

**INTRODUCTION : UNE LÉGISLATION EUROPÉENNE
SUR LA NEUTRALITÉ DE L'INTERNET,
ENTRE LA PRÉSERVATION D'UN DROIT
FONDAMENTAL D'ACCÈS ET LA NÉCESSAIRE
RÉGULATION DES RÉSEAUX**

PAR

A. STROWEL

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS ET À L'UCLouvain, AVOCAT

« Je veux que nous prouvions aux citoyens que l'Union Européenne a un impact sur leur vie ; que nous avons adapté les règles du numérique à leurs attentes légitimes. (...) Je veux que vous puissiez leur dire que vous avez sauvé leur droit d'accès à un Internet ouvert, en garantissant sa neutralité. » (1)

C'est en ces termes que Mme Kroes, Commissaire européen en charge de la société de l'information (Direction Générale Connect), s'adressait fin mai 2013 aux membres du Parlement européen qui solliciteront le vote des citoyens européens en 2014.

Garantir la neutralité de l'Internet, c'est donc préserver le droit d'accès à l'Internet, un droit fondamental d'ores et déjà protégé par la liberté d'expression et d'information. (2)

Le 4 juin 2013, Mme Kroes réitérait sa foi dans un Internet ouvert pour tous. Son discours révélait aussi sa volonté de légiférer en matière de neutralité de l'Internet afin de préempter l'adoption de lois nationales et réduire les risques de divergences au sein de l'Union :

(1) N. KROES, La stratégie d'achèvement du marché unique des télécommunications, Speech/13/484, 30 mai 2013 accessible à : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-484_fr.htm.

(2) En France, le Conseil constitutionnel, amené à se prononcer sur la conformité à la Constitution de la « loi favorisant la diffusion et la protection des droits sur Internet » (qui deviendra la loi Hadopi), a, dans sa décision du 10 juin 2009, estimé que « qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit [il s'agit de la liberté de communication et d'expression de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789] implique la liberté d'accéder à ces services » (§12). La décision est disponible à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

"(...) we are seeing the pressure for national action on net neutrality. (...) If we don't address net neutrality, wider problems will arise and tomorrow's innovative services might have to stop at the border." (3)

Le « wait and see » qui a caractérisé l'attitude de la Commission en matière de neutralité semble désormais dépassé. D'après la Commission européenne, garantir aux citoyens européens un accès à l'Internet et éliminer les freins au déploiement de services requiert désormais de légiférer. La Commission entend mettre sur la table une proposition législative reposant sur quatre piliers : soutenir l'innovation, assurer la transparence, garantir la liberté de choix, préserver la concurrence entre services. Voici comment Mme Kroes détaille les grands axes de sa proposition attendue pour l'automne 2013 :

First, we should allow innovation. The new services round the corner depend not just on content, but on high-quality connections. For example, if you've just bought a videoconferencing system, you'll probably also want an internet service that guarantees the right quality, end-to-end. If someone wants to pay extra for that, no EU rules should stand in their way ; it's not my job to ban people from buying those services, nor to prevent people providing them. If you don't want to buy them that is also fine, and you should absolutely continue to benefit from the " best efforts internet ".

Second, we must ensure transparency. Before you sign up to an internet contract, you want to know key details. What's included, what's not ; and, in particular, what speed you'll actually get. Too often those are hidden away in long and complex contracts. That's not good enough. We all deserve a clear promise before signing up – not a nasty surprise after. After all, when you buy a carton of milk, you don't expect it to be half-empty : the same goes for 50 Megabit internet.

Third, people need choice in their internet services. A real choice, not a theoretical one. If they want to switch providers, they should be able to do so, without countless obstructions. And, in practice, there are many barriers to switching : like excessive charges, modem hire, or email addresses. We will be looking at those barriers, and removing them. In particular, there needs to be an end to annoying practices – like quietly extending a contract for another year without asking. It's time to put people back in the driving seat.

