

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La neutralité de l'internet, la gestion du trafic et les services gérés

Queck, Robert; Piron, Maxime

Published in:

Net Neutrality in Europe = La neutralité de l'Internet en Europe

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Queck, R & Piron, M 2013, La neutralité de l'internet, la gestion du trafic et les services gérés: à la recherche de définitions. dans *Net Neutrality in Europe = La neutralité de l'Internet en Europe*. Bruylant, Bruxelles, pp. 111-139.

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.

LA NEUTRALITÉ DE L'INTERNET, LA GESTION DU TRAFIC ET LES SERVICES GÉRÉS : À LA RECHERCHE DE DÉFINITIONS (1)

PAR

ROBERT QUECK, MAÎTRE DE CONFÉRENCES
À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR ET DIRECTEUR ADJOINT DU CRIDS
ET MAXIME PIRON, CHERCHEUR AU CRIDS DE L'UNIVERSITÉ DE NAMUR

1. — INTRODUCTION

Internet est un lieu qui a su s'ouvrir à tous les utilisateurs souhaitant se connecter au monde entier. Cette capacité d'ouverture est un des atouts de cet espace dématérialisé permettant ainsi un bon nombre d'échanges bénéfiques entre les différents individus qui composent la Toile et créant ainsi un autre monde dont l'accès devient l'un des plus grands défis de notre société numérique. Cependant, ce qui pouvait être considéré autrefois comme étant acquis devient de moins en moins certain car le principe de la « neutralité de l'Internet », qui entend garantir des échanges sans aucune restriction, est récemment mis à mal par le développement de nouvelles technologies qui donne la possibilité aux opérateurs de réorienter, ou « prioriser » des données sur le réseau. Mais à quelle réalité correspond la neutralité de l'Internet ? Comment définir un concept qui, alors que l'Internet s'est développé à partir de l'année 1995, a eu toute son importance qu'à partir des années 2000 ? Le présent article s'attardera sur la définition de notions qui entretiennent des liens privilégiés entre eux : la neutralité de l'Internet et la gestion du trafic. En effet, ces deux notions entretiennent des relations très étroites, sans préjudice d'une autre notion qui, selon nous, peut également résumer la problématique du caractère ouvert de l'Internet : les services gérés, un sujet d'actualité (2).

(1) La présente contribution a pu être réalisée dans le cadre d'une étude financée par le SPF Économie, Classes moyennes, PME et Énergie. Elle constitue cependant un commentaire strictement personnel des auteurs et n'engage ni le CRIDS, ni le SPF Économie. La contribution représente la situation au 31 janvier 2013.

(2) À cet égard, voyez la tribune de la vice-présidente de la Commission européenne, Nelly Kroes, qui d'une part, s'est fait la défenderesse d'un internet ouvert et neutre et qui, d'autre part, promeut les services à qualité garantie 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 Nelly Kroes : <http://blogs.ec.europa.eu/heelie-kroes/neutralite-du-net/>. Notons qu'après la clôture de la présente contribution, la Vice-Présidente N. Kroes est revenue à plusieurs reprises sur la

Ces notions feront l'objet d'une analyse dans le présent article au regard du contexte et des objectifs poursuivis par l'Europe en la matière. Dans un premier chapitre, le présent texte se bornera à rappeler l'origine du concept de la neutralité de l'Internet sans en proposer toutefois un historique complet⁽³⁾ et ce, à travers deux sections consacrées au contexte et aux objectifs. Les définitions des concepts « neutralité de l'Internet », « gestion du trafic » et services réservés, utilisées au niveau européen (cadre réglementaire européen des communications électroniques, Commission européenne, Parlement, Conseil, Comité économique et social européen (CESE) et Contrôleur européen de la protection des données (CEPD)) ainsi que par l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE – en anglais Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC))⁽⁴⁾ qui représente en quelque sorte le niveau national en regroupant les différentes autorités réglementaires nationales (ARN), seront analysées dans un deuxième chapitre. Ensuite sera abordé la relation entre ces deux notions et celle de services gérés dans troisième et dernier chapitre. Enfin une synthèse des différents enjeux traités dans cette contribution sera proposée en guise de conclusion.

2. – ORIGINE ET OBJECTIFS DU PRINCIPE DE LA NEUTRALITÉ DE L'INTERNET

La présente section abordera dans un premier temps l'origine du concept ainsi que le contexte dans lequel ce dernier s'est développé en Europe. Enfin, les objectifs poursuivis par l'Europe dans le cadre de la neutralité de l'Internet seront détaillés dans une deuxième et dernière section.

