴⁴². Que ces mesures prennent la forme d'une recommandation (ce qui semblait longtemps être le cas) ou d'une directive (ce qui pourrait être le cas selon les déclarations récentes de Mme Kroes) importe peu pour la question qui nous intéresse ici – si on estime que ces nouvelles mesures européennes entraîneront un besoin de légiférer (ou de réguler) en Belgique (ce qui ne paraît pas vraiment comme étant sûr – voy. *supra*, section 1.C. et D.), il nous semble approprié d'attendre leur adoption par l'Union européenne avant d'agir en Belgique⁴⁴³ afin d'éviter qu'on introduise prématurément des approches divergentes nocifs au marché intérieur. Ce sera encore davantage le cas si les mesures européennes prennent la forme d'un règlement, qui est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable.

⁴⁴¹ "... 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 June 2013, p. 3).

⁴⁴² N. Kroes, The politics of the completing the telecoms single market, SPEECH/13/484, 30 May 2013.

⁴⁴³ Peu importe que cette action prenne la forme d'une intervention réglementaire ou celle de l'adoption par l'IBPT de mesures réglementaires au-delà de celles déjà prises ou à prendre dans de 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 le présent chapitre.

4. Nécessité d'une vision plus large en matière de neutralité du réseau

Notre étude a montré, en outre, que la problématique de la neutralité du réseau exige une vision bien plus large liée à la société de l'information numérique. 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 concernent (les compétences fédérales relatives aux communications électroniques, conformément aux limites qui avaient été fixées dans le cahier des charges de la présente étude. Pour notre pays en particulier, il faut, pour une vision globale de la neutralité du réseau, tenir compte également 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. 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 celle 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 »⁴⁴⁴ s'impose. 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* » (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 pour une solution globale en matière de neutralité du réseau.

5. Initiatives récentes pour des marchés plus concurrentiels

L'analyse juridique et économique a montré que le degré de concurrence réelle qui règne sur les marchés des communications électroniques et/ou de l'accès à Internet peut également constituer un critère pour l'évaluation de l'efficacité des mesures actuelles en matière de neutralité du réseau. Dans ce domaine, l'ensemble des régulateurs compétents pour la communication électronique et les services médias audiovisuels ont pris un certain nombre de mesures pour permettre davantage de concurrence, y compris et plus spécifiquement sur le marché des offres groupées. Ces mesures, surtout si on les combine avec les mesures très

⁴⁴⁴ A cet égard, voy. l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat 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.

efficaces en matière de changement d'opérateur, abaissent la pression ou la nécessité d'une intervention déterminée immédiate en matière de neutralité du réseau.

6. Champ de tension entre obligations actives et passives pour les FAI

Sur le plan juridique, en outre, un problème conceptuel se pose, qui doit être davantage clarifié avant d'imposer de nouvelles règles en matière de neutralité du réseau. Il concerne le champ de tension qui existe entre le rôle toujours plus actif qui est attendu des acteurs du marché en ce qui concerne le contrôle ou le filtrage de certains contenus illégaux ou préjudiciables, sur la base d'une disposition légale ou d'une décision de justice, d'une part, et l'obligation de traiter tous les contenus sur pied d'égalité (c'est-à-dire le principe de neutralité du réseau), d'autre part. Entre ces intérêts légitimes et fondamentaux, mais aussi contradictoires, un équilibre doit être trouvé. En attendant, et à défaut de régimes clairs de responsabilité, il est difficile pour les acteurs du marché de savoir quelle attitude ils peuvent/doivent adopter en la matière. Sur ce point, l'attention doit être attirée sur les considérations suivantes.

A. L'application de la réglementation du commerce électronique pourrait aussi dissuader les opérateurs d'agir directement sur les contenus (en sortant de leur rôle passif)

En vertu des règles européennes et belges en matière de commerce électronique, les prestataires intermédiaires de l'Internet (notamment les opérateurs de réseaux et les fournisseurs d'accès à Internet) bénéficient en principe⁴⁴⁵ d'une exemption de responsabilité, sous conditions, dans le cadre de leurs activités respectives de simple transport, de « caching » et d'hébergement. Ils peuvent cependant perdre le bénéfice de cette exonération de responsabilité s'ils sortent de leur rôle passif relativement aux données circulant sur le réseau. S'agissant des fournisseurs d'accès à Internet, il est ainsi établi par la directive sur le commerce électronique et la loi belge de transposition que ce prestataire ne doit notamment pas sélectionner, ni modifier les informations faisant l'objet de la transmission (sous peine de perdre le bénéfice de l'exonération)⁴⁴⁶. Par contre, pour ce prestataire (dans le cadre de l'activité de simple transport), la connaissance de l'existence d'informations illicites ne lui fait pas perdre le bénéfice de l'exonération de responsabilité s'il ne prend aucune mesure appropriée (et ce, contrairement aux autres prestataires intermédiaires). Cette possible perte d'exemption peut être considérée comme un incitant fort à l'égard des opérateurs et fournisseurs d'accès à Internet à ne pas agir directement sur les contenus à transmettre.

⁴⁴⁵ Ceci vaut sous réserve du respect des conditions prévues par les articles 12 à 15 de la directive sur le commerce électronique et par les articles 18 à 21 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 (LSSI).

⁴⁴⁶ Art. 12, § 1 de la directive sur le commerce électronique et art. 18 de la LSSI.

B. L'application du raisonnement de la Cour de Justice de l'Union européenne dans les affaires C-70/10, *Scarlet c. Sabam* et C-360/10, *Sabam c. Netlog* à la priorisation de certains contenus

La jurisprudence de la CJUE dans les affaires C-70/10, *Scarlet c. Sabam* et C-360/10, *Sabam c. Netlog*⁴⁴⁷ 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 CJUE 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 interdite⁴⁴⁸. 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 principe de proportionnalité. 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 pourrait 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).

⁴⁴⁷ 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*.

⁴⁴⁸ Arrêt *Scarlet*, point 54 ; arrêt *Netlog*, point 52.

7. Vers une « Charte des bonnes pratiques » ou un « Guide des droits de l'utilisateur final » en matière de neutralité du réseau (Internet)

En attendant que soit éclairci le rôle précis que l'on peut attendre des fournisseurs d'accès à Internet (une question qui - pour toute clarté - exige également au préalable une approche européenne harmonisée), il semble recommandé de permettre une approche suffisamment flexible et dynamique. À cet égard, on pourrait faire le choix, au niveau national, de ne plus prendre de nouvelles initiatives légales ou réglementaires, mais 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 (pour un exemple de pareille charte voy. annexe⁴⁴⁹)⁴⁵⁰. Une telle charte pourrait contenir une description des principaux objectifs et des pratiques les plus problématiques qui doivent être évités. Là où cela s'avère nécessaire ou utile, des engagements complémentaires éventuels des fournisseurs d'accès Internet pourraient éventuellement être prévus, en vue d'une protection encore plus efficace des droits des utilisateurs - si nécessaire - au-delà de ce qui est déjà prévu par voie réglementaire ou régulateur. En outre, la charte pourrait également informer les utilisateurs des droits qui sont déjà les leurs et donc remplir une fonction de transparence.

Cette dernière fonction pourrait d'ailleurs 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 Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie ; IBPT...) et pourrait se substituer à la Charte discutée ci-dessus. Notamment lors d'un séminaire tenu 26 avril 2013, des représentants du secteur, des consommateurs et du monde politique se sont

⁴⁴⁹ Le projet de charte présentée en annexe 1 se base sur un premier projet rédigé par l'équipe de recherche et complété avec des commentaires reçues par des représentants du secteur, des consommateurs et du monde politique lors d'un Workshop tenu à Bruxelles le 26 avril 2013 et ultérieurement par voie électronique.

⁴⁵⁰ 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 la 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.

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.

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.

A 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 transparence⁴⁵¹. 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 issus⁴⁵².

⁴⁵¹ 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>.

⁴⁵² *Ibidem*.

Annexes

Tables des matières :

- Annexe 1. Textes de l'Union européenne et de la Belgique concernant la neutralité des réseaux
- Annexe 2. Theoretisch kader: Internet als dubbele platformmarkt
- Annexe 3. BBC iPlayer case
- Annexe 4. Rapportering bevraging en workshop hoofdstuk 3
- Annexe 5. Projet d'une « Charte des bonnes pratiques en matière de neutralité des réseaux (Internet) »

Annexe 1. Textes de l'Union européenne et de la Belgique concernant la neutralité des réseaux

Directive « cadre »⁴⁵³ : Objectifs liés à la neutralité des réseaux	LCE⁴⁵⁴ : Objectifs liés à la neutralité des réseaux
<p>Art. 8, § 2, b) – Concurrence</p> <p>2. Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment :</p> <p>...</p> <p>b) en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu ;</p> <p>...</p>	<p>Art. 6, 2° – Concurrence</p> <p>Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut promeut la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources associées :</p> <p>...</p> <p>2° en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques</p>
<p>Art. 8, § 4, g) – Protection des intérêts des citoyens et des utilisateurs finals</p> <p>4. Les autorités réglementaires nationales soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne, notamment :</p> <p>...</p> <p>g) en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix.</p>	<p>Art. 8, 7° – Protection des intérêts des citoyens et des utilisateurs finals</p> <p>Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut veille aux intérêts des utilisateurs :</p> <p>...</p> <p>7° en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix</p>

⁴⁵³ Directive 2002/21/EC 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.

⁴⁵⁴ Loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *M.B.*, 25 juillet 12, *err.* 20 septembre 2012.

<p align="center">Directive « service universel »⁴⁵⁵ Protection des utilisateurs finals et des abonnés</p>	<p align="center">LCE Protection des utilisateurs finals et des abonnés</p>
<p>Art. 1, § 3 – Principe</p> <p>3. La présente directive ne prescrit ni n'interdit les conditions imposées par les fournisseurs de services et [Note : soit le « et » est de trop – soit « réseaux » manque – mais il n'y a pas d'erratum pour 2009/136/CE] communications électroniques accessibles au public pour limiter l'accès des utilisateurs finals aux services et applications et/ou leur utilisation, lorsqu'elles sont autorisées par le droit national et conformes au droit communautaire, mais prévoit une obligation de fournir des informations concernant ces conditions. ...</p>	
<p>Art. 20, § 1, b), 2°, 3°, 4° et 6° tirets - Transparence / éléments du contrat : limitations d'accès, gestion du trafic, restrictions concernant terminaux</p> <p>1. Les États membres veillent à ce que, lors de la souscription de services fournissant la connexion à un réseau de communications public et/ou de services de communications électroniques accessibles au public, les consommateurs, ainsi que les autres utilisateurs finals qui le demandent, aient droit à un contrat conclu avec une ou plusieurs entreprises fournissant une telle connexion et/ou de tels services. Le contrat précise, sous une forme claire, détaillée et aisément accessible, au moins les éléments suivants :</p> <p>...</p> <p>b) les services fournis, y compris notamment:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ... - l'information sur toutes autres conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées en vertu du droit national conformément au droit communautaire, 	<p>Art. 108, § 1, b), 2°, 3°, 4° et 6° tirets - Transparence / éléments du contrat : limitations d'accès, gestion du trafic, restrictions concernant terminaux</p> <p>1. Tout contrat conclu entre un abonne 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 contient au moins les informations suivantes sous une forme claire, détaillée et aisément accessible :</p> <p>...</p> <p>b) les services fournis, notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> - ... - l'information sur toutes autres conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées en vertu des dispositions légales et réglementaires et l'information relative à la vitesse et au volume de téléchargement d'une connexion à haut débit qui est mesurée conformément à la

⁴⁵⁵ Directive 2002/22/EC 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.C.E. L 108/51, 24 avril 2002.

<ul style="list-style-type: none"> - les niveaux minimaux de qualité des services offerts, à savoir le délai nécessaire au raccordement initial ainsi que, le cas échéant, les autres indicateurs relatifs à la qualité du service, tels qu'ils sont définis par les autorités réglementaires nationales, - l'information sur toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau, et l'information sur la manière dont ces procédures pourraient se répercuter sur la qualité du service, - ... - toute restriction imposée par le fournisseur à l'utilisation des équipements terminaux fournis; <p>...</p>	<p>méthode déterminée par l'Institut⁴⁵⁶ ;</p> <ul style="list-style-type: none"> - les niveaux minimums de qualité des services offerts, à savoir le délai nécessaire au raccordement initial ainsi que, le cas échéant, les autres indicateurs relatifs à la qualité du service, tels qu'ils sont définis par l'Institut ; - l'information sur toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau, et l'information sur la manière dont ces procédures pourraient se répercuter sur la qualité du service - ... - toute restriction imposée par le fournisseur à l'utilisation des équipements terminaux fournis; <p>...</p>
<p>Art. 21, § 3, c) et d) – Transparence : publication d'informations sur les modifications des limitations d'accès et sur les mesures de gestion du trafic</p> <p>3. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure d'obliger les entreprises qui fournissent des réseaux publics de communications électroniques et/ou des services de communications électroniques accessibles au public à, notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) ... b) ... c) informer les abonnés de toute modification des conditions limitant l'accès à des services ou des applications, et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées par le droit national conformément au droit communautaire; d) fournir des informations sur toute procédure mise en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le 	<p>Art. 111/1, 2° et 113, § 5 – Transparence : publication d'informations sur les modifications des limitations d'accès et sur les mesures de gestion du trafic</p> <p>111/1 L'Institut peut obliger les entreprises qui fournissent des réseaux publics de communications électroniques et/ou des services de communications électroniques accessibles au public à, notamment :</p> <p>...</p> <p>2° informer les abonnés de toute modification des conditions légalement autorisées limitant l'accès à des services ou des applications, et/ou leur utilisation;</p> <p>...</p> <p>113, § 5 Les entreprises fournissant des réseaux publics de communications électroniques ainsi que les entreprises fournissant des services de communications électroniques accessibles au public fournissent à</p>

⁴⁵⁶ Voy. Aussi : Décision du conseil de l'IBPT du 4 décembre 2012 concernant la communication de la vitesse d'une connexion fixe à haut débit, disponible sur : http://www.ibpt.be/fr/654/ShowDoc/3895/D%C3%A9cisions/D%C3%A9cision_du_Conseil_de_l%E2%80%99IBPT_du_4_d%C3%A9cembre_2012_c.aspx

<p>trafic de manière à éviter la saturation ou la sursaturation d'une ligne du réseau, et sur les répercussions éventuelles de ces procédures sur la qualité du service;</p> <p>e) ... f) ...</p> <p>Avant d'imposer toute obligation, les autorités réglementaires nationales peuvent, si elles le jugent approprié, promouvoir des mesures d'autorégulation ou de corégulation.</p>	<p>l'Institut des informations sur toute procédure mise en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la saturation ou la surcharge d'une ligne du réseau.</p> <p>Ces mêmes entreprises publient sur leur site Internet, à l'intention des utilisateurs finals, des informations sur les répercussions éventuelles de ces procédures sur la qualité du service. Les informations sont également communiquées à l'Institut avant leur publication.</p> <p>L'Institut dispose d'un délai d'un mois pour formuler ses observations éventuelles. Les entreprises ne peuvent publier les informations qu'après avoir tenu compte de ces observations.</p> <p>...</p>
<p>Art. 22, §2 – Transparence : indicateurs relatifs à la qualité de service à mesurer</p> <p>Les autorités réglementaires nationales peuvent préciser, entre autres, les indicateurs relatifs à la qualité du service à mesurer, ainsi que le contenu, la forme et la méthode de publication des informations, y compris les éventuels mécanismes de certification de la qualité, afin de garantir que les utilisateurs finals, y compris les utilisateurs finals handicapés, auront accès à des informations complètes, comparables, fiables et faciles à exploiter.</p>	<p>Art. 113, §2 - Transparence : indicateurs relatifs à la qualité de service à mesurer</p> <p>L'Institut peut déterminer entre autres les paramètres à utiliser en ce qui concerne la qualité du réseau et du service, ainsi que le contenu, la forme et la méthode de publication des informations, y compris les éventuels mécanismes de certification de la qualité, afin de garantir que les utilisateurs finals, y compris les utilisateurs finals handicapés, auront accès à des informations complètes, comparables et faciles à exploiter.</p>
<p>Art. 22, § 3⁴⁵⁷ – Exigences minimales de qualité</p> <p>3. Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure de fixer les exigences minimales en matière de qualité de service imposées à une entreprise ou à</p>	<p>Art. 113, § 4 – Exigences minimales de qualité</p> <p>4. Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, l'Institut peut imposer des exigences minimales en matière de qualité des services aux fournisseurs de réseaux publics de communications électroniques.</p>

⁴⁵⁷ Voy. aussi 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.