And fourth, innovation also needs competition. Services like Voice over Internet Protocol (VoIP) or messaging services – like Skype

(3) N. KROES, The EU, Safeguarding the open internet for all, Speech/13/498, 4 juin 2013 accessible à : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-498_en.htm?locale=FR.

or WhatsApp – offer real innovation for consumers. But some ISPs deliberately degrade those services, or block them outright, simply to avoid the competition." (4)

Le discours de Mme Kroes souligne l'enjeu sous-jacent à celui de la neutralité : la régulation de l'Internet. Son discours identifie d'ailleurs un déficit de régulation :

"Regulation matters. But while we – quite rightly – regulate chemicals, food, or toys, we have largely left the internet intact." (5)

On pourrait s'interroger sur la cause de ce déficit. La naissance de l'Internet au sein de la communauté scientifique, spontanément rétive à toute interférence des autorités, l'influence nord-américaine sur les institutions (ICANN, ISOC, ...) régulant l'infrastructure de l'Internet, la difficulté d'appliquer un droit encore territorial à un cyberspace sans frontières expliquent sans doute le faible niveau de régulation. La gouvernance de l'Internet se traduit encore aujourd'hui par une grande confiance dans l'auto-régulation et une large méfiance à l'égard de toute intervention étatique. Confortés par une idéologie libertaire de l'Internet, beaucoup semblent dénier les nouvelles réalités : la commercialisation de l'Internet crée de nouveaux risques pour les citoyens, qu'il s'agisse de discrimination dans les conditions d'accès au réseau ou de surveillance des communications et comportements.

Dans ce nouveau contexte, réguler l'Internet est devenu indispensable. Mais redoutable : les frontières nationales, lorsqu'il y va de l'Internet, ont encore moins de sens qu'ailleurs et le bon niveau de régulation se trouve à l'échelle européenne, si pas à l'échelle mondiale. (Les récentes révélations sur l'usage non contrôlé des données collectées par des gouvernements étrangers et par de grandes entreprises le confirment.)

Réguler présente des risques. Le risque qu'une régulation soit captée par certains groupes d'intérêt n'est pas négligeable. Ainsi, un régulateur peut-il commettre des erreurs lorsqu'il choisit les gagnants (« pick the winners ») ou essaie d'anticiper l'innovation (« second-guess innovation »). Mais il est possible de réguler sans favoriser certains opérateurs, ni freiner l'innovation des techniques et services. Notamment si la régulation se limite à définir les grands principes directeurs.

Ne pas réguler l'Internet n'est plus une option – c'est mon intime conviction. Qu'il s'agisse de la neutralité de l'Internet, du contrôle des données personnelles, de la sécurité, de la propriété intellectuelle ou

(4) *Idem*.

(5) *Idem*.

d'autres sujets, les stratégies consistant à attendre, laisser-faire ou faire confiance à l'auto-régulation ont montré leurs limites.

Réguler n'est certes pas une fin en soi – les juristes ont parfois tendance à l'oublier. Une régulation ne se justifie que si des problèmes concrets ont été identifiés et persistent. Or, selon les études menées sur le terrain par les régulateurs des télécommunications, de réels problèmes existent en matière d'accès. Voici comment Mme Kroes résume la situation :

"(...) yet it's clear to me there are problems in today's internet. The 2011 study by European regulators (through BEREC(6)) showed that, for many Europeans, online services are blocked or degraded – often without their knowledge. For around one in five fixed lines, and over one in three mobile users. It is obvious that this impacts consumers, but start-ups also suffer. Because they lack certainty about whether their new bright ideas will get a fair chance to compete in the market." (7)

Le discours du Commissaire Kroes – et les réactions qu'il a suscitées – montre que le débat autour de la neutralité de l'Internet – en anglais, la "net neutrality" – est résolument entré dans une nouvelle phase. La discussion n'est plus cantonnée à la sphère académique comme en 2003, lorsque Tim Wu et d'autres ont initié le débat aux États-Unis (8). Aujourd'hui, la neutralité du net n'est plus seulement une revendication des pionniers de l'Internet, par exemple de l'inventeur du world wide web, Tim Berners-Lee, qui s'oppose depuis longtemps à un « Internet à plusieurs vitesses » (9). De même, ce n'est plus uniquement une exigence que défendent avec vigueur les activistes de l'Internet, parmi lesquels la Quadrature du Cercle (10) ou European Digital Rights (EDRI), auxquels le BEUC, représentant les consommateurs européens, s'est plus récemment joint.

Aujourd'hui, la neutralité de l'Internet est une question d'intérêt général. Car l'Internet est devenu un outil précieux et omniprésent pour les citoyens qui veulent s'informer, mais aussi organiser leur travail à

(6) Le BEREC – ORECE en français – est l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques.

(7) N. KROES, *The EU, safeguarding the open internet for all*, op. cit.

(8) L'article de Tim Wu (*Network Neutrality, Broadband Discrimination*), 2 *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2003, p. 141-179) est à l'origine du débat intellectuel relatif à la neutralité de l'Internet.

(9) Voy., parmi de nombreuses interviews, « Berners-Lee warns ISPs on net neutrality » in *The Guardian*, 16 mars 2011, accessible à l'adresse : <http://www.guardian.co.uk/technology/2011/mar/16/tim-berners-lee-net-neutrality>.

