

2011-5

# Pourquoi débattre de la neutralité du Net ?

## ARTICLE DE FOND

### La neutralité du Net et les services audiovisuels

- Introduction
- Le cadre réglementaire et politique
- Mettre en place un cadre approprié
- Conclusions

## REPORTAGES

### Neutralité du Net : les deux côtés de la médaille

- Infrastructure adéquate
- Règles concernant l'utilisation du réseau

## ZOOM

### La neutralité du Net aux Etats-Unis : qui peut arrêter la FCC et faut-il le faire ?

- Présentation de l'infrastructure juridique des télécommunications
- L'avant 21 décembre 2010
- L'après 21 décembre 2010
- Situation actuelle



## IRIS plus 2011-5

### Pourquoi débattre de la neutralité du Net ?

ISBN (Version imprimée): 978-92-871-7245-7  
Prix : EUR 24,50  
Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2011

ISBN (Version électronique PDF): 978-92-871-7248-8  
Prix : EUR 33

#### La série IRIS plus

ISSN (Version imprimée): 2078-9459  
Prix : EUR 95

ISSN (Version électronique PDF): 2079-1070  
Prix : EUR 125

#### Directeur de la publication :

Wolfgang Closs, Directeur exécutif de l'Observatoire européen de l'audiovisuel  
E-mail : wolfgang.closs@coe.int

#### Éditrice et coordonnatrice :

Susanne Nikoltchev, LL.M. (Florence/Italie, Ann Arbor/MI)  
Responsable du département Informations juridiques  
E-mail : susanne.nikoltchev@coe.int

#### Assistante éditoriale :

Michelle Ganter  
E-mail : michelle.ganter@coe.int

#### Marketing :

Markus Booms  
E-mail : markus.booms@coe.int

#### Photocomposition :

Pointillés, Hoenheim (France)

#### Impression :

Pointillés, Hoenheim (France)  
Conseil de l'Europe, Strasbourg (France)

#### Maquette de couverture :

Acom Europe, Paris (France)

#### Éditeur :

Observatoire européen de l'audiovisuel  
76 Allée de la Robertsau  
F-67000 Strasbourg  
Tél. : +33 (0)3 90 21 60 00  
Fax : +33 (0)3 90 21 60 19  
E-mail : obs@obs.coe.int  
www.obs.coe.int



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL  
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY  
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSSTELLE



COUNCIL OF EUROPE  
CONSEIL DE L'EUROPE

#### Organisations partenaires ayant contribué à l'ouvrage :

##### Institut du droit européen des médias (EMR)

Franz-Mai-Straße 6  
D-66121 Saarbrücken  
Tél. : +49 (0) 681 99 275 11  
Fax : +49 (0) 681 99 275 12  
E-mail : emr@emr-sb.de  
www.emr-sb.de



##### Institut du droit de l'information (IViR)

Kloveniersburgwal 48  
NL-1012 CX Amsterdam  
Tél. : +31 (0) 20 525 34 06  
Fax : +31 (0) 20 525 30 33  
E-mail : website@ivir.nl  
www.ivir.nl



##### Centre de droit et de politique des médias de Moscou

Moscow State University  
ul. Mokhovaya, 9 - Room 338  
125009 Moscow  
Fédération russe  
Tél. : +7 495 629 3804  
Fax : +7 495 629 3804  
www.medialaw.ru



#### Veillez citer cette publication comme suit :

IRIS plus 2011-5, Pourquoi débattre de la neutralité du Net ? (Susanne Nikoltchev (Ed.), Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2011)

© Observatoire européen de l'audiovisuel, 2011.

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.

# Pourquoi débattre de la neutralité du Net ?



## Avant-propos

La liberté de recevoir et de diffuser des informations est garantie par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe. Comme c'est le cas pour l'exercice d'autres libertés fondamentales, la seule reconnaissance de cette liberté d'expression ne garantit pas que les citoyens soient en mesure d'en profiter. Pour cela, ils ont besoin de pouvoir communiquer entre eux, ce qui, dans notre monde moderne, est possible grâce à de multiples outils de communication, notamment l'internet. L'Observatoire européen de l'audiovisuel examine plusieurs aspects de l'exercice de la liberté d'expression en lien avec leur impact sur les médias audiovisuels. Dans le cadre de l'internet, par exemple, cela implique une analyse des nombreux services de médias audiovisuels à haut débit et de leur capacité à parvenir jusqu'au consommateur ou, inversement, l'analyse des contenus que les internautes génèrent eux-mêmes et publient sur les plateformes internet. Il est clair que la réception ou la diffusion de contenus proposés par les services de médias audiovisuels ou destinés à ces services via internet nécessitent un accès aux réseaux de communication. Chaque fois que cet accès est restreint, il se trouve quelqu'un pour diagnostiquer une entrave à l'exercice de la liberté d'expression. L'une des questions au cœur du débat sur la neutralité du réseau porte sur la justesse d'un tel diagnostic et, le cas échéant, sur l'assimilation ou non de cette entrave à une atteinte illégitime à la liberté d'expression. C'est là le thème central de ce numéro d'IRIS *plus*.

Mais ce n'est pas la seule question abordée dans cette publication. L'article principal, en particulier, se concentre sur les aspects techniques et économiques de la neutralité du Net, tout en faisant le point sur les législations en place (au niveau européen et national) pour garantir cette neutralité. L'intérêt (et le pouvoir) potentiel qu'ont les fournisseurs de réseaux de communication à faciliter ou entraver l'accès aux réseaux de communication n'est qu'une variable parmi tant d'autres, issue du processus de convergence entre les services de communication et les services de médias audiovisuels. Les opérateurs télécoms intégrés verticalement ou les fournisseurs de plateformes proposent des services concurrents et disposent de moyens renforcés (par exemple les applications de contrôle et les systèmes de sélection) pour agir sur la chaîne de valeur, comme le souligne l'article de fond. Toutefois, le fait que les entreprises soient en concurrence ne signifie pas nécessairement que les mesures de restriction qu'elles appliquent sont motivées par des considérations commerciales (illégitimes). Des mesures de limitation de l'accès aux réseaux peuvent être techniquement nécessaires en raison d'une demande excessive pour la capacité existante. Néanmoins, même lorsque les restrictions d'accès ne sont destinées qu'à pallier une capacité insuffisante, la neutralité du Net reste compromise, car les mesures restrictives sont potentiellement discriminatoires. Par conséquent, les contraintes liées aux capacités limitées du réseau

devraient être répercutées sur les utilisateurs potentiels d'une manière qui ne constitue ni une mesure anticoncurrentielle, ni une pratique commerciale déloyale.

Les « Reportages » de cet IRIS *plus* apportent un éclairage complémentaire sur les principes de réglementation de la neutralité du Net et recensent les efforts récemment consentis pour une extension de la bande passante afin d'éviter ou, du moins, de réduire la pénurie. Le cadre réglementaire révisé de l'UE en matière de communications électroniques donne aux Etats membres l'opportunité de traiter les questions de gestion de réseau. En avril 2011, la Commission européenne a relancé le débat sur la neutralité du réseau en publiant une communication consacrée à l'internet ouvert et la neutralité du Net en Europe, où elle conclut que la Commission « évaluera la nécessité de mesures plus strictes ». Quant aux Etats-Unis, le pays où la question de la « neutralité du Net » est pour ainsi dire née, ils ont déjà tranché sur la nécessité ou non d'une réglementation *ad hoc*. La *Federal Communications Commission* (FCC) a engagé une procédure de réglementation et, dans ce cadre, le débat américain porte aujourd'hui sur la conformité de l'action de la FCC avec les besoins réels et avec son mandat légal. Les tenants et les aboutissants de ce débat avancé sont exposés dans la section « Zoom » et ils pourraient faire office de boîte à outils pour aider les Européens à mettre en place des solutions de ce côté-ci de l'Atlantique.

Strasbourg, septembre 2011

**Susanne Nikoltchev**

*Coordinatrice IRIS*

*Responsable du département Informations juridiques*

*Observatoire européen de l'audiovisuel*

## TABLE DES MATIÈRES

### ARTICLE DE FOND

#### **La neutralité du Net et les services audiovisuels**

<i>par Nico van Eijk, Institut du droit de l'information (IViR), Faculté de droit, Université d'Amsterdam</i> . . . . .	7
• Introduction . . . . .	7
• Le cadre réglementaire et politique . . . . .	11
• Mettre en place un cadre approprié . . . . .	18
• Conclusions . . . . .	20

### REPORTAGES

#### **Neutralité du Net : les deux côtés de la médaille**

<i>par Christina Angelopoulos (Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam), Martin Lengyel et Sebastian Schweda (Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles), Ana Perdigao (Biontino Consultants), Alexander Malyshev (Stern &amp; Kilcullen), Emre Yildirim et Kevin van 't Klooster (Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam), Jonathan Adler (Media Center, New York Law School), Christopher G. Dorman (Phillips Lytle LLP &amp; Centre des médias, Faculté de droit de l'Université de New York)</i> . . . . .	21
• Infrastructure adéquate . . . . .	22
• Règles concernant l'utilisation du réseau . . . . .	27

### ZOOM

#### **La neutralité du Net aux Etats-Unis : qui peut arrêter la FCC et faut-il le faire ?**

<i>par Michael V. Erzingher, Media Center, New York Law School, Etats-Unis</i> . . . . .	35
• Présentation de la neutralité du Net aux Etats-Unis et de la controverse en cours . . . . .	35
• Présentation de l'infrastructure juridique des télécommunications aux Etats-Unis . . . . .	37
• L'avant 21 décembre 2010 : chronologie des événements jusqu'à l'ordonnance « Préserver l'internet ouvert » de la Commission . . . . .	38
• L'après 21 décembre 2010 : l'ordonnance « Préserver l'internet ouvert » et les enjeux . . . . .	39
• Situation actuelle : qui peut arrêter la FCC et faut-il le faire ? . . . . .	41



# La neutralité du Net et les services audiovisuels

Nico van Eijk<sup>1</sup>

Institut du droit de l'information (IViR), Faculté de droit, Université d'Amsterdam

*La neutralité du Net est un sujet d'une actualité brûlante en Europe. La nouvelle réglementation du secteur des télécommunications constitue à cet égard un cadre juridique qu'il convient de mettre en œuvre aussi bien au niveau européen qu'au niveau national. Le cœur du problème ne se limite pas aux pratiques de blocage ou de ralentissement du trafic sur les réseaux de communication : le contrôle de la diffusion des services audiovisuels constitue également un aspect majeur de la question. Le présent article s'attache, en premier lieu, à définir en quoi consiste la neutralité du Net, avant de présenter la situation correspondante en Europe et aux Etats-Unis. Notre analyse aborde également l'impact du phénomène sur les services audiovisuels, de même que la question de la nouveauté du phénomène et de la pertinence d'établir des parallèles avec des situations antérieures. En conclusion, nous soulignerons la nécessité de considérer la neutralité du Net comme faisant partie intégrante de la chaîne de valeur et de s'orienter dès aujourd'hui vers des mesures de réglementation plus concrètes.*

## I. Introduction

### 1. Définition de la neutralité du Net

Dans le cadre des réglementations et des politiques actuelles, les débats sur la neutralité du Net sont principalement axés sur la « neutralité du réseau » internet. C'est également à ce titre que le sujet a été mis à l'ordre du jour. Comme l'ont déjà rappelé plusieurs auteurs, c'est Tim Wu qui a propulsé le sujet sur le devant de la scène en 2003 avec son article *Network Neutrality, Broadband Discrimination*<sup>2</sup>. Il y décrit la neutralité du Net comme « un internet qui ne favorise pas une application particulière (par exemple, le World Wide Web) par rapport à d'autres (par exemple, le courrier électronique). « Pour les services audiovisuels, cela impliquerait, par exemple, la fourniture sans entrave aux consommateurs d'un service vidéo à la demande (VOD) sur le Web. Peu à peu, la neutralité du Net a également fait son chemin dans l'agenda politique, d'abord aux Etats-Unis, puis, plus tard, en Europe. En 2005 la *Federal Communications Commission*

1) Nico van Eijk enseigne le droit des médias et des télécommunications à l'Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam, <http://www.ivir.nl/staff/vaneijk.html>

2) T. Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, J. on Telecomm. and High Tech. Law, 2003, vol. 2, p. 141. ([http://www.jthtl.org/content/articles/V2I1/JTHTLv2i1\\_Wu.PDF](http://www.jthtl.org/content/articles/V2I1/JTHTLv2i1_Wu.PDF); également disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=388863>).

(organe de régulation des télécommunications et des médias aux Etats-Unis – FCC) a publié son *Internet Policy Statement*<sup>3</sup> (déclaration de principe sur internet), qui énonce quatre principes en matière de neutralité du réseau : 1) les consommateurs sont en droit d'accéder aux contenus licites de leur choix sur internet ; 2) les consommateurs sont en droit d'utiliser les applications et les services de leur choix, dans le cadre de l'application de la loi ; 3) les consommateurs sont en droit de connecter les dispositifs légaux de leur choix sans porter préjudice au réseau ; et 4) les consommateurs sont en droit de faire jouer la concurrence entre les fournisseurs de réseaux, les fournisseurs d'applications et de services et les fournisseurs de contenus. L'actuel président de la FCC, Julius Genachowski, a ajouté deux autres principes : la non-discrimination et la transparence<sup>4</sup>. Ces six principes se retrouvent aujourd'hui au cœur du débat sur la neutralité du Net.

## 2. La technologie

En principe, la neutralité du Net est indépendante du réseau. Le terme de neutralité du Net n'est pas limité à certains réseaux fixes ou sans fil, ce qui lui confère un impact considérable. La neutralité du réseau est fondamentale, notamment, pour les services audiovisuels. De plus en plus, ces services sont distribués par d'autres moyens que par les réseaux classiques de diffusion hertzienne, de télévision par satellite ou par câble. L'internet est désormais accessible via des réseaux fixes et mobiles et il est également en mesure de fournir des services vidéo, tels que des services linéaires de diffusion des chaînes télévisées via TV sur IP<sup>5</sup> (un service souvent fourni par les entreprises de télécommunications traditionnelles qui détiennent toujours le réseau téléphonique historique), ou des services non linéaires, tels que la vidéo à la demande (commande de films, décalage temporel / télévision de rattrapage).

Habituellement, les services de ce type bénéficient d'une certaine réserve de capacité (dans le cadre de ce qu'on appelle les voies gérées [*managed lanes*]). Les services linéaires et non linéaires sont de plus en plus fournis sur le mode « *Over the Top* » (OTT). L'OTT se réfère au fait que le service correspondant est « gratuitement » disponible sur l'internet ouvert (voie non gérée<sup>6</sup>). Les services OTT sont généralement similaires aux services fournis par le biais d'une réserve de capacité et englobent la vidéo en streaming, les services de téléchargement de films, etc. D'autres exemples incluent les systèmes « *peer-to-peer* » qui donnent accès à des documents audiovisuels dans le cadre du partage de fichiers.

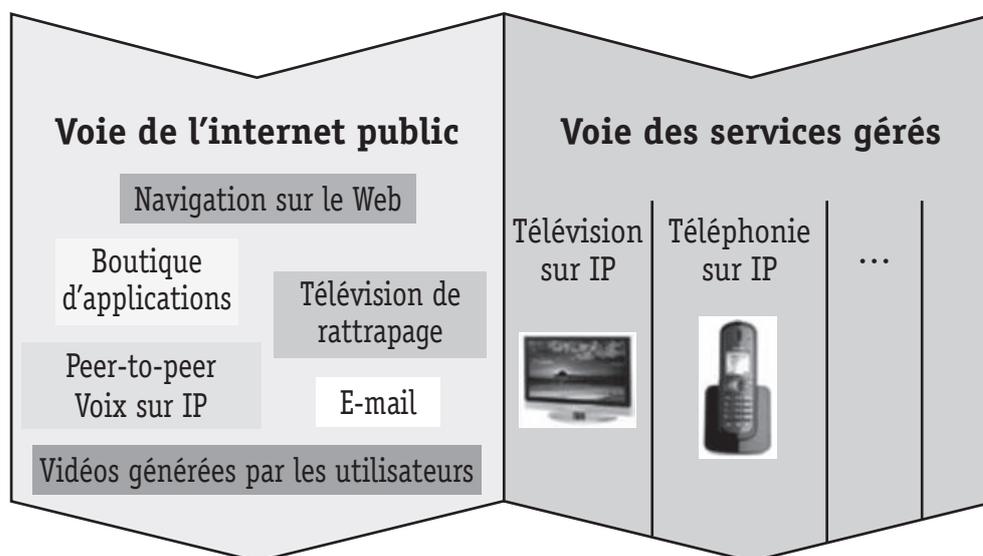
---

3) Déclaration de principe de la FCC sur la neutralité du Net, FCC 05-151, adoptée le 5 août 2005.

4) FCC, bulletin d'information (« *FCC Chairman Julius Genachowski Statement on Open Internet Public Notice* »), 1<sup>er</sup> septembre 2010.

5) La télévision sur IP (Internet Protocol) est un système de transmission de services de télévision sur internet qui utilise l'architecture et les systèmes de mise en réseau de protocoles internet sur une infrastructure de commutation de paquets réseau (comme internet ou autres réseaux d'accès), au lieu d'utiliser les fréquences radio traditionnelles, les signaux satellite ou la télévision par câble.

6) Comme c'est généralement le cas avec beaucoup d'autres services (accès aux moteurs de recherche ou aux sites web, par exemple).