<p>des entreprises fournissant des réseaux de communications publics.</p> <p>Les autorités réglementaires nationales fournissent à la Commission, en temps utile avant l'établissement de ces exigences, un résumé des raisons sur lesquelles se fondent leur intervention, les exigences envisagées et la démarche proposée. Ces informations sont également mises à la disposition de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE). Après avoir examiné ces informations, la Commission peut émettre des commentaires ou faire des recommandations, en particulier pour garantir que les exigences envisagées ne font pas obstacle au fonctionnement du marché intérieur. Les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte des commentaires ou recommandations de la Commission lorsqu'elles arrêtent ces exigences.</p>	<p>L'Institut fournit à la Commission européenne, en temps utile avant l'établissement de ces exigences, un résumé des raisons sur lesquelles se fondent leur intervention, les exigences envisagées et la démarche proposée. Ces informations sont également mises à la disposition de ORECE. L'Institut tient compte le plus possible des commentaires ou recommandations de la Commission européenne.</p>
<p>Art. 20, § 2 – Changement de fournisseur : dénonciation du contrat pour modification des conditions</p> <p>2. Les États membres veillent à ce que les abonnés aient le droit de dénoncer leur contrat sans pénalité dès lors qu'ils sont avertis de modifications apportées aux conditions contractuelles proposées par l'entreprise fournissant des réseaux et/ou des services de communications électroniques. Les abonnés sont avertis en temps utile, au plus tard un mois avant ces modifications, et sont informés, au même moment, de leur droit de dénoncer leur contrat, sans pénalité, s'ils n'acceptent pas les nouvelles conditions. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient à même de préciser le format des notifications en question.</p>	<p>Art. 108, § 2 – Changement de fournisseur : dénonciation du contrat pour modification des conditions</p> <p>2. Sans préjudice de l'application du Chapitre 3, section 6 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, dès lors qu'ils sont avertis d'un projet de modification d'une clause du contrat conclu, les abonnés ont le droit de résilier leur contrat, sans pénalité. Les abonnées doivent en être avertis individuellement et dûment, en temps utile, au plus tard un mois avant ces modifications, et sont informés, au même moment, de leur droit de résilier ce contrat sans pénalité au plus tard le dernier jour du mois qui suit l'entrée en vigueur des modifications, s'ils n'acceptent pas les nouvelles conditions.</p>
<p>Art. 30, § 5 – Changement de fournisseur: durées maximales des contrats à durée déterminée</p> <p>5. Les États membres veillent à ce que les contrats conclus entre un consommateur et une entreprise fournissant des services de communications électroniques</p>	<p>Art. 108, § 3 – Changement de fournisseur: durées maximales des contrats à durée déterminée</p> <p>3. Lorsque le contrat visé au paragraphe 1er est conclu avec un consommateur, la durée d'engagement initiale du contrat ne peut excéder vingt-quatre mois. Les</p>

<p>n'imposent pas une durée d'engagement initiale excédant 24 mois. Les États membres veillent aussi à ce que les entreprises offrent aux utilisateurs la possibilité de souscrire un contrat d'une durée maximale de 12 mois.</p>	<p>opérateurs offrent à leurs clients dans tous les cas la possibilité de conclure un contrat avec une durée initiale maximale de douze mois.</p>
<p>Art. 30, § 6 -__Changement de fournisseur: conditions et procédures de résiliation de contrat</p> <p>6. Sans préjudice d'une éventuelle période contractuelle minimale, les États membres veillent à ce que les conditions et procédures de résiliation de contrat ne jouent pas un rôle dissuasif à l'égard du changement de fournisseur de service.</p>	<p>Art. 111/3, §2 - Changement de fournisseur: conditions et procédures de résiliation de contrat</p> <p>2. Sont nulles de plein droit (...) les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et de conditions liées à la résiliation dans les contrats conclus entre un opérateur et un abonné, qui visent à rendre impossible ou à décourager le changement d'opérateur.</p> <p>...</p>

	<p>Art. 111/3, § 1 et § 3 - Changement de fournisseur: conditions et procédures de résiliation de contrat (dispositions supplémentaires par rapport à la réglementation européenne)</p> <p>1. La résiliation par l'abonné du contrat visé à l'article 108, § 1er, peut se faire par tout moyen écrit et sans devoir en indiquer les motifs. Le contrat est résilié au moment choisi par l'abonné, même immédiatement. L'opérateur met fin au service concerné le plus rapidement possible compte tenu de la technique et en communique à l'abonné une confirmation écrite.</p> <p>...</p> <p>3. Sans préjudice de la disposition de l'alinéa 2, l'opérateur ne peut pas réclamer d'indemnité à un consommateur ou un abonné qui ne possède pas plus de cinq numéros d'appel, à l'exception des numéros pour des services M2M, pour la résiliation d'un contrat à durée indéterminée ou pour la résiliation anticipée d'un contrat à durée déterminée à la fin du sixième mois qui suit l'entrée en vigueur du contrat.</p> <p>...</p> <p>En cas de rupture anticipée du contrat, une indemnité supplémentaire peut être demandée au consommateur ou un abonné qui ne possède pas plus de cinq numéros d'appel ayant reçu, gratuitement ou à un prix inférieur, un produit dont l'obtention était liée à la souscription à un abonnement à durée déterminée, qui ne peut toutefois être supérieure à la valeur résiduelle du produit au moment de la rupture du contrat, conformément à l'article 108, § 1er, e), dernier tiret.</p>
	<p>Art. 108, § 1er/1 – Remplacement et reconduction automatique du contrat (disposition supplémentaire par rapport à la réglementation européenne)</p> <p>Sans préjudice de l'article 111/3, le remplacement par le même opérateur d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée conclu avec</p>

	<p>un consommateur ou un abonné qui ne possède pas plus de cinq numéros, à l'exception des numéros pour des services M2M, par un nouveau contrat conclu pour une durée déterminée est uniquement possible à condition que l'opérateur:</p> <p>1° ait préalablement averti le consommateur ou l'abonné concerné par écrit que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - en n'acceptant pas le remplacement, son contrat à durée déterminée en cours sera converti par application de l'article 82 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur à sa date d'échéance en un contrat à durée indéterminée, aux mêmes conditions et gratuitement résiliable à tout moment moyennant le respect du délai de préavis applicable de maximum deux mois, et - en acceptant le remplacement, son contrat en cours sera remplacé par un nouveau contrat à durée déterminée, qui ne sera résiliable avant la date d'échéance que moyennant le paiement d'une indemnité de rupture, dont le montant sera également communiqué au consommateur ou à l'abonné concerné, et <p>2° ait reçu l'accord exprès et écrit du consommateur ou de l'abonné concerné</p>
	<p>Art. 121/1 et 121/2, – Code de bonne conduite⁴⁵⁸ pour faciliter le changement de fournisseur (dispositions supplémentaires par rapport à la réglementation européenne)</p> <p>Dans un délai de quatre mois suivant l'entrée en vigueur du présent article, les fournisseurs d'un service d'accès à internet soumettent à l'Institut un code de conduite contenant des dispositions répondant au moins aux exigences suivantes :</p> <p>1° lorsqu'un utilisateur final résilie un contrat conclu avec un fournisseur d'un</p>

⁴⁵⁸ Voy. Aussi Décision du Conseil de l'IBPT du 1^{er} 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.

	<p>service d'accès à internet concernant son service d'accès à internet et que ce contrat offrait la possibilité de créer des adresses électroniques basées sur le nom commercial et/ou les marques sous lesquels ce service d'accès à internet est commercialisé, l'utilisateur final peut, à sa demande, obtenir du fournisseur du service d'accès à internet dont il se sépare pendant au moins six mois après la résiliation du contrat, l'une des deux facilités suivantes, au choix du fournisseur :</p> <p>a) la mise en place d'un système d'interception automatique, qui transmet le courrier électronique arrivant à l'adresse ou aux adresses électronique(s) créée(s) à une nouvelle adresse électronique à choisir par l'utilisateur final;</p> <p>b) un accès au courrier électronique arrivant à l'adresse ou aux adresses électronique(s) créée(s);</p> <p>2° lorsqu'un utilisateur final résilie un contrat conclu avec un fournisseur d'un service d'accès à internet et que ce contrat mettait un espace web à la disposition de l'utilisateur final, l'utilisateur final peut, à sa demande, obtenir du fournisseur du service d'accès à internet dont il se sépare que ce dernier permette, pendant au moins six mois après la résiliation du contrat, que le(s) site(s) internet de l'utilisateur final reste(nt) accessible(s), même si l'utilisateur final ne peut plus utiliser, par le biais de l'URL y afférente, l'espace web qui était mis à sa disposition;</p> <p>3° la mise en place des facilités visées aux points 1° et 2° peut être obtenue facilement par l'utilisateur final jusqu'au jour de la cessation du service d'accès à internet;</p> <p>4° la mise en place des facilités visées aux points 1° et 2° est gratuite pour l'utilisateur final;</p> <p>5° lorsqu'un utilisateur final exprime le souhait de résilier le contrat visé au point 1°, l'utilisateur final est informé des facilités visées au présent article.</p>
--	--

[pagina opzettelijk blanco]

Annexe 2. Theoretisch kader: Internet als dubbele platformmarkt

In deze eerste sectie worden de onderlinge economische relaties van actoren die voor hun werking (in toenemende mate) afhankelijk zijn van het internet uitgetekend in een waardenetwerk.

Dit gebeurt op basis van een identificatie van de relevante bedrijfsrollen, een aanduiding van de industriële en commerciële relaties tussen deze rollen (welke diensten er onderling worden uitgewisseld, en welke geldstromen er kunnen circuleren in ruil voor de geleverde diensten), en het situeren van de betrokken bedrijfsactoren binnen het aldus verkregen waardenetwerk. We wensen een gedetailleerd zicht te geven op de twee belangrijkste zijden van de tweezijdige markt die het internet is: operatoren aan de ene zijde, en aanbieders van software of media aan de andere zijde.

1. Definitie waardenetwerken

Een waardenetwerk toont hoe ondernemingen—binnen de budgettaire klijlijnen getrokken door hun aandeelhouders en dagelijks bestuur—hun hulpbronnen mobiliseren in relatie met de hen omringende actoren. Drie bouwstenen worden onderscheiden in waardenetwerken: bedrijfsrollen, bedrijfsactoren, en relaties.

- **Bedrijfsrollen** zijn logische groepen van bedrijfsprocessen die vervuld worden door een of meer actoren. Bedrijfsactoren puren waarde uit en verschaffen waarde aan de rollen die ze vervullen.
- **Bedrijfsactoren** kunnen fysieke personen zijn, bedrijven of organisaties. Er bestaan verscheidene soorten organisaties zoals de vertikaal geïntegreerde organisatie, franchise, een joint venture, etc. Actoren participeren in de creatie van economische waarde door de mobilisering van tastbare en ontastbare hulpbronnen zoals financieel, intellectueel en sociaal kapitaal.
- **Relaties** zijn de contractueel bepaalde uitwisselingen van producten of diensten tussen bedrijfsactoren en -rollen in ruil voor financiële betaling of andere hulpbronnen.

Deze elementen komen samen in een waardenetwerk. In een waardenetwerk worden de waardeketens van verscheidene industriële werelden of 'velden' parallel naast elkaar getekend, teneinde een duidelijk zicht te krijgen op welke wijze bepaalde diensten tot bij de eindconsument geraken.

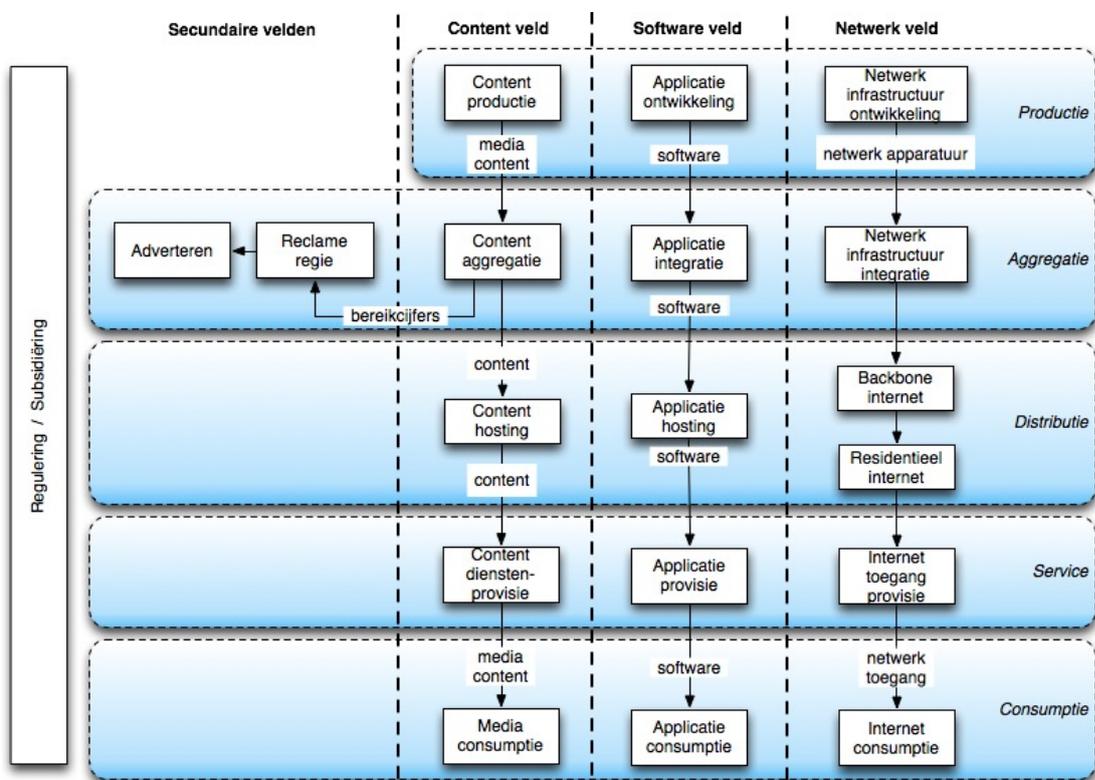
Waardenetwerkanalyse is een algemeen aanvaarde techniek uit de organisatieleer. De wortels van de methode kunnen gesitueerd worden in Porters waardeketens⁴⁵⁹, gecombineerd met de recente inzichten uit de scholen rond Industriële Organisatie en Resource Based

⁴⁵⁹ PORTER, Michael E. (1980) Competitive Strategy : Techniques for Analysing Industries and Competitors, New York: The Free Press.

Management.^{460,461} Christensen definieert een waardenetwerk als “de context waarbinnen een onderneming de noden van de klant identificeert en erop antwoordt door middel van probleemoplossende beslissingen, door de aankoop van hulpbronnen, door te reageren op concurrenten, en te streven naar winst”⁴⁶².

2. Generisch waardenetwerk van het internet ecosysteem

Indien de belangrijkste bedrijfsrollen uit de relevante industriële sferen worden gemapt volgens de wijze waarop ze chronologisch diensten aan elkaar leveren verkrijgt men een gestileerd overzicht van de parallele wijze waarop de infrastructuur-, software-, content- en advertentiewereld diensten aan de eindgebruiker leveren.



Figuur 9: Generisch waardenetwerk van het internet ecosysteem

In de bovenstaande figuur staan de witte rechthoeken voor **bedrijfsrollen** die kunnen gespeeld worden door specifieke bedrijfsactoren. De zwarte pijlen staan voor diensten/producten die de rollen aan elkaar leveren. De horizontale afgeronde rechthoeken representeren **dienstleveringsfases**, en wijzen op de chronologische opvolging waarmee de

⁴⁶⁰ Normann, R. & R. Ramirez (1993) “From Value Chain to Value Constellation: Designing Interactive Strategy”, Harvard Business Review, 71 (July/August 1993), 65-77.

⁴⁶¹ Stabell, C. & O. Fjeldstad (1998) “Configuring Value for Competitive Advantage: On Chains, Shops, and Networks”, Strategic Management Journal, 19, 413 – 437.

⁴⁶² Vertaling, p. 36 van Christensen, C. M. (1997) The Innovator’s Dilemma: When New Technologies Cause Great Firm to Fail. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press.

verscheidene geïdentificeerde bedrijfsrollen diensten aan elkaar leveren tot aan de eindgebruiker. De verticale stippellijnen markeren de grenzen tussen verschillende **industriële domeinen of velden**.