2.1. – Contexte et origine

Le concept de « neutralité du réseau » a été popularisé aux États-Unis au début des années 2000, notamment par Tim Wu⁽⁵⁾ qui définissait

question de la neutralité d'Internet. Ainsi, le 4 juin 2013, elle a également annoncé qu'elle se prépare à proposer des mesures réglementaires complémentaires en matière de neutralité des réseaux en se basant sur quatre piliers : innovation, transparence, choix réel des services Internet et concurrence ; voir A. STROWEL, Introduction au présent volume, p. XI.

(3) Pour plus de détails concernant l'historique du concept de la neutralité de l'Internet en Europe, voy. l'article dans le recueil ci-présent : M. VAN BELLINGHEN et T. ZGAJEWSKI, « La neutralité d'Internet : l'approche prudente de l'Europe ».

(4) 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.

(5) T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, 2003, p. 141-179, disponible sur : <http://papers.ssrn.com/sol3/>

la « neutralité du net » comme le principe selon lequel « un réseau public d'utilité maximale aspire à traiter tous les contenus, sites et plateformes de la même manière, ce qui lui permet de transporter toute forme d'information et d'accepter toutes les applications. »⁽⁶⁾.

Par la suite, le concept traversa l'Atlantique jusqu'en Europe mais ne fut pas encore 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 télécommunications⁽⁷⁾). La « neutralité de l'Internet », ou plutôt certaines dispositions réglementaires qui s'y rapportent plus directement, à défaut de reprise explicite du concept en tant que tel et de définition claire, entre dans la réglementation européenne des communications électroniques lors de la révision⁽⁸⁾ de cette

[papers.cfm?abstract_id=388863](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863). Voy. aussi M. Lemley et L. Lessig qui notaient en 2000 qu'« en concevant le réseau de manière neutre, l'Internet a créé un environnement compétitif où les innovateurs savent que leurs inventions seront utilisées si ces derniers sont utiles » (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 sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247737. Nous traduisons comme tel dans le texte : « *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* ».

(6) Traduction libre venant respectivement de ARCEP, Neutralité de l'Internet et des réseaux – Propositions et recommandations, Les actes de l'ARCEP, Septembre 2010, p. 7, disponible sur 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, pp. 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.

(7) 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 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 et modifiée par le règlement (CE) n° 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 »).

(8) À 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

réglementation (9) qui fut adoptée en 2009 par le parlement européen et le Conseil suite aux propositions de la Commission (10). Ainsi, la neutralité de l'Internet est dorénavant présente, en particulier à travers les objectifs du cadre réglementaire stipulés dans la directive « cadre » (11) (principes généraux – spécifiquement article 8, paragraphe 4, g en ce qui concerne la protection des intérêts des utilisateurs finals (12)

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, pp. 5-6.

(9) 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.

(10) 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 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.

(11) 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 »).

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 »).

(12) 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

et paragraphe 2, b (13) en ce qui concerne la promotion de la concurrence) et à travers certaines dispositions en matière de protection des utilisateurs finals et des consommateurs prévus par la directive « service universel » (14) (protection des intérêts des citoyens européens mais aussi concurrence sur les marchés de détail). Cependant, la neutralité du réseau n'est ni explicitement stipulé ni défini dans les autres directives comme les directives « accès » (15) (concurrence sur les marchés de gros), « libéralisation » (16) (confirmation de la libéralisation du secteur), « autorisation » (17) (conditions pour l'entrée sur les marchés) et « vie privée et communications électroniques » (18), (19).

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 »).

(13) Voy. aussi les considérant 28 de la directive 2009/136/CE « droits des citoyens », citée ci-dessous et 23 de la directive « mieux légiférer ».

(14) 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 »).

(15) 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 ».

(16) 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.

(17) 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 ».

Voy. cependant l'annexe A. 19 de la directive « autorisation ».

(18) 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.

(19) 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 la problématique de la neutralité du réseau. Ainsi, la procédure relative à la puissance significative sur

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 », attachée à la directive « mieux légiférer » (20), directive qui modifiait en 2009 notamment la directive « cadre ».

Dans la 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 révélait que, désormais, la neutralité de l'Internet était devenue « *un objectif politique et un principe réglementaire que les autorités réglementaires nationales devront promouvoir* ». Dans cette déclaration, la Commission annonçait également vouloir suivre attentivement la mise en œuvre par le États membres des (quelques) dispositions spécifiques du cadre réglementaire européen des communications électroniques (21). 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.

Après que le principe ait entretemps été reconnu dans le contexte de la « Stratégie numérique pour l'Europe » (22), la Commission a publié en

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 finals (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. En marge 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).

(20) 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 ».

(21) À 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 sur http://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Telecom_Horizontal_Chapter_0.pdf.

(22) 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 de des modèles d'activité innovants* » (p. 24). À cet égard, voy. aussi. Communication de la Commission,

avril 2011, suite aux résultats (23) d'une consultation (24) publique menée du 30 juin au 30 septembre 2010, sa Communication sur « l'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe » (25). Dans cette dernière la Commission réaffirmait 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* » (26).