**Le modèle à deux voies**

Source : Marcus *et al* (2011), p. 38

La transmission de services audiovisuels, en particulier, génère des contraintes sur le réseau du fait de la forte demande de bande passante<sup>7</sup>. L'internet, ou plutôt le protocole IP utilisé, est censé ralentir temporairement la circulation des informations lors des périodes de saturation, jusqu'à ce que le débit habituel redevienne disponible. Ce ralentissement n'a pas d'impact sur certaines applications. Pour le courrier électronique, par exemple, l'utilisateur ne percevra aucune différence si le transfert des messages est retardé de quelques (milli)secondes. En revanche, ce retard serait inacceptable pour visualiser des signaux vidéo en direct ou jouer à des jeux, car il aurait des conséquences négatives sur la qualité de l'expérience de l'utilisateur final. Par conséquent, ces services devraient, en principe, avoir la priorité sur les autres services, ou devraient bénéficier d'un statut protégé, par exemple. Pour la diffusion de vidéos sur internet par le biais des réseaux dits CDN (*Content Delivery Networks* - réseaux de diffusion de contenus), il existe la possibilité d'une part, de placer les contenus vidéo sur des serveurs qui sont plus proches des utilisateurs finaux et, d'autre part, de donner la priorité à des services particuliers au détriment des autres. La bande passante disponible joue un rôle majeur. La gestion du réseau a toujours fait partie de l'internet. A cet égard, le principe en vertu duquel « l'internet ne favorise aucune application particulière par rapport à d'autres » est un excellent objectif qu'il faut s'efforcer de concrétiser, plutôt que de poursuivre les pratiques actuelles. Une bonne gestion peut empêcher un ralentissement perceptible sur le réseau. Bien entendu, l'ajout de capacité suffisante contribuerait aussi à réduire le problème de pénurie.

Pour avoir un aperçu du niveau de saturation du réseau, on a souvent recours à l'analyse des flux du trafic, soit de façon générique, soit à un niveau très détaillé. La méthode générique consiste à analyser le volume total du trafic en cours. Le trafic peut aussi être lié à certains « ports » (dont dépendent les applications ; lorsque ces « ports » sont gérés, ou activés et désactivés, le volume du trafic est respectivement augmenté ou diminué). A un niveau plus détaillé, l'analyse du trafic est possible via le système « *Deep Packet Inspection* » (DPI). Le DPI permet de consulter le contenu des paquets de données individuels pour déterminer quelles sont les applications utilisées et le volume

7) Pour des informations plus détaillées sur les aspects techniques de la neutralité du Net, voir l'étude suivante : (Marcus *et al*, 2011) : J. Scott Marcus, P. Nooren, J. Cave & K.R. Carter, *Network Neutrality: Challenges and responses in the EU and in the U.S.*, Parlement européen, 2011, (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110523ATT20073/20110523ATT20073EN.pdf>).

de trafic qu'elles génèrent. Le DPI est utilisé à grande échelle, mais son utilisation est contestée en raison de son impact sur la liberté de communication et sur la vie privée<sup>8</sup>.

### 3. Les aspects économiques

La gestion de la capacité d'internet peut être nécessaire pour des raisons techniques (saturation du réseau), mais également dans une perspective économique. La gestion peut permettre une meilleure maîtrise des coûts. Le ralentissement de certains flux de circulation peut être utilisé pour prévenir ou gérer les pics de trafic sur le réseau. Chacun sait que les fournisseurs d'accès à internet n'hésitent pas à entraver les échanges *peer-to-peer* lorsque le réseau est saturé.

La gestion du trafic sur internet offre quelques options supplémentaires intéressantes pour « optimiser » les modèles économiques des fournisseurs d'accès à internet. Le fournisseur d'accès à internet (FAI) peut faire un usage stratégique de sa position en tant que goulet d'étranglement pour l'accès à internet. Les fournisseurs de contenus, comme les utilisateurs finaux, sont tributaires des FAI : c'est un marché bilatéral. Une surtaxe peut être exigée en échange d'une réserve garantie de bande passante. Les services ou les utilisateurs finaux qui utilisent trop de bande passante peuvent être déconnectés. Une autre motivation pour mettre en place de telles mesures restrictives réside dans la volonté des FAI de limiter la concurrence. Skype en est un exemple classique. Les fournisseurs de téléphonie mobile considèrent Skype comme une menace pour leur modèle économique basé sur la tarification des unités de temps. Les unités de temps sont une source de revenus beaucoup plus importante que la fourniture d'accès à internet. En tant que fournisseur de service OTT, Skype peut fixer ses propres tarifs (ou offrir des services partiellement gratuits). En bloquant l'accès à Skype, les fournisseurs de réseaux mobiles tentent d'empêcher une cannibalisation de leur propre modèle économique. Il en va de même avec les services SMS : avec une application smartphone telle que WhatsApp, le service traditionnel de SMS peut être court-circuité. WhatsApp est une application multi-plateforme extrêmement populaire (iPhone, Android, Blackberry, Nokia) qui permet aux utilisateurs d'échanger des messages texte via internet<sup>9</sup>.

La situation est presque similaire en ce qui concerne la distribution des services de médias audiovisuels. Les fournisseurs de ces services (par exemple, les fournisseurs de service VOD) peuvent convenir avec les FAI que leur trafic sera prioritaire et qu'il sera acheminé avec un certain niveau de qualité jusqu'aux utilisateurs finaux. La même chose s'applique pour les utilisateurs finaux : les FAI peuvent leur proposer différents niveaux de qualité à des tarifs différents. Enfin, les FAI ayant des intérêts multiples peuvent déployer des pratiques de gestion afin d'optimiser leur modèle économique. Ainsi, par exemple, un câblo-opérateur ou un prestataire de télévision sur IP qui fournissent simultanément un accès libre à internet peuvent s'assurer que les services audiovisuels qu'ils proposent dans le cadre de leurs services de base soient également disponibles, au même niveau de qualité, sur Internet. Si un tel opérateur ou fournisseur sont intégrés verticalement et détiennent des intérêts dans la production de contenus, la gestion du réseau peut servir à exclure les services concurrents ou à les acheminer avec un niveau de qualité médiocre.

La neutralité du Net découle essentiellement des options choisies concernant, d'une part, les aspects techniques et, d'autre part, les aspects économiques de la gestion du réseau. Quel doit être le rapport entre la « voie de l'internet public » et la « voie des services gérés » et quelle priorité faut-il accorder aux services spécifiques sur chacune des voies ? Dans ce contexte, les perspectives des FAI jouent un rôle au même titre que l'intérêt des utilisateurs finaux, qui souhaitent un accès ouvert à toute la gamme des services disponibles.

---

8) En 2008, la Commission européenne a lancé une enquête sur l'utilisation de la technologie DPI dans le cadre de pratiques publicitaires comportementales (IP/09/570). Plus récemment, l'utilisation du DPI par l'opérateur historique néerlandais KPN a suscité des inquiétudes. Néanmoins, le DPI semble être une pratique établie, y compris dans le cadre de la diffusion de vidéos (<http://www.mspnews.com/news/2010/04/30/4760968.htm>).

9) <http://www.whatsapp.com/>

## II. Le cadre réglementaire et politique

### 1. L'Union européenne

#### 1.1. Le nouveau cadre de réglementation

En Europe, le débat sur la neutralité du Net a coïncidé avec l'application du nouveau cadre réglementaire. Ce cadre, essentiellement centré sur le secteur des télécommunications, comprend cinq directives<sup>10</sup>. De nouvelles dispositions concernant la neutralité du Net ont été intégrées dans la directive « cadre » et la directive « service universel »<sup>11</sup>.

Selon les directives européennes modifiées, les régulateurs sont tenus de promouvoir les intérêts des citoyens en facilitant la capacité des utilisateurs finaux à accéder à l'information et à utiliser les applications ou les services de leur choix<sup>12</sup>. En principe, les utilisateurs finaux devraient être en mesure de décider des contenus qu'ils veulent envoyer et recevoir, et des services, applications, matériels et logiciels qu'ils veulent utiliser à cette fin<sup>13</sup>. Le marché est censé leur fournir le choix et les régulateurs sont censés promouvoir cette approche.

Pour ce faire, la transparence est une nécessité absolue. Les opérateurs doivent informer leurs utilisateurs sur les restrictions d'utilisation, notamment sur le type de contenu, d'application ou de service concernés. L'article 21.3 (d) de la directive « service universel » fait référence de façon explicite à la nécessité d'informer les utilisateurs de toutes les procédures visant à aménager le trafic et de leur impact sur la qualité du service<sup>14</sup>. Ce cadre part du principe qu'un marché concurrentiel permettra aux utilisateurs finaux d'obtenir la qualité de service qu'ils attendent, tout en reconnaissant néanmoins que, dans certains cas particuliers, il peut être nécessaire de veiller à ce que les réseaux de communications publics respectent des exigences minimales en matière de qualité, afin d'éviter une dégradation du service, le blocage de l'accès et le ralentissement du trafic sur les réseaux<sup>15</sup>. Dans ce contexte, il est admis que les opérateurs pratiquent une gestion du réseau. Ces pratiques devraient être soumises à l'examen des autorités réglementaires nationales pour vérifier leur conformité avec les principes énoncés dans le cadre réglementaire, en portant une attention particulière aux mesures discriminatoires qui affectent la concurrence. Le cas échéant, la directive permet l'application d'exigences minimales en matière de qualité du service. Par conséquent, les autorités réglementaires nationales devraient avoir les pouvoirs réglementaires nécessaires.

---

10) 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 ») JO L 108/33 (24 avril 2002) ; 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 »), JO L 108/7 (24 avril 2002) ; 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 »), JO L 108/21 (24 avril 2002) ; 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 ») JO L 108/51 (24 avril 2002) et 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) JO L 201/37 (31 juillet 2002).

11) Modification de la directive « cadre » et de la directive « service universel » : Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009, JO L 337/11 (18 décembre 2009) (directive « droits des citoyens ») et Directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009, JO L 337/37 (18 décembre 2009).

12) Article 8.4, alinéa g, Directive 2002/21/EC (directive « cadre ») : « (...) Les autorités réglementaires nationales soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne, notamment : (...) g) en favorisant la capacité des utilisateurs finaux à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix ; (...) ».

13) Directive « droits des citoyens », récépissé 28.

14) Article 21.3, alinéa d, directive « droits des citoyens » : « Les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure d'obliger les entreprises qui fournissent des réseaux publics de communications électroniques et/ou des services de communications électroniques accessibles au public à, notamment: (...) d) fournir des informations sur toute procédure mise en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la saturation ou la sursaturation d'une ligne du réseau, et sur les répercussions éventuelles de ces procédures sur la qualité du service ; ».

15) Préambule de la directive « droits des citoyens », récépissé 34 ; article 22.3, Directive 2002/22/CE (directive « service universel »).

En second lieu, dans le cadre de la réglementation sur la qualité des services, des règles peuvent être fixées en matière de neutralité du réseau : « Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur le réseau, les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure de fixer des exigences minimales en matière de qualité de service ... » Toutefois, préalablement à la mise en place de telles exigences, les autorités réglementaires nationales compétentes doivent fournir à la Commission européenne un résumé des motifs d'intervention, les exigences envisagées et le plan d'action proposé. De plus, cette information doit également être envoyée à l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE). La Commission européenne peut émettre des commentaires ou des recommandations afin d'éviter des répercussions négatives sur le marché intérieur. Bien que ces commentaires et recommandations soient non contraignants, les autorités de régulation nationales ont l'obligation de les prendre pleinement en compte au moment de décider des exigences spécifiques visant à préserver la neutralité du Net.

Il convient de mentionner que les directives, en tant que telles, ne comportent ni prescription, ni interdiction concernant la limitation de l'utilisation ou l'accès à des services ou des applications particulières, mais se contentent d'imposer une obligation de fournir des informations à ce sujet<sup>16</sup>. Cependant, les gouvernements qui souhaitent appliquer des mesures de restriction d'accès doivent respecter les droits fondamentaux, en particulier la liberté d'expression, le droit à la vie privée et les règles de procédure régulière. C'est pour cette raison que la « directive-cadre » comporte une disposition sur le respect des droits fondamentaux. L'article 1.3 a) de la Directive 2009/140/CE fait explicitement référence à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>17</sup>. Globalement, la formulation de cet article est très forte, et l'article présente un intérêt substantiel pour la libre circulation des informations, y compris les services audiovisuels.

## 1.2. La consultation lancée par la Commission européenne

Dans le cadre de la mise en œuvre du nouveau cadre réglementaire du secteur des communications, plusieurs gouvernements et organismes nationaux de surveillance ont entamé des consultations afin d'examiner la question de la neutralité du Net<sup>18</sup>. La Commission européenne a également sollicité la contribution des acteurs du marché<sup>19</sup>. Au total, 19 318 commentaires ont été envoyés<sup>20</sup>.

---

16) Préambule de la directive « droits des citoyens », récépissé 29.

17) Article 1.3 bis : « Les mesures prises par les Etats membres concernant l'accès des utilisateurs finaux aux services et applications, 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. Toute mesure susvisée concernant l'accès des utilisateurs finaux aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques qui serait susceptible de limiter les libertés et droits fondamentaux précités ne peut être instituée que si elle est appropriée, proportionnée et nécessaire dans le cadre d'une société démocratique, et sa mise en œuvre est subordonnée à des garanties procédurales adéquates conformément à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et aux principes généraux du droit communautaire, y compris le droit à une protection juridictionnelle effective et à une procédure régulière. Par voie de conséquence, les mesures en question ne peuvent être prises que dans le respect du principe de la présomption d'innocence et du droit au respect de la vie privée. Une procédure préalable, équitable et impartiale est garantie, y compris le droit de la ou des personnes concernées d'être entendues, sous réserve de la nécessité de conditions et de modalités procédurales appropriées dans des cas d'urgence dûment établis conformément à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le droit à un contrôle juridictionnel effectif en temps utile est garanti. »

18) Par exemple, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), « *Discussion points and initial policy directions on Internet and network neutrality* » (*Eléments de réflexion et premières orientations sur la neutralité de l'internet et des réseaux*), mai 2010 ; Office of Communication (Ofcom), « *Traffic Management and 'net neutrality, a Discussion Document* », 24 juin 2010. Ou plus récemment, The Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), « *Delibera 40/11/CONS, Public consultation on Net Neutrality* », 3 février 2011.

19) IP/10/860 du 30 juin 2010 (« *Stratégie numérique: la Commission lance une consultation sur la neutralité de l'internet* »). Dans cet article, nous nous concentrerons sur les deux aspects concernant les problèmes actuels en matière de neutralité du net et les problèmes qui risquent de se poser à l'avenir.

20) Les réponses (en anglais) peuvent être consultées sur : [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecomm/library/public\\_consult/net\\_neutrality/comments/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/net_neutrality/comments/index_en.htm)

La synthèse des résultats a été consignée dans un bref rapport de la Commission européenne<sup>21</sup>. Selon cette analyse, il semble y avoir un large consensus sur le fait qu'il n'y a actuellement pas de problème concernant l'ouverture de l'internet et la neutralité du Net dans l'Union européenne. Toutefois, il est clair que la gestion du trafic existe ; dans sa réponse, l'ORECE signale plusieurs cas d'inégalité de traitement<sup>22</sup> et donne une liste d'exemples, notamment le blocage des services de voix sur IP (VoIP, comme Skype) et l'étranglement des réseaux de partage de fichiers (*peer-to-peer*).

Mais les réponses du secteur de la radiodiffusion abordent également plusieurs problèmes liés à la distribution des services audiovisuels<sup>23</sup>. L'UER rapporte notamment que plusieurs de ses membres et divers autres organismes de médias ont été affectés par l'engorgement du réseau et les pratiques de gestion du trafic des opérateurs de réseau<sup>24</sup>. Selon l'UER, ces pratiques sont particulièrement fréquentes dans le cas de programmes diffusés en direct (couverture d'événements sportifs grand public). Cette situation crée la confusion parmi les consommateurs, notamment en raison du manque de transparence : la qualité attendue n'est pas assurée et / ou l'accès aux flux vidéo est limité en raison d'une trop forte demande. Ces problèmes sont essentiellement liés à la télévision, puisque la distribution des signaux vidéo exige des bandes passantes élevées. Par ailleurs, l'UER est préoccupée par les pratiques discriminatoires des opérateurs de réseau, qui risquent de miner le caractère ouvert et neutre de l'internet et, en définitive, de porter préjudice aux consommateurs, au détriment des citoyens. L'UER estime que la concurrence est insuffisante et qu'une intervention réglementaire est nécessaire pour traiter la question de la neutralité du Net. Dans ce contexte, la télévision sur IP, en tant que service géré, est citée comme un exemple caractéristique : ce type de services devrait être ouvert à tous les fournisseurs de contenus intéressés, contrairement à ce qui semble être actuellement pratiqué par certains FAI - du moins selon les commentaires de l'UER. Dans sa réponse, l'UER préconise un accès juste, raisonnable et non discriminatoire comme principe de base pour la fourniture de services gérés. L'UER fait partie des répondants qui mettent en exergue le rôle de la neutralité du Net dans une perspective de liberté d'expression et de pluralisme.

Certaines observations de l'UER ont reçu le soutien d'organismes individuels de radiodiffusion, tels que le Groupe Canal+ (soulignant la nécessité de poursuivre le processus de mise en œuvre au niveau national)<sup>25</sup>, le fournisseur de VOD Dailymotion<sup>26</sup> (qui témoigne d'un cas de blocage de ses services) ou le radiodiffuseur public néerlandais NPO<sup>27</sup> (qui illustre le problème de saturation lors de la diffusion d'événements sportifs). L'Association des télévisions commerciales européennes (ACT), quant à elle, indique qu'elle n'a pas connaissance, à ce jour, de problèmes concernant l'accès à internet<sup>28</sup>. Néanmoins, les régulateurs nationaux devraient traiter la question de la neutralité du Net et s'assurer que l'internet ouvert ne soit pas menacé à l'avenir.