Het verdient vermelding dat in deze analyse de focus ligt op het waardenetwerk van de dienst 'Internet-toegang'. Dit waardenetwerk is verschillend van het waardenetwerk dat gebruikt wordt voor de distributie van lineaire Tv-kanalen waar de keuze van welke Tv-kanalen al dan niet geleverd worden centraal wordt beheerd door dienstenverdelers die (rekening houdend met de vraag naar en populariteit van specifieke Tv-kanalen bij het publiek) boeketten van Tv-kanalen samenstellen die ofwel in het betaalde basisaanbod of in een afzonderlijk, extra betalend, pakket worden aangeboden aan de eindgebruiker.

Onderstaande tabel geeft de korte definities van de bedrijfsrollen vermeld in het hierboven getekende waardenetwerk. In de daaronder volgende passages geven we een uitgebreider beschrijving van de verscheidene rollen.

Lijst van bedrijfsrollen, geordend volgens dienstleveringsfase	
Productiefase:	
Fase met rollen die de productie van (deel)producten op zich nemen.	
Content productie	- De productie van originele content
Applicatie ontwikkeling	- Het ontwikkelen van software door een softwarehuis
Netwerk infrastructuur ontwikkeling	- Het ontwikkelen van apparatuur die zal gebruikt worden voor de uitbouw van bepaald soort netwerk.
Aggregatiefase:	
Fase met rollen waarin het te distribueren en te verkopen product wordt geaggregeerd in bundels met herkenbare merknamen.	
Adverteren	- Het alloceren van een reclamebudget aan een bepaald medium.
Reclameregie	- Het positioneren (tegen betaling) van reclameboodschappen binnen een content bundel.
Content aggregatie	- Het bundelen van intern geproduceerde en extern aangekochte content producten onder een merknaam ('Een', 'Canvas', 'VTM', 'VT4',...).
Applicatie integratie	- Het integreren van softwaremodules tot een geïntegreerd geheel van applicatieloga.
Netwerk infrastructuur integratie	- Het integreren van de verscheidene infrastructuurcomponenten

	(hardware en software) tot een goed functionerend netwerk.
Distributiefase:	
Fase met rollen die de distributie van bepaalde diensten verzorgen	
Content hosting	- Het opslaan van content data op een computer verbonden aan het internet
Applicatie hosting	- Het opslaan van applicatie data op een computer verbonden aan het internet
Backbone internet beheer	- Het beheer van een backbone netwerk waarover B2B IP-verkeer wordt verstuurd.
Residentieel internet beheer	- Het beheer van een netwerk gericht naar de residentiële gebruiker.
Servicefase:	
Fase met rollen die diensten verkopen aan de eindgebruiker	
Content diensten provisie	- Het aanbieden van een dienstenbundel met gegroepede content aan de eindgebruiker.
Applicatie provisie	- Het leveren (via verkoop, verhuur, door reclame ondersteund,...) van geïntegreerde softwarediensten aan eindgebruikers.
Internet toegang provisie	- Het aanbieden van toegang tot het internet netwerk aan eindgebruikers.
Consumptiefase:	
Fase waarin eindgebruiker bepaalde diensten consumeert.	
3. Media consumptie 4. Applicatie consumptie 5. Internet consumptie	- De consumptie van de bepaalde product- of dienstenbundels door de eindgebruiker.

a) Secundaire velden

Aan de linkerzijde van de figuur staan rollen vermeld die niet essentieel zijn voor de levering van de dienst aan de eindgebruiker, maar tegelijk noodzakelijk/essentieel zijn wat betreft het functioneren van het hele waardenetwerk.

Regulering en subsidiëring

Deze twee rollen worden vervuld door overheden. Regulering slaat op een brede verzameling aan ingrepen waarmee overheden trachten sturing te geven aan bepaalde maatschappelijke aspecten.

Subsidiëring is het verstrekken van financiële steun aan bepaalde diensten of initiatieven op basis van criteria van openbaar nut.

Adverteren

Adverteren is, vanuit een waarden netwerkstandpunt gezien, *in se* de private versie van de rol 'subsidiëring'. In ruil voor een bepaald bereik zijn adverteerders bereid een bepaald bedrag te betalen voor het laten verschijnen van bepaalde commerciële boodschappen langsheen media content of software.

Reclameregie

Reclameregie (*advertisement brokerage*) beheert reclamecampagnes voor klanten in media kanalen. De meeste nieuwe media bedrijven gebruiken online reclameregies zoals Google.

b) Content veld

Het veld van contentproductie, -distributie en -consumptie is het domein van traditionele en nieuwe mediaspelers.

Content productie

Deze rol kan uitgevoerd worden door zowel interne productiedepartementen, externe productiehuisen, of grote internationale spelers. Interne of externe producenten staan in voor de financiering en realisatie van originele programma's waarvoor zij de uitzendrechten aankopen of bezitten.

In de traditionele Tv-wereld worden de rechten voor deze programma's vaak exclusief aan omroepen doorverkocht. Online is dit veel minder het geval (YouTube koopt zelden de rechten op geproduceerde content, alhoewel Google is begonnen met experimenten in deze zin⁴⁶³). Exclusiviteit wordt traditioneel beschouwd als een lucratieve strategie die het meeste waarde voor de programmamakers genereert, al zien we een groeiende verspreiding van niet-exclusieve content over diverse platformen (inclusief het internet)⁴⁶⁴.

Content aggregatie

Deze rol wordt verschillend ingevuld door traditionele mediabedrijven en nieuwe media actoren. Dit onderscheid is relevant omdat de traditionele mediawereld duidelijker gereguleerd is, terwijl zuivere internet actoren vaak niet onderhevig zijn aan deze regulering.⁴⁶⁵

Traditioneel staat content aggregatie voor het samenbrengen onder een merknaam ("brand") van content in dienstenbundels. Dit gebeurt zowel door omroepen als platformuitbaters. Omroepen organiseren de verworven programma's onder een noemers zoals *Een*, *VTM* of *Vier* in strategische tijdsloten terwijl platformoperatoren deze omroepen in zenderpakketten bundelen en aan de consument aanbieden. Navigatie doorheen het digitale content aanbod

⁴⁶³ Youtube kocht eind 2011 RightsFlow, een bedrijf gespecialiseerd in rechten op muziek. Youtube heeft ook reeds licenties afgesloten met Netflix om de exclusieve rechten op de streaming van bepaalde video te verkrijgen.

⁴⁶⁴ Nicita, A. & Rossi, M. A. (2008). Access to audio-visual contents, exclusivity and anticommons in new media markets. *Communications & Strategies*, 71(3), 79-101.

⁴⁶⁵ Bvb. Nieuwe Tv-zenders moeten aangemeld worden bij de regionale regulator (Vlaamse Regulator voor de Media / Conseil Supérieur de l'Audiovisuel), en moeten strikte reclamerichtlijnen respecteren.

(in de vorm van een elektronische programmagids (EPG) of zoekinterface) wordt beschouwd als een belangrijke vorm van waardecreatie in het digitale televisielandschap.⁴⁶⁶

Online content aggregatie slaat op aggregatie van gelijkaardige content op internet platformen.

Content hosting

Content kan gehost worden door de content aggregator zelf ("in-house") of door gebruik te maken van een *content hosting provider* zoals Belgacom, Telenet of Amazon (met hun Amazon S3, een online storage dienst), of Akamai (dat een Content Distribution Network (CDN) beheert voor de distributie en replicatie van content op *edge* locaties, zo dicht mogelijk bij de eindgebruikers).

Content diensten provisie

Het leveren van de einddienst aan de consument, al dan niet in aan verkoop-, verhuur-, of reclamegebaseerde formule.

Content consumptie

Het consumeren van de content.

c) Software veld

Dit veld is het domein van de ontwikkeling en levering van softwarediensten.

Applicatie ontwikkeling

De ontwikkeling van software programma's.

Applicatie integratie

Het bundelen van verscheidene softwarecomponenten in stabiele, verkoopbare softwarebundels of -pakketten.

Applicatie hosting

Zelfde functie als content hosting (cfr. supra).

Applicatie provisie

Een *application service provider* (ASP) levert geïntegreerde bundels van softwarediensten, hoofdzakelijk in business-to-business relaties. Bijvoorbeeld, in het geval van de video content waardeketen maken ASPs tools beschikbaar voor video editing, video distributie (met streaming servers), en voor het afspelen van de video (players). De design en ontwikkeling van deze applicaties kunnen ofwel in-house gebeuren door de ASP, of uitbesteed worden aan een extern softwarehuis.

⁴⁶⁶ Katz, M.L. (2004). Industry structure and competition absent distribution bottlenecks. In E. Noam, J. Groebel & D. Gerbarg (Eds.), *Internet Television* (pp. 31-60). Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates.

Applicatie consumptie

De consumptie van software door de eindklant.

Gelijkaardigheid van de software- en mediawereld

Terzijde kan hier worden opgemerkt hoe vanuit een bedrijfseconomisch perspectief de industriële werelden van digitale media content en software steeds meer gelijkenissen vertonen.⁴⁶⁷

Ten eerste bezitten beide werelden quasi-identieke waardeketens die beginnen bij de makers van het creatieve product (schrijvers, muzikanten, cineasten, programmeurs), via de distributeurs (games vinden doorgaans onderdak bij een softwarelabel, muziekgroepen bij een platenlabel, TV-makers bij een TV-zender en schrijvers bij een uitgever) tot aan de consumenten die bij de aankoop van een dergelijk product voortdurend moeten rekening houden met op welke platformen ze het product zullen kunnen “afspelen” (een Sony eBook heeft een Sony eReader, een Apple AAC-bestand kun je enkel op een iPod of iPhone beluisteren, een Xbox-game een Xbox, een Playstation game Sony Playstation en een OS X applicatie een Mac computer). In het geval van computergames is het bijna onmogelijk om de scheidingslijn tussen de ICT-wereld en de culturele wereld te trekken. Parallel hiermee loopt de waardeketen van de leveranciers van de tools waarmee de eindgebruikers het product kunnen consumeren (drukkers voor de uitgevers, camera apparatuur voor de filmmakers, instrumentmakers voor de muzikanten, en ontwikkelingsomgevingen voor de softwareontwikkelaars).

Ten tweede, en hierdoor, vertonen de eindproducten van de software- en media wereld door de voortschrijdende digitalisering sterke bedrijfsmatige gelijkenissen. Producenten van software bezetten gelijkaardige posities in de waardeketen als producenten van content. Computerprogramma's kunnen in softwarepakketten gebundeld worden vooraleer gedistribueerd en geconsumeerd te worden. Tijdens het vermarkten en valoriseren van hun producten worden softwareproducenten met strategische keuzes geconfronteerd inzake distributie en verkoop (exclusiviteit, prijsformules, etc.) die gelijkaardig zijn met die van de producenten van audiovisuele content. In het geval van videogames of muziek zijn de content- en software-industrie onmogelijk van elkaar te onderscheiden.

d) Netwerk veld

Dit veld is het domein waarbinnen netwerken worden uitgerold op basis waarvan netwerkdiensten aan eindklanten worden geleverd.

⁴⁶⁷ Braet Olivier (2012) “Business Model Issues for the Digital Video Content Industry”, in Pauwels, Caroline & Donders, Karen, *The Future of Private Broadcasting*. London, Palgrave Macmillan.

Netwerk infrastructuur ontwikkeling

Het ontwerpen en bouwen van de infrastructuur nodig voor het uitbouwen van een internet netwerk.

Netwerk infrastructuur integratie

Het integreren van de op de markt beschikbare netwerkinfrastructuur in een performant internet netwerk. Dit is een aparte rol omdat deze functionaliteit vaak wordt uitbesteed door *internet service providers*.

Backbone internet provisie

Een *backbone provider* bezit infrastructuur die netwerken met elkaar verbindt, en datatransit verzorgt tussen zgn. *last-mile providers*. Level 3 beheert een van de grootste backbone netwerken wereldwijd. Sommige andere actoren vervullen een dubbelrol. Zo is TeliaSonera tegelijk backbone provider en last-mile provider.

Relevant is dat *last-mile providers onder elkaar* zgn. “peering agreements” hebben, waarbij ze overeenkomen hun onderling verkeer gratis uit te wisselen. Echter, datatrafiek tussen een last-mile provider en een backbone provider is onderhevig aan *transit fees*.

Residentieel internet provisie

Last-mile providers bezitten dat gedeelte van het netwerk waarmee internet toegang kan geleverd worden aan eindgebruikers. De *last-mile provider* levert niet noodzakelijk zelf de dienst aan de eindconsument. In dat geval is er een bijkomende partij genaamd *Virtuele Network Operator* die internet toegang verkoopt aan residentiële klanten, terwijl de fysieke netwerkconnectie beheerd wordt door de oorspronkelijke last-mile provider.

Internet toegang provisie

Het verkopen van internettoegang aan eindgebruikers, hetzij door een operator via een netwerk in eigen bezit, hetzij door een virtuele operator die gebruikt maakt van een extern netwerk.

Internet consumptie

Het verbruiken van de dienst ‘internet toegang’ door eindklanten.

6. Bedrijfsactoren binnen het waardenetwerk

Relevante bedrijfsactoren

De volgende stap is om op dit waardenetwerk de verscheidene betrokkene bedrijfsactoren te situeren volgens de rollen die zij aannemen. Elke discrete bedrijfsrol kan in principe vervuld worden door een discrete actor, in welk geval de naam van de actor rechtstreeks wordt afgeleid

van de rol. Bijvoorbeeld, een actor die alleen aan content aggregatie doet wordt 'content aggregator' genoemd; wie enkel de rol van content netwerkbeheer vervult wordt 'content netwerkbeheerder' genoemd, enzovoort. Vaak echter vervullen actoren meer dan één rol, in welk geval we een naam kiezen die afwijkt van de bedrijfsrol, om verwarring te vermijden.

Afhankelijk van hoe actoren worden gesitueerd binnen dit algemeen waardenetwerk, ontstaan er verschillende marktscenario's waarbinnen er verschillende diensten- en geldstromen heersen. Indien twee rollen door eenzelfde actor worden vervuld, verlopen de geldstromen *intern binnen* de onderneming, en wordt dit opgevolgd door middel van de interne boekhouding. Indien twee rollen door verschillende actoren worden vervuld, verloopt de geldstroom *extern tussen* de verschillende ondernemingen.

Een summierelijst van mogelijke bedrijfsfactoren staat hieronder opgesomd.⁴⁶⁸

Summiere lijst van bedrijfsfactoren	
Adverteerder	=> Actor die reclamebudgetten alloceert voor het voeren van publicitaire campagnes
Reclamebureau	=> Actor die op vraag van adverteerders reclamecampagnes opzet en desgevraagd reclameregie voert
Beheersmaatschappij	=> Organisatie die instaat voor het beheer en de inning van content rechten
Productiehuis	=> Actor die content produceert <ul style="list-style-type: none"> - Externe productiehuisen (Kanakna, Woestijnvis,...) particuliere Tv-makers - Interne productiecapaciteit binnen de omroepen - ...
Omroep	=> Actor die zelf geproduceerde of extern aangekochte content aggregeert onder een 'brand naam'. <ul style="list-style-type: none"> - Binnenlandse openbare omroepen (VRT, RTBF, BRF) - Lokale omroepen - Buitenlandse openbare omroepen (Nederlandse, Franse, Britse, etc. openbare omroepen) - Belgische private omroepen (VTM, VTA,...) - Buitenlandse private omroepen - ...

⁴⁶⁸ Deels gebaseerd op p. 17 uit P. 11 van 'De Belgische sector van de teledistributie.' Federale Overheidsdienst Economie, KMO, Middenstand en Energie, Vooruitgangstraat 50, 1210 Brussel. . V.U. Lambert Verjus. Juni 2007 en p. 39 uit SUMMER, Rene (2008) Reshaping the business of television. EBR Vol. 3: 38-41.

Internet Backbone Provider	=> Actor die netwerkgebaseerde diensten verkoopt aan andere (telecom) bedrijven
Netwerkoperator	=> Actor die de controle bezit over specifieke netwerken <ul style="list-style-type: none"> - Kopergebaseerd netwerk (Belgacom) - Coaxgebaseerd netwerk (Telenet) - ...
Internet Service Provider	=> Actor die internet toegang verkoopt aan eindgebruikers. <ul style="list-style-type: none"> - ... over koperkabel (Belgacom) - ... over coaxkabel (Telenet) - ... over een draadloos netwerk => Actoren die enkel deze rol vervullen maar geen eigen netwerk bezitten worden aangeduid als (M)VNO: (Mobiele) Virtuele Netwerkoperator.
Netwerkoperator	=> Actor die de controle bezit over specifieke netwerken <ul style="list-style-type: none"> - Kopergebaseerd netwerk (Belgacom) - Coaxgebaseerd netwerk (Telenet) - ...
Eindgebruiker	=> De consument die de finale dienstenbundels (TV, Internettoegang, software) consumeert, al dan niet tegen betaling.