Le Conseil de l'Union européenne a réagi en décembre 2011 (27) à la communication « neutralité d'Internet » (28). De son côté, le Parlement européen a également réagi en novembre 2011 (29) et en décembre 2012 (30). Ces derniers soutiennent la Commission dans ses efforts et attirent l'attention

EUROPE 2020 – Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM(2010) 2020, 3 mars 2010.

(23) 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/ecommlibrary/public_consult/net_neutrality/index_en.htm.

(24) 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 sur http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/public_consult/net_neutrality/index_en.htm.

(25) 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.

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 ».

(26) Communication « neutralité d'Internet », p. 9.

(27) 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 »).

(28) Pour plus de détails concernant l'historique du concept de la neutralité de l'Internet, voy. dans le présent recueil la contribution de M. VAN BELLIGHEN et T. ZGAJEWSKI, « La neutralité d'Internet : l'approche prudente de l'Europe ».

(29) 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 »). Ultérieurement, le Parlement européen a encore affirmé son engagement en faveur de la Neutralité de l'Internet dans sa résolution du 22 novembre 2012 sur la prochaine Conférence mondiale sur les télécommunications internationales (CMTI-12) de l'Union internationale des télécommunications, et l'éventuelle extension du champ d'application du règlement des télécommunications internationales, P7_TA(2012)0451, non encore publié au *J.O.U.E.* Dans cette résolution le Parlement « *invite le Conseil et la Commission à veiller à ce que toute modification du RTT [c'est-à-dire le Règlement des Télécommunications Internationales] soit compatible avec l'acquis de l'Union et avec l'intérêt et l'objectif de l'Union de faire progresser l'internet comme endroit réellement public où les droits de l'homme et les libertés fondamentales, en particulier la liberté d'expression et de rassemblement, sont respectés et les principes d'un marché libre, la neutralité de l'internet et l'entrepreneuriat garantis* » (point 1).

(30) Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 11 décembre 2012 sur une stratégie pour la liberté numérique dans la politique étrangère de l'Union, 2012/2094(INI), disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&referece=P7-TA-2012-470>

de cette dernière sur les dangers qu'un Internet non neutre peut causer sur l'économie des TIC et l'encouragement également à privilégier une approche cohérente de la neutralité de l'Internet au niveau de tous les États membres.

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, chapitre 3.1) 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) (31). En outre, le CEPD demande à la Commission européenne de coordonner un débat au niveau européen (associant des instances comme l'ORECE, le groupe de travail « Article 29 » et le CEPD) afin de clarifier certaines questions comme la détermination des 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 supplémentaires en conséquence (32).

Notons également que le Comité économique et social européen (CESE) a défini le concept et a également pris position sous la forme d'un avis en réponse à la communication de la Commission susmentionnée où, à l'instar du Parlement européen et du Conseil, il met en garde contre les dangers d'un Internet fermé (33).

Enfin, depuis qu'il a, le 28 janvier 2010, entamé ses activités l'ORECE a fait de la neutralité de l'Internet l'une de ses priorités les plus importantes. À cet effet, une série de documents publiés par l'ORECE ont traité au sujet de la neutralité de l'Internet (34). Le programme de travail de l'ORECE pour l'année 2013 montre d'ailleurs qu'il en restera bien ainsi (35).

(31) Contrôleur Européen de la Protection des Données, Avis du Contrôleur européen de la protection des données 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 »).

(32) Avis du CEPD « neutralité de l'Internet et protection des données », points 88 et 89.

(33) Comité économique et social européen, Avis sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – « L'Internet ouvert et la neutralité de l'Internet en Europe », *J.O.U.E.*, C 24/139, 28 janvier 2012.

(34) Pour un aperçu de l'ensemble des documents publiés par l'ORECE, voy. : BEREC BoR (12) 146 – Summary of BEREC positions on Net Neutrality, Annexe A.

(35) BEREC, Work Programme 2013 BEREC Board of Regulators, BoR (12) 142, 7 December 2012, p. 10-13.

2.2. – Objectifs

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, d'après 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 » (36).

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 finals 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 neutralité (37) de l'Internet est de « préserver au mieux l'ouverture de cette plateforme et faire en sorte qu'elle continue à fournir des services de haute qualité à tous et à promouvoir l'innovation (38), tout

(36) Communication « neutralité de l'Internet », pp. 2-3.

(37) En effet, les trois grands objectifs du marché européen (marché unique, concurrence et protection des intérêts des citoyens) sont précisés chacun par des sous-objectifs. Pour ces derniers, voy. ci-dessous, point 3.1.A.