En ce qui concerne l'avenir, les personnes ayant répondu au questionnaire de la Commission européenne estiment qu'il faudra sans doute prendre en compte de nouveaux modèles économiques sur internet. Les services gérés, tels que la télévision sur IP, pourraient poser problème dès lors que

---

21) Commission européenne « *Report on the public consultation on 'The open internet and net neutrality in Europe'* », 9 novembre 2010 ; IP/10/1482 du 9 novembre 2010 (« Stratégie numérique : une consultation fait apparaître un quasi-consensus sur l'importance de préserver un internet ouvert »).

22) ORECE, *Response to the European Commission's consultation on the open internet and net neutrality in Europe*, 30 septembre 2011, code document BoR (10)42.

23) Nous nous concentrons ici sur les réponses fournies par le secteur de la radiodiffusion, mais d'autres acteurs concernés, tels que les producteurs, les distributeurs et les ayants droit d'œuvres audiovisuelles, ont également répondu à la consultation (FIAD - Fédération internationale des associations des distributeurs de films ; MPA - Motion Picture Association ; GESAC - Groupement européen des sociétés d'auteurs et compositeurs ; et FEP - Fédération des éditeurs européens). Leurs réponses font état de préoccupations similaires, tout en pointant également d'autres problèmes, tels que la distribution illégale d'œuvres audiovisuelles.

24) UER, Réponse de l'UER au questionnaire de la consultation publique sur l'internet ouvert et la neutralité du Net en Europe, 30 septembre 2010.

25) Réponse du Groupe Canal+ à la consultation publique sur l'internet ouvert et la neutralité du Net en Europe.

26) Dailymotion, contribution de Dailymotion à la consultation publique sur l'internet ouvert et la neutralité en Europe, 29 septembre 2010.

27) Réponse de Nederlandse Publieke Omroep (radiodiffuseur public néerlandais) à la consultation publique sur l'internet ouvert et la neutralité en Europe ; date de publication : 30 juin 2010.

28) Association of Commercial Television in Europe (Association des télévisions commerciales européennes -ACT), Réponse de l'ACT à la consultation publique sur la neutralité du Net.

les opérateurs de réseau privilégient certains services au détriment des autres. En outre, certains fournisseurs de contenus ont pointé le risque de se voir taxer par les fournisseurs de réseau, qui les accusent d'être des « profiteurs » (*free-riders*)<sup>29</sup>. Un tel comportement serait en opposition avec le principe d'un internet ouvert et ne tiendrait pas compte des investissements réalisés par les fournisseurs de contenus. Les fournisseurs de réseaux ont répliqué que ces craintes étaient sans fondement.

L'ORECE a identifié trois problèmes éventuels pour l'avenir : 1) l'ampleur des pratiques discriminatoires entraînant des effets anticoncurrentiels ; 2) les conséquences éventuelles de ces pratiques à long terme sur l'économie d'internet en entravant l'innovation et la liberté d'expression ; et 3) la confusion ou le préjudice affectant les consommateurs en raison du manque de transparence. Toutefois, l'opinion générale estime - du moins selon l'interprétation de la Commission européenne - que le nouveau cadre réglementaire devrait être en mesure de traiter ces problèmes lorsqu'ils se poseront et qu'il n'est pas nécessaire de mettre en place une réglementation dans l'immédiat.

La nécessité de gérer le réseau - revendication que le secteur de la radiodiffusion exprime formellement (voir la réponse de l'UER mentionnée plus haut) - est largement admise et considérée comme indispensable au fonctionnement efficace d'internet. La gestion des réseaux n'est pas considérée comme incompatible avec la neutralité du Net. Toutefois, certains contributeurs ont abordé les problèmes de confidentialité en lien avec la gestion du Net, notamment l'utilisation du système *Deep Packet Inspection* (DPI). En ce qui concerne la hiérarchisation, plusieurs contributeurs font référence, en écho aux réactions des radiodiffuseurs, aux réseaux de livraison de contenus (CDN). La hiérarchisation des contenus peut contribuer à améliorer les services offerts aux utilisateurs finaux, mais comporte néanmoins un risque de discrimination. Il est intéressant de noter que les fournisseurs de contenus soulignent également la nécessité d'une plus grande clarté en matière de services gérés. Ils estiment nécessaire d'instaurer un cadre de concurrence équitable dans lequel tous les services gérés seraient offerts à tous les fournisseurs de contenus et d'applications sur un pied d'égalité et sans discrimination. La plupart des commentaires, cependant, convergent pour considérer qu'une réglementation supplémentaire n'est pas encore nécessaire. Les questions relatives aux éventuelles réserves concernant la liberté d'expression, le pluralisme des médias et la diversité culturelle n'ont pas reçu beaucoup de réponses, mais certains fournisseurs de contenus y ont répondu.

### 1.3. La communication de la Commission européenne

Bien que cette consultation n'ait pas débouché sur une action concrète, la Commission européenne a publié en avril 2011 une communication qui peut être considérée comme annonciatrice des prochaines mesures<sup>30</sup>. Cette communication présente une synthèse de la situation et offre un aperçu des prochaines mesures que la Commission européenne envisage de prendre. En premier lieu, une étude sera réalisée en collaboration avec l'ORECE pour étudier les pratiques de blocage, d'étranglement et autres pratiques commerciales aux effets similaires, la transparence et la qualité des services, ainsi que les entraves à la concurrence liées à la neutralité du Net, telles que les pratiques discriminatoires d'un acteur dominant sur le marché. Les résultats de cette étude sont prévus avant fin 2011. Sur la base de ces résultats, la Commission européenne décidera s'il est nécessaire d'adopter des directives supplémentaires en matière de neutralité du Net. Si des problèmes graves et significatifs devaient être mis en évidence, des mesures plus strictes pourraient s'avérer nécessaires, par exemple sous la forme de règles spécifiques sur la gestion du trafic incluant également une interdiction de blocage des services licites. La formulation employée révèle que la Commission européenne s'est inspirée des Etats-Unis, où une telle interdiction est déjà en place. La situation des Etats-Unis sera exposée plus loin dans cet article.

---

29) En invoquant le fait que les fournisseurs de réseaux doivent investir pour augmenter la bande passante, ce dont profitent les fournisseurs de contenus.

30) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, *L'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe*, Bruxelles, 19 avril 2011, COM(2011) 222 final. Voir également : « *The internet belongs to all of us* », discours de Nelie Kroes, Vice-présidente de la Commission européenne et commissaire en charge de la stratégie numérique, Bruxelles, 19 avril 2011, SPEECH/11/285.

## 2. Le Conseil de l'Europe

La question de la neutralité du Net est suivie attentivement par le Conseil de l'Europe. En 2009, le Conseil des Ministres a adopté une résolution sur la gouvernance d'internet et les ressources critiques de l'internet à Reykjavik<sup>31</sup>. Cette résolution attire l'attention sur la corrélation existante avec des outils tels que la Convention européenne des Droits de l'Homme, tout en soulignant le fait que d'autres mesures s'imposent. La mise en place d'un Groupe consultatif ad hoc sur l'internet transfrontalier résulte de cette recommandation. En avril 2011, ce groupe consultatif a publié un projet de déclaration du Comité des Ministres sur les principes de la gouvernance de l'internet<sup>32</sup>. L'un de ces principes concerne la neutralité du Net. Le fondement principal est énoncé comme suit : « Les utilisateurs devraient avoir le plus large accès possible à tout contenu, application ou service de leur choix sur internet, qu'ils leur soient proposés ou non à titre gratuit, en choisissant les appareils appropriés de leur choix. » La phrase suivante traite la question de la gestion du trafic : « Toute mesure de gestion du trafic ou de privilège doit être non discriminatoire, justifiée par un intérêt public, et doit répondre aux exigences du droit international sur la protection de la liberté d'expression et d'accès à l'information. »

En fait, ces dernières initiatives s'appuient sur des instruments élaborés par le Conseil de l'Europe, tels que la Recommandation du Comité des Ministres sur la valeur de service public de l'Internet<sup>33</sup>. Cette valeur doit être comprise comme étant le fait pour les personnes de compter de manière significative sur l'internet comme un outil essentiel pour leurs activités quotidiennes (communication, information, savoir, transactions commerciales) et l'attente légitime qui en découle que les services de l'internet soient accessibles et financièrement abordables, sécurisés, fiables et continus.

## 3. Etats-Unis<sup>34</sup>

Au moment où la consultation sur la neutralité du Net se déroulait en Europe, les Etats-Unis étaient déjà passés à l'étape suivante et, en décembre 2010, la FCC, organe de régulation, a adopté un « *Report and Order* » (Rapport et ordonnance) qui introduit pour la première fois une réglementation spécifique sur l'internet ouvert et la neutralité du réseau<sup>35</sup>.

Plusieurs affaires portant notamment sur les services audiovisuels ont poussé la FCC à traiter la question. Dans la rubrique Zoom de ce numéro d'IRIS *plus*, Michael Erzingher expose l'affaire *Comcast* (un fournisseur d'accès à internet qui ralentissait le trafic<sup>36</sup>). Google et l'opérateur de télécommunications Verizon ont tenté de conclure un accord excluant le secteur mobile des règles sur l'internet ouvert<sup>37</sup>. Par ailleurs, un nouveau litige est intervenu entre Comcast et Niveau 3<sup>38</sup>. Niveau 3 assure la distribution du service vidéo grand public Netflix et Comcast lui réclame des indemnités, car l'utilisation de Netflix accapare trop de bande passante.

Au cœur de la réglementation de la FCC, il y a trois règles qui reprennent dans les grandes lignes les points que nous abordons ici. Elles concernent la transparence, l'interdiction de bloquer l'accès, et l'interdiction de discrimination abusive.

31) [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media-dataprotection/conf-internet-freedom/REYKJAVIK\\_RESOLUTION\\_GOUVERNANCE\\_INTERNET.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media-dataprotection/conf-internet-freedom/REYKJAVIK_RESOLUTION_GOUVERNANCE_INTERNET.pdf)

32) <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media-dataprotection/conf-internet-freedom/Internet%20Governance%20Principles.pdf>

33) Recommandation CM/Rec(2007)16 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet (adoptée par le Comité des Ministres le 7 novembre 2007, lors de la 1010e réunion des Délégués des Ministres).

34) Pour plus de détails sur la situation aux Etats-Unis, voir la section Zoom.

35) FCC, Report and Order, 21 décembre 2010, FCC-10201. Ces règles sont entrées en vigueur (juillet 2011). Il n'y a pas de différence entre la neutralité du Net et l'internet ouvert. Comme le formule la FCC : « La neutralité du réseau est juste une autre façon de se référer aux principes de l'internet ouvert » (<http://www.openinternet.gov/open-internet-faq.html>).

36) Décision de la FCC dans cette affaire : [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf)

37) <http://www.wired.com/epicenter/2010/08/google-verizon-propose-open-vs-paid-internets/>

38) <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/11/29/AR2010112907024.html>

Les fournisseurs d'accès à internet à haut débit doivent publier des informations détaillées sur la gestion du réseau, les performances et les conditions commerciales de l'accès à haut débit qu'ils fournissent. Ces informations doivent être suffisamment claires pour permettre aux consommateurs de faire des choix éclairés. L'ordonnance de la FCC précise de façon détaillée le type d'informations concrètes auquel elle se réfère, sans pour autant rendre ces détails contraignants. Toutefois, l'utilisation de formules telles que « les informations publiées devraient inclure » est pour le moins éloquente. Il faut noter que la FCC ne considère pas la transparence comme un levier pour s'attaquer au problème de la neutralité du Net. C'est pourquoi elle fixe deux règles supplémentaires.

Le blocage de l'accès est interdit. Un fournisseur d'accès à internet « ne doit pas bloquer des contenus licites, applications, services ou périphériques non préjudiciables, hormis dans le cadre d'une gestion raisonnable du réseau. » Cette règle s'applique aux fournisseurs d'accès à internet fixe ; pour les fournisseurs d'accès mobile, la règle est limitée à l'accès aux sites web légaux. Cependant, il est interdit de bloquer des applications qui font concurrence aux services de téléphonie vocale ou vidéo du FAI (toujours en précisant : « hormis dans le cadre d'une gestion raisonnable du réseau »). Cette deuxième règle signifie que les utilisateurs finaux doivent avoir libre accès à l'internet, que ce soit pour récupérer des informations ou pour les diffuser. Bien que les règles en matière de réseaux mobiles soient moins strictes, la FCC estime que le blocage des fournisseurs de services voix sur IP doit être interdit. En outre, la FCC considère qu'il n'y a aucune différence entre le fait de bloquer ou d'entraver le trafic. Le fait de subordonner le déblocage au paiement d'une indemnité est également interdit par la disposition antiblocage.

La troisième règle comporte deux éléments. D'une part, elle interdit aux fournisseurs d'accès à internet fixe et à haut débit toute pratique discriminatoire abusive lors du trafic licite sur le réseau dans le cadre d'un service d'accès à internet choisi par le consommateur. D'autre part, elle énonce que la gestion raisonnable du réseau ne saurait constituer une discrimination abusive. Selon la FCC, une mesure de gestion de réseau est raisonnable si elle est appropriée et proportionnée à la réalisation d'un objectif légitime de gestion du réseau, en tenant compte de l'architecture du réseau et de la technologie spécifique des services d'accès au haut débit. Plusieurs exemples d'objectifs légitimes sont mentionnés, y compris la volonté d'éviter une saturation du réseau.

Les remarques de la FCC concernant la priorisation de certains types d'échanges par rapport à d'autres sont particulièrement importantes. C'est un problème complexe, car il existe une pression croissante sur les fournisseurs de services qui génèrent un trafic important pour leur accorder la priorité moyennant paiement. Certains fournisseurs de services, quant à eux, sont prêts à payer pour assurer la qualité du trafic. Après avoir évoqué diverses considérations, la FCC constate que le fait de payer pour un service prioritaire est difficilement compatible avec la règle sur la discrimination abusive. Il ressort du texte qu'en tout état de cause, la règle interdisant toute discrimination abusive ne s'applique pas, en tant que telle, aux services mobiles. Cette situation est justifiée par le fait que l'usage de l'internet mobile est en cours de développement et que l'intervention de la FCC se limite à des « mesures adaptées ».

Enfin, dans le cadre d'une gestion raisonnable / abusive du réseau, la FCC classe le phénomène des « services spécialisés » (également appelés « services gérés », y compris dans le présent article). Ces services spécialisés, tels que certains services de voix sur IP et vidéo, partagent la capacité de connexion avec un accès internet à haut débit. Le développement de ces services sera suivi de près et, comme le note la FCC, la définition du service d'accès à internet à haut débit inclut également des services ayant une fonction équivalente ou destinés à contourner les nouvelles règles.

## **4. Les développements nationaux**

### **4.1. Pays-Bas**

Il est indéniable que le rôle de pionnier de la FCC a eu un impact en Europe. Comme nous l'avons déjà mentionné, la communication de la Commission européenne se réfère explicitement au modèle américain, toutefois certains de ses éléments clés se trouvaient également dans la première réglementation nationale au sein de l'Union européenne, qui va au-delà de la stricte application

des directives citées plus haut. En juin 2011, le Parlement néerlandais a voté un amendement à un article récemment proposé dans le cadre de la loi sur les télécommunications afin d'interdire le blocage du service : « Les fournisseurs de réseaux publics de communications électroniques qui assurent des services d'accès à internet et les fournisseurs d'accès à internet ne doivent pas entraver ni ralentir les applications et les services sur internet (...)»<sup>39</sup>. La liste des exceptions autorisées est limitée à quatre (notamment la gestion raisonnable du réseau)<sup>40</sup>. En outre, cet article interdit aux fournisseurs de services d'accès à internet de subordonner les tarifs des services d'accès aux services et applications qui sont disponibles ou utilisés via ces services<sup>41</sup>.

Selon l'exposé des motifs<sup>42</sup>, la nouvelle disposition est essentiellement motivée par le fait que « de plus en plus, les fournisseurs d'accès à internet prennent des mesures pour entraver ou ralentir le trafic sur internet, soit de leur propre initiative, soit sous la pression de tiers, sauf en cas d'interdiction. » Même si la congestion du réseau peut légitimer la gestion du trafic, la meilleure solution consiste à l'éviter par des investissements appropriés dans la capacité de la bande passante.

#### 4.2. Autres initiatives

Qu'en est-il dans les autres pays européens ? En ce qui concerne les Etats membres de l'Union européenne, 20 d'entre eux sont encore dans le processus de mise en œuvre des directives révisées. En fait, la Commission européenne a entamé une action en justice contre ces Etats membres<sup>43</sup>. Les autres pays ont mis en œuvre l'essentiel des directives, sans toutefois régler la neutralité du Net de façon explicite (contrairement aux Pays-Bas). Il est intéressant d'observer les développements en Finlande et en Norvège. La Finlande a introduit un droit constitutionnel d'accès à internet, sans toutefois préciser clairement dans quelle mesure ce droit intègre les obligations relatives à la neutralité du Net. En Norvège, le régulateur a formulé des principes non contraignants à cet égard<sup>44</sup>. Ces trois principes sont clairement inspirés par la doctrine américaine en la matière. Les consommateurs sont en droit d'avoir une connexion internet transparente (capacité et qualité prédéfinies), ils doivent pouvoir faire leurs propres choix (concernant l'envoi et la réception de contenus, l'utilisation de matériel et d'applications) et la règle de non-discrimination doit s'appliquer (pas de discrimination fondée sur l'application, le service, etc.)