(10) Voy. le dossier que ce groupe d'activistes consacre à ce sujet prioritaire : http://www.laquadrature.net/fr/neutralite_du_Net.

distance, orchestrer leur vie personnelle, gérer leurs affaires, communiquer, se divertir, bénéficier de nouvelles formations, etc. Toute modification des conditions d'accès à l'Internet a donc d'importantes ramifications sur la vie des gens.

Et le public réagit fortement à certaines annonces. Ainsi, en avril 2013, Deutsche Telekom, qui contrôle encore 60 % des connexions à large bande en Allemagne, a annoncé qu'il allait réduire (dès 2016) la vitesse de connexion des clients ayant dépassé un volume mensuel de téléchargement. (La limite a au départ été fixée à 384 kilobits par seconde pour les abonnés ayant consommé 75 gigabytes (11)). L'annonce a suscité une réaction massive, notamment des petites et moyennes entreprises. Le régulateur allemand des télécommunications (Bundesnetzagentur) a lancé une enquête pour vérifier si ces nouveaux tarifs violaient les principes de neutralité de l'Internet. Car la nouvelle tarification de Deutsche Telekom pourrait favoriser son propre service payant de télévision (Entertain) au détriment des abonnés téléchargeant des contenus vidéo sur YouTube ou iTunes par exemple. En même temps, une nouvelle tarification pourrait être justifiée par les investissements à faire. Deutsche Telekom anticipe un doublement du trafic dans les cinq prochaines années, ce qui nécessiterait que plus de 6 milliards d'euros soient investis dans l'infrastructure. (12) Où l'on voit que les exigences d'accès à l'Internet se heurtent aux contraintes économiques. La régulation de la neutralité doit prendre en compte les préoccupations légitimes d'accès, mais sans freiner les investissements indispensables.

D'un sujet pointu qui requiert des connaissances techniques en matière de connexion Internet et de gestion du trafic, ainsi qu'une vision économique sur les investissements d'avenir, la neutralité de l'Internet est devenue un thème inscrit à l'agenda de plusieurs Parlements nationaux en Europe. Deux pays, les Pays-Bas et la Slovaquie, ont adopté des lois. En Belgique, une proposition de loi a été mise sur la table. En France, l'avis du 1^{er} mars 2013 du Conseil national du Numérique (CNNum) préconise l'adoption d'une loi sur la neutralité. (13) Pour

(11) On estime couramment qu'une connexion Internet haut débit commence à 512 kilobits par seconde. Septante-cinq gigabytes de téléchargement correspondrait à 15.000 emails ou 100 films. Dans le projet de tarification de Deutsche Telekom, les gros consommateurs qui souhaitent un débit plus rapide peuvent acheter des « upgrades ».

(12) Sur le débat créé en Allemagne par l'annonce de Deutsche Telekom, voy. par ex. K. J. O'Brien, *Limiting Data Use in Germany*, *The New York Times*, 12 mai 2013 ; V. BERNAU, *Telekom beugt sich wütenden Kunden*, *Süddeutsche Zeitung*, 13 juin 2013.

(13) Voy. <http://www.cnnumerique.fr/neutralite/> (l'avis est commenté dans ma contribution au volume).

éviter les divergences entre approches nationales, la nécessité d'une législation *au niveau européen* se renforce. C'est dire que le sujet de la neutralité de l'Internet est en plein dans l'actualité – et qu'un nouveau tour d'horizon des problèmes suscités par une législation ou une régulation spécifique de la neutralité de l'Internet s'imposait. D'où ce livre.

* *

Le présent ouvrage rassemble sept contributions, quatre en anglais et trois en français. Ces sept chapitres introduisent au débat sur la neutralité de l'Internet (R. Frieden pour les États-Unis, A. Strowel pour l'Europe) ; ils discutent les diverses formes de réglementation possible en comparant la régulation par les autorités de concurrence et par les autorités en charge des télécommunications (L. De Muyter et Y. Desmedt, P. Larouche, A. Strowel) ; ils résument l'histoire des développements réglementaires (R. Frieden pour les États-Unis, M. van Bellinghen et T. Zgajewski pour l'Europe) ; ils discutent et proposent une définition de la neutralité de l'Internet en repartant des textes en vigueur (R. Queck et M. Piron). Si plusieurs contributions comparent la situation en Europe et aux États-Unis (par ex. celle de P. Larouche), la plupart des chapitres sont principalement consacrés aux développements européens, à l'exception de celui de R. Frieden qui traite exclusivement de la situation américaine.