(38) 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 :

en garantissant la jouissance et le respect de droits fondamentaux, comme la liberté d'expression et la liberté d'entreprise » (39). Pour citer le 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* » (40).

Quant à l'ORECE, les objectifs fréquemment avancés 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 final 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 service) 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" » (41).

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 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 la nécessité le requiert (42).

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).

(39) Communication « neutralité de l'Internet », p. 3.

(40) 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.

(41) 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"* ».

(42) Ibidem, p. 3.

En résumé, toute régulation devra nécessairement se poser la question de la rencontre de ces objectifs afin d'estimer si cette dernière est justifiée au regard de la situation.

3. – À LA RECHERCHE DE DÉFINITIONS

La notion de « neutralité de l'Internet » étant au cœur de nos réflexions nous traiterons dans la suite d'abord des définitions qui ont été consacrées ou utilisées à son égard. Nous traiterons ensuite une activité pouvant constituer en exception à la Neutralité de l'Internet à savoir la « gestion du trafic » et une de ses applications, les « services gérés ». En effet, la relation entre la Neutralité de l'Internet d'une part, et « gestion du trafic » et « services gérés », d'autre part est une des questions clé du débat sur le caractère neutre de l'Internet.

Sauf en ce qui concerne la définition des « services gérés » qui a surtout été élaborée par l'ORECE, nous allons aborder la question des concepts à deux niveaux. Sera d'abord traité le « niveau européen » dans un sens strict : le cadre réglementaire des communications électroniques, la Commission européenne, le Parlement, le Conseil, le CESE et le CEPD. Sera ensuite abordé le niveau national à travers les autorités réglementaires nationales regroupées au sein de l'ORECE.

3.1. – Neutralité de l'Internet

La neutralité de l'Internet est concept issu à l'origine d'un problème liée à la sphère technique de cette dernière. Son caractère évanescent dû au fait qu'elle soit à la limite de la frontière entre la transmission et le contenu rend difficile sa compréhension et, *de facto*, sa définition. Cette présente section abordera les différents efforts effectués au niveau européen ainsi qu'au niveau de l'ORECE en vue de circonscrire au mieux cette notion.

A. – Le niveau européen

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 » (43), ni une définition (44) de ce concept et principe (45). Sa signification n'est

(43) Rappelons seulement que les mots « neutralité d'Internet » sont bels et bien utilisés par la déclaration « neutralité de l'Internet » de la Commission.

(44) Voy. aussi communication « neutralité d'Internet », p. 3.

(45) 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*

donc inscrite *expressis verbis* ni dans les listes des définitions que contiennent en particulier les directives « cadre » (46) et « service universel » (47), qui concernent plus particulièrement la problématique, ni dans les autres directives.

Cependant, une définition peut être déduite de l'article 8 de la directive « cadre » et en particulier des articles 8, § 2, b (qui concerne la promotion de la concurrence) et 8, § 4, g (qui a trait, quant à lui, à la protection des intérêts des citoyens), ainsi que de la communication de la Commission « neutralité d'Internet ». Par conséquent, 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 contenu (48), sans préjudice des mesures nationales ou de l'Union européenne prises pour contrer les activités illicites et notamment, lutter contre la criminalité (49) ».

Les paragraphes 4, g et 2, b de l'article 8 de la directive « cadre » permettent donc de déduire une définition de la neutralité de l'Internet. Ce faisant, ils en donnent par ailleurs des sous-objectifs qui sont autant de moyens pour atteindre les objectifs généraux mentionnés ci-dessus (promotion de l'innovation et du développement économique (50) ainsi que le respect de la liberté d'expression et de la liberté d'entreprise).

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 pas ici 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 États-Unis d'Amérique*, op. cit., respectivement pp. 7-8 et pp. 19-20).

(46) Art. 2.

(47) Art. 2.

(48) Directive « cadre », art. 8, § 4, g et 8, § 2, b.

(49) Communication « neutralité d'Internet », p. 3.

(50) Dans ce contexte, voy. également 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... ».

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. » (51).

Comparée à la définition proposée sur base de l'article 8 de la directive « cadre », la définition du CEDP (52) paraît d'une part quelque peu plus restrictive vu qu'elle semble 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, même sous-section).

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 » (53). 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

(51) Avis du CEDP « 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. »

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

(53) Cons. 4, directive « mieux légiférer ».

sorte, la disposition adresse la liberté de l'Internet à travers les aspects « obligations à charge des utilisateurs finals » (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 finals et concurrents). Ces « deux faces d'une même médaille » se retrouvent aussi réunies dans le chapitre 2 du Code des droits en ligne dans l'UE (54).

Notons également qu'il ressort bien des objectifs de la directive « cadre » en matière de la neutralité du réseau que ce principe vise à rendre ouvertes et accessibles 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 2002 (55).