### 5. Autres mesures

La neutralité du Net prend forme et se concrétise progressivement, notamment dans la législation américaine et néerlandaise. Sur la base des conclusions de l'étude prévue par la Commission européenne et l'ORECE, il sera décidé si des actions supplémentaires sont nécessaires. Il est fort probable que la Commission européenne publiera une communication en 2012 proposant des mesures similaires, dans une large mesure, à la réglementation américaine. Comme nous l'avons déjà mentionné, la dernière communication de mi-2011 est éloquente à cet égard.

---

39) La proposition doit encore être approuvée par le Sénat, mais il est peu probable que le Sénat refuse de soutenir les changements concernant la neutralité du Net. Pour une version anglaise non-officielle de cette disposition (article 7.4 a) de la Loi néerlandaise sur les télécommunications) et des considérants qui en sont à l'origine, voir : <https://www.bof.nl/2011/06/15/net-neutrality-in-the-netherlands-state-of-play>

40) Aux termes de l'amendement, les restrictions autorisées visent à : « a. minimiser les effets de la congestion, avec égalité de traitement entre types de trafic égaux ; b. préserver l'intégrité et la sécurité du réseau et du service du fournisseur concerné ou le terminal de l'utilisateur final ; c. limiter la transmission à un utilisateur final d'un message non sollicité au sens visé à l'article 11.7 de la loi sur les télécommunications, premier paragraphe, sous réserve que l'utilisateur final ait donné son consentement préalable (cet article concerne le filtrage des courriers indésirables) ; d. donner suite à une disposition législative ou à une ordonnance du judiciaire. »

41) « Les fournisseurs d'accès à internet ne subordonnent pas les tarifs des services d'accès à internet aux services et applications qui sont disponibles ou utilisés via ces services. »

42) Voir note 39 ci-dessus.

43) Commission européenne, « Stratégie numérique: la Commission entame une procédure contre 20 Etats membres pour transposition tardive de la réglementation en matière de télécommunications », IP/11/905.

44) <http://www.npt.no/ikbViewer/Content/109604/Guidelines%20for%20network%20neutrality.pdf>

Cela signifie que, conformément à la réglementation américaine, il pourrait être établi qu'en dépit de son importance, la transparence en matière de neutralité du Net n'est pas une fin en soi, comme l'a déjà déclaré la FCC. D'une part, la transparence en matière de neutralité du Net vise à informer les utilisateurs sur le service dont ils disposent, mais, d'autre part, la transparence doit également permettre à l'utilisateur de faire - sur la base des informations obtenues - un choix éclairé entre conserver le service choisi ou changer de service. Il est probable que, dans la pratique, on s'apercevra que la transparence n'a qu'un effet limité sur le changement de fournisseur. Information et communication sont deux choses différentes et le consommateur peut ne pas enregistrer correctement les informations.

Il est à craindre que confrontés à un excès d'informations, les consommateurs s'abstiennent de les lire et, partant, n'en prennent pas connaissance. Le défi consiste à fournir aux utilisateurs finaux des informations claires, précises et pertinentes sur i) les services et les applications auxquels ils peuvent accéder par leurs services de transmission de données, ii) les pratiques de gestion du trafic employées sur les réseaux des fournisseurs, iii) la qualité technique des services offerts et leurs limites éventuelles, etc. Un autre défi consiste à présenter toutes ces informations sous une forme suffisamment « digeste » pour les utilisateurs finaux. La décision des consommateurs de changer ou non de fournisseur sur la base des informations obtenues dépend de nombreux facteurs. On constate que, non sans raison, les consommateurs qui décident de changer de fournisseur d'accès pour réduire leurs coûts bénéficient d'une attention croissante<sup>45</sup>. Il s'agit de savoir s'il existe un véritable choix, ou si les offres sont toutes aussi intéressantes, voire toutes aussi mauvaises ? En cas d'insatisfaction au niveau de l'accès à haut débit, peut-on changer facilement de fournisseur après avoir souscrit un pack de services ? Les procédures de changement sont-elles trop compliquées (formalités administratives, clauses contractuelles, préavis, etc.) ?

Les résultats de l'étude de la Commission européenne et de l'ORECE permettront d'envisager des mesures telles que l'interdiction de blocage, et de répondre à un certain nombre de questions, notamment sur le traitement des services gérés.

### III. Mettre en place un cadre approprié

Il est impératif de mettre en place la neutralité du Net dans un cadre approprié pour répondre à ces questions. Pour cela, il est nécessaire de reconnaître que la neutralité du Net fait partie d'une chaîne de valeur et que les questions d'ordre technologique ne se situent pas à part.

#### 1. Chaîne de valeur et modèle économique

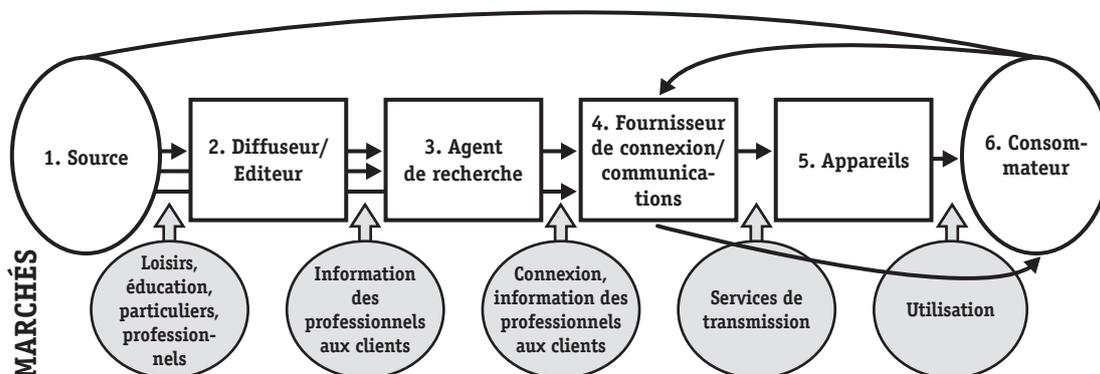
Au début de cet article, nous avons présenté une définition de la neutralité du Net. Dans un article souvent cité, Lessig et McChesney ont également défini la neutralité du Net comme un phénomène qui concerne l'intégralité du réseau, de bout en bout : « La neutralité du Net signifie simplement que tous les contenus sur internet doivent être traités de la même façon et circuler à la même vitesse sur le réseau. Les propriétaires des tuyaux de l'internet ne doivent pas faire de discrimination. C'est justement ce concept, à la fois simple et brillant, « de bout en bout » de l'internet qui lui a donné une telle puissance pour le bien économique et social<sup>46</sup>. » Cette approche de bout-en-bout implique également une chaîne de valeur complexe.

Les acteurs de cette chaîne de valeur convergente entretiennent des relations mutuelles et perpétuellement dynamiques. Les entreprises de télécommunications et les fournisseurs d'accès d'une part, et les fournisseurs de contenus (plateforme) d'autre part, sont évidemment enclins à récupérer la valeur qui a été réalisée en amont ou à un autre niveau de la chaîne de valeur.

45) Voir par exemple l'étude de l'ORECE « BEREC report on best practices to facilitate consumer switching », octobre 2010 ([http://www.erg.eu.int/doc/berec/bor\\_10\\_34\\_rev1.pdf](http://www.erg.eu.int/doc/berec/bor_10_34_rev1.pdf)).

46) « No Tolls on The Internet », L. Lessig & R.W. McChesney, dans : The Washington Post, 8 juin 2006 (<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/07/AR2006060702108.html>).

### La chaîne actuelle convergente d'acheminement de l'information



(Source : Rand Europe, *Responding to Convergence*, p. 9)<sup>47</sup>

Chaque maillon de la chaîne de valeur est potentiellement faible : chaque étape le long de la chaîne peut devenir un goulet d'étranglement. Si les obligations en matière de neutralité du Net limitent la capacité d'action (c'est-à-dire la hiérarchisation des contenus) des fournisseurs d'accès à internet sur le réseau, le problème de la discrimination potentielle va probablement se déplacer à un autre niveau sur la chaîne de valeur. En outre, nous devons prendre conscience du fait que le problème de la neutralité du Net existe d'ores et déjà ailleurs le long de la chaîne. Les fournisseurs de plateformes et les fournisseurs d'équipements périphériques tentent de compromettre « la neutralité du Net » en favorisant leurs propres fournisseurs par le biais d'applications de contrôle, de systèmes de sélection (moteurs de recherche, systèmes de recommandation /réputation, guides électroniques de programmes), et de l'intégration verticale. Les câblo-opérateurs qui sont également fournisseurs d'accès ont redécouvert le cheval de Troie : en fait, les services qu'ils fournissaient auparavant (télévision par câble classique) peuvent désormais être remplacés par des services reçus via internet (par exemple via des services vidéo OTT). C'est la raison pour laquelle les divers acteurs souhaitent préserver une marge de manœuvre suffisante en ce qui concerne la neutralité du Net. Quoiqu'il en soit, les solutions qui ne prennent pas en compte la dynamique de la chaîne de valeur ne font que combattre les symptômes, et non le mal. C'est pourquoi il est indispensable d'aborder la question dans la perspective d'une chaîne de valeur.

La neutralité du Net n'est donc pas (uniquement) un phénomène « technique » ; ce n'est qu'une facette d'un problème qui existe depuis beaucoup plus longtemps : qui prend le contrôle des utilisateurs finaux, qui prend le contrôle des contenus ? Celui qui prend le contrôle des utilisateurs ou des contenus contrôle également la principale source de revenus. De ce point de vue, l'internet a beaucoup en commun avec les radiodiffuseurs classiques en termes de modèle économique.

## 2. Les défis technologiques

Cela ne signifie pas que les aspects techniques n'ont pas d'importance. Au contraire, la technologie en tant que facilitateur /frein peut avoir une influence majeure. L'insuffisance de la bande passante, qu'elle soit artificielle ou non, augmente la pression sur les capacités disponibles. Les fournisseurs de capacité peuvent utiliser la technologie pour optimiser leur modèle économique (investir davantage pour augmenter la capacité, probablement avec pour conséquence une hausse des prix pour les utilisateurs finaux, ou profiter de la pénurie et faire payer les fournisseurs de contenus). En tout état de cause, la question de la garantie de qualité exige des mesures techniques. Cela concerne, par exemple, la distribution des contenus vidéo, comme nous l'avons vu précédemment. Ces types de services spécialisés (ou gérés) permettent de « lisser » l'internet :

47) Rand Europe, *Responding to Convergence: Different Approaches for Telecommunication Regulators*, 2008.

les services ne font plus partie du « nuage » (*cloud*), mais sont fournis plus directement par le fournisseur d'accès sur la base d'accords spécifiques avec des fournisseurs de contenu. Des accords de ce type peuvent également s'avérer nécessaires pour régler d'autres aspects, tels que l'accès aux systèmes de sélection ou aux dispositifs de paiement. Néanmoins, toutes ces opérations peuvent se traduire en choix économiques ou politiques.

## IV. Conclusions

La neutralité du Net est un phénomène intéressant qui présente de multiples facettes. Actuellement, nous n'en sommes encore qu'au stade de l'exploration, qui vise à dresser un état des lieux détaillé. Il est étonnant de constater à quel point nous méconnaissons le déroulement exact du processus complexe entre la fourniture et la consommation des services de médias audiovisuels, que ce soit au niveau technique ou économique. La phase d'exploration devrait permettre de révéler les problèmes existants. Alors, seulement, nous pourrions entrer dans le vif du sujet. Dans les mesures de réglementation formulées jusqu'à présent, l'accent a été mis sur l'aspect raisonnable des pratiques : la gestion raisonnable du Net est autorisée, une « gestion abusive du réseau » devrait être interdite. Au cours des prochaines années, il faudra se pencher de plus près sur ce principe de base. La consommation de la bande passante et la qualité des services audiovisuels, en particulier, vont jouer un rôle croissant. Faudra-t-il réserver des capacités pour de tels services ? Et si oui, comment ? Quelle sera la position de « l'internet ouvert » dans tout cela ? Ces questions ont également une dimension culturelle. Le débat sur la neutralité du Net n'est pas totalement nouveau : plusieurs confrontations ont déjà eu lieu, par le passé, sur l'accès aux réseaux de distribution par exemple. On trouve dans la littérature une comparaison avec la politique et la réglementation en place dans le domaine des réseaux câblés de télévision<sup>48</sup>. Certains pays ont introduit l'obligation de diffuser (*must-carry*), contraignant les opérateurs à transporter des programmes spécifiques, de même que la réglementation permettant aux fournisseurs de contenus d'exiger l'accès aux canaux analogiques ou numériques. Par ailleurs, on peut également prendre comme exemple les pratiques de base, telles que l'attribution de fréquences basée sur des critères liés au contenu et les règles en matière d'accès, qui ouvrent les réseaux de communications et donnent aux fournisseurs de services le droit d'obtenir des capacités à des conditions réglementées. Le fait de s'appuyer sur les expériences précédentes pour mener cette tâche à bien peut être utile, mais cela peut également s'avérer contre-productif. Il faut faire preuve de prudence, car les expériences antérieures peuvent être négatives, ou comporter un risque de simplification à l'extrême. Néanmoins, cela ne change rien au fait qu'il existe une convergence manifeste entre le secteur des (télé)communications et des médias et que la neutralité du Net doit être discutée dans cette optique large. Au cours de ce processus, les conflits émergents seront probablement le principal moteur dans l'élaboration des orientations politiques et des réglementations.

---

48) Par exemple : R. Frieden, « *Winning the Silicon Sweepstakes: Can the United States Compete in Global Telecommunications?* », Yale University Press, 2010, pp. 275-289.

# Neutralité du Net : les deux côtés de la médaille

Le problème de la neutralité du réseau ne serait pas à l'ordre du jour s'il n'y avait eu un nouveau problème de pénurie. Beaucoup d'entre nous associent généralement le phénomène de pénurie à l'attribution des « maigres » fréquences de la bande 800 MHz pour la transmission des services de télévision analogiques pour le moins « gourmands en fréquences ». Le numéro d'IRIS *plus* 2010-6 intitulé « Le passage au dividende numérique » explique comment la numérisation des services de médias audiovisuels a transformé le problème de la pénurie en un défi pour trouver le meilleur concept de distribution des fréquences libérées (c'est-à-dire le dividende numérique), tout en respectant des objectifs aussi divers que l'essor des marchés intérieurs et la promotion des droits de l'homme.

En matière de neutralité du Net, la pénurie est un phénomène sans doute différent, mais source de problèmes similaires. Il s'agit d'une insuffisance des capacités de débit d'internet pouvant survenir suite à une consommation (ponctuellement) trop forte de la bande passante. Les services de médias audiovisuels transmis par internet peuvent exiger une importante capacité de débit, ce qui provoque parfois des problèmes de saturation des réseaux disponibles. Un outil efficace pour remédier à ce type de pénurie serait de fournir une capacité de bande passante suffisante, objectif proclamé par la Stratégie numérique de l'UE et appliqué par ses Etats membres, par exemple, dans la mise en œuvre du nouveau cadre réglementaire de l'UE pour les communications électroniques. Les cinq premiers articles de la section « Reportages » de cet IRIS *plus* présentent plusieurs initiatives récentes visant à appliquer cette option. Cependant, tant que l'objectif d'une capacité suffisante ne sera pas atteint, ni même fixé, il faudra faire un choix entre laisser la dynamique du marché libéral décider du mode d'utilisation d'internet ou intervenir sur les modalités d'utilisation par une réglementation. Les cinq derniers reportages font le point sur les développements récents concernant ce choix de réglementer (ou non) en faveur de la neutralité du Net.

## Infrastructure adéquate

### Commission européenne

#### Le nouvel agenda numérique est dévoilé

*Christina Angelopoulos  
Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

Le 19 mai 2010, la Commission européenne a rendu publique sa communication relative à l'agenda numérique pour l'Europe, première de sept initiatives phares de la stratégie « Europe 2020 » visant à revaloriser l'économie européenne. Selon la communication, les Européens se trouvant confrontés au déclin économique, au vieillissement de la population et à la concurrence mondiale devront travailler plus dur, plus longtemps et plus efficacement pour obtenir de notables avantages économiques et sociaux.

L'agenda numérique veut répondre à cet impératif d'efficacité en envisageant sept champs d'action prioritaires :

1. Créer un marché unique du numérique
2. Accélérer la normalisation des TIC et de l'interopérabilité
3. Faciliter l'accès des Européens à l'Internet en haut débit et très haut débit
4. Développer la recherche et l'innovation appliquées aux TIC
5. Renforcer les compétences numériques des Européens et l'utilisation des services en ligne
6. Révéler le potentiel des TIC aux sociétés à but non lucratif
7. Établir la stratégie numérique de l'Europe.

L'objectif final de ces mesures est de susciter un cercle vertueux de la croissance. Au nombre des conditions nécessaires figure la mise à disposition de contenus et de services pertinents dans un environnement internet interopérable et sans frontières. Le volume des échanges et leur rapidité sont de plus en plus déterminants, ce qui encourage les investissements en faveur de réseaux de communication plus performants qui, à leur tour, facilitent l'émergence et la propagation de nouveaux contenus et services. Cette spirale dynamique se traduit par un renforcement du flux d'activité, ce qui n'est toutefois possible que dans un environnement commercial encourageant les investissements et l'esprit d'entreprise.