Naargelang het industriële scenario zullen bepaalde actoren meer of minder rollen vervullen, wat wijst op een hogere of lagere mate van industriële concentratie. **Verticale integratie** impliceert het verenigen van verscheidene rollen die elkaar chronologisch opvolgen binnen dezelfde industriële waardeestroom. **Horizontale integratie** impliceert het verenigen van rollen die zich in parallele industriële sferen bevinden. Bijvoorbeeld, Apple breidde bvb. haar kernrollen van hard- en softwaremaker uit met de rol van content aggregator bij de lancering van het iTunes platform voor muziek- en video-downloads. (Echter, de rol van 'Content hosting' besteedt Apple uit aan zgn. Content Delivery Networks zoals Akamai.) Google breidde haar kernrol van online reclameregisseur uit met de rol van content aggregatie en content host in het geval van hun YouTube platform.

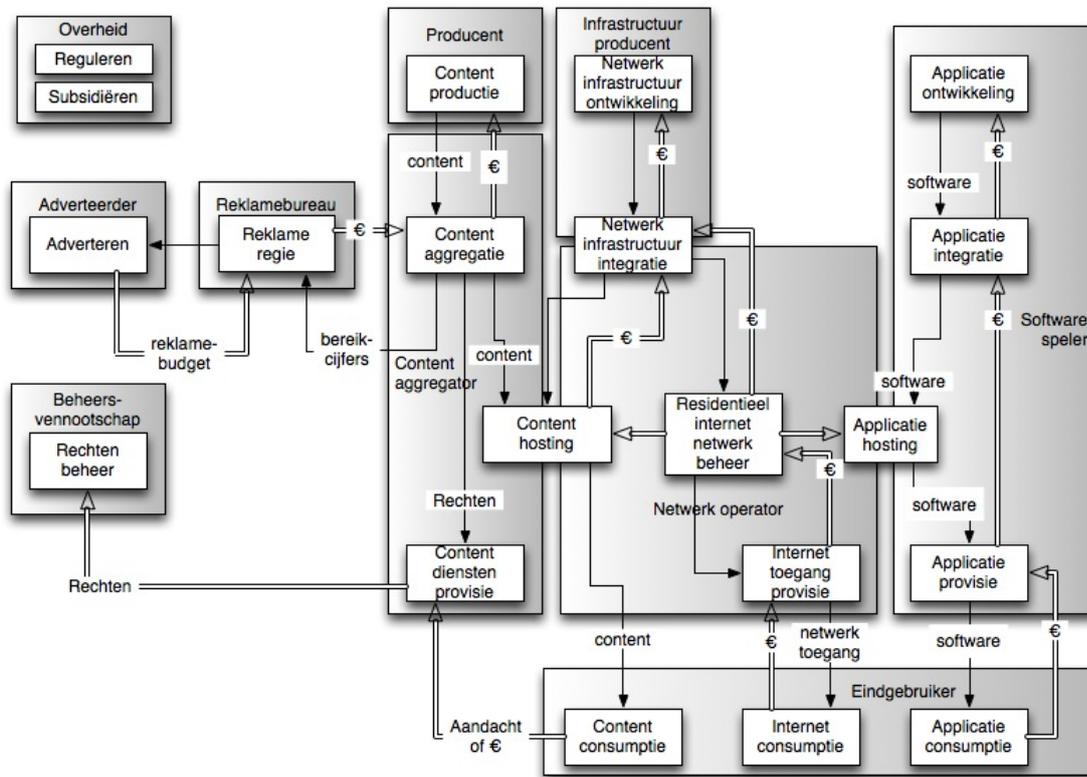
Indien een actor vele rollen vervult binnen dezelfde verticale stroom hebben we te maken met een sterke vorm van verticale integratie, wat een direct effect zal hebben op de samenwerkingsverbanden met alle actoren uit het waardenetwerk, inclusief met actoren uit de andere stromen (of 'industriële sferen'). Naarmate eenzelfde actor meer dergelijke rollen in zich verenigt (= sterke verticale integratie) neemt de samenwerking met andere actoren immers af. Indien zeer weinig rollen worden geïntegreerd binnen eenzelfde actor (=

modularisering van het ecosysteem), zullen er meer onderlinge samenwerkingsovereenkomsten moeten opgemaakt worden, wat een toename van de intra- en crossindustriële contractuele bepalingen impliceert.

In de volgende sectie mappen we bedrijfsfactoren op het waardenetwerk van het internet.

Mapping van bedrijfsactoren

In onderstaande figuur worden een aantal standaard actoren gemapt op het generische waardenetwerk. De zwarte pijlen representeren nog steeds geleverde diensten, terwijl de witte pijlen staan voor geldstromen of andere waarestromen (zoals aandacht).



Figuur 10: Bedrijfsactoren gemapt op het generische waardenetwerk.

De rollen van content hosting en applicatie hosting kunnen ofwel:

- door de eigenaar van de content of de applicaties zelf verzorgd worden
- uitbesteed worden aan een netwerkoperator
- uitbesteed worden aan derde partij.

Daarom zijn deze rollen weergegeven als overlappend over verschillende actoren heen. Naargelang het concrete bedrijfsscenario (opties a, b, of c) zal de rol binnen het domein van deze of gene actor vallen. Indien de operator naast zijn kernrol van het leveren van internettoegang ook de rol van hosting opneemt, vergroot zijn dominantie in het waardenetwerk. De rol van internettoegang provisie blijft echter strategisch sterker voor de operator, aangezien content of software dienstenleveranciers makkelijker de functionaliteit van hosting kunnen weghalen van de operator en uitbesteden aan een externe derde partij, terwijl dit voor het leveren van internettoegang provisie veel minder het geval is (tenzij de dienstenleveranciers zelf de rol van ISP zouden adopteren).

Het groeiende belang van platform markten

Naast de rollen die actoren spelen, de commerciële relaties ze onderling hebben, en de relatieve positie van elke actor in het waardenetwerk, is het belangrijk om aan te duiden of een 'verbindende' actor aan doorverkoop doet, of zich als een platform gedraagt. In de volgende paragrafen gaan we dieper in op twee fundamentele trends op het vlak van de industriestructuur. Deze trends gaan in belangrijke mate gepaard met de evolutie van een waardeketen naar een waardenetwerk en laten toe de toekomstige modellen voor waardecreatie en waardedistributie in de industrie te exploreren.

We zijn getuige van een overgang naar een ruimer media-ecosysteem dat mogelijkheden schept voor spelers die voorheen actief waren in andere markten en industrieën. Vroeger werden alle activiteiten binnen de audiovisuele waardeketen door traditionele mediaspelers gecontroleerd. Publieke omroepen produceerden en programmeerden de aangemaakte of aangekochte content, en verspreidden deze langs netwerken die ze zelf beheerden of waartoe ze gegarandeerde toegang hadden⁴⁶⁹. Digitale ontwikkelingen hebben evenwel de intrededrempels verlaagd zodat voornamelijk telecomoperatoren als *gatekeeper* een groeiend belang in de audiovisuele omgeving verworven hebben.

De strategie van de waardeketen is geworteld in traditionele industriële productieprocessen (automobiel, kleding, voeding, etc.) gericht op de verkoop van producten die resulteren uit een transformatieproces. Nieuwe technologische 'combinaties' als gevolg van disruptieve innovatie in informatietechnologie hebben evenwel geleid tot meer dynamische vormen van waardecreatie en complexe waardesystemen. Strategie ligt niet langer in het bezetten van een aantal activiteiten in de waardeketen, maar in het opbouwen van interacties met andere stakeholders – leveranciers, partners, klanten etc. – in een ruimer systeem van waardecreatie⁴⁷⁰. In de digitale economie vloeit waarde niet zozeer voort uit het transformeren van grondstoffen in afgewerkte producten, maar uit het faciliteren van transacties tussen diverse soorten gebruikers rond producten en diensten. Dit vereist een innovatief managementperspectief gefocust op het uitbouwen van strategische relaties en samenwerkingsmodellen met andere bedrijven. De heroriëntering van de rigide waardeketen naar een flexibel 'waardenetwerk' wordt vandaag beschouwd als één van de belangrijkste uitdagingen op het vlak van strategisch management⁴⁷¹. De erosie van de traditionele waardeketen door de complexe en circulaire relaties tussen de diverse businessrollen en -partners stelt de spelers uit alle betrokken industrieën voor de belangrijke uitdaging innovatieve business- en samenwerkingsmodellen te exploreren.

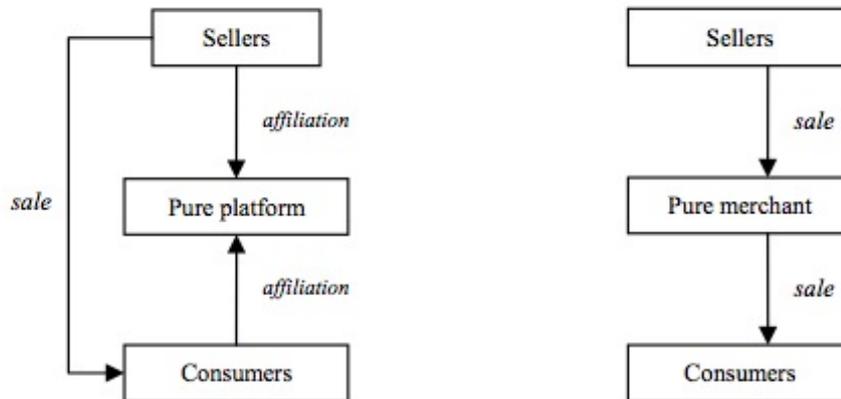
e onderlinge verhoudingen tussen mediaspelers en netwerkspelers evolueren zeker in het geval van online markten van een doorverkoopmodel naar een platformmodel. Het medialandschap evolueert hierbij van een wereld waarin producten op chronologische wijze worden gedistribueerd naar de consumenten—het zgn. 'merchant model' of

⁴⁶⁹ Küng, L.; Kröll, A-M.; Ripken, B. & Walker, M. (1999). Impact of the digital revolution on the media and communications industries. *Javnost-the Public*, 6(3), 29-48.

⁴⁷⁰ Norman, R. & Ramírez, R. (1993). From value chain to value constellation: designing interactive strategy. *Harvard Business Review*, 71(7-8), 65-77.

⁴⁷¹ Allee, V. (2009). Value Creating Networks: Organizational Issues and Challenges. *The Learning Organization*, 6(6), 427-442.

doorverkoopmodel waar elke actor in de waardeketen eens zijn product is doorverkocht naar de volgende actor niet betrokken is bij wat er verder gebeurt in de waardeketen—naar een 'platform model'⁴⁷² waar aanbieders en consumenten zich rond een platform verzamelen. Deze evolutie veroorzaakt een verandering in de hele morfologie en commerciële dynamiek van het medialandschap.



Figuur 11: Tweezijdig platform en 'merchant' model.⁴⁷³

Er moeten **vier voorwaarden** vervuld zijn om van een tweezijdige markt te kunnen spreken.⁴⁷⁴ **Ten eerste** moet er sprake zijn van positieve netwerkeffecten. Dit impliceert dat de adoptie van de verhandelde producten niet mag belemmerd worden door de afwezigheid van een brede, dominante standaard. In de telecommunicatie sector worden deze standaarden meestal overeen gekomen in internationale standaardisatieorganisaties, terwijl in de informatie technologie (IT) sector standaarden meestal opgang maakten doorheen de dominantie van specifieke marktspelers, zoals Microsoft erin slaagt om haar standaarden in belangrijke mate op te leggen aan het gehele PC ecosysteem.

Ten tweede moet het product design gekenmerkt worden door een bepaalde vorm van slimme ontbundeling, waar een afzonderlijk deel wordt gelanceerd voor *verschillende zijden* van de markt. Zo wordt Adobe Reader gratis downloadbaar aangeboden aan de particuliere consument en Adobe Writer betalend aangeboden aan de professionele gebruiker. Deze ontbundeling is verschillend van traditionele multiproduct voorbeelden. In multiproduct cases worden beide delen van de bundel door *dezelfde* groep consumenten verbruikt. Bijvoorbeeld, in het "razor & blades" business model worden scheermesjes en de scheermeshouder door dezelfde consumentengroep gekocht.

Ten derde moet er, wat het financieel design betreft, prijsdiscriminatie (discriminatie in de betekenis van 'verschillende behandeling') bestaan tussen de verschillende

⁴⁷² J.-C. ROCHET & J TIROLE (2003) 'Platform Competition in Two-sided Markets.' Journal of the European Economic Association, June, 1(4), pp. 990-1029.

⁴⁷³ HAGIU, Andrei (2007) 'Merchant or Two-Sided Platform?', Review of Network Economics, Vol.6, Issue 2.

⁴⁷⁴ PARKER, G & VAN ALSTYNE, M. (2005) Two-Sided Network Effects. Management Science, 51(10), pp. 1494-1504.

gebruikersgroepen. Dit staat precies toe om de ene zijde van de markt gratis te laten genieten van het product, terwijl de andere zijde de inkomsten levert die de productsubsidie precies toelaat.

Ten vierde moet het platform dat zich tussen de twee zijden van de markt bevindt de zoek- en transactiekosten die zich voltrekken tussen de beide gebruikersgroepen zo laag mogelijk proberen houden.

Hoe dominanter de eindverkoper, hoe sterker zijn onderhandelingspositie met zijn toeleveranciers. De betrokken partijen dienen dus steeds na te denken over de volgende vragen: a) wie controleert de strategische variabelen van prijssetting, advertenties en distributie, b) hoe wordt het economische risico gespreid over de producent en de partij die de relatie met de eindklant onderhoudt, en c) wie bezit de sterkste merknaam die de eindgebruikers associëren als het kanaal waarlangs men de eindproducten kan verkrijgen.⁴⁷⁵

4. Tweezijdige platformen

De digitalisering van de informatiestroom oefent een radicale impact uit op de verspreiding van goederen, diensten en informatie en als een gevolg ook op de distributiemodaliteiten en de verticale structuur van de communicatiebusiness. Naarmate netwerkinfrastructuur een belangrijkere rol opeist in de verspreiding en consumptie van content en applicaties, neemt het gewicht van tussenschakels in de digitale economie toe⁴⁷⁶. Platformgiganten zoals Google (inclusief YouTube) en Facebook zijn uitgegroeid tot iconen van de hedendaagse internetindustrie en genereren aanzienlijke economische waarde dankzij hun strategie van gratis toegang en advertentiegebaseerde inkomsten. Platformen – zowel in softwarevorm als hardware – worden aanzien als de bouwstenen van het hedendaagse media-ecosysteem en door Gawer⁴⁷⁷ gedefinieerd als een *“building block, which can be a product, a technology, or a service, that acts as a foundation upon which other firms can develop complementary products, technologies or services”*.

In een industrie waar de focus ligt op de mediatie eerder dan transformatie van goederen en diensten fungeren platformen in toenemende mate als tussenschakel tussen de diverse stakeholders.

Traditioneel stemmen tussenschakels (“intermediairen”) de eisen van verkopers (aanbod) en kopers (vraag) op elkaar af en brengen zo een evenwichtsprijs tot stand. Hoewel intermediairen geen volstrekt nieuw gegeven zijn binnen de digitale economie, dienen traditionele tussenpersonen de uitdagingen van disintermediatie het hoofd te bieden. Als mediaproducten directe toegang tot de consument verkrijgen (disintermediatie), fungeren netwerken zelf als markten en dreigen tussenschakels hun strategische waarde te verliezen. Zo werd de muziekindustrie geconfronteerd met een hoge mate van disintermediatie toen

⁴⁷⁵ HAGIU, Andrei & Lee, Robin S. (2009) ‘Exclusivity and Control’, Harvard Business School Working Paper No. 08-009, August 2007, revised February 2009.