Dans la contribution introductive « *Net Neutrality : What Regulation For the Internet ?* », je montre comment la neutralité de l'Internet est devenue un thème de ralliement pour ceux qui plaident en faveur d'une régulation des réseaux. La neutralité n'est pas une qualité naturelle des réseaux, elle doit être garantie, ce qui, à son tour, exige des règles. Le débat sur la neutralité pose la question plus générale de savoir quelle régulation de l'Internet est souhaitable et possible. Après avoir esquissé les positions des partisans et des adversaires de la neutralité du net, le chapitre revient sur l'échec de la Conférence mondiale des télécommunications internationales (WCIT 2012) qui illustre la difficulté de mettre en place une régulation mondiale de l'Internet. Cet épisode fait aussi apparaître certains paradoxes : ceux qui plaident au niveau mondial pour une régulation des télécommunications (les opérateurs télécom) s'opposent en Europe (et aux États-Unis) à une législation sur la neutralité. La dernière partie de l'article offre un début de réponse à diverses questions : faut-il légiférer ou non en matière de neutralité ? Faut-il s'appuyer sur le droit de la concurrence ou faut-il une régulation spécifique et une autorité spécialisée ? Comment assurer la transparence ?

La régulation de la neutralité doit-elle tenir compte de la nécessité de partager le coût des investissements dans l'infrastructure de demain ?

Dans sa contribution (« *The Debate Over Network Neutrality in the United States* »), Rob Frieden, professeur en droit des télécommunications à la Penn State University (U.S.) résume l'état du débat sur la neutralité des réseaux aux États-Unis. Sa contribution s'appuie sur un historique de l'Internet qui peut se résumer en quatre étapes : période d'incubation sous le contrôle du gouvernement américain ; phase de privatisation allant de pair avec une réduction des subsides publics ; ère de la commercialisation à la fin des années 1990 avec le développement rapide et anarchique de réseaux privés et d'applications en ligne ; suite à l'éclosion de la bulle Internet (2001), une phase de diversification des services, parallèlement à une différenciation des conditions, de la qualité et des tarifs des services. Face à la récente segmentation des offres, les opérateurs télécoms perçoivent toute politique en faveur de la neutralité comme limitant leur marge de manœuvre et la flexibilité des prix. Le chapitre rappelle que l'instance de régulation aux États-Unis (FCC ou Federal Communications Commission) a, par deux fois, tenté de codifier les exigences de neutralité et d'asseoir sa compétence en matière de régulation du net. D'abord à l'occasion de l'affaire Comcast (2008), impliquant le blocage de connexions Internet utilisées pour des échanges de pair-à-pair (P2P). Ensuite, dans une prise de position intitulée *Preserving the Open Internet* (2010), la FCC a revendiqué le pouvoir d'imposer des obligations de transparence aux opérateurs et d'interdire tant le blocage de contenus, d'applications, de services ou d'appareils, que des discriminations non raisonnables dans la gestion du trafic. L'article conclut que la FCC et d'autres régulateurs nationaux se doivent de calibrer au mieux leur intervention. Selon R. Frieden, l'absence de régulation (« *hands-off approach* ») n'est pas une alternative parce qu'une telle approche risquerait de laisser trop de champ libre aux opérateurs et de conduire à des pratiques discriminatoires.

Dans leur contribution commune (« *From Catch-all To Catch-22 ?* »), Laurent De Muyter et Yves Desmedt, avocats dans le cabinet JonesDay (Bruxelles), se montrent nettement plus réservés quant aux bénéfices d'une régulation nouvelle en matière de neutralité de l'Internet. Pour ces auteurs, le cadre réglementaire européen revu en 2009 offre les garanties suffisantes pour garantir le développement de la société de l'information et de services innovants au profit de tous. Selon eux, les bénéfices de la libéralisation du marché télécom pourraient être partiellement remis en cause par une réglementation excessive.