Les mesures précitées seront proposées et/ou mises à exécution dans les 2 ou 3 ans et seront suivies de mesures d'accompagnement. Appelée à évoluer, l'initiative s'étendra sur une dizaine d'années. Afin d'atteindre les objectifs de l'agenda numérique, la Commission européenne maintiendra un dialogue régulier avec le Parlement européen et créera à haut niveau un groupe de représentants des Etats membres, tout en invitant d'autres parties concernées à participer à des forums se soldant par des actions concrètes ainsi qu'aux assemblées numériques annuelles qui évalueront les progrès réalisés et recenseront les nouveaux défis à affronter. La première assemblée numérique est prévue dans le courant du 1<sup>er</sup> semestre 2011.

- Le site de l'agenda numérique européen :  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=12533>
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à « un agenda numérique pour l'Europe », COM (2010) 245, Bruxelles, 19 mai 2010  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=12548>

- Communication de la Commission relative à « Europe 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », COM (2010) 2020, Bruxelles, 3 mars 2010  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=12534>

IRIS 2010-7/4

## Allemagne

### Le *Bundesrat* critique les projets de la Commission européenne concernant le haut débit

Martin Lengyel

*Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles*

Le *Bundesrat* a publié une déclaration critiquant certaines rubriques de l'agenda numérique de la Commission européenne. Cet agenda prévoit notamment le développement d'un réseau européen à grande vitesse et vise à assurer que d'ici 2020, tous les ménages européens aient accès à internet avec un débit d'au moins 30 Mo/s, et qu'au moins 50 % des ménages européens disposent de plus de 100 Mo/s (voir IRIS 2010-7/4).

Le *Bundesrat* ne manque pas d'approuver, sur le principe, les propositions de la Commission visant à développer des instruments financiers adaptés pour le secteur du haut débit et permettant de réduire les coûts d'investissement. Néanmoins, il déplore l'absence de propositions concrètes de la part de la Commission. Le *Bundesrat* conteste le projet de la Commission consistant à jouer un simple rôle de programmation, de coordination et de vérification des activités des Etats membres. Par ailleurs, il dénonce le manque d'éléments concrets sur le « rôle du marché et l'importance de l'investissement privé dans le déploiement du haut débit ».

En principe, les aides d'Etat à la réalisation doivent toujours rester limitées aux cas de derniers recours et de défaillance du marché. Cependant, les zones rurales pourraient avoir grand besoin de ces aides, alors que les dispositions de l'UE en la matière y font obstacle. Le *Bundesrat* craint, par ailleurs, une augmentation des charges administratives dans l'utilisation des fonds, ainsi que le manque de moyens suffisants pour promouvoir les réseaux de nouvelle génération dans les régions peu rentables. Par conséquent, le *Bundesrat* estime qu'il est nécessaire de mettre en place des allègements contraignants et, le cas échéant, un programme de financement spécial des réseaux de nouvelle génération.

Même si actuellement une offre suffisante de services sans fil terrestres et par satellite est assurée, le *Bundesrat* doute fort que ces dispositifs permettent d'atteindre le débit souhaité de 30 Mo/s. Ces technologies ne devraient donc être financées que si elles peuvent démontrer qu'elles sont en mesure de fournir la bande passante nécessaire à l'utilisateur final.

Le *Bundesrat* rejette fermement l'option de la Commission visant à subordonner l'octroi d'un permis de construire à l'installation d'un câblage interne des bâtiments. D'une part, il considère que les frais afférents ne permettront nullement de réduire le coût des nouvelles infrastructures, et d'autre part, ces frais seraient, en règle générale, supportés uniquement par le propriétaire et non pas par les opérateurs des nouvelles infrastructures. En outre, le droit applicable des Etats membres en la matière ne prévoit aucune exigence concernant l'équipement technique des logements. Selon le *Bundesrat*, les dispositions publiques se limitent à imposer un minimum d'exigences au niveau d'un bâtiment, alors que la garantie d'une « norme de qualité » (installation obligatoire de téléphone, de radio ou de télévision) n'est pas prévue.

- *Stellungnahme des Bundesrates vom 5. November 2010 (BR-Drs. 566/10)* (Avis du Bundesrat du 5 novembre 2010 (BR-Drs. 566/10))  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=12844>

IRIS 2011-1/24

## **Le cabinet fédéral approuve le projet gouvernemental de révision de la TKG**

*Sebastian Schweda  
 Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles*

Le 2 mars 2011, le cabinet fédéral a adopté le projet de loi du gouvernement portant modification de la *Telekommunikationsgesetz* (loi sur les télécommunications - TKG) et l'a présenté au public. Cette proposition vise essentiellement à mettre en œuvre les modifications du cadre juridique de l'UE concernant les communications électroniques adoptées fin 2009. Conformément aux dispositions du nouveau cadre, la transposition doit être terminée fin mai.

En septembre 2010, le *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (ministère fédéral de tutelle de l'Economie et de la Technologie - BMWi) avait déjà transmis un premier projet de loi aux autres ministères pour adoption (voir IRIS 2010-10/24). Un certain nombre de modifications supplémentaires ont été intégrées dans le projet de texte adopté par le cabinet.

[...]

Dans le cadre des nouveaux objectifs de réglementation, le projet de texte prévoit l'accélération du déploiement des réseaux publics de télécommunications « haute performance » de la prochaine génération (*next-generation networks* - NGN). En outre, la réglementation actuelle visant à garantir une offre de services universels est modifiée par le nouveau dispositif, dans la mesure où il convient désormais de veiller à la similarité des services de base en zone urbaine et en zone rurale. Cette disposition vise à réduire la fracture numérique.

Des changements sont également prévus au niveau de la réglementation de l'accès : en imposant des obligations d'accès, le projet de loi du gouvernement dispose qu'il convient de prendre en compte également les incitations à des investissements d'infrastructure efficaces. Conformément au nouveau texte de loi, les opérateurs de réseau en position dominante sur le marché devront présenter une offre standard lorsqu'ils seront soumis à des obligations d'accès du fait de leur infrastructure réseau sur le marché de gros.

Dans le domaine de la protection des consommateurs, une nouvelle disposition a été ajoutée prévoyant l'obligation formelle, en cas de changement d'opérateur, d'activer techniquement le numéro de téléphone dans un délai d'une journée calendrier.

[...]

Le projet de loi a été transmis au *Bundesrat* et sera discuté pour la première fois au *Bundestag* le 15 avril 2011.

- *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 2. März 2011* (Projet de la loi portant modification de la réglementation des télécommunications du 2 mars 2011)  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13142>

IRIS 2011-5/17

## Italie

### L'AGCOM lance une consultation publique sur le dividende numérique

Ana Perdigao  
Biontino Consultants

Le 24 mars 2011, l'AGCOM a lancé une consultation publique sur les délibérations de l'autorité qui définit la procédure d'attribution des fréquences du dividende de la télévision numérique et pour les autres fréquences disponibles pour les systèmes mobiles haut débit.

Sont également concernées les règles garantissant le bon fonctionnement ainsi que les conditions de la concurrence dans l'utilisation du spectre radioélectrique.

La délibération propose des règles bénéfiques pour l'ensemble du secteur des communications électroniques mobiles.

Elle définit les conditions pour l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché mobile, y compris les meilleures conditions possibles pour choisir la quantité et le type de fréquences nécessaires pour répondre aux divers besoins des différents secteurs tout en bénéficiant de la synergie entre les différentes bandes lors de la vente aux enchères.

L'objectif est de respecter les objectifs de la stratégie numérique.

Plusieurs propositions portent sur la nécessité d'une utilisation efficace du spectre, avec, notamment, la possibilité de louer le spectre, de proposer des offres de gros et de partager des fréquences.

Des réductions sont possibles pour ceux qui s'engagent au niveau écologique.

Les sociétés remportant la vente aux enchères devront suivre les principes de la neutralité du réseau dans leurs activités.

La consultation est ouverte pendant 30 jours.

- *Delibera n. 127/11/CONS, Consultazione pubblica sulle procedure e regole per l'assegnazione e l'utilizzo delle frequenze disponibili in banda 800, 1800, 2000 E 2600 MHz per sistemi terrestri di comunicazione elettronica e sulle ulteriori norme per favorire una effettiva concorrenza nell'uso delle altre frequenze mobili a 900, 1800 e 2100 MHz, 24 marzo 2011 (Delibera n. 127/11/CONS, consultation publique sur les délibérations de l'autorité qui définit la procédure d'attribution des fréquences du dividende de la télévision numérique et pour les autres fréquences disponibles pour les systèmes mobiles haut débit, 24 mars 2011)*  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13151>

IRIS 2011-5/29

## Etats-Unis

### Budget prévisionnel de la FCC pour l'exercice 2011

Alexander Malyshev  
Stern & Kilcullen

La *Federal Communications Commission* (Commission fédérale des Communications - ci-après « la FCC » ou « la Commission ») a récemment présenté au Congrès son budget prévisionnel pour l'exercice 2011, pour un montant global de 350 millions USD demandé. Bien qu'il soit impossible d'effectuer une comparaison précise avec l'intégralité du budget fédéral, notamment du fait que ce dernier présente un déficit de près de 3 milliards USD, on peut tout de même affirmer que le budget de la Commission correspond à une faible portion du budget fédéral. Dans le budget qu'elle a présenté au Congrès, la Commission a décidé de privilégier quatre domaines de financement qu'elle juge essentiels pour mener à bien sa mission : (1) le soutien de la mission de cyber-sécurité confiée à la Commission ; (2) la mise en œuvre du Plan « Haut débit » ; (3) le remaniement des « bases de données de la Commission et du traitement de ces données » ; et, enfin, (4) la modernisation générale de la FCC en « faisant appel aux outils et aux compétences spécialisées du XXI<sup>e</sup> siècle ».

#### Affectation des fonds :

La Commission définit six objectifs stratégiques dans son plan de résultats pour les cinq prochaines années qui représentent l'intégralité de son budget. Elle consacre (1) 88 millions USD au haut débit (soit 25 %) ; (2) 38 millions USD à la protection des consommateurs (11 %) ; (3) 109 millions USD à l'innovation et à la concurrence (31 %) ; (4) 51 millions USD aux améliorations constantes (15 %) ; (5) 43 millions à la sécurité publique et à la sûreté du territoire (12 %) ; et, enfin, 22 millions USD aux questions internationales (6 %). Pour l'essentiel, les quatre grands domaines de financement présentés au Congrès correspondent aux objectifs stratégiques auxquels les sommes les plus importantes ont été allouées.

#### Objectifs spécifiques des postes budgétaires prévisionnels :

Les objectifs de la partie consacrée au haut débit, qui représente le deuxième plus gros budget, consistent à : (i) appliquer les recommandations du Plan national « Haut débit » afin d'intensifier le déploiement et l'utilisation des technologies du haut débit par l'ensemble des citoyens américains ; (ii) garantir que l'infrastructure du haut débit américain favorise la création d'emploi, la sécurité publique, la protection des consommateurs, l'efficacité énergétique et la mise à disposition, notamment, des services de santé ; (iii) assurer un traitement réglementaire « harmonisé » des services de haut débit concurrents ; et, enfin, (iv) encourager et favoriser la création d'un environnement stimulant pour « les investissements et l'innovation » au profit des technologies et services du haut débit.

[...]

- *Fiscal Year 2011 Budget Estimates Submitted to Congress - February 2010* (Budget prévisionnel pour l'exercice 2011 présenté au Congrès - février 2010)  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=12290>

IRIS 2010-4/42

## Règles concernant l'utilisation du réseau

### Comité des Ministres

#### Déclaration sur la neutralité du réseau

*Emre Yildirim  
Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

Le 29 septembre 2010, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une Déclaration sur la neutralité du réseau. Ce texte porte sur la protection et la promotion des droits de l'homme sur Internet et sur leur éventuelle perturbation en raison de l'absence de neutralité du réseau.

La Déclaration constate un recours manifeste des personnes à Internet comme outil indispensable à leurs activités quotidiennes dans des domaines aussi variés que la communication, l'information, le savoir et les transactions commerciales. Elle souligne l'importante contribution des réseaux de communications électroniques à la garantie des droits fondamentaux que sont la liberté d'expression, l'accès à l'information, le pluralisme et la diversité. Une gestion opaque du trafic, une discrimination des contenus et services ou un blocage des dispositifs de connexion pourraient cependant être préjudiciables au respect de ces droits.

La Déclaration souligne que l'accès à l'infrastructure, indépendamment du dispositif employé par l'utilisateur final, est une condition préalable à la garantie du plus large accès possible à tout contenu, application ou service proposés sur Internet. L'augmentation exponentielle du trafic Internet et de l'utilisation de la largeur de bande peut amener les opérateurs de réseaux de communications électroniques à prendre des mesures de gestion du trafic Internet. Cette situation serait donc susceptible de nuire à la qualité des services, à la mise en place de nouveaux services, à la stabilité et à la fiabilité du réseau ou à la lutte contre la cybercriminalité.

La Déclaration estime que, dans la mesure où la gestion du trafic est indispensable dans la situation précitée, il importe que cette démarche ne soit pas perçue comme une mesure contraire au principe de la neutralité du réseau. Toute exception à ce principe devrait être examinée avec la plus grande attention et se justifier par des motifs d'intérêt général supérieur. Le Comité des Ministres rappelle l'importance du respect de l'article 10 de la Convention européenne et de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme et fait également référence au cadre réglementaire de l'Union européenne en matière de communications électroniques.

Conformément à la Déclaration, il importe que les utilisateurs et fournisseurs de services, d'applications ou de contenus soient en mesure d'évaluer les répercussions des mesures de gestion du réseau sur les libertés et droits fondamentaux et qu'ils soient informés de leur existence. Il convient que ces mesures soient proportionnées, adaptées et qu'elles évitent toute forme de discrimination injustifiée, qu'elles fassent l'objet d'un examen périodique et qu'elles ne soient pas appliquées au-delà de la durée strictement nécessaire. Il y a également lieu de prévoir des garanties procédurales, sous forme de voies de recours adéquates contre les décisions de gestion du réseau.

En conclusion, le Comité déclare son attachement au principe de neutralité du réseau et souligne que toute exception à ce principe devrait respecter les exigences établies ci-dessus.

- Déclaration du Comité des Ministres sur la neutralité du réseau, adoptée le 29 septembre 2010 <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=12790>

IRIS 2010-10/3

## Italie

### L'AGCOM lance des consultations publiques sur la neutralité du réseau, le peer-to-peer et la VoIP

Ana Perdigao  
Biontino Consultants

La neutralité du réseau internet, le *peer-to-peer* et la VoIP sont des priorités pour les autorités italiennes, comme indiqué dans un récent communiqué de presse. La première consultation publique portera sur les résultats d'une enquête sur la protection des consommateurs et de concurrence dans le cadre des services mobiles VoIP et *peer-to-peer* (P2P). La consultation publique a été lancée après approbation de la version finale.

L'enquête sur la VoIP et le P2P visait à analyser les nouveaux défis du secteur des communications mobiles d'un point de vue général, les changements affectant le marché, les aspects juridiques et économiques ainsi que les implications techniques. L'objectif était de recevoir un maximum d'informations de la part des parties prenantes.

Les résultats révèlent qu'une discussion autour de la neutralité du réseau internet est primordiale en Europe et aux Etats-Unis.

En conséquence, l'autorité italienne a décidé de lancer une consultation distincte sur le sujet.

A cette occasion, de nombreuses questions feront l'objet de discussions, telles que l'évolution du secteur, les nouvelles perspectives techniques et la transformation de la structure du marché. Les garanties données aux consommateurs et la protection de la concurrence sont au cœur de l'enquête et du débat.

La consultation publique durera 60 jours.

- *Delibera n. 39/11/CONS, recante "Indagine conoscitiva concernente "Garanzie dei consumatori e tutela della concorrenza con riferimento ai servizi vocali suprotocollo internet (VoIP) ed al traffico peer-to-peer su rete mobile": approvazione dellarelazione finale e avvio della consultazione pubblica", 3 febbraio 2011 (Delibera 39/11/CONS, consultation publique sur les résultats d'une enquête sur la protection des consommateurs et de concurrence dans le cadre des services mobiles VoIP et peer-to-peer (P2P), 3 février 2011)*  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13149>
- *Delibera 40/11/CONS, Neutralità della rete: avvio di consultazione pubblica, 3 febbraio 2011 (Delibera 40/11/CONS, consultation publique sur la neutralité du réseau, 3 février 2011)*  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13150>

## Pays-Bas

### Les Pays-Bas prennent la pole position en matière de réglementation de la neutralité du réseau

*Kevin van 't Klooster  
Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

Le 8 juin 2011, Maxime Verhagen, ministre néerlandais des Affaires économiques, de l'Agriculture et de l'Innovation, a accepté une modification de la loi néerlandaise sur les télécommunications garantissant la neutralité du réseau. Dans sa forme la plus pure, la neutralité du réseau internet est le principe selon lequel tous les internautes devraient être en mesure de communiquer les uns avec les autres sans interférence de tierces parties, telles que les fournisseurs d'accès internet (FAI).

Cette modification a été rendue nécessaire après que les entreprises de télécommunications ont déclaré vouloir commencer à facturer aux utilisateurs l'utilisation d'applications et de services internet, tels que WhatsApp et Skype. L'étincelle qui a déclenché l'incendie est le fait du responsable de la division des services mobiles de KPN, Marco Visser, qui a déclaré le mois dernier que KPN utilise le Deep Packet Inspection (DPI) pour déterminer le contenu des paquets envoyés par les utilisateurs sur internet. Vodafone a rejoint le débat en déclarant utiliser la même technologie. Elle s'est toutefois hâtée d'ajouter que le DPI bénéficie aux utilisateurs car il permet à Vodafone de rationaliser et de hiérarchiser le contenu. Ces déclarations ont suscité une grande controverse parmi les organisations veillant aux droits numériques, telles que l'ONG néerlandaise Bits of Freedom, ainsi qu'au sein du Parlement néerlandais.