Ajoutons enfin que, tel qu'il peut être déduit des articles 8, § 2, b et 8, § 4, g, le principe de neutralité de l'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 finals d'utiliser des applications et services de leur choix, mais ne mentionne pas leur droit de connecter des équipements (terminaux) qu'ils entendent utiliser.

D'une part un tel constat paraît évident compte tenu que les directives « cadre » et « service universel » régissent les réseaux et services de communications électroniques et que les équipements terminaux sont soumis à un cadre réglementaire spécifique (56) (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&TTE (57)), même si

aussi bien la directive « cadre » que la directive « service universel » prévoient l'existence de liens entre les deux cadres réglementaires (58).

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 (59) 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* ». Par ailleurs, 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* » (60).

Enfin, selon le Comité économique et social européen « *le principe de l'Internet ouvert repose sur le fait qu'en tant qu'utilisateurs, nous sommes libres de nous connecter à l'Internet public sans aucune restriction de la part des gouvernements ou des fournisseurs de services Internet (FSI) portant sur le contenu, les sites, les plateformes, le type d'équipement pouvant être associé ou les modes de communication consentis* ». De plus, « le principe de la neutralité d'Internet » signifie qu'il y a lieu que les entreprises fournissant des services Internet traitent toutes les sources de données Internet similaires de manière équitable et n'établissent pas de distinction entre différents types de trafic de données pour des raisons commerciales (61).

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

(58) Voy. 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 ».

(59) Nous soulignons.

(60) Voy. aussi le considérant 24 de la directive « droits des citoyens ».

(61) Voy. Comité économique et social européen, Avis sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – « L'Internet ouvert et la neutralité de l'Internet en Europe », J.O.U.E., C 24/139, 28 janvier 2012, respectivement pts 3.2.2 et 3.3.2).

(54) 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*, pts 3 et 4.

(55) Directive « cadre », cons. 5.

(56) Art. 1, § 4 et considérant 8 de la directive « cadre ».

(57) Art. 7, § 3, directive « R&TTE ».

B. – L'ORECE

À plusieurs reprises, l'ORECE a proposé une définition de travail de la neutralité de l'Internet dans ses publications :

« 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 » (62).

La définition proposée par l'ORECE 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 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 définition répertorie les différenciations de manière exhaustive et serait synonyme, en pratique, du principe de « best effort » qui est actuellement d'application dans le cadre des communications électroniques, ce qui correspond à l'objectif généralement visé par la neutralité de l'Internet. Notons également que la neutralité de l'Internet est un sujet qui touche aussi bien le contenu que la transmission : la référence au terme « équipement » (63) semble dès lors opportune et démontre un champ d'application extrêmement large de la définition. Enfin, il restera dès lors à l'ORECE à trouver un équilibre entre le principe du « best effort » qui guide les communications électroniques et la possibilité d'introduire des services gérés de bout-en-bout.

La définition que l'ORECE utilise pour circonscrire la neutralité du réseau établit une stricte neutralité ou aucune différenciation ne peut être opérée sur les données qui transitent sur les réseaux. Cepen-

(62) 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"*.

(63) Ou « device » en anglais dans le texte.

dant, l'ORECE tempère cette définition en ajoutant qu'*« 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 »* (64).

D'autre part, l'ORECE utilise d'autres définitions ayant un rapport avec la neutralité de l'Internet, notamment avec la notion de « gestion du trafic » qui nous intéressera en particulier dans la prochaine sous-section afin de déterminer les exceptions de la neutralité de l'Internet.

3.2. – Gestion du trafic

La présente section s'attachera à définir la notion de « gestion du trafic ». Pour en faciliter la lecture, comme à la précédente section, cette dernière sera répartie en 2 sous-sections : d'une part, la définition sera analysée au niveau européen et, d'autre part, elle abordera la vision de l'ORECE de ladite notion.

A. – Le niveau européen

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 » (65). 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 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

(64) 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 ».*

(65) Communication « neutralité d'Internet », pp. 3 et 7.

prioritaires, sur une ligne fixe ou mobile, ou de dégrader la qualité d'autres services. » (66) 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 » (67).

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 du trafic n'impliquent pas de discriminations anticoncurrentielles 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 performances (68). Cette dernière position est partagée par le Conseil (et par la Commission – voy. ci-dessus chapitre 2.2) 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 » (69).

Le CEPD de son côté insiste 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 moment, etc., ce qui permet de filtrer les communications » (70). Le CEPD met donc en avant les risques pour la confidentialité des communications, le droit fondamental garanti par l'article 8 de la convention européenne

(66) Commission européenne, communiqué de presse, Stratégie numérique : la Commission lance une consultation sur la neutralité de l'Internet, IP/10/860, 30 juin 2012.

(67) Commission européenne, communiqué de presse, IP/11/486, 19 avril 2011, *cit. supra*, p. 3.