La contribution de L. De Muyter et Y. Desmedt comporte cinq parties : la première présente le cadre réglementaire européen et ses trois piliers : liberté du commerce pour les services de communications électroniques, régulation *ex ante* minimale, régulation en cas de « pouvoir de marché significatif » (en anglais, SMP) ; la seconde partie définit le concept de neutralité ; la troisième examine les outils existants permettant de répondre aux exigences de la neutralité, et ce tant sur le plan des relations entre opérateurs (*wholesale level*) qu'avec les usagers (règles de transparence et de Qualité de Service minimum au niveau *retail*) – cette partie examine aussi le rôle complémentaire joué par le droit général de la concurrence (art. 101 et 102 du TFUE et contrôle des concentrations) et le droit des pratiques déloyales ; la quatrième partie évalue les risques qui pourraient résulter de nouvelles obligations, tout spécialement si elles sont imposées au niveau national (à l'instar de ce qui s'est passé avec la loi de juin 2012 aux Pays-Bas) ; la cinquième et dernière partie conclut sur les risques des nouvelles initiatives nationales (et invite même la Commission à attaquer la législation néerlandaise devant la Cour de Justice de l'UE). L'avertissement de ces auteurs face au risque de « surplus » réglementaire mérite d'être entendu : évitons de mettre en place un environnement juridique qui fasse penser au paysage réglementaire ayant précédé la phase de libéralisation des télécoms ! L'initiative de Mme Kroes mentionnée au début de cette introduction vise certainement à neutraliser les velléités nationales de réglementation dont les risques sont présentés dans ce chapitre.

La contribution du professeur Pierre Larouche (Tilburg University), qui a développé une expertise indiscutable sur la question de la neutralité, revient sur la relation qui peut exister entre le droit (général) de la concurrence et une régulation (spécifique) sur la neutralité des communications électroniques : aux États-Unis, le droit de la concurrence s'efface au profit d'une régulation spécifique dès lors que cette dernière remplit la « fonction du droit anti-trust » (14) ; en Europe, le droit de la concurrence, ancré dans le Traité sur le Fonctionnement de l'UE, reste toujours applicable et une régulation spécifique, en tant que droit dérivé, ne peut ni déroger, ni se substituer au droit de la concurrence. Cela ne signifie pas pour autant que l'assurance de la neutralité doive, en Europe, être laissée au droit de la concurrence. L'étude de P. Larouche comporte cinq parties traitant divers « sujets négligés » en

(14) Approche de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

matière de neutralité (« *Five Neglected Issues About Network Neutrality* »). La première partie s'interroge sur la définition des marchés et du pouvoir de marché comme condition pour l'application du droit de la concurrence. La seconde partie revient sur la question de savoir si l'existence de marchés concurrentiels et la mise en œuvre du droit de la concurrence suffisent pour éviter les comportements abusifs tels que le blocage d'accès et la discrimination entre services. Peut-on appliquer à ces cas la jurisprudence sur le « refus de contracter » (15) ? Quels enseignements tirer des décisions *TeliaSonera* et *Post Danmark* (16) ? Dans la troisième partie, P. Larouche se demande comment la régulation spécifique des communications électroniques prévoyant des obligations accrues en cas de « pouvoir de marché significatif » (SMP) peut s'appliquer aux cas de blocage et/ou discrimination. La quatrième partie analyse les risques du passage d'une approche de « meilleur effort » (« best effort ») dans le routage du trafic vers un régime permettant des offres différenciées en ce qui concerne la Qualité du Service (QoS). Pour P. Larouche, l'introduction de QoS différenciés se fera différemment en Europe qu'aux États-Unis – et l'auteur de distinguer plusieurs scénarios plausibles et de se demander comment faire coexister pacifiquement l'Internet ouvert et les services spécialisés. Enfin, la cinquième partie met en lumière un enjeu spécifique pour l'Europe : comment tenir compte des exigences du marché intérieur dans le débat sur la neutralité ? La dimension du marché intérieur est totalement absente dans le débat américain sur la neutralité. Ce sont les préoccupations liées au marché intérieur – toujours inachevé en Europe – qui motivent la nouvelle politique de Mme Kroes dans le dossier neutralité.

Dans le chapitre « *La neutralité d'Internet : l'approche prudente de l'Europe* », Michel Van Bellinghen (membre du Conseil du régulateur belge IBPT) et Tania Zgajewski (chargée de recherches à l'Université de Liège) rappellent que le cadre réglementaire européen des communications électroniques, tel que défini par cinq directives en 2002, puis révisé par deux directives (et un règlement) en 2009, contient déjà une série de dispositions permettant de préserver la neutralité de l'Internet (ces dispositions sont reproduites en version bilingue dans l'annexe au présent volume). Ces deux auteurs offrent ensuite un historique détaillé des récentes prises de position des institutions européennes sur la neutralité, notamment de la Commission européenne, du Parle-

(15) CJCE, 26 nov. 1998, C-7/97, *Bronner* ; TPI, 17 sept. 2007, T-201/04, *Microsoft c. Commission*.