Après l'annonce, quelques membres de l'opposition, menés par Kees Verhoeven, député membre du parti démocratique D66, ont pris une longueur d'avance en rédigeant une proposition de modification de l'article 7.4a de la loi néerlandaise sur les télécommunications (DTA). La définition de la neutralité du réseau qu'ils proposent est similaire à celle avancée par Tim Wu (professeur à la faculté de droit de Columbia et partisan de la neutralité du réseau). Cette modification a été acceptée par le ministre Verhagen et sera très vraisemblablement adoptée par le Parlement le mardi 14 juin. Elle prévoit ce qui suit :

« Les fournisseurs de réseaux publics de communications électroniques qui fournissent des services d'accès à internet et les fournisseurs d'accès internet ne bloquent ni ne retardent les applications ou services internet, à moins qu'il ne soit nécessaire de bloquer ou de retarder ces services :

- a. pour limiter les effets de la congestion, un trafic similaire étant traité de la même façon ;
- b. pour l'intégrité et la sécurité du réseau et du service du fournisseur ;
- c. pour limiter le transfert de communications indésirables à l'utilisateur (par exemple, les spams), comme mentionné à l'article 11.7 (1) DTA, à condition que l'utilisateur ait accordé sa permission, ou
- d. pour donner suite à une exigence légale ou à l'ordonnance d'un tribunal. (...) »

Les Pays-Bas sont le deuxième pays au monde, après le Chili, et le premier pays européen à réglementer la neutralité du réseau dans sa législation nationale.

- *Wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene Telecommunicatierichtlijnen* (Modification de la loi néerlandaise sur les télécommunications mettant en œuvre les directives révisées sur les télécommunications)  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13377>

## Etats-Unis

### Dispositions relatives à la neutralité du réseau Internet proposées par la FCC

Jonathan Adler  
Media Center, New York Law School

Le 22 octobre 2009, la Federal Communications Commission (Commission fédérale des communications - FCC) a publié un avis de proposition réglementaire (APR), un document qui demande aux diverses parties intéressées de formuler leurs observations au sujet d'une proposition de réglementation fédérale. En l'espèce, cet avis a été publié en vue de consulter l'opinion publique au sujet du projet de dispositions visant à préserver la neutralité d'Internet.

Les parties intéressées y ont immédiatement réagi. Plusieurs d'entre elles ont violemment critiqué cette initiative en la déclarant autoritaire, inutile et susceptible d'engendrer des répercussions négatives involontaires en matière d'investissement, d'innovation et d'entrepreneuriat. Les partisans de ces modifications s'appuient sur deux arguments essentiels. Ils affirment premièrement que ces dispositions sont nécessaires pour empêcher les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) de faire disparaître, partiellement ou totalement, les innovations apportées par les sociétés de contenus Internet et de services de télécommunications. Deuxièmement, en l'absence de dispositions, les FAI seraient en mesure d'entraver la liberté d'expression et le débat citoyen sur Internet. La FCC a également trouvé un moyen de susciter le débat public en créant *openinternet.gov*, un site Web qui s'apparente à un blog et sur lequel les internautes peuvent facilement faire part de leurs propres idées, voter ou commenter les observations des autres personnes. Au 1<sup>er</sup> décembre 2009, 1 744 personnes avaient déposé 159 messages, 1 040 commentaires, tandis que 14 506 votes avaient été comptabilisés.

En cas d'adoption, ces dispositions devront être respectées par l'ensemble des FAI, y compris les fournisseurs par satellite et sans fil. Les divers types de dispositions limiteraient les mesures prises par les FAI pour empêcher ou dissuader les utilisateurs d'envoyer, de recevoir et d'utiliser en toute légalité des contenus, applications et dispositifs connectés à Internet ou favoriser un type de contenu, d'application ou de dispositif au détriment d'un autre. Ces dispositions leur imposeraient par ailleurs de divulguer le mode de gestion du réseau et les autres pratiques employées pour entraver le transfert illicite de contenu.

Cet APR repose de la Déclaration de principe de 2005 de la FCC relative à Internet et au haut-débit, dont les quatre principes autorisent les utilisateurs (i) à accéder en toute légalité au contenu Internet, (ii) à utiliser les applications et services dans le respect de la loi, (iii) à connecter tout dispositif licite de leur choix qui n'est pas susceptible de porter préjudice au réseau et (iv) à faire jouer la concurrence entre les fournisseurs de réseaux, les fournisseurs d'applications et de services et les fournisseurs de contenus. L'APR complète la déclaration de principe par deux points importants. Premièrement, la formulation a été modifiée pour rendre les dispositions juridiquement contraignantes. Deuxièmement, la FCC propose un principe de non-discrimination exceptionnellement étendu qui définit les interdictions imposées sans réserve aux FAI. Cette interdiction est nettement plus marquée que l'interdiction générale de « discrimination injuste ou excessive » prévue par les fournisseurs de services classiques.

Les détracteurs de ces dispositions déclarent que le secteur du haut-débit n'en est encore qu'à ses balbutiements et qu'il importe de le laisser s'autoréguler par le marché. En substance, il convient que le gouvernement ne tente pas d'apporter une solution à un problème qui n'existe pas. M. Robert McDowell, membre de la FCC « ne partage pas l'avis général selon lequel Internet montrerait des signes de faiblesse structurelle auxquels le gouvernement [...] se doit de remédier ». USTelecom estime qu'« il serait regrettable de remettre en question la neutralité et la dynamique du cadre actuel en la remplaçant par une conception de l'innovation trop strictement réglementée ». Verizon considère que « la Commission ne devrait pas adopter des dispositions qui encadreraient en réalité un secteur qui pour l'heure est innovant et évolutif en traitant [les sociétés de contenu

Internet et de services de télécommunications] et les [FAI] comme des éléments distincts de l'écosystème de l'Internet à haut-débit ». De nombreux messages déposés sur *openinternet.gov* se rangent à cette conception de la liberté du marché.

La définition de « la gestion raisonnable d'Internet » constitue un point de discordance supplémentaire. Les FAI sont réfractaires à toute régulation qui limiterait leur capacité à prévenir toute saturation du réseau et craignent que le fait de chercher à définir des pratiques raisonnables ait des répercussions négatives pour l'ensemble du pays. AT&T a affirmé qu'imposer un « critère de non-discrimination sans une forme de limite raisonnable serait plus restrictif que l'interdiction d'une « discrimination excessive » prévue par la loi relative aux communications de 1934 pour les sociétés de services téléphoniques à l'époque où elles jouissaient d'un monopole ».

Les partisans de ces dispositions s'inquiètent principalement de l'asphyxie actuelle de l'innovation et de la participation des citoyens. Ils se sont rassemblés sous un même mot d'ordre : l'inaction du gouvernement confèrera surtout aux fournisseurs d'accès à Internet le droit de bloquer, réduire ou ralentir tout contenu accessible sur Internet et ce pour quelque raison que ce soit. Ils invoquent, à l'appui de leur argumentation, les exemples précis fournis par l'APR dans lesquels les fournisseurs ont fait preuve de discrimination à l'encontre d'applications, de services, voire d'utilisateurs précis. D'aucuns estiment que les dispositions envisagées ne sont pas suffisamment audacieuses et demandent qu'elles soient plus précises afin de garantir leur efficacité et leur mise en application.

Une coalition de sociétés de contenus Internet et de services de télécommunications, dont font partie Google et Facebook, s'est récemment adressée à la Commission pour demander instamment la mise en place d'une solide politique antidiscriminatoire dans la mesure où la législation permet aujourd'hui aux FAI d'empêcher l'accès de leurs produits sur le marché. Cette démarche va dans le sens de l'argument avancé par Lawrence Lessig (cité dans l'APR) : « si l'on abandonne le principe de neutralité [...] les auteurs d'innovations devront à présent tenir compte, dans leur calcul de prise de risque, du fait que [les FAI] pourraient décider de bloquer une application précise ou de la taxer. Ce risque accru réduira d'autant les investissements réalisés en matière d'applications ».

Les deux camps continuent à alimenter le débat en formulant des observations que la FCC traduira en dispositions, dans le souci à la fois de protéger la neutralité d'Internet et de promouvoir l'innovation.

- *FCC Notice of Proposed Rulemaking In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices* (Avis de proposition réglementaire de la FCC relatif au maintien de la neutralité des pratiques du secteur de l'Internet à haut-débit)  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=12154>
- *FCC Policy Statement of 5 August 2005* (Déclaration de principe de la FCC du 5 août 2005)  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=12155>

IRIS 2010-1/41

## La cour d'appel invalide la compétence de la FCC en matière d'Internet

*Christopher G. Dorman*  
*Phillips Lytle LLP & Centre des médias, Faculté de droit de l'Université de New York*

La cour d'appel itinérante du district de Columbia a estimé que dans l'affaire *Comcast Corporation c. Federal Communications Commission* (Commission fédérale des communications – FCC) (D.C. cir., du 6 avril 2010) la FCC n'était pas juridiquement compétente pour se prononcer sur les pratiques

d'un fournisseur d'accès à Internet (FAI) en matière de gestion de son réseau. De nombreux observateurs assimilent cette décision à un recul concernant le principe de la « neutralité du Net », c'est-à-dire la garantie du libre accès des utilisateurs aux contenus Internet sans aucune ingérence de la part des FAI. D'autres estiment qu'il s'agit là de la fin du Plan national pour le haut débit élaboré par la FCC et présenté le 16 mars 2010. Malgré le caractère hautement politique de cette question, la décision rendue par la cour reposait essentiellement sur l'absence de fondement légal suffisant pour permettre à la FCC de connaître des questions ayant trait à Internet.

L'affaire démarre au moment où les abonnés au service Internet haut débit de la société Comcast ont découvert que leur connexion à un réseau d'échange de fichiers (*peer-to-peer*) en particulier était ralentie et suite à cela, ont saisi la FCC d'un recours. Les abonnés affirmaient que Comcast enfreignait les lignes directrices de la Commission selon lesquelles « les consommateurs sont autorisés à accéder à tout contenu licite de leur choix sur Internet [...] [et] à utiliser les applications et services de leur choix ». Comcast justifiait la nécessité de cette action pour pouvoir gérer la capacité de son réseau, dans la mesure où l'échange de fichiers en réseau absorbait une part considérable de la bande passante.

La FCC a admis que la mesure prise par Comcast était contraire à ses lignes directrices et a indiqué que Comcast disposait d'autres options pour assurer la gestion du débit sur son réseau. Puisque Comcast a d'ores et déjà consenti à prendre d'autres mesures pour assurer la gestion de son réseau, la FCC lui a ordonné (par « ordonnance ») de révéler en quoi consistera sa nouvelle démarche, tout en l'avertissant qu'elle prononcerait une injonction à son encontre si elle ne respectait pas ses engagements.

Comcast a contesté cette ordonnance en soutenant que la FCC avait (i) omis de justifier en quoi la gestion du réseau d'un FAI relevait de sa compétence, (ii) contourné les obligations décisionnelles de la loi relative à la procédure administrative (ci-après « la loi ») et porté atteinte au principe du respect de la légalité et, enfin, (iii) motivé de manière arbitraire et fantasque son ordonnance. Le premier de ces points était déterminant pour l'argumentation de Comcast.

Tout en reconnaissant qu'elle ne dispose pas expressément d'une compétence pour réglementer ce type d'activités, la FCC a affirmé que cette prérogative découlait du Titre I de la loi, qui prévoit à l'article 154(i) que « la [FCC] peut accomplir tout acte, prendre toute disposition et rendre toute ordonnance qui ne soit pas contraire à la loi, si cela s'avère nécessaire dans l'exercice de ses fonctions ». Cette disposition se rapporte à « la compétence accessoire raisonnable » de régulation de la Commission, comme le précise la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis dans les arrêts *Etats-Unis c. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 157 (1968), *Etats-Unis c. Midwest Video Corp.*, 406 U.S. 649 (1972) et *FCC c. Midwest Video Corp.*, 440 U.S. 689 (1979), qui concernent la reconnaissance de la compétence de la FCC en matière de télévision par câble, à une époque où ce média faisait son apparition.

En se référant à son propre arrêt rendu dans l'affaire *Am. Library Ass'n c. FCC.*, 406 F.3d 689 (D.C. Cir. 2005) dans lequel elle résumait ses décisions de ces affaires, la cour d'appel a déclaré que la FCC pouvait exercer une compétence accessoire sous réserve que (1) la question sur laquelle elle se prononce relève de la compétence générale que lui confère le Titre I de la loi et que (2) son action de régulation soit raisonnablement accessoire par rapport à l'exercice effectif de la mission que lui assigne son mandat.

La cour d'appel a cependant conclu que la FCC n'avait pas satisfait à ce dernier critère. En analysant une série d'affaires portant sur la « compétence accessoire », la cour d'appel a estimé que le fondement légal de cette compétence devait être prévu par la loi relative aux communications, comme c'est le cas pour la compétence de la Commission en matière de radiodiffusion dans les états du Sud-Ouest des Etats-Unis. Or, en l'espèce, la Commission s'était uniquement fondée sur les directives générales du Congrès. Les déclarations de principe peuvent certes « apporter des éclaircissements » sur la compétence des instances administratives, mais leurs véritables prérogatives doivent au final découler d'une loi. Si l'on omet de se référer aux dispositions de fond de la loi relative aux communications, la compétence accessoire de la FCC serait alors illimitée.

La FCC affirmait également qu'en vertu d'autres dispositions de la loi, y compris de certaines parties du Titre II, Comcast relevait de sa compétence accessoire mais la cour d'appel a réfuté l'analyse faite par la FCC des dispositions en question.

La cour d'appel a conclu que « bien que le Congrès ait attribué une compétence étendue et adaptable à la FCC afin qu'elle reste en phase avec l'évolution rapide des technologies des communications - Internet n'étant rien d'autre qu'une de ces technologies, même si elle représente sans doute la plus importante innovation en matière de télécommunications de notre génération - l'attribution d'une grande marge de manœuvre dans l'exercice de pouvoirs délégués n'équivaut pas à une liberté totale en matière de régulation d'activités qui ne relèvent pas, en vertu de la loi, de la compétence de la FCC ».

La FCC peut encore se mettre en quête d'autres fondements légaux, comme la compétence que lui reconnaît de longue date le Titre II de la loi pour les entreprises de télécommunications classiques ou inciter l'administration Obama à mettre en place une législation qui lui donnerait la compétence nécessaire pour se prononcer sur les questions relatives à Internet. Mais compte tenu de la situation actuelle à Washington, l'adoption de ce texte de loi exigera vraisemblablement de mener un long et pénible combat.

- *Comcast Corporation v. Federal Communications Commission (D.C. Cir., 6 April 2010)* (Comcast Corporation c. Federal Communications Commission (D.C. Cir., 6 avril 2010))  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=12427>

IRIS 2010-6/43



# La neutralité du Net aux Etats-Unis : qui peut arrêter la FCC et faut-il le faire ?

*Michael V. Erzingher*  
*Media Center, New York Law School, Etats-Unis*

## I. Présentation de la neutralité du Net aux Etats-Unis et de la controverse en cours

Récemment, le thème de la « neutralité du Net » a focalisé toute l'attention du secteur américain des télécommunications. Aux Etats-Unis comme dans d'autres pays, ce terme n'est défini que de façon vague et imprécise. Selon l'une de ces définitions, la « neutralité du Net » signifie que les fournisseurs d'accès à internet (FAI) doivent traiter toutes les sources de données équitablement<sup>1</sup>. Conformément à cette définition, la législation encadrant la « neutralité du net » devrait interdire aux fournisseurs d'accès à internet certaines pratiques de gestion du réseau, notamment la surfacturation de certains contenus, l'étranglement, le ralentissement ou le blocage pur et simple de l'accès des utilisateurs en fonction des contenus.

Par ailleurs, la « neutralité du Net » est censée interdire aux fournisseurs de services en ligne de surtaxer les FAI pour acheminer leurs contenus - et vice-versa -, tout en interdisant aux FAI des pratiques de gestion du réseau visant à hiérarchiser les contenus. La première définition semble avoir l'avantage aux Etats-Unis, probablement parce qu'au vu d'un récent arrêt très médiatisé aux Etats-Unis dans l'affaire *Comcast c. Federal Communications Commission*, le terme de « neutralité du Net » se prête à une telle interprétation<sup>2</sup>. Ceux qui ont suivi l'affaire *Comcast* et sa campagne médiatique devraient faire preuve de prudence afin de ne pas limiter la portée de cette définition, et, partant, de son application.

Les FAI sont généralement opposés aux règles qui limitent leur capacité de contrôler leurs réseaux. Conjointement, ils affirment qu'ils détiennent les réseaux et que cela exige des investissements importants de leur part. Concernant la saturation du réseau, certains FAI soutiennent que la gestion des réseaux est nécessaire pour protéger la majorité des internautes contre une minorité

---

1) Voir *Net Neutrality*, Times Topics, The New York Times (22 déc. 2010 [http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/n/net\\_neutrality/index.html](http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/n/net_neutrality/index.html)).

2) *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010) (« l'affaire *Comcast* »). Dans cette affaire, les requérants avaient déposé une plainte contre Comcast Cable Corp., pour l'obliger à cesser ses pratiques de gestion du réseau. Comcast entravait leur connexion à certains contenus en ligne « *peer-to-peer* » en la ralentissant, à tel point que les requérants étaient dans l'impossibilité d'avoir accès à ces services.

qui accapare une part excessive de la bande passante et engorge ainsi le réseau. Ils font valoir qu'ils devraient pouvoir gérer leurs réseaux à titre préventif, afin d'éviter toute saturation et d'assurer la stabilité des réseaux. Leurs adversaires répliquent que si bon nombre de fichiers multimédia gourmands en bande passante sont illégaux, une grande part d'entre eux sont néanmoins légaux. Les internautes désireux d'accéder aux « contenus licites de leur choix » ne devraient pas être entravés par des pratiques de gestion du réseau qui sont destinées à empêcher le piratage, mais qui ont pour conséquence de bloquer certaines utilisations légales<sup>3</sup>.