(68) Résolution du Parlement « neutralité d'Internet », pts 15 et 16.

(69) Conclusions du Conseil « neutralité d'Internet », pt 3, d.

(70) Avis du CEPD « neutralité de l'Internet et protection des données », pt. 5.

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 (71), (72).

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 finals. En effet, il est vrai, d'une part, que l'article 1, § 3 de la directive « service universel » (73) prévoit explicitement que « la présente directive ne prescrit ni n'interdit les conditions imposées par les fournisseurs de services et communications électroniques accessibles au public (74) 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^e et 4^e tiret – et 21, § 3, c et d (75)) et en matière de possibilité des utilisateurs finals 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) (76).

(71) *Idem*, pt 6.

(72) 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*, pts 5 et 6).

(73) Voy. aussi le considérant 29 de la directive « droits des citoyens ».

(74) 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. À 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 elektronischecommunicatiediensten », ce qui réglerait l'ambiguïté.

(75) Voy. aussi le considérant 28 de la directive « droits des citoyens ».

(76) Voy. aussi le considérant 34 de la directive « droits des citoyens ». À cet égard, voy. aussi la 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

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. Dans ce dernier on lit que :

« La gestion de trafic est le terme utilisé pour décrire un large éventail de pratiques techniques prises pour gérer le trafic sur les réseaux, en ce compris la priorisation, le ralentissement, la limitation ou le blocage de certains paquets de données » (77).

Dans sa communication « neutralité d'Internet », la Commission illustre la gestion du trafic. Selon elle, il existe différentes techniques de gestion du trafic (78) :

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, 19.12.2012.

À 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 finals afin de garantir la connectivité de bout en bout des réseaux et l'interopérabilité des services. Voy. BERECE, Report – An assessment of IP interconnection..., BoR (12) 130, cit. supra, 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 novembre, 2007 p. 37 ; voy aussi BERECE, Report – An assessment of IP interconnection, BoR (12) 130, cit. supra, pp. 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 »).

(77) 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 sur http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/actions/oit-consultation/, p. 2. Nous traduisons comme tel dans le texte : « traffic management is the term used to describe a wide range of technical practices undertaken to manage traffic across networks, which includes prioritization, slowing down, throttling or blocking of certain data packets ».

(78) À cet égard, voy. aussi l'avis du CEPD « neutralité de l'Internet et protection des données », pt 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

- 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. Pareils « services différenciés » peuvent être considérés comme « services gérés » ou « services spécialisés ». Cette catégorie de services, qui peuvent limiter la capacité disponible pour les « services d'accès à Internet » de manière générale et ainsi mettre en échec dans une certaine mesure le caractère ouvert et neutre de l'Internet, ont surtout été analysés par l'ORECE et seront ainsi abordés ci-dessous, à la section 3.3 ;
- le **roulage** 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.

À ces exemples, on peut notamment ajouter :

- le **blocage** 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 (79).

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. pts 11 – 17 et 32 (techniques d'inspection).

(79) Communication « neutralité d'Internet », pp. 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. *idem*, p. 6).

B. – L'ORECE

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 :

« 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 trafic » (80).

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 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) (81). 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 techniques (82).

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 hétérogènes, tels 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 garanti à des utilisateurs

(80) 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.

(81) 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) ».

(82) *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 ».

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 peuvent 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) (83).

Par ailleurs, ce qu'il faut retenir de cette définition est que la gestion du 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 du trafic. En d'autres termes, les services gérés, par exemple, font parties des techniques de gestion du trafic, mais, *a contrario*, la gestion du trafic ne se limite pas aux services gérés, tel que présenté dans la section suivante.

3.3. – Les services gérés

Les services gérés constituent une exception par rapport à la neutralité de l'Internet, en ce sens que ces derniers garantissent un certain niveau de qualité, *a contrario* d'un service « best effort ». Le principe de la neutralité de l'Internet pourrait s'en trouver affecté si les services gérés venaient à prendre le pas sur le service « best effort » à partir du moment où ce dernier ne se voit plus attribuer une largeur de bande suffisante pour permettre une qualité d'expérience correcte.

L'ORECE propose de définir les services gérés comme tel :

• Services gérés (84)

(83) 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 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) ».

(84) BEREC, BEREC Guidelines for quality of service..., BoR (12) 131, *cit. supra*, pp. 4-5.

« Les services spécialisés sont des services de communications électroniques qui sont fournis et exploités dans des réseaux fermés de communications électroniques utilisant le protocole I.P. ».

« 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 Internet, seule la couche sous-jacente "communications électroniques" des services spécialisés doit être considérée, et non la couche "application". » (85).