⁴⁷⁶ Illing, G. & Peitz, M. (Eds.). (2006). Industrial organization and the digital economy. Cambridge: MIT Press

⁴⁷⁷ Gawer, A. (2009). Platforms, markets and innovation: an introduction. In A. Gawer (Ed.), *Platforms, Markets and innovation* (pp. 1-16). Cheltenham: Edward Elgar.

succesvolle P2P-netwerken (Napster, Kazaa, BitTorrent etc.) consumenten de mogelijkheid boden muziekkopieën illegaal uit te wisselen. De nieuwe technologische omstandigheden gaven evenwel aanleiding tot de ontwikkeling van nieuwe intermediairen (zoals iTunes in de muziekindustrie). De verlaging van de transactiekosten maakt dit proces van re-intermediatie mogelijk en leidt ertoe dat producenten hun verticaal geïntegreerd businessmodel inruilen voor horizontale marktrelaties en zich toespitsen op een beperkt aantal activiteiten rond een platformfunctie^{478,479}.

Met betrekking tot deze intermediaire rol onderscheidt Hagiu⁴⁸⁰ twee polaire types tussenschakels: het eenzijdige doorverkoopmodel en het tweezijdige platformmodel. In het doorverkoopmodel verwerft een intermediair goederen die op hun beurt worden doorverkocht aan de mogelijke afnemers. Dit model is gebruikelijk binnen de waardeketen waar elke actor zijn product doorverkoopt aan de volgende schakel en verder niet of nauwelijks meer betrokken wordt bij de circulatie van dat product. Een veelgebruikte variant van dit model is terug te vinden bij de uitgeverijen van dag- en weekbladen, die hun product niet op groothandels- maar op consignatiebasis aanleveren. Omdat de uitgevers alle onverkochte exemplaren opnieuw ophalen, blijven de verkooppunten uitsluitend verantwoordelijk voor het werkelijk verkochte aantal exemplaren.

In het huidige media-ecosysteem evolueert dit eenzijdig doorverkoopmodel naar een tweezijdig platformmodel waarrond zowel producenten als consumenten zich verzamelen. Deze platformen creëren dus waarde door het faciliteren van transacties tussen verschillende soorten gebruikers zonder eigendom te claimen over de goederen en diensten die via het platform worden verhandeld. eBay, 's werelds grootste veilingssite, laat geregistreerde gebruikers toe goederen rechtstreeks aan geïnteresseerde kopers aan te bieden en voorziet veilige en gebruiksvriendelijke betalingsmodaliteiten (via PayPal). In ruil voor zijn diensten krijgt eBay een vastgelegd percentage op de totale transactiewaarde.

Binnen een tweezijdig platform worden normaliter vier bedrijfsrollen onderscheiden:

- (1) producenten (*supply-side*);
- (2) consumenten (*demand-side*);
- (3) platformexploitanten; en
- (4) platformponsors (zie figuur). De platformponsors bepalen in welke mate deze rollen al dan niet open (vb. Linux, Google, Android), gesloten (vb. Apple) of gemengd (vb. Microsoft Windows) zijn⁴⁸¹.

De performantie van een tweezijdig platform hangt in belangrijke mate af van de kruissubsidiëring tussen verschillende zijden van de markt en de coördinatie van netwerkeffecten via een gedeeld platform. Het principe van de tweezijdige markt stelt dat het

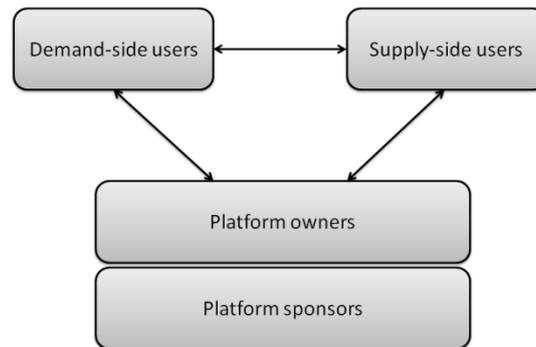
⁴⁷⁸ Jandoš, J. (2001). On the role of intermediaries in digital economy. Proceedings of 9th International Conference on Systems Integration (pp. 503-508). Prague, Czech Republic, 11-12 juni.

⁴⁷⁹ Zwass, V. (1996). Electronic commerce: structures and issues. International Journal of Electronic Commerce, 1(1), 3-23.

⁴⁸⁰ Hagiu, A. (2007). Merchant or two-sided platform. Review of Network Economics, 6(2), 115-133.

⁴⁸¹ Eisenmann, T.R., Parker, G. & Van Alstyne, M. (2008). Opening platforms: how, when and why? Working Paper. Boston: Harvard Business School.

mogelijk wordt (maar niet noodzakelijk) dat de ene zijde van de markt gesubsidieerd wordt door de andere zijde. Om kritische massa en netwerkeffecten te genereren, wordt één zijde van de markt vaak (quasi) gratis aangeboden⁴⁸² ⁴⁸³. Op die manier krijgen internetgebruikers gratis toegang tot portaaldiensten zoals Google en Hotmail terwijl deze platformen inkomsten genereren uit reclame. Bovendien bieden deze platformen vaak premiumdiensten aan met extra functionaliteiten (onbeperkte toegang, ruimere keuze, hogere kwaliteit, personalisatie, etc.) waarvoor de consument bereid is te betalen⁴⁸⁴.



Figuur 12: Typologie van platformrollen (gebaseerd op Eisenmann et al. 2008)

In meerszijdige markten vloeit waarde voort uit de coördinatie van goederen en diensten tussen diverse types gebruikers die betalen voor hun toegang tot het platform. Hoe meer gebruikers het platform rond zich verzamelt, hoe meer waarde gecreëerd wordt. Netwerken en platformen strijden om de positieve netwerkeffecten, die aanleiding geven tot schaalvoordelen aan de vraagzijde, te internaliseren (Katz en Shapiro 1985; Shapiro en Varian 1999). Platformen kunnen zowel directe als indirecte netwerkeffecten genereren. Terwijl directe netwerkeffecten resulteren uit interacties tussen dezelfde types gebruikers van compatibele producten of diensten, coördineren meerszijdige platformen verwachtingen van verschillende en afhankelijke gebruikersgroepen, die aanleiding geven tot indirecte netwerkeffecten.

Aangezien gebruikers extra gebruikers aantrekken, zijn substantiële netwerkeffecten essentieel voor nieuwe platformen om kritische massa te bereiken in netwerkindustrieën. Platformen kampen vaak met een kip-en-ei probleem omdat één zijde van de markt onderontwikkeld blijft en netwerkeffecten ontbreken⁴⁸⁵.

⁴⁸² Parker, G.G. & Van Alstyne, M.W. (2005). Two-sided network effects: a theory of information product design. *Management Science*, 51(10), 1494-1504.

⁴⁸³ Rochet, J.-C. & Tirole, J. (2003). Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 990-1029

⁴⁸⁴ Anderson, C. (2009). *Free. The Future of a Radical Price*. New York: Hyperion.

⁴⁸⁵ Evans, D.S. & Schmalensee, R. (2009). *Failure to launch: Critical Mass in Platform Businesses*. Working Paper. Boston: Harvard Business School.

Annexe 3. BBC iPlayer case

Deze case illustreert goed hoe er spanningen kunnen ontstaan tussen lokale mediaspelers, die minder onderhandelingsmacht hebben dan de grootste internetspelers zoals Google of Facebook, en operatoren, die trachten de content dienstenaanbieder te laten meebetalen voor de investeringskost van het netwerk.

De case is relevant voor de Belgische situatie gezien het Stievie initiatief van de VRT, VMMA en SBS Belgium, dat momenteel in testfase zit, en waarmee men tv zal kunnen kijken via een app. Het is belangrijk dat deze dienst in de toekomst ook over een *public lane* voldoende performant blijft. Het staat de aanbieders van een dergelijke dienst vanzelfsprekend vrij om zelf te investeren in adequate apparatuur om alle kijkers te kunnen bedienen, maar de keuze van de media dienstenaanbieder om bijkomende contracten af te sluiten met operatoren die een *managed lane* functionaliteit ter beschikking stellen zou vrij moeten blijven, onderhevig aan de gangbare marktwerking, en niet opgelegd mogen worden door de operatoren.

Van de specifieke BBC iPlayer case kan gemeld worden dat er op het einde van de rit geen meerkosten zijn aangerekend aan de content speler BBC, en deze specifieke discussie dus ook geëindigd is zonder een problematische afwijking op netneutraliteit te hebben veroorzaakt.

De case illustreert eveneens hoe discussies rond netneutraliteit optreden op momenten dat de netwerkcapaciteit nog schaars is voor een specifiek soort nieuwe diensten—in dit geval streaming video van de Britse openbare omroep—maar dat deze disputen vanzelf verwateren naarmate de capaciteit van het internet netwerk groeit.

In het geval van de BBC iPlayer traden spanningen op tussen de content industrie en de netwerklaag. De BBC iPlayer is een service ontwikkeld door de tv-zender BBC waarmee gebruikers uit het Verenigd Koninkrijk naar live televisie kunnen kijken, tv- en radioprogramma's van de laatste 7 dagen herbekijken, programma's online kunnen afspelen in hoge kwaliteit, en tv-programma's kunnen downloaden op hun computer. De dienst werd gelanceerd eind 2007, na een lange fase met testgebruikers.

De dienst was onmiddellijk uiterst populair bij eindgebruikers. In de eerste drie maanden werden meer dan 42 miljoen programma's bekeken via de *catch-up* TV dienst⁴⁸⁶. Tegen oktober 2009 liep dit op tot 70 miljoen bezoeken en een totale trafiek van zeven petabytes aan data.⁴⁸⁷

Maar deze populariteit veroorzaakte wrijvingen met ISPs. In april 2008 schatte de BBC dat de iPlayer een impact van 3-5% had op het netwerk. De ISPs daarentegen claimden dat de iPlayer en gelijkaardige *on-demand* TV-diensten hun netwerken vertraagden, in die mate dat ze verplicht waren om te investeren in bijkomende netwerkcapaciteit. Aan de BBC werd gevraagd bij te dragen tot deze investeringen. Plusnet, een kleine ISP, toonde dat in de eerste twee maanden meer klanten steeds meer video streamden, wat leidde tot een toename in

⁴⁸⁶ Wakefield, J. 2008. *BBC and ISPs clash over iPlayer*, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/technology/7336940.stm>

⁴⁸⁷ Singh, T. 2009, *CXO Exclusive with John Linwood CTO at the BBC*. <http://www.cxo.eu.com/news/john-linwood-iplayer/>

streaming kosten van £17,233 naar £51,700 per maand⁴⁸⁸. Ofcom schatte dat ISPs £830 zouden moeten investeren om te betalen voor de extra capaciteit nodig voor *on-demand* TV diensten. Een andere ISP, Tiscali, vroeg ook een bijdrage van de BBC licentie inkomsten om een deel van de kosten te dragen. Ze dreigden met een “BBC tax” bovenop hun huidige breedband abonnementsprijzen⁴⁸⁹.

De vijandelijkheden tussen BBC en ISP's namen toe tot het punt dat Ashley Highfield (toenmalig hoofd van Future Media and Technology bij de BBC) verklaarde dat ISP's niet zouden moeten proberen om kosten door te rekenen aan de *content providers*, en geen technieken mogen gebruiken zoals “throttling” van gebruikers die grote hoeveelheden content downloaden. Hij stelde dat klanten zeer negatief zouden reageren op het afremmen of zelfs afblokken van bepaalde video-inhoud omdat de content provider geen heffing had betaald aan bepaalde ISPs. Hij benadrukte dat wanneer gebruikers een maandelijks bedrag betalen aan hun ISP's voor onbeperkt breedband, ze verwachten dat alle inhoud gelijk behandeld wordt⁴⁹⁰.

In april 2008, terwijl de BBC en ISP's reeds werkten aan een overeenkomst die de kwaliteit van de dienstverlening voor de iPlayer zou garanderen, stelde Ofcom in een gezamenlijke zitting van het Lagerhuis *Culture, Media & Sport and Business and Enterprise committee* dat aanbieders van inhoud (en de BBC) niet moeten bijdragen aan de kosten voor het upgraden van de nationale breedbandinfrastructuur, maar dat het geld moet gegenereerd worden op basis van een nieuwe bedrijfsmodellen.⁴⁹¹

De door BBC beoogde oplossing bestond uit het opbouwen van een eigen CDN (Content Delivery Network). Door het installeren van servers in ISP-netwerken zouden de netwerkkosten gecontroleerd kunnen worden.⁴⁹²

Echter, in december 2008 kondigde BBC aan dat het geen eigen CDN zou uitbouwen, maar verkoos het in zee te gaan met CDN-provider Velocix om “een systeem te testen dat servers plaatst bij ISP's die de meest populaire iPlayer programma's cachen of opslaan”. Bijgevolg is het aan ISP's om aan te melden bij Velocix voor toegang tot de CDN-dienst.⁴⁹³ Tegelijkertijd zocht de BBC ook naar een kwaliteitsverhogende oplossing. BBC begon met een test platform voor het streamen van H.264-video, een formaat dat zorgt voor een betere videokwaliteit bij lagere datasnelheden, samen met Level3 als CDN-provider. Oudere inhoud zou nog steeds worden geleverd door Akamai CDN tot BBC volledig zou overstappen naar H.264-video. Dit veroorzaakte onmiddellijk nieuwe klachten van ISP's.

⁴⁸⁸ Tomlinson, D. *iPlayer Usage Effect - A Bandwidth Explosion*. 2008 <http://community.plus.net/blog/2008/02/08/iplayer-usage-effect-a-bandwidth-explosion/>

⁴⁸⁹ Williams, C. *BBC vs ISPs: Bandwidth row escalates as Tiscali wades in*. 2008 http://www.theregister.co.uk/2008/04/09/bbc_tiscali_iplayer/

⁴⁹⁰ Warman, M. *Who will pay for the new web?* 2008 <http://www.telegraph.co.uk/scienceandtechnology/3357>

⁴⁹¹ Harris, J. *BBC not liable for broadband infrastructure costs*. 2008 <http://www.thetelecom.co.uk/20080423/bbc-not-liable-for-broadband-infrastructure-costs/>

⁴⁹² Williams, C. *How the BBC plans to save your ISP*. 2008 http://www.theregister.co.uk/2008/03/19/iplayer_content_delivery_networks/page2.html

⁴⁹³ BBC. *BBC iPlayer now available on Mac*. 2008 December 18, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7787335.stm>

Akamai staat alle ISPs toe om gratis te connecteren, wat betekent dat ISP's geen IP-transitkosten moeten betalen. Level3, daarentegen, connecteert als *Tier one* operator enkel met grote ISP's die veel trafiek genereren, wat betekent dat kleine ISP's wel IP-transitkosten zouden moeten betalen.^{494,495, 496} De BBC iPlayer-service werd ook gelanceerd voor Virgin Media kabel-tv klanten en voor de iPhone en Nokia mobiele toestellen.

BBC werkte met ITV en Channel een 'one-stop shop' genaamd *Kangaroo* waar de programma's van de drie omroepen ofwel gratis, ofwel te huur of te koop worden aangeboden.⁴⁹⁷ De Britse mededingingsautoriteit zei wel dat dit initiatief marktverstrend zou kunnen zijn voor *video-on-demand* in het Verenigd Koninkrijk.⁴⁹⁸ In antwoord op deze kritiek stelde de BBC voor om de iPlayer-technologie te delen met andere omroepen zodat ze hun eigen versies van de iPlayer kunnen creëren.⁴⁹⁹

Eind 2009 werd een variant van de iPlayer dienst gelanceerd voor het Wii game platform. Dit kanaal toont lagere resolutie videos van BBC programma's tot zeven dagen na hun live uitzending. In februari 2011 werd het aanbod van de iPlayer uitgebreid met programma's van andere broadcasters (ITV1, 2, 3 en 4; Channel 4, More 4, Film 4, Channel 5, 5*, 5USA and S4C.) Wanneer een gebruiker voor het programma van een andere *broadcaster* kiest, dan wordt hij doorgestuurd naar de respectievelijke catch-up pagina van die *broadcaster* (resp. ITV Player, 4OD of Demand 5).

Deze case toont de veranderende relaties tussen content dienstenleveranciers en operatoren. Alhoewel de manier waarop de discussie wordt gevoerd een sterk operationeel karakter heeft, zijn de achterliggende bedrijfseconomische strategische beweegredenen duidelijk zichtbaar. De BBC beschouwt interferentie met hun dienst als een inbreuk in het neutrale karakter van het internet. De operator beschouwt belastende diensten als een bedreiging van het optimaal functioneren, van hun netwerk. De broadcaster BBC wenst over-the-top haar diensten aan te bieden, gebruik makend van het *public lane* internet netwerk. De operatoren wensen het recht te behouden om aan zwaar belastende diensten beperkingen op te leggen wat betreft netwerkconsumptie.