Les positions concernant la nécessité ou non de légiférer sur la neutralité du Net aux Etats-Unis sont nettement tranchées ; elles se situent entre deux extrêmes, avec d'un côté ceux qui estiment que le gouvernement ne devrait prendre aucune mesure pour préserver un internet ouvert et, de l'autre côté, les partisans d'une réglementation stricte et précise<sup>4</sup>. Les adversaires d'une intervention gouvernementale se basent sur l'histoire et la tradition de l'internet ouvert. Ils affirment que l'absence de réglementation de l'accès à internet à haut débit a permis à internet de prospérer, ce qui a été largement bénéfique pour l'économie américaine. Par conséquent, le gouvernement devrait maintenir une approche non-interventionniste pour que les Etats-Unis continuent à profiter de tels bénéfices. Il est intéressant de noter que ceux qui réclament des mesures de la part du gouvernement se fondent sur des motifs similaires<sup>5</sup>.

Le point de clivage se situe au niveau du risque. Ceux qui sont favorables à une action du gouvernement sont plus réfractaires au risque que les partisans de la non-intervention. Les interventionnistes cherchent à préserver internet pour qu'il demeure « accessible à tous » et qu'il ne tombe « ... pas aux mains d'une poignée de gardiens qui seraient en mesure de contrôler l'accès de chacun<sup>6</sup>. » Ils craignent que l'absence de réglementation sur la neutralité du Net (ce que les non-interventionnistes pourraient appeler la « régulation ») ne provoque une situation désastreuse ayant des conséquences irréversibles au seul détriment des consommateurs<sup>7</sup>. Ils affirment que ce risque de préjudice irréversible ne peut être évité que par une action rapide du gouvernement.

Un argument couramment avancé contre une législation de la neutralité du Net – qui se base sur un argument repris de façon récurrente pour refuser toute régulation de la part du gouvernement – affirme que « [r]ien, sur le marché de l'accès à internet, n'étant en panne, il n'est pas nécessaire de prévoir des réparations<sup>8</sup>. » Selon le commissaire McDowell, anti-interventionniste, les « [p]olitiques qui favorisent la profusion et la concurrence, plutôt que les conséquences imprévisibles d'une réglementation, sont le meilleur antidote contre les éventuelles dérives anticoncurrentielles redoutées par les partisans d'une réglementation. » Néanmoins, pour avoir une parfaite compréhension de la situation juridique actuelle, qui favorise l'émergence de multiples positions sur la neutralité du Net, il est nécessaire de connaître les bases de l'infrastructure juridique des télécommunications américaines.

---

3) *In re Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet Over Wireline Facilities*, CC Docket n° 02-33, ¶ 4 (5 août 2005), disponible sur : [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf)

4) *Preserving the Open Internet*, Déclaration du président Julius Genachowski, GN Docket n° 09-191, *Broadband Industry Practices*, WC Docket n° 07-52, p. 135, (21 déc. 2010) disponible sur : [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf)

5) Voir *Id.* p. 140 (Copp, Commissioner concurring) (« En permettant aux géants de l'économie ... d'exercer un contrôle absolu sur l'accès des Américains à internet, non seulement on met en péril l'innovation technologique et la croissance économique, mais on fait peser une réelle menace sur la liberté d'expression et l'avenir de notre démocratie »).

6) *Id.* p. 140.

7) « ...les fournisseurs innovants [de contenus] pourraient faire des investissements en s'appuyant sur des accords préférentiels exclusifs avec des fournisseurs d'accès et les technologies de gestion du réseau peuvent être difficiles à changer. Si la prochaine technologie ou activité révolutionnaire ne peut se développer parce que les pratiques des fournisseurs d'accès paralysent l'entrée et l'innovation des fournisseurs innovants, cet échec peut être considérable, et les pertes en termes d'innovation, d'investissement et de concurrence peuvent être irréversibles. Par ailleurs, en raison du rôle d'internet en tant que technologie à usage universel, l'érosion de l'ouverture d'internet est une menace pour l'innovation, l'investissement au cœur et à la périphérie du réseau, et la concurrence dans de nombreux secteurs, avec un effet disproportionné sur les petits prestataires, novateurs et non-commerciaux qui génèrent le plus d'innovation sur internet »)

8) Voir *Id.* p. 146, Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell.

## II. Présentation de l'infrastructure juridique des télécommunications aux Etats-Unis

Le Congrès américain a créé la *Federal Communications Commission* (Commission fédérale de régulation des télécommunications - la « Commission ») afin de réglementer certains secteurs des télécommunications. La politique américaine en matière de télécommunications repose pour une grande part, sur des *règles* promulguées par la Commission dans le cadre des compétences dont elle est investie par le Congrès et, dans une moindre mesure, sur la *législation* émanant du Congrès américain. Ces règles et ces lois sont appliquées par les *ordonnances* de justice et de la Commission. Etant donné que la loi fédérale prime sur la loi des Etats et que les télécommunications ont une dimension largement inter-étatique - ce qui confère sa compétence à la Commission - les lois américaines sur les télécommunications sont majoritairement fédérales<sup>9</sup>. En conséquence, la réglementation de chaque Etat n'a qu'un domaine de compétence réduit.

La Commission se compose de cinq commissaires, dont chacun est nommé par le président des Etats-Unis et confirmé ensuite par le Sénat américain<sup>10</sup>. Les partis politiques ne peuvent avoir plus de trois commissaires issus de leurs rangs siégeant en même temps à la Commission. Il est donc judicieux que le président nomme trois commissaires appartenant à son propre parti politique. Bien que la Commission soit une instance gouvernementale « indépendante », cela ne garantit pas sa totale impartialité. Cette indépendance signifie simplement que les commissaires ne peuvent être révoqués que sur la base d'un motif légitime<sup>11</sup>. Pourtant, globalement, la Commission agit conformément à la volonté de l'actuel président américain. Les lois américaines sur les télécommunications considèrent l'accès à internet à haut débit comme un « service d'information ». Selon la *Communications Act of 1934* (loi sur les communications de 1934 - la loi) dans sa version révisée, les prestataires de services d'information sont généralement soumis à une faible réglementation<sup>12</sup>. A ce titre, les fournisseurs d'accès à internet à haut débit sont assujettis à peu d'obligations légales<sup>13</sup>.

En outre, la loi américaine fait la distinction entre l'accès à internet et l'accès aux contenus d'internet. La réglementation des contenus d'internet est contraire aux dispositions garantissant la liberté d'expression de la Constitution américaine. Les lois visant à réglementer le contenu d'internet ont fait l'objet d'un examen judiciaire au plus haut niveau. La pornographie enfantine sur internet, par exemple, n'est pas interdite en raison de son « contenu », mais en raison de ses effets néfastes et irréversibles sur les enfants eux-mêmes. Ceci est un exemple extrême qui met en lumière le rôle traditionnel de la réglementation américaine des contenus d'internet. Toutefois, la réglementation du 21 décembre 2010 de la Commission a peut-être modifié ce rôle. Cette réglementation, que nous exposons plus en détail ci-dessous, pourrait s'apparenter à une régulation des contenus présentée sous un nouvel emballage.

- 
- 9) *Communications Act of 1934* dans sa version modifiée, 47 U.S.C. § 151 et seq., disponible sur : <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=BROWSE&TITLE=47USCC5> ("Aux fins de réguler le commerce interétatique et étranger des communications par fil et radio afin de le rendre disponible, autant que possible, à tout le peuple des Etats-Unis ...")
- 10) Le Congrès américain des Etats-Unis se compose du Sénat des Etats-Unis et de la Chambre des représentants des Etats-Unis, et constitue la branche législative. Voir l'article 1 de la Constitution des Etats-Unis.
- 11) En supposant que la décision rendue dans l'affaire *Weiner v. United States*, 357 U.S. 349 (1958) s'étende à la Commission.
- 12) Voir *Communications Act of 1934* (loi sur les communications de 1934) dans sa version modifiée, note 9 ci-dessus.
- 13) En revanche, les fournisseurs de «services de télécommunications sont soumis à davantage d'obligations légales (notamment contribuer au Universal Service Fund (Fonds de service universel), observer diverses règles de non-discrimination, etc.) Voir *Nat'l Cable et Telecom. Ass'n c. Brand X*, 545 US 967 (Scalia, dissident) pour un débat intéressant concernant la question de savoir si l'accès à internet par câble est un service d'information ou de télécommunications, sur la base d'une comparaison avec un service de livraison de pizzas ; voir également la *Telecommunications Act of 1996* (loi sur les télécommunications de 1996) - dernière grande révision de la loi américaine en matière de télécommunications - sachant qu'à l'époque, l'accès à internet à haut débit en était encore à ses balbutiements. Le système actuel de régulation américaine régleme en fonction du mode d'accès aux applications et non pas en fonction des applications elles-mêmes. Si l'accès à internet à haut débit était plus évolué, ou si la révision législative s'était produite ultérieurement, le système de régulation des Etats-Unis ressemblerait probablement davantage à celui de l'Europe d'aujourd'hui, où l'industrie audiovisuelle est plus souvent réglementée sur la base des applications.

Dans le cadre de la *Communications Act of 1934* dans sa version révisée (loi sur les communications de 1934), le Congrès américain a accordé à la Commission de larges compétences pour créer et appliquer des règles. Toutefois, les règles édictées par la Commission, y compris celles qui relèvent clairement de sa compétence, peuvent être annulées ou modifiées ultérieurement par une loi du Congrès. D'autre part, les commissions successives ont opportunément annulé ou modifié en substance des règles antérieures<sup>14</sup>. La Commission n'a cependant pas un pouvoir discrétionnaire absolu pour se livrer à ces pratiques et le cas échéant, elle serait confrontée à diverses procédures d'examen judiciaire<sup>15</sup>.

### III. L'avant 21 décembre 2010 : chronologie des événements jusqu'à l'ordonnance « Préserver l'internet ouvert » de la Commission

#### 1. Comcast

Dans l'historique de la neutralité du Net aux Etats-Unis, le 6 avril 2010 marque un tournant, car c'est la date de l'arrêt « Comcast ». Comcast, principal FAI américain, avait remis en question l'autorité de la Commission pour réglementer l'accès à internet. Lorsque des requérants ont saisi la Commission d'une plainte contre les pratiques de gestion du réseau de Comcast – qui consistaient principalement à ralentir les connexions – la Commission a ordonné à Comcast de cesser ces pratiques de gestion de réseau, en fondant sa compétence sur un aspect du droit américain des télécommunications appelé « l'autorité accessoire » :

*« La Commission peut accomplir tout acte, prendre toute disposition et rendre toute ordonnance qui ne soit pas contraire à la loi, si cela s'avère nécessaire dans l'exercice de ses fonctions<sup>16</sup>. »*

Ce terme, bien que ne figurant pas expressément dans le texte officiel de la loi américaine, est issu de la conjonction de plusieurs grandes affaires arbitrées par la Cour suprême des Etats-Unis. L'« autorité accessoire » de la Commission a une vaste portée et confère à la Commission la compétence requise pour réglementer dans le domaine des télécommunications, y compris au-delà des formes de compétence spécifiées par le Congrès américain. Il est intéressant de noter que la Commission est la seule instance fédérale disposant d'une autorité si étendue. Néanmoins, la compétence accessoire de la Commission n'est pas sans limites.

La *DC Circuit Court*, cour d'appel fédérale située juste au-dessous de la Cour suprême américaine, a jugé que pour pouvoir réglementer en vertu de sa « compétence accessoire », la Commission doit avoir une mission prescrite par la loi<sup>17</sup>. Une telle mission est susceptible d'être incluse, de façon non limitative, dans la législation relative aux domaines pour lesquels la Commission est expressément compétente (radiodiffusion, câble, satellite)<sup>18</sup>. Une mission pertinente et applicable prescrite par la loi déclenche l'autorité accessoire de la Commission et devrait permettre à la Commission de réglementer les questions de télécommunications au-delà de sa compétence expresse. Dans l'affaire *Comcast*, la Commission a tenté de justifier sa compétence pour intervenir contre Comcast en s'appuyant sur une mission prescrite par une déclaration de principe officielle. Or, les déclarations de principe des instances administratives ne sont pas suffisantes pour justifier

14) Par exemple, le service d'accès à internet ADSL était à l'origine un service de télécommunications, mais il a, par la suite, été classé comme un service d'information, au moment où l'accès à internet à haut débit, un service d'information, était florissant dans un contexte juridique et réglementaire plus souple. Ces changements de statut entre les services déterminent l'étendue des obligations légales auxquelles un fournisseur doit se conformer.

15) Voir *Administrative Procedure Act* (loi de procédure administrative), 5 U.S.C. § 706, disponible sur : <http://www.gpo.gov:80/fdsys/pkg/USCODE-2010-title5/pdf/USCODE-2010-title5-partI-chap7.pdf>

16) *Communications Act of 1934* (loi sur les communications de 1934) dans sa version modifiée, note 9 ci-dessus, 47 U.S.C. § 154 (i).

17) *American Library Ass'n v. FCC*, 406 F.3d 689 (D.C. Cir. 2005). Voir également *Comcast*, note 2 ci-dessus.

18) Aux Etats-Unis, le terme « broadcast » (radiodiffusion) n'englobe pas les services par câble ou satellite. La radiodiffusion désigne les services de radio et de télévision transmis par fréquence radio, mais n'inclut pas les services sans fil recouvrant, par exemple, les services mobiles ou cellulaires.

l'autorité accessoire de la Commission. Dans l'affaire *Comcast*, le tribunal a jugé que la Commission n'était pas compétente pour promulguer une telle décision et, par conséquent, Comcast a été autorisé à poursuivre ses pratiques de gestion du réseau. En conclusion, l'affaire *Comcast* a remis en question « l'autorité accessoire » de la Commission en matière d'accès à internet à haut débit, et de façon plus générale, son éventuelle légitimité<sup>19</sup>.

## 2. L'avis de proposition réglementaire : la politique de la Commission à l'ère du haut débit.

Dans ce climat d'incertitude sur sa capacité à réglementer l'accès à internet à haut débit, la Commission a tenu une réunion publique le 17 juin 2010, lors de laquelle elle a exposé ses objectifs pour l'avenir du haut débit aux Etats-Unis et trois options qui pourraient lui *donner* la compétence juridique pour réglementer l'accès à internet à haut débit et préserver l'ouverture d'internet<sup>20</sup>.

L'option n° 1 - également connue sous le nom de Titre 1, d'après l'endroit où le texte pertinent se trouve dans la loi américaine - maintient le cadre juridique actuel. En d'autres termes, la Commission conserverait à l'internet à haut débit son statut de « service d'information », et s'appuierait sur son autorité accessoire pour articuler sa réglementation du haut débit avec les services de téléphonie, de radiodiffusion ou de câble. Le maintien du statut de « service d'information » pour l'accès à internet à haut débit, par opposition au statut de « service de télécommunications », détermine le nombre et le type d'obligations légales qui s'appliquent aux fournisseurs de ces services. L'option n° 2 - également appelée l'option Titre II - consiste à reconnaître l'internet à haut débit comme un « service de télécommunications ». En conséquence, toutes les dispositions relatives aux services de télécommunications visées au « Titre II » seraient applicables. Quant à l'option n° 3 - également baptisée « *Third Way* » (troisième voie) du président Genachowski -, elle est similaire à l'option n° 2 en ce sens que la Commission reconnaîtrait l'accès à internet à haut débit comme un « service de télécommunications ». Toutefois, la Commission s'abstiendrait d'imposer toutes les obligations découlant du Titre II<sup>21</sup>. La Commission jouerait alors apparemment la carte de la tolérance<sup>22</sup>.

L'ouverture d'un débat public sur les différentes options pour *trouver* sa compétence, alors qu'elle est pour le moins douteuse, fait l'objet de nombreuses critiques. Traditionnellement, les questions de compétence se posent pour savoir si une série de faits donnés s'inscrit dans le cadre des paramètres définis pour des scénarios spécifiques. Or, en l'espèce, la Commission a cherché à placer l'accès à internet à haut débit dans un schéma conçu pour des technologies antérieures au haut débit, pour lequel la loi actuelle n'est pas destinée - une tâche ardue qui comporte un risque élevé de générer des anomalies.

## IV. L'après 21 décembre 2010 : l'ordonnance « Préserver l'internet ouvert » et les enjeux

La démarche de la Commission visant à définir sa propre compétence législative l'a sans doute amenée à réfléchir sur la meilleure façon de procéder. Après l'affaire *Comcast*, la Commission a clairement établi, dans son ordonnance « *Preserving the Open Internet* » (Préserver l'internet

19) Avant l'affaire *Comcast*, la Commission faisait usage de sa compétence accessoire pour réguler la télévision par câble jusqu'à ce que le Congrès adopte la *Cable Communications Act of 1984* (loi sur les communications par câble de 1984) qui confère à la Commission la compétence sur les services câblés, indépendamment de sa compétence accessoire.

20) Voir *Framework of Broadband Internet Service*, GN Docket n° 10-127, 15-24 (13 juillet 2010), disponible sur : [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/DA-10-1296A1.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-10-1296A1.pdf) (Les objectifs de la Commission pour l'avenir du haut débit aux Etats-Unis comprennent : 1) le déploiement d'une couverture haut débit nationale ; 2) la vie privée ; 3) la sécurité nationale ; 4) la sécurité de la vie et des biens des personnes ; 4) la lutte contre les pratiques préjudiciables des FAI.)