Par ailleurs, l'ORECE propose également la définition d'un autre concept en lien avec les services gérés :

• Les services d'accès à Internet (86)

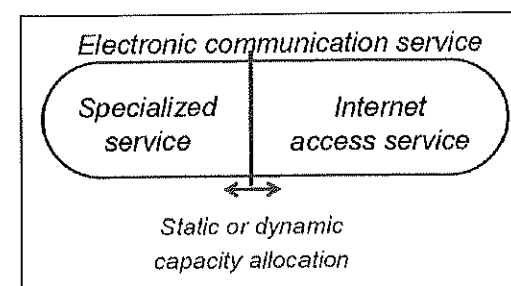
« Un service d'accès à Internet est un service de communications électroniques public qui fournit la connectivité à l'Internet ».

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 l'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 ».

(85) 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".

(86) BEREC, BEREC Guidelines for quality of service..., BoR (12) 131, cit. supra, 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".

La relation entre les services d'accès à Internet et les services spécialisés (ou services gérés) peut-être graphiquement représentée comme suit (87) :



On peut constater d'emblée une tension entre ces deux notions : plus il y aura de services gérés, moins le service d'accès à Internet sera efficace, pouvant aller jusqu'à une nette détérioration de la qualité d'expérience des services et applications disponibles sur Internet. Tout dépend en réalité de la capacité d'allocation qui sera étendue en faveur des services gérés. La question qui se pose ici est de savoir, si les services gérés sont autorisés, jusqu'à quelle largeur bande ces dernières doivent-ils être autorisés ? Cette question est à mettre en parallèle avec la récente tribune (88) de la vice-présidente de la Commission européenne, Nelly Kroes, qui soutient que la sauvegarde de neutralité de l'Internet ne fait 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 (89).

(87) 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".

(88) 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 Nelly Kroes : <http://blogs.ec.europa.eu/neelie-kroes/neutralite-du-net/>.

(89) Cette tension est aussi adressée par la Vice-Présidente N. Kroes : « I strongly 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

Dans ce contexte, l'article 22, § 3(90) de la directive « service universel » prend tout son sens. Il prévoit que les ARN ont le droit d'imposer des exigences minimales en matière de qualité de service aux entreprises fournissant des réseaux de communications publics en cas de dégradation du service. Par là, doit-on comprendre que les ARN ont également le devoir de prévoir une largeur de bande suffisante pour que les services d'accès à Internet soit réellement efficaces lorsqu'ils autorisent les services gérés ? Selon le considérant 34 de la directive « droits des citoyens », il semblerait que l'article 22, § 3 ne soit qu'une possibilité de l'ARN, et non une obligation. On peut en revanche supposer que le respect des objectifs de la directive « cadre », et plus précisément des articles 8, paragraphe 4, g et paragraphe 2, b, oblige d'une certaine manière les ARN d'éviter que les services gérés prennent le pas sur le service d'accès à Internet.

4. – CONCLUSIONS

La neutralité de l'Internet est un concept propre à une société face à de nouveaux enjeux numériques. La problématique du caractère neutre et ouvert d'Internet est le produit d'une avancée technologique permise par la numérisation des réseaux et la facilitation des échanges de données par ce réseau. Cette question qui, a priori, relève de la sphère technique liée aux transmissions, a cependant une influence certaine sur le contenu véhiculé et risque, *de facto*, d'avoir des conséquences sur des droits et libertés inhérents à l'usage d'Internet, tel que l'exercice pratique de la liberté d'expression et l'accès à l'information, ou sur des objectifs visés par les autorités publiques, tel que l'éducation par les réseaux ou le développement de la large bande en Europe en donnant, ou non, des incitants à des investissements. Afin de conserver, en principe, cette liberté d'envoyer et de recevoir, le cadre réglementaire européen est intervenu à plusieurs niveaux, en se basant sur les différentes réflexions qui avaient déjà prises place aux États-Unis.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, nous pouvons considérer à travers différentes dispositions du cadre réglementaire européen des communications électroniques (et sur base de différentes prises de position de la Commission européenne), qu'au niveau de l'Union européenne

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 » (N. KROES, Building our Digital Single Market : 10 steps to deliver broadband, SPEECH/13/80, 30 January 2013).

(90) Voy. aussi le considérant 34 de la directive « droits des citoyens ».

une définition de la neutralité du réseau pourrait être formulée comme suit, même si les dispositifs des directives européennes ne mentionnent 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 contenu, sans préjudice des mesures nationales ou de l'Union européenne prises pour contrer les activités illicites et notamment, lutter contre la criminalité ».

Comme mentionné ci-dessus, afin d'englober le cycle complet d'une communication électronique, cette définition peut être complétée 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 ».

Ceci dit, s'il est important de savoir de quoi on parle, se pose néanmoins la question quant à savoir si, dans le contexte d'un secteur soumis à des évolutions technologiques et économiques rapides et imprévisibles, il faut inscrire et figer cette définition dans un texte réglementaire, une loi, voire la Constitution (91).