⁴⁹⁴ Powell, R. *Level 3 at the BBC*. 2008 <http://www.telecomramblings.com/2008/08/level-3-at-the-bbc/>

⁴⁹⁵ Williams, C. *BBC iPlayer upgrade prompts new ISP complaints*. 2008 http://www.theregister.co.uk/2008/08/22/bbc_cdn_isps_level3/

⁴⁹⁶ Rayburn, D., *News Reporting On CDNs Getting Shoddy: Case In Point, Akamai And The BBC*, in *www.streamingmedia.com*, 2008, http://blog.streamingmedia.com/the_business_of_online_vi/2008/08/news-reporting-o.html

⁴⁹⁷ Sweney, M. *Broadcasters to launch joint VoD service*. 2007 <http://www.guardian.co.uk/media/2007/nov/27/bbc.itv?gusrc=rss&feed=technology>

⁴⁹⁸ BBC. *On-demand video 'not competitive'* 2008 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/7762241.stm>

⁴⁹⁹ BBC. *BBC's iPlayer 'could be shared'* 2008 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/7777679.stm>

Annexe 4. Rapportering bevraging en workshop hoofdstuk 3

Deze annex bevat een samenvatting van de reacties genoteerd tijdens een reeks van persoonlijke ontmoetingen met stakeholders betrokken bij het netneutraliteit dossier. Onder elke vraag staat een synthese van de uiteenlopende reacties die we mochten noteren. We merkten een algemene terughoudendheid om geschreven antwoorden te leveren op deze vragenlijst, dus de weergave van de verscheidene opinies is voor rekening van notulist, Olivier Braet (iMinds-SMIT, V.U.B.). De antwoorden staan ingekleurd in [blauw](#). In het Engels schriftelijke of mondelinge gegeven antwoorden lieten we in de oorspronkelijke taal laten staan. De respondenten hadden niet onmiddellijk een standpunt over elke vraag.

1. **Ik antwoord als** (Dit antwoord komt terug in onderstaande vragen als [actor]):
 - Privaat persoon
 - Consument of gebruikersvereniging
 - Internet netwerkoperator of service provider
 - Associatie van Internet netwerkoperatoren of service providers
 - Content of applicatie service provider
 - Associatie van content of applicatie service providers
 - Openbare administratie

2. **Profielinformatie**

Een persoonlijk bezoek werd afgelegd bij de volgende stakeholders: Telefonica, Verizon, Telenet, Belgacom, Beltug, OIVO-CRIOC, Microsoft-Skype, en BEUC. Met de volgende stakeholders werd herhaaldelijk contact opgenomen, maar konden geen antwoorden worden genoteerd: TestAankoop, Agoria, ISPA, EDRI, Schedom, AlphaNetworks, EDPNet.

3. **Algemene beginselen:** Netneutraliteit wordt verondersteld bij te dragen aan de bescherming van de belangen van de Europese burgers en met name de drie fundamentele rechten van toegang tot onderwijs, vrijheid van meningsuiting en toegang tot informatie, naast de promotie van niet belemmerde mededinging in de sector van elektronische communicatie, met inbegrip van de doorgifte van content:
 - (1) Q : Garandeert de huidige Belgische regelgeving omtrent netwerkneutraliteit de toegang tot onderwijs, vrijheid van meningsuiting en toegang tot informatie? Zo ja, waarom? Zo niet, waarom? Hoe en met welke regelgeving⁵⁰⁰ (grondwet, wetten, KBs,...) en / of regulering⁵⁰¹ (bijvoorbeeld de

⁵⁰⁰ Regelgeving slaat in deze vragenlijst op de algemene **maatregelen** zoals getroffen door de wetgever (Wetten, Koninklijke Besluiten,...).

⁵⁰¹ Regulering slaat in deze vragenlijst op de manier waarop de regelgeving **wordt toegepast** (bvb. regulering door BIPT, of autoregulering door de sector).

BIPT besluiten) zou de huidige situatie kunnen behouden blijven / verbeterd worden?

Operator: The NN principle is shared by most telecom operators, content providers and users; all agree that the access to Internet should remain open, non-discriminatory and transparent. It is also important to remark the general consensus that exists with respect to the economic and social interest in preserving the open character of Internet, in defence of users' rights. The issue is really how to pursue this principle.

Up to now, European regulation provides for provisions aimed at protecting user's rights. Regulatory scrutiny should, above all, be focussed on protecting users' rights and freedom of choice.

We are convinced that the current EU regulatory framework as it stands, contains all the appropriate tools to deal with any issue of concern, wherever it arises, and on a case-by-case basis. Additionally, Competition Law as well as other regulatory provisions such as those related to Privacy and Data Protection can tackle any other potential concerns.

We support an open Internet and believes it will continue being in the long term the prevailing option.

Gebruikersorganisatie: Als er een charter komt, dan moeten hier alle minimale dienstenaspecten vermeld staan wat betreft minimale access tot het internet. Precies omdat zoveel essentiële zaken nu reeds online staan en je veel economische handelingen niet of veel moeilijker kunt doen zonder internet, zou er een wetgeving moeten zijn analoog aan de wetgeving die stelt dat alle Belgische consumenten het recht hebben op een zicht- en spaarrekening. Transparantie in het contract is kernvoorwaarde.

- (2) Q : Welke andere doelstellingen zou netwerkneutraliteit kunnen helpen nastreven en welke regelgeving (grondwet, wetten, besluiten, ...) en/of regulering (bvb. de BIPT beslissingen) zouden in dit verband (kunnen) genomen worden?

Gebruikersorganisatie: The innovation aspect could be given some attention: net neutrality can enable or protect bottom up initiatives, from small players or individuals.

4. **Specifieke werkdefinitie van het Netneutraliteit concept:** « All electronic communication passing through a network is treated equally, without prejudice to applicable regulation. 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. Legal traffic management measures remain possible. »
- Q : Is het bovenstaande volgens u een **accurate definitie** van het begrip « NN »?

Operator: Authorities have to overcome the limitations of a rigid application of the network neutrality concept, ensuring a broad availability of network resources, services and applications to final users at prices that best match their needs, i.e. a reasonable relationship between what a customer pay and their usage either through pricing or through service definition.

Our view is that the NN debate addresses mainly the protection of users' rights and their freedom of choice, while at same time claiming for the ability to manage traffic on our networks, and permit differentiation of Internet access service.

Net neutrality refers in general to a principle whereby all electronic communication networks must carry all data streams in a neutral fashion, in other words regardless of their nature, their content, their sender or recipient.

However, the NN debate is relevant when applied to the best effort Internet services. Managed services provided by the access provider to the end users are outside the scope of this debate. Therefore, **we do not share the wide scope of the proposed definition "All electronic communication passing through a network..."**

We stress that it is necessary to protect operators' ability to manage traffic on their networks, and permit differentiation of Internet access service in terms of price and characteristics, subject to guarantees of transparency and of no anticompetitive discrimination. Therefore, **we do not agree to include in the definition the statement "Legal traffic management measures remain possible"**, mainly because we disagree with an close ex-ante list of accepted traffic management practices.

Traffic management techniques are essential not only for an efficient operation of the services and networks but also to maximize performance within the above boundaries, in order to deliver the best QoE to customers in competition with the other providers.

Gebruikersorganisatie: De wetgeving liever niet op nationaal niveau organiseren. We pleiten naar Commissaris Neelie Kroes en BEREC toe dat er initiatief op Europees niveau komt, wat de aanpak rond netneutraliteit kan harmoniseren. In het kader van pan-Europese bedrijfsvoering zou fragmentatie vooral tot hogere kosten leiden. Wij zijn zeker voor een netneutraliteitsregeling, maar wenst dat de mobiele netwerken ook onder deze regeling valt. Wij zijn zeker pro-NN, maar benadrukken dat het mobiele netwerk er ook moet in zitten. Een uiterst belangrijk punt is dat voor bedrijven goede kwaliteit van netwerking heel belangrijk is geworden. SLA's zijn essentieel geworden voor fixed networks. Een performant netwerk is essentieel voor bedrijven, zeker als ze met clouddiensten werken voor bedrijfskritische processen. Voor mobiele met LTE beginnen deze SLA's ook op te nemen. De leverancier van LTE netwerken mogen niet door NN wetgeving geconfronteerd worden met een situatie waar geen SLA mogelijk is.

Operator : maakt een onderscheid tussen B2B en B2C internetdiensten. B2B net neutraliteit valt eigenlijk buiten scope van de discussie, maar kan soms een mededingingskwestie zijn. Eventuele problemen daar worden al opgevangen met het reguliere mededingingsrecht, indien er een dominantie kan worden aangetoond. Net neutraliteit is voor ons vooral een consumentenkwestie. Er moet vermeden worden dat er een onduidelijke definitie is van "eindgebruiker", omdat onze eindgebruikers bedrijven zijn, die op eigen initiatief beperkingen

vragen. Bvb. Managed VOIP : “Bij business operatoren zijn contracten gebaseerd op templates van de klant.”

In de Belgische wetgeving is het onderscheid tussen de consument en de bedrijvenmarkt niet altijd duidelijk gedefinieerd. Indien er netneutraliteitsregulering of wetgeving komt, dan moet dit duidelijk over de residentiële gebruiker gaan, niet over de bedrijfsafnemer. **Dit onderscheid is neergeschreven in de toelichting bij de Nederlandse Wet, en mag zeker niet vergeten worden bij de Belgische initiatieven.**

Operator: NN can be defined as the ability of user to access anything on the internet. To send, share consume, information must happen uninhibited, in order to accrue positive contributions to social and economic dimensions. Art 22 off universal service directive is preventive, and ex-ante. The legislation in theory shows a strong intent to protect net neutrality. It is difficult to asses whether our products can be accessed freely. Mobile operators sometimes do block.

Some operators also complain about regulatory uncertainty. The Dutch legislation is very detailed and good. But there a discussion immediately erupted around privacy and DPI. We need much more clarity in terms of (provisional) access to data. What traffic management measures are seen as acceptable and not? Pure blocking is not done. But some ISPs push some services in the most expensive packages.

Gebruikersorganisatie: The consumer aspect is covered well. (Consumers need to be able to enjoy the full end-to-end principle of the internet. The ecosystem aspect is less present. For example, Google or Facebook are willing to pay for preferential access, and this might also disturb the market. A basic principle should be that operators are not allowed to unilaterally change the customer equipment. A clear distinction should be made between managed services on the one hand and public internet on the other. Another general principle should be that the pricing of a connection can never depend on the content that goes through.

- Q : Are certain **aspects missing**?

Operator: The concept of network neutrality has evolved alongside the development of the Internet, diluting the boundaries between traditional telecommunications services with new Internet business models, both in competition for the capture of revenue across the Internet value chain.

The core of the debate deals with the need and specific terms of a regulatory policy aimed at preserving free and non-discriminatory access to content, services or applications available on the Internet using fixed and mobile access networks.

Key questions in the debate are, inter alia, (1) how much control Internet stakeholders can rightly exert over the traffic, (2) whether this principle is compatible with the sustained traffic growth on the networks, in particular mobile ones (3) the role of OTTs and terminal manufacturers in the scope of net neutrality.

The dimensions of the debate are:

- A technical-economic dimension

The net neutrality debate concern both operators, ISPs and their relationship with users is first and foremost, a technical and economic one, with three core issues at stake (1) investment and increasing capacity (2) operators engaging in traffic management and managing the scarcity of bandwidth – by differentiating the traffic streams conveyed over the network, e.g. by giving priority to certain services or throttling others and (3) the quality of service provided to end users. In addition the debate can involve other players, such as device manufacturers and content and application providers.

- Societal and ethical dimensions

The balance that needs to be achieved – when looking at the content travelling over the networks – between protecting fundamental, notably individual, freedoms, the need to maintain public order and national security, and the obligations that public powers can legitimately impose on operators as a result. We are clearly supportive of ensuring that the privacy and data protection provisions are not undermined by the implementation of any such traffic management technique.

Operators' traffic management measures do not restrict consumer's fundamental rights, such as freedom of speech or privacy of telecommunications. They are concerned with the way the service is delivered, not with the actual content of the data carried over the network. In particular, network management practices do not restrict the freedom of speech as it is not concerned with the content of the data carried over the network.

1. Q : Would you find it useful to include this or another **definition of the concept of “NN” in the legislation**? If so, why?

Operator: **NO. A country-by-country net neutrality approach and legislation, fragmenting the Single Market must be overall precluded.**

The EU framework for electronic communications includes transparency measures that further enhance consumers' ability to make informed choices regarding their Internet service. In addition, NRAs dispose of a new reserve competence to prevent a possible degradation of service quality for consumers.

The European Commission, BEREC and NRAs monitor ISPs practices to ensure that provisions are applied **in all Member States in a consistent and uniform approach at EU level**. We support the Commission plans to publish in 2013 a Recommendation on NN with the aim to provide legal certainty and to reinforce a single, i.e. unique approach avoiding market fragmentation. Both goals are expected by the financial community in order to support the required investments in networks infrastructures.

5. Als [actor], welke **definitie van "traffic management"** hanteert u? Welke definitie van « redelijke vorm van traffic management » zou u geven? Indien relevant voor uw geval: welke technische ingrepen implementeert u zelf om de kwaliteit van uw internetdiensten te verbeteren?

Operator: **Reasonable or “fair” form of management** is generally accepted as a necessity to guarantee an efficient operation of the services and networks. It also maximizes performance within the above economic and technical boundaries, in order to deliver the best quality of experience to customers in competition with the other providers. Mobile networks' performance is more sensitive to traffic load than fixed networks, making traffic management even more critical.

Several **traffic management techniques** are deployed by ISPs for several purposes, in particular for the delivery of the Internet access service with the adequate level of quality:

- Restrictions applied, under network congestion or at peak hour: for example, throttling of P2P as part of usage policy contentions indicated in contracts, mainly in mobile networks;
- Measures to ensure network security and integrity like spam blocking, DDoS mitigation, etc. and mechanisms to control exceptional situations of signalling congestion;
- Measures to enforce legal order: to block access to content from the network under judicial mandate;
- Application optimisation of content accessed by users: these techniques are mainly applied to optimise the bandwidth use, mainly in mobile access to optimise end user experience (i.e. optimisation of web content by compressing the images, adapting download bit rate etc.);
- Technical measures that enforce the contractual terms, throttling bandwidth to customers exceeding their contracted monthly data allowance (e.g. data caps): is common practice mainly in mobile broadband access services, although in some cases, fixed access services can also be affected;

Gebruikersorganisatie has no official definition, but is asking the legislator to define it as good as possible. The “unforeseen, non-priéé and exceptional” remark in the law text is a first good step.

6. Welke is volgens u de beste aanpak: Een **restrictieve aanpak** (Alle traffic management verbieden, maar uitzonderingen toestaan) of een **niet-restrictieve aanpak** (Traffic management is principieel toelaten, maar met een definitie van wat redelijk is).

Operator: The principle of technological neutrality is a base of the net neutrality debate; it is expected that the driver of the regulatory debate has to be the purpose, the intentionality and the effects on the use of traffic management practices: technicalities and ex-ante restrictive approaches will become a clear drawback.

Specific techniques and practices are continuously evolving and being superseded, therefore any intention to ban, rule or even prescribe any specific techniques will be pointless in the near future. Hence, the particular implementation of traffic management techniques is almost irrelevant in the scope of this debate.

Moreover, we also consider unnecessary to regulate the labelling as "Internet access" of subscriptions that restrict access to some Internet services, content or applications. The key issues are (1) what each subscription allows you to do on the Internet, (2) provide adequate transparency for consumers to make informed choices, and (3) there is effective choice in the market; therefore we see that the focus should not be on the prohibition of specific labelling of any of the options available. Transparency before signing a contract and later on is the key issue to help consumers understand what they are able to access and exercise choice.

Regulatory intervention, and more specifically with the adoption of an ex-ante restrictive approach could have unintended consequences; it is important to enable the market to develop naturally and not distort it. Intervention and specific rules could stifle innovation of services that have the potential to offer greater consumer choice and benefit; such restriction could be

harmful to consumers, be disproportionate and create barriers to the generation of new revenue streams which can support investment.

Undue strict regulatory limits that reduce the scope for QoS differentiation would restrain network competition and the customer ability to choose the services they require and best match their needs.

Gebruikersorganisatie: bij voorkeur niet-restrictieve aanpak. Netwerk mgmt moet kunnen. Traffic mgmt op vraag van de klant is verschillend van opgelegde traffic management. Definitie van "reasonable traffic mgmt" moet geharmoniseerd zijn met andere EU lidstaten.