(16) CJUE, 17 févr. 2011, C-52/09, *TeliaSonera* ; CJUE, 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark*.

ment européen, du Conseil et de l'Office des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE ou BEREC en anglais). Le chapitre comporte une analyse plus détaillée de la prise de position de l'ORECE. (En novembre 2012, l'ORECE a lui-même préparé un résumé de sa position en matière de neutralité dont le texte (en anglais) se trouve reproduit dans l'annexe du présent volume). Enfin, le chapitre analyse les dispositions ou positions déjà prises dans plusieurs États membres, dont les Pays-Bas, la France et la Belgique. M. Van Bellin-ghen et T. Zgajewski soulignent en conclusion la difficulté qu'il y a à régler la question de la neutralité. Une difficulté qui tient à la grande diversité des dimensions traversant le débat sur la neutralité : est en cause la liberté d'information et de communication des internautes, mais entrent également en ligne de compte des soucis de protection du service au consommateur et de protection de la concurrence et de la liberté d'entreprise. Ce croisement de préoccupations et de domaines juridiques rend le traitement juridique de la neutralité complexe et délicat. Les auteurs de ce chapitre invitent à faire preuve de prudence. Pour eux, on gagnerait beaucoup à traiter les divers problèmes rencontrés de manière distincte : un problème de blocage d'un service « over-the-top » (O.T.T.) n'appelle pas la même réponse qu'un problème de qualité de service par exemple. À l'inverse, tenter de donner une réponse globale peut s'avérer contre-productif. Or, pour certains législateurs, la tentation est grande d'offrir une réponse globale. La dimension de liberté fondamentale que revêt la question de la neutralité ainsi que les revendications citoyennes dans le débat renforcent cette tentation, et les risques qu'elle fait encourir.

Dans leur contribution (« *La neutralité d'Internet : la gestion du trafic et les services gérés : à la recherche de définitions* »), Robert Queck (maître de conférences et directeur de recherche à l'Université de Namur) et Maxime Piron (chercheur dans cette même université) partent à la recherche d'une définition de la neutralité, ce qui requiert en retour de s'interroger sur la nécessité et les contraintes de gestion du trafic. Ces auteurs rappellent que la Déclaration de la Commission européenne sur la neutralité de l'Internet (2009) entend faire de la neutralité « un objectif politique et un principe réglementaire » à promouvoir. Le concept de « neutralité de l'Internet (ou des réseaux) » n'a en revanche pas encore été défini dans le cadre réglementaire européen. Plusieurs composantes d'une définition peuvent toutefois être déduites des diverses dispositions du droit européen des communications électroniques : l'aspect protection des utilisateurs (liberté d'accès, liberté de diffuser, liberté de choix des services et

liberté de connecter des équipements terminaux), l'aspect concurrence (organisation d'un marché non faussé), lui-même une condition pour la promotion de services innovants et le développement économique, mais aussi la préservation de la compétence étatique pour lutter contre les activités illicites en ligne. Les positions de l'ORECE mettent plutôt en évidence le principe du « meilleur effort » (« best effort ») lié à la naissance de l'Internet, qui exige de traiter toutes les communications sur le réseau de manière non-discriminatoire, c'est-à-dire indépendamment de leur contenu, de leur application, du service, de l'équipement, de l'adresse de l'expéditeur et du destinataire. De l'autre côté, les textes européens ne contiennent pas de définition de la « gestion du trafic ». Mais ces textes utilisent ce terme pour couvrir un large éventail de pratiques permettant de gérer le trafic sur les réseaux, en ce compris la différenciation, la priorisation, le routage, le ralentissement, la limitation, le filtrage ou le blocage de certains paquets de données. Principe de neutralité et gestion du trafic peuvent donc s'opposer. Parmi les techniques de gestion du trafic, on trouve les « services gérés » (ou spécialisés) qui, en tant qu'exception à la neutralité, font l'objet d'une analyse à la fin de l'article de R. Queck et M. Piron.

Le chapitre propose en conclusion une définition (européenne) de la neutralité :

« 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 ».

La question subsiste de savoir si une définition telle que celle-ci devrait être figée dans un texte et, si oui, dans quel texte : un règlement, une loi ou une Constitution ? Les auteurs de la contribution ne répondent pas à la question.

À la lumière des récents développements, que l'on se montre sceptique ou enthousiaste, il faut bien reconnaître que l'on va vers une reconnaissance du principe de neutralité par un texte de niveau supérieur, sans doute par une législation européenne. Notamment pour éviter l'éclosion de divergences entre États membres. La reconnaissance de la neutralité au niveau constitutionnel ne se justifie sans doute pas car la liberté d'accéder au réseau Internet est déjà protégée par les dispositions sur

la liberté d'expression et d'information, tandis que d'autres composantes de la neutralité (promotion de la concurrence et de la liberté d'entreprendre par exemple) sont aussi élevées au niveau des principes et droits fondamentaux. Une consécration dans une législation européenne pourrait bien entendu être complétée par des textes de type réglementaire, pouvant plus facilement être amendés et permettant un traitement plus fin des questions techniques et des garanties de mise en œuvre.