21) *Communications Act of 1934* (loi sur les communications de 1934) dans sa version modifiée, note 9 ci-dessus, 47 U.S.C. §160.

22) Néanmoins, cela est peu probable, car le Congrès américain peut passer outre avec une législation qui en décide autrement.

ouvert – l’ordonnance), que le but de cette ordonnance était de réglementer l’accès à internet à haut débit<sup>23</sup>. La Commission s’est abstenue d’abandonner la compétence accessoire du Titre I en la rattachant aux différentes sections de la loi sur les télécommunications<sup>24</sup>. L’ordonnance de la Commission énonce deux normes différentes : l’une pour les fournisseurs de services à haut débit fixes et l’autre pour les fournisseurs de services à haut débit mobiles. Il est interdit aux fournisseurs de services internet à haut débit fixes de bloquer des « contenus licites, applications, services ou périphériques anodins, soumis à une gestion raisonnable du réseau<sup>25</sup>. » En outre, les fournisseurs de services fixes ne doivent pas se livrer à des « pratiques discriminatoires abusives dans la transmission des échanges légaux sur leurs réseaux dans le cadre du service d’accès à internet à haut débit d’un consommateur<sup>26</sup> ».

La Commission a accordé davantage de flexibilité aux fournisseurs d’accès à internet mobile qu’aux fournisseurs d’accès fixe. Il est interdit aux fournisseurs de services mobiles de bloquer l’accès des consommateurs à des « sites licites, hormis dans le cadre d’une gestion raisonnable du réseau. <sup>27</sup> » En outre, il est interdit aux fournisseurs de services mobiles de « bloquer les applications qui font concurrence aux services téléphoniques vocaux ou vidéo, hormis dans le cadre d’une gestion raisonnable du réseau<sup>28</sup>. » Il est intéressant de noter que la Commission ne dit rien sur les opérateurs sans fil qui ralentissent ou entravent le trafic vers des sites ou des applications de façon ciblée<sup>29</sup>.

La Commission prévoit certaines exceptions aux règles de la neutralité du Net : les communications d’urgence, la sûreté et la sécurité nationale<sup>30</sup>. Cependant, ces exceptions induisent le risque de voir des FAI peu scrupuleux définir leurs pratiques de gestion de leur réseau respectif de façon à répondre aux besoins des communications d’urgence, d’application des lois, de sûreté ou de sécurité nationale, « en conformité avec, ou dans le cadre de la loi applicable<sup>31</sup>. » Il est intéressant de relever que les règles en matière d’exception précisent expressément qu’il n’est pas interdit à un FAI de répondre à une violation du droit d’auteur ou toute autre activité illégale. Maintenant que les FAI sont formellement autorisés à faire des efforts raisonnables pour traiter les infractions au droit d’auteur ou toute autre activité illégale, il reste à savoir si cela est une obligation positive. On peut se poser la question de savoir si les détenteurs des droits de propriété intellectuelle peuvent obtenir une compensation des FAI si ces derniers ne parviennent pas à mettre en œuvre des efforts raisonnables<sup>32</sup>.

L’élément essentiel de ces règles réside dans la définition du *service d’accès à internet à haut débit fixe* et du *service d’accès à internet à haut débit mobile*, en notant bien que la dernière définition utilise le terme « mobile », et non « sans fil ». Il semblerait que la Commission considère

---

23) *Preserving the Open Internet*, note 4 ci-dessus, p. 88, « Le but poursuivi ... est de préserver l’internet comme une plateforme ouverte offrant au consommateur un vaste choix, la liberté d’expression, le contrôle de l’utilisateur final, la concurrence et la liberté d’innover sans autorisation. »

24) Notamment, l’une des sections de la loi dans laquelle la Commission ancre sa compétence comprend le Titre II. La Commission a expliqué que les services Voix sur IP fonctionnaient comme un substitut de la téléphonie standard, qui est actuellement réglementée comme un service de télécommunications. Bien que la *DC Circuit court* ait rejeté cet argument dans l’affaire *Comcast*, elle l’a fait uniquement pour des raisons procédurales, car l’argument de la compétence n’avait pas été invoqué dans la plainte initiale.

25) *Preserving the Open Internet*, note 4 ci-dessus, p. 88.

26) « La gestion raisonnable du réseau ne saurait donner lieu à une discrimination abusive. » *Id.* p. 88. La « gestion raisonnable du réseau » est définie comme une pratique de gestion de réseau « appropriée et adaptée à la réalisation d’un objectif légitime de gestion du réseau. » *Id.* p. 89.

27) *Id.* p. 88 (italiques ajoutées).

28) *Id.*

29) Voir *FCC’s Net Neutrality Rules: The Basics*, NetworkWorld, <http://www.networkworld.com/news/2010/122210-fcc-net-neutrality.html>

30) *Preserving the Open Internet*, note 4 ci-dessus, p. 89.

31) *Id.* La formulation de cette phrase est vague et ne donne pas d’élément supplémentaire par rapport aux autres règles.

32) Voir *Viacom c. YouTube*, Alexander Malyshev, Base de données IRIS Merlin, Observatoire européen de l’audiovisuel (2010), <http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/8/article46.fr.html> (analyse d’une décision marquante en matière de droit d’auteur selon laquelle les titulaires du droit d’auteur ne peuvent pas engager la responsabilité du fournisseur de services en ligne YouTube pour permettre aux internautes de commettre des infractions au droit d’auteur.) ; voir également *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, Joseph Gregory, FortheRechord (2010), <http://www.fortherechord.com/articlesnotes>

que les fournisseurs d'accès à internet à haut débit par satellite soient des fournisseurs d'accès fixe. Toutefois, la question se pose alors de savoir si la définition du terme « raisonnable », dans l'expression « gestion raisonnable du réseau », a une signification variable entre les différents fournisseurs d'accès fixe, ce qui semble s'imposer, ne serait-ce que dans certains cas. Par exemple, si un fournisseur d'accès à internet fixe par satellite gère son réseau afin de rationaliser l'utilisation d'un spectre et d'une bande passante limités, et si cette pratique fait l'objet d'une décision judiciaire, le tribunal accorderait probablement plus de flexibilité à un FAI par satellite qu'à un autre type de FAI car, à l'instar des FAI mobiles, les opérateurs de satellite sont confrontés aux mêmes contraintes techniques en matière de limitation de la bande passante sur le spectre.

On est en droit de se demander si la Commission a le pouvoir de réglementer l'accès à internet, ce qui implique que la Commission effectue indirectement une *régulation*, mais pas nécessairement une *réduction* des contenus d'internet<sup>33</sup>. Si l'autorité revendiquée par la Commission est légitime, cette dernière a-t-elle agi de manière appropriée ? Si la Commission n'a pas l'autorité qu'elle proclame, qui peut bloquer l'intervention de la Commission actuelle ou des commissions ultérieures et, surtout, par quels moyens ?

Un autre point à clarifier concerne les « services spécialisés ». Ces services sont définis comme des « services qui partagent avec l'accès à internet à haut débit la capacité sur les installations de boucle locale des fournisseurs (*last mile*) »<sup>34</sup>. La Commission indique clairement dans son ordonnance qu'elle adopte une approche non-interventionniste concernant ces services. Il reste à établir « à partir de quel moment les « services spécialisés » se retrouvent si étroitement liés à l'internet régulier qu'ils en deviennent indissociables<sup>35</sup>. » Prenons l'exemple d'un FAI qui, outre l'accès à internet, fournit des services de télévision. Ce fournisseur a choisi d'offrir à ses clients un service Web, tels que Hulu, via son service de télévision. Dans ce cas, deux normes juridiques existent du fait d'une simple différence de forme, même si le contenu, bien entendu, reste inchangé. Il est clair qu'un FAI serait automatiquement enclin à accorder un traitement de faveur à un site Web donné. Toutes les hypothèses concernant l'évolution de la problématique des services spécialisés et son traitement par les tribunaux ne sont, dans le meilleur des cas, que de simples conjectures.

## V. Situation actuelle : qui peut arrêter la FCC et faut-il le faire ?

L'actuelle Commission a considérablement fait progresser la situation en promulguant des règles sur la « neutralité du Net » afin de préserver l'ouverture d'internet. Après la publication de l'avis de proposition réglementaire *Framework of Broadband Internet Service*, qui comporte trois options juridiques afin de mieux intervenir (dont la fameuse « troisième voie »), la Commission a considéré qu'il était plus judicieux d'ancrer les règles de neutralité du Net dans son autorité accessoire du *Titre 1*, même si dans l'affaire *Comcast*, le tribunal n'a pas été convaincu par le fondement légal de cette autorité.

L'objectif de la Commission a été de promulguer une législation sur la « neutralité du Net » afin de préserver l'internet ouvert. Néanmoins, les critiques pointent le fait qu'en raison du rôle que jouent les organismes administratifs (par exemple la Commission) dans l'infrastructure juridique américaine, toute réglementation peut être annulée par une commission ultérieure ou, pire,

---

33) Indépendamment de la question de savoir si la Commission a l'autorité et la compétence requises, la régulation de l'accès à internet entraîne presque automatiquement la régulation des contenus d'internet. Par exemple, si les FAI sont autorisés à adopter des pratiques de gestion raisonnable du réseau, de telles pratiques auront probablement pour effet de limiter les médias qui utilisent beaucoup de bande passante. En conséquence, les consommateurs risquent de ne plus avoir accès à certains contenus légaux sur internet (notamment les vidéos en streaming).

34) Voir *Get Informed about the Open Internet*, OpenInternet.gov, <http://www.openinternet.gov/get-informed.html>

35) *Google-Verizon Net-Neutrality Plan Raises More Questions than it Answers*, Find Technology News, <https://findtechnologynews.com/google-verizon-net-neutrality-plan-raises-more-questions-than-it-answers/>

peut inciter les futures Commissions à prendre davantage de mesures proactives de régulation des contenus sur internet, ce qui limiterait l'accès des internautes aux contenus. La Commission a déclaré que tel n'était pas son but en publiant son ordonnance<sup>36</sup>. De plus, certains critiques, partisans d'une législation sur la neutralité du Net, affirment que toute législation doit provenir directement du Congrès américain pour garantir sa pérennité.

Le problème se résume alors à savoir si la Commission devrait être bloquée et, si oui, de quelle façon. Bien que les règles de la Commission se prétendent en faveur des consommateurs, l'absence d'intervention du Congrès ou des tribunaux pourrait permettre aux futures Commissions de s'appuyer sur la compétence exercée pour la réglementation de la neutralité du Net comme un précédent pour adopter des règles moins favorables aux consommateurs. Le Congrès a présenté plusieurs projets de lois, à la fois pour et contre la neutralité du Net, mais aucun de ces projets de loi n'a abouti. L'avenir de l'internet aux Etats-Unis pourrait fort bien se retrouver entre les mains des tribunaux, si le Congrès tarde à agir.

---

36) Voir *Preserving the Open Internet*, note 4 ci-dessus, p. 88.







OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL  
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY  
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

## Informations pour le secteur audiovisuel

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a pour but d'assurer une plus grande transparence du secteur audiovisuel en Europe. Cette mission comporte la collecte, l'analyse et la publication d'informations actuelles et pertinentes sur les industries audiovisuelles.

L'Observatoire a adopté une définition pragmatique du secteur audiovisuel auquel il se consacre. Ses principaux domaines d'activité comprennent le cinéma, la télévision, la vidéo et le DVD, les services audiovisuels des nouveaux médias et les politiques publiques relatives au cinéma et à la télévision. Pour ces cinq domaines, l'Observatoire fournit des informations juridiques ainsi que des informations sur les marchés et les financements. Son champ d'activité géographique s'étend à ses Etats membres, pour lesquels l'Observatoire consigne et analyse les évolutions. Il couvre en outre, lorsque cela lui paraît opportun, d'autres Etats présentant une pertinence pour l'analyse de l'évolution en Europe. La mise à disposition de l'information implique diverses étapes, telles que la collecte systématique et le traitement des données ainsi que leur diffusion auprès des utilisateurs sous forme de publications, d'informations en ligne, de bases de données et répertoires et de présentations dans le cadre de conférences et d'ateliers. Le travail de l'Observatoire fait appel à des sources d'information internationales et nationales permettant de rassembler des données actuelles et pertinentes. Le réseau d'information de l'Observatoire a été constitué à cette fin. Il comprend des organismes et des institutions partenaires, des entreprises spécialisées dans la mise à disposition d'informations professionnelles ainsi que des correspondants spécialisés. Les principaux groupes cibles de l'Observatoire sont les professionnels du secteur audiovisuel : les producteurs, les distributeurs, les exploitants, les radiodiffuseurs et les autres fournisseurs de services audiovisuels, les organisations internationales du secteur, les décideurs au sein des organismes publics responsables des médias, les législateurs nationaux et européens, les journalistes, les chercheurs, les juristes, les investisseurs et les consultants.

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a été créé en 1992 sous l'égide du Conseil de l'Europe, dont il constitue un « Accord partiel et élargi ». Il a son siège en France, à Strasbourg. L'Observatoire se compose à l'heure actuelle de 37 Etats membres et de l'Union européenne, représentée par la Commission européenne. Chaque Etat membre désigne son représentant au Conseil exécutif de l'Observatoire. L'équipe internationale de l'Observatoire est dirigée par le Directeur exécutif.

**Les publications et services proposés par l'Observatoire sont classés en quatre catégories :**

- Publications
- Informations en ligne
- Bases de données et répertoires
- Conférences et ateliers

### Observatoire européen de l'audiovisuel

76 Allée de la Robertsau – F-67000 Strasbourg – France  
Tél.: +33 (0) 3 90 21 60 00 – Fax: +33 (0) 3 90 21 60 19  
www.obs.coe.int – E-mail: obs@obs.coe.int



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL  
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY  
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE



COUNCIL OF EUROPE  
CONSEIL DE L'EUROPE



# Services d'informations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Pour commander :

- en ligne sous <http://www.obs.coe.int/about/order>
- par e-mail : [orders-obs@coe.int](mailto:orders-obs@coe.int)
- par fax : +33 (0)3 90 21 60 19

## Lettre d'information IRIS

*Observations juridiques de  
l'Observatoire européen  
de l'audiovisuel*

**Accès en ligne et gratuit !**

IRIS est un bulletin mensuel vous garantissant une information fiable et toujours à jour sur les évolutions les plus marquantes du droit dans le secteur de l'audiovisuel. IRIS couvre tous les domaines juridiques importants de l'industrie audiovisuelle et se concentre principalement sur la cinquantaine de pays qui composent l'Europe élargie. IRIS décrit la législation relative aux médias au sens le plus large, ainsi que les développements majeurs en matière de jurisprudence, les importantes décisions administratives et les décisions d'ordre politique pouvant avoir un impact sur la loi.

L'abonnement à IRIS est gratuit, les articles sont accessibles et téléchargeables sur le site internet : <http://merlin.obs.coe.int/newsletter.php>

## IRIS plus

*Un thème juridique brûlant  
examiné sous différents angles*

Les développements juridiques, technologiques et économiques dans le secteur audiovisuel génèrent pour les professionnels des besoins immédiats en informations. IRIS plus a pour but d'identifier ces nouveautés et de fournir leur contexte juridique. Sur la base d'un article de fond étayé par des exposés concis, suivi d'un zoom sur le sujet traité sous forme de tableaux synoptiques, de données de marché ou d'informations pratiques selon les cas, IRIS plus fournit à ses lecteurs la connaissance nécessaire pour suivre et prendre part aux dernières discussions très pertinentes concernant le secteur audiovisuel.

Pour plus d'informations : <http://www.obs.coe.int/irisplus>

## IRIS Merlin

*Base de données d'informations  
juridiques relatives au  
secteur audiovisuel en Europe*

La base de données IRIS Merlin vous permet d'accéder à environ 6 000 articles présentant des informations juridiques en rapport avec l'industrie audiovisuelle. Ces articles relatent les lois, les arrêts des tribunaux, les décisions des administrations, ainsi que les documents de politique générale relatifs aux domaines intéressés, et ce pour plus d'une cinquantaine de pays. Ils portent également sur les instruments juridiques, les résolutions et les documents d'ordre politique émanant des principales institutions européennes et internationales. Accès gratuit au site : <http://merlin.obs.coe.int>

## IRIS Spécial

*Informations factuelles  
détaillées associées à  
une analyse approfondie*

Dans nos publications IRIS Spécial, tous les sujets d'actualité relatifs au droit des médias sont abordés et examinés d'un point de vue juridique. Les publications IRIS Spécial offrent des analyses détaillées de la législation nationale applicable, facilitant ainsi la comparaison entre les cadres juridiques de différents pays. Elles identifient et analysent en outre des questions très pertinentes et donnent un aperçu du contexte juridique, européen et international, ayant un impact sur la législation nationale. Les publications IRIS Spécial abordent ces thèmes juridiques de manière très accessible. Inutile d'être juriste pour les lire ! Chaque édition relève d'un niveau élevé de pertinence pratique combiné à la rigueur académique. Pour accéder à la liste de toutes les publications IRIS Spécial, visitez le site : [http://www.obs.coe.int/oea\\_publ/iris\\_special/index.html](http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris_special/index.html)



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL  
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY  
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE



COUNCIL OF EUROPE  
CONSEIL DE L'EUROPE

**IRIS plus 2011-5**  
**Pourquoi débattre  
de la neutralité du Net ?**

24,50 € - ISBN 978-92-871-7245-7