Gebruikersorganisatie is uitgesproken voor een restrictieve aanpak.

Gebruikersorganisatie opts for a restrictive approach. Some players are closing down the openness of the internet as a platform with for example walled gardens. Compartmentalisation of the Internet should be avoided, and market concentrations should be countered.

Operator kan zich vinden in een charter dat dienst doet als een checklist op basis waarvan de regulator kan afoetsen of er sprake is van een problematische afwijking van netneutraliteit. Er wordt wel voor gepleit om de klachten niet naar de ombudsdienst sturen, maar het beste worden behandeld door het BIPT, om te vermijden dat er een bijkomende organisatie is die op gebrek aan transparantie of marktverstoring controleert. Dit impliceert wel dat er voldoende werkmiddelen beschikbaar komen voor BIPT voor deze activiteit.

IT-leverancier would plead for a non-restrictive approach. In this respect, the French & Canadian regulator can be mentioned: the first choice when facing demand for capacity is to offer **more** capacity, not restrict capacity. Traffic management should only be used for technical, security and legal reasons. The French regulator uses a list of criteria in this respect: relevance, proportionality, transparency, ... Such a checklist could be used by BIPT. Then if there is a complaint, the ISP has to come and justify the traffic management practices. The Canadian approach is also considered as a best practice.

IT-leverancier does not see a direct need for new legislation, but does recommends "self-regulation with oversight". In this context the Danish approach is mentioned, where the operators created a forum to tackle this issue.

7. Is **implementatie van "traffic management"** volgens u(w organisatie):

Nodig Aanvaardbaar Problematisch

=> Waarom vindt u het nodig, aanvaardbaar, problematisch? :: **Voor goed beheer van diensten naar de klanten toe.**

Operator: Networks are shared resources that are designed to give a certain performance within the boundaries of economic and technical constraints; the Internet requires some traffic

management practices to ensure efficient operation for all users and to prevent degradation of service.

It is important to note that all Internet users are affected by network performance degradation or deadlock regardless of their individual contribution to the problem.

Therefore traffic management is an essential tool for network providers and ISPs to avoid congestion as much as possible and reduce to a minimum its effects when inevitable for the benefit of the all of Internet users (i.e. end-users and ASPs).

=> Indien nodig of aanvaardbaar, met welk doel doet u het?

Operator: Networks and more specifically those supporting best effort Internet services have to deal with traffic from very different applications which have distinct requirements and compete to satisfy diverse customer usages. Managing QoS in order to provide the appropriate Quality of Experiences across different segments of customers is the right tool to fulfil these needs and has become a key competitive factor.

Networks are shared common platforms that are used by different users (business, residential, end users, application providers ...) for multiple purposes and applications (voice communications, gaming, access to information, video sharing...)

The requirements put on network resources by these variety of users and applications range widely (eg video, voice communications and gaming are very stringent in their requirements on latency but not so much on error protection while file transfer application requires the other way round).

Additionally each customer (end users and application providers) has requirements and priorities on what traffic they value (eg. a hospital may give greater value to real time critical communications associated with surgery than regular e-mail or, an applications provider of HDTV would like the best quality conditions for the delivery of its premium content or even a household would like to give priority to business oriented e-mail over teenagers chatting traffic).

The challenge for network providers and ISPs is to optimize the allocation of the scarce network resources to different usages according to their specific requirements and simultaneously provide the different users with the capability to accommodate the performance network service they need.

Restrictions in the capabilities of network providers and ISPs in developing fair traffic practices and Qos differentiation at this stage will hamper innovation in networks and consequently in applications.

8. Zijn er **specifieke diensten** (van uw onderneming) **waarvoor "traffic management"**

...

	... essentieel is	... nuttig is	... storend is
Dienst a: gebruikersorganisatie: Mobiële diensten met SLA's	X		
Dienst b:			

Gebruikersorganisatie mentions here that some bundled contracts treat the bandwidth as a single black box. Contracts should mention to the consumers the amount of bandwidth used for subsets of services. And maybe if bundles like these are offered, one should plead for splitting the infrastructure.

9. Van welke diensten vindt u het **doorrekenen van kosten aan consumenten** bij implementatie van "traffic management":

	Nodig	Aanvaardbaar	Problematisch
Dienst b:			

Gebruikersorganisatie finds all these services problematic if they are hidden to the consumer in a black box.

10. Van welke diensten vindt u het **doorrekenen van kosten aan andere industriële actoren** bij implementatie van "traffic management":

	Nodig	Aanvaardbaar	Problematisch
Dienst a: Gebruikersorganisatie: Mobiele diensten met SLA's		X	
Dienst b:			

Gebruikersorganisatie considers this as an example of the 'Google Tax'. Looking at this from a two-sided market perspective, Google is already paying CDNs, so should not be forced to additionally pay the operators to provide a service to consumers.

11. Oplijsting van **mogelijke problemen** inzake NN

- Q : Bent u momenteel op de hoogte van **inbreuken** op het principe van NN **in België** in het verleden? Zo ja, welke?
- Q : Van welke problemen verwacht u dat ze zich in België **zouden kunnen voordoen** en hoe zou het invoeren van NN daar een oplossing kunnen voor zijn?
- Q : In welke mate heeft de **specifieke Belgische marktsituatie** (vb. concurrentie VDSL & kabel, openstelling TV-markt) een impact op uw inschatting van het risico?

Gebruikersorganisatie considers that the reserving of a part of a consumers' WiFi hotspot for other users can be problematic. [Netneutralitymap.org](#) & [VON](#) have further lists of identified net neutrality restrictions.

12. In welke zin verschilt de Belgische markt t.a.v. andere markten in Europa?

IT-leverancier mentions that in [Scandinavian countries self-regulation works well, while in France a law was needed. The Belgian market might fall between these two poles.](#)

Gebruikersorganisatie: [The Belgian retail internet market is a near duopoly.](#)

13. Kunt **Belgische cases** situeren in de onderstaande tabel?

		Media- of Applicatie Dienstenaanbieder				
		Investeert in QoS/E			Investeert niet QoS/E	
		Rekent kost door		Rekent niets door	Rekent kost door zonder diensten te verbeteren	
		100% aan consument	100% aan sponsor	Kost intern gedragen / Geen meerkost (0)	100% aan sponsor	100% aan consument
I.S.P. investeert ⁵⁰²	Rekent kost door ⁵⁰³	100% aan consument	Positieve voorbeelden van SLA's			
		100% aan sponsor ⁵⁰⁴		505		
	Rekent de kost niet door /	Kost intern gedragen /				
	Geen meerkost	Geen kosten				
	Rekent kost door	100% aan sponsor				

⁵⁰² 'Investeert' betekent hier: 'Introduceert een managed lane *bovenop* een public lane'. (Dus de managed lane connectie is een verbetering tov de vroegere connectie. De nieuwe public lane is even performant dan voorheen.)

⁵⁰³ In deze rij investeert de I.S.P. in een betere "managed lane", **en** verkoopt deze superieure dienst aan de consument of aan een sponsor (deze laatste kan de dienstenaanbieder zijn, of enige andere externe partij). Zie o.a. Clark, D., B. Lehr, S. Bauer, P. Faratin, R. Sami and J. Wroclawski (2006) „Overlay Networks and the Future of the Internet”, Communications & Strategies, 63, third quarter, 1-21.

⁵⁰⁴ "Rekent kost door aan sponsor" slaat hier op sponsors in de breedste zin van het woord. Dus niet enkel 'adverteerders betalen een stukje', maar ook 'een factuur wordt gestuurd naar enig welke andere partij.'

⁵⁰⁵ We gaan er van uit dat de kost voor de consument van het consumeren van reclame lager is dan het rechtstreeks moeten betalen van een extra bedrag. (De kost voor reclame kan worden uitgedrukt in 'deels verloren tijd').

ISP investeert niet ⁵⁰⁶	(degradatie 'public lane') ⁵⁰⁷	100% aan consument				Beltug: Negatieve vormen van niet nagekomen SLAs	
------------------------------------	---	--------------------	--	--	--	--	--

Gebruikersorganisatie: **Transparantie** :: Operatoren geven nu enkel statistieken van de beloofde bandbreedte. Er moeten garanties kunnen ingebouwd worden op het niveau van de applicatie – netwerk communicatie.

Gebruikersorganisatie: states that every NRA should force all telecom operators to have at least one fully neutral package. But it should be avoided that this becomes the “hidden package”. The best option is to always sell full access packages.

14. **Bestaande instrumenten NN**

Operator: The competitive market for network services in Europe already guarantees customers adequate competition, transparency and choice of service plans. Network Neutrality regulation would lead to decreased flexibility and less effective network management, and thus, reduced choice for consumers.

The right balance between individual and collective rights in using Internet access network services is most effectively achieved by transparency and the ability of users to easily change providers.

There are very few real problems with regard to the openness of networks. We stress that we don't think that any additional obligations need to be introduced above and beyond those that are already in existence.

Highly competitive markets, as it is the case across the EU, is the best way to avoid any concern related to potential practices by ISPs which could undermine customers' expectations when using and having access to the Internet. Users should be able to choose among different offers and services providers which best suits their needs. Differentiation in tariffs and service capabilities is the sign that markets are performing in a highly competitive way.

European regulation provides provisions aimed at protecting user's rights. Transparency is a key tool to protect users and to ensure competition. Transparency enables consumers to make informed choices and thus benefit fully from competition.

The approach towards transparency should be pragmatic with no over prescriptive rules to achieve it. Since no one-size-fits-all solution is possible operators should be allowed to explore flexible approaches towards ensuring transparency for their customers, i.e. by means of self-regulatory approaches.

As an extreme remedy, in case of major service degradation the Framework empowers National Regulators to impose on operators' minimum quality of service levels.

⁵⁰⁶ 'Investeert niet' betekent hier: 'Introduceert een managed lane *binnenin* de public lane'. (Dus de managed lane connectie gaat ten koste van de beschikbare bandbreedte in de public lane).

⁵⁰⁷ In deze rij creëert de ISP een 'managed lane' en 'public lane', maar realiseert dit onderscheid door de kwaliteit van de 'public lane' te degraderen, om zo meer te kunnen aanrekenen voor de 'managed lane' die eigenlijk niet verschilt met de snelheden/stabiliteit/betrouwbaarheid van de vroegere 'public lane'.

As we indicated before, the debate has a dual approach: the protection of user rights and the reasonable network management practices under conditions of transparency and non-discrimination. In any case, it is considered neither appropriate nor desirable to establish a specific regulation to ensure the openness of the Internet.

All policies at **EU level** should moreover aim for a level playing field for competing in the Internet, addressing issues of competition, openness and consumers' rights not only at the level of electronic communications networks and services but wherever they emerge in the Internet value chain.

Further NN regulation can be really harmful for market development if it sets:

- Retail pricing restrictions or closed criteria for pricing
- Restriction on technologies and techniques used by the operator for managing the network instead of looking for the final use or aim of it
- Ex-ante definition of Internet Access Service
- Different principles for Fixed and Mobile: both should be subject to same rules despite different realities (i.e. congestions due to mobility concentration)

Operator strongly believes that commercial flexibility to innovate and to negotiate commercial agreements with all players in the value chain is the best way to meet customers' needs. No one-size-fits-all solution is possible, operators should be allowed to explore flexible approaches ensuring transparency by means of self-regulatory approaches.

Operator fears that inappropriate Net Neutrality regulation might hinder innovation in business models and urges the European Commission and other political stakeholders to set up pro-innovation framework.

- A) **M.b.t. Algemene bevoegdheid BIPT betreffende bescherming van de belangen van de gebruikers** : Artikel 8, 7° van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt dat het BIPT "het vermogen bevordert van de eindgebruikers om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze".
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?
- B) **M.b.t. Algemene bevoegdheid BIPT betreffende bevordering van de concurrentie** : Artikel 6, 2° van de Wet Elektronische Communicatie zet Artikel 8,2° b van de Kaderrichtlijn om en bepaalt dat het BIPT de concurrentie bevordert door het zorgen "ervoor dat er in de sector van de elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is".
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit, zelfs als de transmissie van content niet expliciet gevisieerd wordt? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen? (Dient er iets aan de regelgeving worden toegevoegd / aangepast / verwijderd)? Hoe kan BIPT dit doel bevorderen? Welke types van inhoud moeten gedekt zijn?)
- C) **M.b.t. Marktanalyses en opleggen van verplichtingen**: Artikel 54 e.v. van de Wet Elektronische Communicatie bepalen dat het BIPT na een

analyse van de betrokken markt verplichtingen kan opleggen (vb. prijs, toegang, non-discriminatie) aan marktspelers met sterke marktpositie.

- **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

Gebruikersorganisatie: [BIPT moet voldoende capaciteit hebben om NN op te volgen.](#)

- D) **M.b.t. Transparante informatie in contracten**: Artikel 108 §1, b) van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt dat *“ieder contract dat gesloten wordt tussen een abonnee en een operator op zijn minst de volgende inlichtingen in een heldere, gedetailleerde en gemakkelijk toegankelijke vorm dient te bevatten: 2° informatie over eventuele beperkingen inzake toegang tot en/of gebruik van diensten en toepassingen, indien zulks volgens de wettelijke en reglementaire bepalingen toegestaan is en informatie in verband met de snelheid en het downloadvolume van een breedbandaansluiting die overeenkomstig de door het Instituut vastgelegde methodologie wordt gemeten; 4° informatie over door de onderneming ingestelde procedures om het verkeer te meten en te sturen, om te voorkomen dat een netwerkaansluiting wordt verzadigd of oververzadigd, en over de wijze waarop deze procedures gevolgen kunnen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening; 6° alle beperkingen die de leverancier heeft opgelegd met betrekking tot het gebruik van geleverde eindapparatuur”*.
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?
- E) **M.b.t. Transparante informatie diensten en toepassingen**: Artikel 111/1, 2° van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt dat het BIPT de aanbieders van netwerken of diensten kan verplichten *“abonnees te informeren over eventuele wijzigingen in de wettelijk toegestane voorwaarden voor beperking van de toegang tot en/of het gebruik van diensten en toepassingen.”*.
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

Gebruikersorganisatie: [Even a transparently communicated infraction of NN is still wrong.](#)

- F) **M.b.t. Transparantie over toegepast netwerkbeheer**: Artikel 113, §4 van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt dat aanbieders van netwerken en diensten “het Instituut informatie leveren over de ingestelde procedures om het verkeer te meten en vorm te geven, om te voorkomen dat een netwerkaansluiting verzadigd of overbelast wordt. [a] Diezelfde ondernemingen publiceren op hun website informatie ten behoeve van de

eindgebruikers over de wijze waarop deze procedures gevolgen kunnen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening. De informatie wordt voor publicatie eveneens aan het Instituut verstrekt. [a] Het Instituut beschikt over een termijn van een maand om zijn eventuele opmerkingen te formuleren. De ondernemingen mogen de informatie pas publiceren nadat rekening is gehouden met deze opmerkingen.

- **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

Operator: In general, traffic management policies are designed to provide a good QoE for users. Transparency of traffic management policies applied by operators should be aimed at helping users to make informed choices; the level of information that is relevant to consumers is however variable, and depends on the specific consumer segments.

However, at all cost it should be avoided to create confusion on the consumers due to excessive or continuously changing technical information that can be less relevant for consumer's choice.

Gebruikersorganisatie: Definities van 'transparant' zouden beter Europees worden vastgelegd.

IT-leverancier hopes for a solution that does not impose additional red tape, but that gives clear rules of industrial behaviour. Traffic management should be well defined, so the operators know what they have to deal with. Managed services should be able to exist, and do exist. The consumer must know what kind of access they are buying. Public lane services should be able to exist alongside managed services. Price and coverage are the main criteria for choice for consumers. People will change if they don't have access to very popular services such as Youtube. But with Skype people don't switch. You need some legislation on top of the auto-regulation with clear guidance where you want them to go.

Gebruikersorganisatie: Even a transparently communicated infraction of NN is still wrong.

- G) M.b.t. **Minimumkwaliteit**: Artikel 113, §5 van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt : *“Teneinde een achteruitgang van de dienstverlening en een belemmering of vertraging van het verkeer over de netwerken te voorkomen, kan het Instituut minimumvoorschriften inzake de kwaliteit van de diensten opleggen aan de aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken.”*
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

Operator: Regarding parameters related to QoS, in particular effective speed and quality, it is important to know that the access operator is not the only actor responsible for these parameters. The access operator is one of the actors involved in the delivery of the service, but it does not control the entire end-to-end path.