Dans la dernière contribution au recueil, le professeur Emmanuel Derieux (Paris II) s'interroge sur les implications du principe de neutralité quant au rôle des intermédiaires en ligne dans la lutte contre les activités illicites sur Internet. Sous le titre « *Neutralité et responsabilités des intermédiaires de l'Internet* », E. Derieux, de manière provocatrice, se demande si le principe de neutralité est autre chose qu'illusion ou tromperie. Il défend l'idée que les intermédiaires doivent intervenir et collaborer en cas d'atteintes en ligne, ce qui, à son sens, peut requérir des mesures de filtrage et de blocage à l'égard des utilisateurs. De telles mesures ne sont pas d'emblée interdites par le principe de neutralité, contrairement à ce que certains supporters de la neutralité peuvent penser. En effet, la reconnaissance de la neutralité, laquelle s'oppose en principe à des mesures de gestion du réseau tel que le filtrage, est toujours faite « sans préjudice » des mesures de lutte contre les activités illicites en ligne (voir ci-dessus, et notamment la condition finale dans la définition proposée par R. Queck et M. Piron). Contrairement à une idée reçue, la neutralité de l'Internet n'implique donc pas que les intermédiaires puissent rester inactifs par rapport au développement des activités illicites et de la criminalité en ligne.

E. Derieux rappelle quels sont les principes directeurs en matière de responsabilité des intermédiaires. Il revisite les principes de la responsabilité inscrits dans la directive dite e-commerce (2000/31) et transposés en France dans la loi de 2004 sur la confiance dans l'économie numérique. Les articles 12 et suivants de la directive e-commerce prévoient une exonération de responsabilité conditionnelle. En résumé, c'est uniquement si l'intermédiaire (en tout cas l'hébergeur) reste « passif » et « neutre », pour reprendre les termes utilisés par la Cour de justice⁽¹⁷⁾, qu'il bénéficiera des exonérations légales de responsabilité. On trouve donc une référence à la neutralité dans le dispositif européen relatif à la responsabilité des intermédiaires, mais le sens de la neutralité comme condition d'exonération de responsabilité reste

(17) CJUE, 12 juillet 2011, C-324/09, § 113 et 116, *L'Oréal c. eBay*.

autonome par rapport au concept de neutralité en droit des communications électroniques. Après avoir rappelé que le principe de la neutralité des intermédiaires apparaît comme une garantie de la liberté des utilisateurs, la contribution d'Emmanuel Derieux examine les tensions entre neutralité et responsabilité des utilisateurs et intermédiaires.

Ce recueil fait suite à une conférence organisée au Parlement européen le 27 février 2012. (18) Certains des orateurs à cette conférence, à commencer par le professeur Pierre Larouche, ont aimablement accepté de mettre à jour leur contribution. D'autres nous ont rejoint alors que la publication prenait forme et que le sujet revenait dans l'actualité législative en Europe.

Qu'ils soient tous remerciés pour leurs contributions qui permettent de faire, en deux langues, un intéressant tour des questions posées à un moment clé du débat sur la neutralité de l'Internet.

Le volume inclut une annexe qui reprend les principaux textes sur la neutralité de l'Internet. On retrouve ainsi en version bilingue (français-anglais) la *Déclaration de la Commission sur la neutralité de l'Internet* et les règles issues de diverses Directives européennes (Directives « cadre » et « service universel ») qui balisent les exigences liées à la neutralité. L'annexe reprend aussi le récent texte de synthèse de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE ou BEREC en anglais) intitulé *Overview of BEREC's approach to net neutrality* (BoR (12) 140 du 27 novembre 2012), ainsi que le « Report and Order » de la Federal Communication Commission (FCC) intitulé *Preserving the Open Internet* (2010).

* *

Les récents développements montrent que la neutralité, d'abord invoquée pour réguler les opérateurs en charge de l'accès et de la gestion du trafic (et qui jouent donc le rôle de *gatekeepers* vers l'Internet), est en train d'être appliquée à d'autres goulots d'étranglement (*bottlenecks*) sur l'Internet. On parle par exemple de neutralité de la recherche en ligne (*search neutrality* (19)), un thème qui revêt toute son importance avec l'enquête de la Commission européenne sur les pratiques de classement par l'opérateur dominant, Google. En France, certains ont prétendu que

(18) Voy. <http://www.ipdigit.eu/conference/net-neutrality.html>.