Nous avons également vu ci-dessus, que de son côté, l'ORECE a œuvré ces trois 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 pertinentes. La définition proposée par l'ORECE pour la neutralité de l'Internet (à titre de définition de travail) 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 » (92).

(91) Voy. Communication « neutralité d'Internet », p. 3 ; voy. aussi Commission européenne, communiqué de presse, IP/11/486, 19 avril 2011, *cit. supra*, p. 2.

(92) BEREC, Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 september 2010, pp. 2-3. 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

D'ailleurs, notons que la définition de travail de l'ORECE est assez similaire à celle actuellement soumise par une des propositions de loi belge qui propose de définir la « neutralité du réseau » comme « l'exclusion de tout blocage du trafic internet, sauf dans les cas autorisés par la loi ou lorsque des accords contractuels ont été pris à propos de ce blocage, et de toute discrimination à l'égard du trafic internet en fonction de l'expéditeur, du contenu, des applications et des services, du matériel et des logiciels utilisés, à moins que cette discrimination puisse être considérée comme une gestion raisonnable du réseau » (93).

Ajoutons que la définition tient compte réellement de la problématique de la neutralité de l'Internet, c'est-à-dire en visant aussi bien le contenu que la transmission du contenu en lui-même ce qui est, à notre sens, l'un des points forts de cette définition. De plus, aussi bien l'aspect protection du consommateur que l'aspect concurrence sont intégrés ; le concept de service peut être considéré comme incluant le protocole utilisé et la définition est suffisamment large pour contenir également les problèmes liés aux terminaux.

Si l'ORECE prévoit donc, de par la définition qu'il utilise, un traitement égal des communications, et donc indépendant de toutes une série de facteurs, elle prévoit cependant des exceptions à ce principe :

« 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 » (94).

Même si cela n'est pas prévu par les institutions européennes, à savoir la Commission et le Parlement européen, prévoir des exceptions cadre bien avec la réalité du marché des communications électroniques sur lequel on voit apparaître de plus en plus de services gérés. Le caractère neutre et ouvert de l'Internet est un débat qui est orienté vers la question de gestion du trafic et des services gérés, dont ces derniers constituent

and receiver address implies that the treatment is independent of end-user and content/application/service provider".

(93) Wetsvoorstel (Van den Bergh c.s.) tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, wat betreft de netneutraliteit, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53K1536/001, p. 9. Notons toutefois que cette proposition de loi fera l'objet de profonds changements prochainement avec l'autre proposition de loi : Wetsvoorstel (Déom c.s.) tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53K1487/001.

(94) 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* ».

en quelque sorte une contrepartie naturelle à la neutralité de l'Internet. En effet, plus il y aura de services gérés, plus la largeur de bande dédiée aux services d'accès à Internet sera moindre. Avec une bande passante (encore) limitée, les services de qualité garantie risquent de nuire aux services non-gérés s'ils deviennent trop nombreux, risquant de diminuer la qualité d'expérience (95) des utilisateurs n'ayant pas fait le choix d'opter pour un service premium, ou ne pouvant le faire pour des raisons économiques. Il faudra, à l'avenir, suivre l'évolution de la relation entre la neutralité de l'Internet (service « meilleur effort ») et les services gérés. Nelly Kroes, la vice-présidente de la Commission européenne, a encore abordé récemment cette question dans un discours (96) concernant l'avenir du broadband en Europe ainsi que dans une tribune adressée au journal « Libération » (97).

Les ARN, en utilisant l'arme qui leur est fournie par l'article 22 § 3 de la directive « service universel, ont le choix d'intervenir ou non afin de préserver le réseau d'éventuelles dégradations des services. Quels seront dès lors leur position ? Ajoutons enfin que la Commission conserve un droit de regard sur les décisions prises par les ARN dans cette matière. Si les ARN ont toujours une possibilité de choisir, elles restent toutefois sous l'œil vigilant des institutions européennes. Affaire à suivre...

(95) Parlement européen, Neutralité des réseaux : défis et solutions au sein de l'Union européenne et aux États-Unis d'Amérique, IP/A/IMCO/STY/2011-02, mai 2011, p. 15, disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/imco/studiesdownload.html?languageDocument=FR&file=42791>.

(96) N. KROES, Building our Digital Single Market : 10 steps to deliver broadband, Speech/13/80, 30 janvier 2013.

(97) Disponible sur http://www.libération.fr/médias/2013/01/16/internet-et-applications-de-filtrage-une-histoire-de-choix-et-de-recettes_874443, mais également sur le blog de la commissaire Nelly Kroes : <http://blogs.ec.europa.eu/neelie-kroes/neutralite-du-net/>.