Any performance information that the ISP can report is restricted to its own infrastructure. Whatever is outside cannot be controlled (and this applies to all the quality parameters of this section).

Establishing an unduly (high) minimum QoS to all network providers and ISPs will reduce the competitive possibilities provided by full QoS differentiation, will raise the networks costs - which are supported by all end users - and will lead to a reduction in competition and innovation and eventually to limits in user's choice.

- H) **M.b.t. Maximale duurtijd contracten**: Artikel 108 §2 van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt dat *“abonnees het recht hebben om bij kennisgeving van voorgestelde wijzigingen het contract zonder boete op te zeggen. De abonnees worden tijdig en ten minste één maand vooraf naar behoren individueel ter kennis gesteld van dergelijke wijzigingen en worden tegelijkertijd op de hoogte gesteld van hun recht om zonder boete het contract op te zeggen uiterlijk de laatste dag van de maand die volgt op de inwerkingtreding van de wijzigingen indien zij de nieuwe voorwaarden niet aanvaarden. In geval van een tariefverhoging de abonnee het recht heeft om zonder boete het contract op te zeggen uiterlijk de laatste dag van de maand die volgt op de ontvangst van de eerste factuur na de inwerkingtreding van de wijzigingen”*.
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

Gebruikersorganisatie: *De klant moet transparant ingelicht worden van veranderde voorwaarden in de scheiding publiek / managed internet.*

- I) **M.b.t. Modaliteiten opzeg contracten**: Artikel 111/3 van de Wet Elektronische Communicatie bevat bepalingen over de modaliteiten voor de opzeg van contracten door gebruikers.
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?
- J) **M.b.t. Andere maatregelen**: Welke rol ziet u weggelegd voor bijkomende maatregelen inzake netneutraliteit?

15. **Bestaande instrumenten algemene evaluatie**

- A) Bent u van oordeel dat de bestaande reglementering inzake netneutraliteit (cf. infra) **voldoende is voor het remediëren** van eventuele inbreuken op het principe van netneutraliteit?
- B) Bent u van oordeel dat de bestaande reglementering inzake netneutraliteit (cf. infra) **voldoende is voor het voorkomen** van toekomstige inbreuken op het principe van netneutraliteit?

16. Wat betreft **uw globale evaluatie van de reglementering en regulering** (i.e. toepassing van de reglementering)

- (3) A) Welke zijn volgens u de sterke en/of zwakke punten van het huidige Belgische regime?

- (4) B) Welke zijn volgens u de sterke en/of zwakke punten van het bestaande wetsvoorstel?
- (5) C) Welke reglementaire maatregelen (wetten, arresten) zouden moeten/kunnen toegepast/aangepast worden, en waarom?
- D) Welke regulatoire maatregelen (beslissingen BIPT) zouden moeten/kunnen toegepast/aangepast worden, en waarom?

Annexe 5. Projet d'une « Charte des bonnes pratiques en matière de neutralité des réseaux (Internet) »

Préambule

Les développements sans cesse continus des réseaux et leurs implications au niveau de la vie courante des utilisateurs ont permis l'avènement d'une société moderne, dite numérique. Dans ce contexte s'est développée la neutralité des réseaux, un principe général de politique qui - en tenant compte des définitions actuelles et de la situation spécifique de la Belgique - pourrait être défini comme : *"Neutralité de l'Internet" : Alle elektronische communicatie die door een netwerk gaat wordt gelijk behandeld, zonder afbreuk te doen aan toepasselijke wet- of regelgeving. Het feit dat alle communicatie gelijk wordt behandeld betekent dat het wordt behandeld, onafhankelijk van (i) de inhoud, (ii) de toepassing, (iii) de dienst, (iv) het apparaat, (v) het adres van de afzender, en (vi) het adres van de ontvanger. Onafhankelijkheid van het adres van de zender en de ontvanger houdt in dat de behandeling losstaat van de eindgebruiker en de inhoud/toepassing/dienstverlener⁵⁰⁸. Des mesures de gestion de trafic licites doivent rester possibles⁵⁰⁹. »*

Depuis le début des années 2000, la controverse nourrie par ce principe s'est développée aux Etats-Unis et, par la suite, en Europe, apportant des réponses différentes en fonction de la spécificité de leur marché des communications électroniques. Les mesures européennes furent prises lors de la réforme du cadre réglementaire européen de 2009 avec l'adoption des directives « mieux légiférer » et « droits des citoyens », transposé en Belgique par la loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques.

La présente charte se fonde sur un certain nombre de principes parmi les suivants :

- Un Internet neutre et ouvert est essentiel pour l'exercice des droits des utilisateurs finaux, en particulier la liberté d'expression
- Les utilisateurs finaux devraient avoir la possibilité d'effectuer le choix qui leur convient le mieux parmi des offres d'accès à Internet compétitives
- Les utilisateurs finaux devraient disposer d'un choix concurrentiel sur des offres d'accès et des fournisseurs de services qui conviendraient le mieux à leurs besoins sur la base d'un large panel de tarifs et de différentes capacités de service dans un marché concurrentiel.
- Une gestion honnête du réseau, sans discriminations injustifiées, est un outil indispensable pour fournir des services aux utilisateurs finaux. Il est dès lors

⁵⁰⁸ Voy. 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, 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.

⁵⁰⁹ Nous ajoutons. Les « mesures de gestion de trafic licites » visent les mesures de gestion de trafic qui sont en conformité avec la réglementation applicable ou acceptée par les autorités réglementaires nationales compétentes.

nécessaire de pouvoir gérer les réseaux pour garantir un fonctionnement efficace des services et des réseaux.

- Dans le respect du principe selon lequel le cadre réglementaire devrait être technologiquement neutre, la neutralité de l'Internet s'applique aussi bien aux réseaux et services de communications électroniques publics fixes qu'aux réseaux et service de communications électroniques publics mobiles.

La présente charte entend tenir compte de ces différents intérêts en soulignant l'existence des droits actuels des utilisateurs en ligne ainsi qu'en clarifiant les engagements des fournisseurs afin d'en garantir leur effectivité. Ces engagements ne visent que les services mis à disposition des utilisateurs finals par les différents signataires. La charte ne peut cependant se substituer aux obligations légales et réglementaires et/ou au pouvoir de supervision et de sanction de l'IBPT.

Chapitre 1 : Principes généraux

La réglementation européenne et belge prévoit un ensemble de principes généraux qui vise à couvrir la neutralité d'Internet sous différents aspects en termes d'objectifs.

En effet, les articles 6,2° et 8, 7° de la loi du 13 juin 2005 prévoit que l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications :

1. *«promeut la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques»*, et
2. *« soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne, notamment en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix »*.

A ce titre, les présents signataires de la charte démontrent leur volonté d'implémenter la législation européenne et belge de manière à ce que :

les utilisateurs finals aient le droit à une connexion Internet qui leur permet d'envoyer et recevoir les contenus, d'utiliser les services et applications, et de connecter les terminaux de leur choix.

Les présents signataires s'engagent également, à titre complémentaire de leurs obligations légales en vue de favoriser l'accès à l'Internet, à ce que :

1. Les utilisateurs finals aient le droit d'avoir une connexion Internet qui leur permet d'avoir accès à une capacité et une qualité prédéfinie ;
2. les utilisateurs finals aient le droit à une connexion internet qui est libre de toutes limitations liées au type d'application, de services, de contenus, ou basées sur l'adresse de l'émetteur ou du récepteur des données ; et

3. les utilisateurs finals aient le droit à une connexion à l'Internet qui possède un débit suffisant pour permettre d'avoir un accès fonctionnel à l'Internet tel que défini par la réglementation belge actuel et déjà offert par les opérateurs de marché.

Chapitre 2 : Transparence

La transparence est un des moyens avancés afin de traiter la question de la Neutralité de l'Internet dans le but ultime que l'utilisateur puisse choisir, de manière éclairée et en connaissance de cause, son fournisseur d'accès à Internet. Le cadre réglementaire européen et le cadre belge des communications électroniques prévoient plusieurs dispositions en relation avec la transparence :

Art. 108, § 1, b) 2°, 4° et 6° tiret L2005 (67, 1, c) L2012)

« *Tout contrat conclu entre un abonné et un opérateur, [...] contient au moins les informations suivantes sous une forme claire, détaillée et aisément accessible :*

- *l'information sur toutes autres conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées en vertu des dispositions légales et réglementaires et l'information relative à la vitesse et au volume de téléchargement d'une connexion à haut débit qui est mesurée conformément à la méthode déterminée par l'Institut;*
- *l'information sur toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau, et l'information sur la manière dont ces procédures pourraient se répercuter sur la qualité du service;*
- *toute restriction imposée par le fournisseur à l'utilisation des équipements terminaux fournis. »*

Art. 111/1, 2° L2005 (72 L 2012)

« *L'Institut peut obliger les entreprises qui fournissent des réseaux publics de communications électroniques et/ou des services de communications électroniques accessibles au public à informer les abonnés de toute modification des conditions légalement autorisées limitant l'accès à des services ou des applications, et/ou leur utilisation. »*

Art. 113, § 5 L2005 (72 L 2012)

« *Les entreprises fournissant des réseaux publics de communications électroniques ainsi que les entreprises fournissant des services de communications électroniques accessibles au public fournissent à l'Institut des informations sur toute procédure mise en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la saturation ou la surcharge d'une ligne du réseau.*

Ces mêmes entreprises publient sur leur site Internet, à l'intention des utilisateurs finals, des informations sur les répercussions éventuelles de ces procédures sur la qualité du service. Les informations sont également communiquées à l'Institut avant leur publication.

L'Institut dispose d'un délai d'un mois pour formuler ses observations éventuelles. Les entreprises ne peuvent publier les informations qu'après avoir tenu compte de ces observations. »

A ce titre, les présents signataires de la charte démontrent leur volonté d'implémenter la législation européenne et belge de manière à ce que :

les utilisateurs finals soient informés sur toutes les procédures visant à orienter le trafic ou à limiter l'utilisation de services ou applications, ainsi que les restrictions imposées à l'utilisation de terminaux.

Les présents signataires s'engagent également, à titre complémentaire de leurs obligations légales en vue de favoriser la transparence de leurs services, à ce que :

1. les opérateurs de réseaux, ainsi que les fournisseurs d'accès à Internet fournissent de manière proactive aux utilisateurs finals toutes les informations utiles concernant toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic. Sont notamment visés par « les procédures mises en place pour mesurer et orienter le trafic toute restriction imposée à l'utilisation des équipements terminaux ainsi que toutes conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation.
2. les utilisateurs finaux ont droit à l'information relative à la vitesse et au volume de téléchargement d'une connexion à haut débit qui est mesurée conformément à la méthodologie déterminée par l'Institut.
3. les opérateurs et les fournisseurs d'accès à Internet fournissent les informations sur les modifications des conditions de fourniture du service d'accès à Internet.
4. les informations fournies à l'utilisateur final seront accessibles, claires, compréhensibles, précises et doivent permettre une comparaison aisée avec d'autres produits ou services proposés par la concurrence, par exemple en les présentant sur une page web spécifique et comparable sur leur site web.
5. le niveau d'information fourni soit pertinent et adapté aux besoins spécifiques des utilisateurs finaux
6. Les opérateurs et les fournisseurs d'accès à Internet acceptent que les autorités communiquent de manière proactive les listes de sites bloqués ou tout autre type d'influences sur le trafic.

Chapitre 3 : Changement de fournisseur

La transparence à l'égard des services proposés par les fournisseurs d'accès à Internet a pour but de permettre à l'utilisateur final de choisir le fournisseur qui lui convient le mieux. Cependant, pour que cette transparence soit effective, il est nécessaire que l'abonné puisse changer de fournisseur quand celui-ci change les conditions contractuelles ayant pour effet que la qualité de service soit affectée. La réglementation européenne et belge prévoit à cet égard que :

Art. 108, §2 L2005 (67, 3° L2012)

dès lors qu'ils sont avertis d'un projet de modification d'une clause de contrat conclu, les abonnés ont le droit de résilier leur contrat, sans pénalité.

A ce titre, les présents signataires de la charte démontrent leur volonté d'implémenter la législation européenne et belge de manière à ce que :

Les utilisateurs finals aient le droit de dénoncer leur contrat sans pénalités, en particulier quand cela concerne la gestion du trafic, dès lors qu'ils sont avertis de modifications apportées aux conditions contractuelles.

Les présents signataires s'engagent également, à titre complémentaire de leurs obligations légales en vue de favoriser la possibilité de l'utilisateur de changer de fournisseur d'accès à Internet, à ce que :

les utilisateurs finals ont le droit d'être informés de la possibilité de pouvoir résilier son contrat lorsque de nouvelles conditions contractuelles, affectant la qualité de service d'accès à Internet ainsi qu'aux services, applications et à l'utilisation de terminaux, sont mises en place.

Chapitre 4 : Qualité de service

La voie d'imposer la qualité de service est la dernière voie de recours en cas d'échec des autres moyens mis en place pour assurer une neutralité de l'Internet (transparence, changement de fournisseur, etc.). L'article 22(3) de la directive « service universel », transposé par l'article 113§4 de la loi du 13 juin 2005, permet à l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications en cas de congestion des réseaux d'imposer des minima de qualité :

Art. 113, § 4 L2005 (72 L 2012)

Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, l'Institut peut imposer des exigences minimales en matière de qualité des services aux fournisseurs de réseaux publics

A cet égard, les présents signataires démontrent leur volonté de préserver la neutralité de l'Internet en s'engageant à ce que :

- IV. les utilisateurs finals aient droit à une qualité de service suffisante pour qu'ils puissent jouir de toutes les fonctionnalités d'un produit, d'un service, d'une application ou d'un terminal avec une qualité d'expérience satisfaisante. Les exigences en la matière prévues par l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications seront pleinement respectées.
- V. en cas de congestion des réseaux, les opérateurs et les fournisseurs d'accès à Internet traiteront en priorité les données sensibles au temps de réaction (tel que la VoIP, par exemple).

Chapitre 5 : Services gérés

Des services gérés peuvent être des compléments utiles à la neutralité de l'Internet. Ces derniers ne lui font pas nécessairement obstacle mais ne doivent pas prendre le pas sur les services non-gérés (ou « Internet Access Services », pour reprendre la terminologie utilisée par l'Organe des Régulateurs Européen des Communications Electroniques dans ses lignes de conduite du 26 novembre 2012 concernant la qualité de service dans le cadre de la neutralité de l'Internet), à tel point que cet « Internet public » devienne une ressource inutilisable.

Les présents signataires s'engagent également, à titre complémentaire de leurs obligations légales en vue de favoriser l'accès à l'Internet, à ce que :

- 1. les utilisateurs finals ont le droit à un Internet public dont la qualité de service ne peut être diminuée déraisonnablement dans le but de proposer des offres de services gérés.
- 2. Les opérateurs et les fournisseurs d'accès à Internet s'engagent à développer aussi bien le « best effort » que les services gérés sans que le développement de ces derniers cause un préjudice aux premiers.

Chapitre 6 : Protection de la vie privée et des données à caractère personnel

La loi 8 décembre 1992 régit le traitement des données à caractère personnel en déterminant sous quelles conditions ce traitement peut avoir lieu. Compte tenu que certaines techniques de gestion du trafic peuvent être attentatoires à la vie privée et à la protection des données, les présents signataires s'engageront à ce que :

les utilisateurs finals aient droit à ce que les opérateurs de réseaux, ainsi que les fournisseurs d'accès à Internet, utilisent les pratiques les moins attentatoires possibles eu égard à la vie privée des utilisateurs finals en se conformant aux prescrits de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel ainsi que les arrêtés pris en exécution de cette dernière.

Chapitre 7 : Contrôle

Sans préjudice de tout recours entre les signataires sur base du droit civil, la charte prévoit des mécanismes de contrôle du respect des engagements pris dans la présente charte grâce à des procédures permettant une réaction en cas d'infraction en s'en référant à l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications.

Dans ce contexte, l'IBPT sera compétent pour intervenir en cas de plainte d'un opérateur signataire contre un autre en vue de les concilier sur base de l'article 14, § 1, 4° de la loi « IBPT-Statut ».

D'autre part, l'article 43*bis*, § 3 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (*M.B.*, 27 mars 1991, *err.* 20 juillet 1991) permet 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 ou émette une recommandation à l'opérateur visé si un compromis à l'amiable ne peut être trouvé.

La charte n'exempte pas 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.