(19) Voy. par ex. Fr. PASQUALE et O. BRACHA, *Federal Search Commission ? Access, Fairness and Accountability in the Law of Search*, Cornell Law Review, sept. 2008 ; University of Texas Law, Public Law Research Paper No. 123 ; Seton Hall Public Law Research Paper No. 1002463 (disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1002463>).

la neutralité exige que l'on garantisse l'accès des petits développeurs d'applications à l'App Store de Apple : il s'agirait d'une « plateforme essentielle » pour atteindre les usagers d'appareils mobiles.

Ce succès récent du concept de neutralité pourrait obscurcir la spécificité du débat sur la « *net neutrality* » qui exige des opérateurs qu'ils se comportent de manière non-discriminatoire et transparente dans leur gestion du trafic sur les réseaux. En même temps, il s'avère plus indispensable que jamais de réguler l'Internet, et notamment les nombreux autres goulots d'étranglement entre les usagers et les contenus.

On peut faire le pari que le concept de neutralité de l'Internet a encore de beaux jours devant lui et qu'il alimentera bien d'autres débats. Bon vent !

NET NEUTRALITY : WHAT REGULATION FOR THE INTERNET IN EUROPE AND BEYOND ?

By

ALAIN STROWEL

PROFESSEUR, UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS,
UCL ET MUNICH IP LAW CENTER,
AVOCAT À BRUXELLES

"Net neutrality" is a term first coined by US academics, in particular by Tim Wu in a 2003 article titled "*Network Neutrality, Broadband Discrimination* (1)". Nowadays, many stakeholders refer to net neutrality in the public debate on the regulation of the Internet. Net neutrality has even been called upon for regulating online platforms, such

(1) Tim Wu's paper (published in 2 Journal of Telecommunications and High Technology Law, 2003, pp. 141-179) is usually seen as the seminal article devoted to net neutrality, but earlier contributions exist, including M. Lemley and L. Lessig, "The End of End-to-End : Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era", 48 UCLA L. Rev. 2000, p. 925 ff. The articles of C. Yoo are more critical of net neutrality : "Beyond Network Neutrality", 19 Harvard Journal of Law and Technology, 2005, p. 2 ; "Network neutrality, consumers and innovation", 25 University of Chicago Legal Forum, 2008, pp. 179-262. Tim Yu also has a webpage devoted to the topic : www.timwu.org/network_neutrality.html. The underlying notion is much older than the term "net neutrality" as several communication laws, a long time ago, imposed the "impartial transmission" of messages (see the example of the 1860 law in the US "to facilitate communication between the Atlantic and Pacific states by electric telegraph"; quoted in the Wikipedia article on "net neutrality"). Tim Wu's illuminating book "The Master Switch" (London, Atlantic Books, 2010) offers a compelling history of the fight of media companies for dominance in the US, and helps to understand the future of the Internet and the need for net neutrality regulation. In Europe, the debate started in the second half of the first decade. Several contributors to the present collection of essays have shaped the academic debate in Europe : P. LAROCHE, "Network neutrality : the global dimension", in M. BURRI, ed., *Trade Governance in the Digital Age*, Cambridge University Press, 2012, pp. 91-122 ; « The network neutrality debate hits Europe », Communications of the ACM, 2009, 52/5, p. 22-24 ; E. DEMEUX, Neutralité : liberté ou surveillance. Fondements et éléments du droit de l'Internet, RLDI, Aug./Sept. 2011, n° 74, pp. 85-95 ; "Entre esprit libertaire et nécessaire réglementation. À propos de « La neutralité de l'Internet. Un atout pour le développement du numérique »", RLDI, Aug./Sept. 2010, N° 63, pp. 6-10. In the Benelux and France, other recent books and papers include : N. CURIEN et W. MAXWELL, *La neutralité d'Internet*, La Découverte, Paris, 2011 ; M. PRON, « La neutralité des réseaux et la garantie de la fourniture de services de médias audiovisuels », RIDTI, 4/2011, p. 69-92 ; J. SIBUS, « Network neutrality and internal market fragmentation », TILEC discussion paper, April. 2012, 30 p. and « From competition to freedom of expression : introducing Art. 10 ECHR in the European network neutrality debate », TILEC discussion paper, Sept. 2011, 48 p. ; N. VAN ECK, « Net Neutrality and Audiovisual Services », IRIS plus, 2011.5, pp. 7-19.