Pourquoi débattre de la neutralité du Net ?

L'article suivant

La neutralité du Net et les services audiovisuels

de Nico van Eijk
est un extrait de la publication IRIS *plus* 2011-5
"Pourquoi débattre de la neutralité du Net ?".
Cette publication est disponible sous forme imprimée
auprès de l'Observatoire européen de l'audiovisuel.
Pour plus d'informations et pour commander, veuillez cliquer sur :
Série IRIS *plus*
Publication IRIS *plus* 2011-5

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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 règlementation *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

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

IRIS plus
2011-5 p.7

La neutralité du Net et les services audiovisuels

Nico van Eijk[1]
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 règlementation 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*[2]. 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; également disponible sur : http://ssrn.com/abstract=388863).

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

(organe de régulation des télécommunications et des médias aux Etats-Unis – FCC) a publié son *Internet Policy Statement*[3] (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[4]. Ces six principes se retrouvent aujourd'hui au cœur du débat sur la neutralité du Net.

2. La technologie

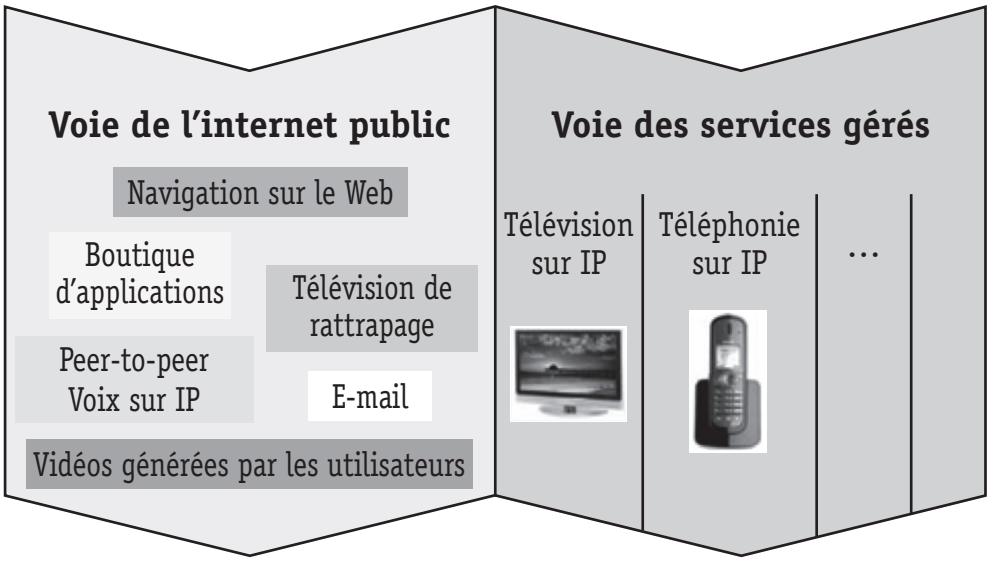
En principe, la neutralité du Net est indépendante du réseau. Le terme de neutralité du Net n'est pas limité à certains réseaux fixes ou sans fil, ce qui lui confère un impact considérable La neutralité du réseau est fondamentale, notamment, pour les services audiovisuels. De plus en plus, ces services 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[5] (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[6]). 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* »), 1er 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).

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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[7]. 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).

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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[8].

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[9].

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/

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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[10]. De nouvelles dispositions concernant la neutralité du Net ont été intégrées dans la directive « cadre » et la directive « service universel »[11].

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[12]. 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[13]. 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[14]. 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[15]. 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 », récital 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 », récital 34 ; article 22.3, Directive 2002/22/CE (directive « service universel »).

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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[16]. 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[17]. 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[18]. La Commission européenne a également sollicité la contribution des acteurs du marché[19]. Au total, 19 318 commentaires ont été envoyés[20].

16) Préambule de la directive « droits des citoyens », récital 29.
17) Article 1.3 *bis* : « Les mesures prises par les Etats membres concernant l'accès des utilisateurs finaux aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques respectent les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les principes généraux du droit communautaire. 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

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

La synthèse des résultats a été consignée dans un bref rapport de la Commission européenne[21]. 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[22] 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[23]. 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[24]. Selon l'UER, ces pratiques sont particulièrement fréquentes dans le cas de programmes diffusés en direct (couverture d'événements sportifs grand public). Cette situation créé 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)[25], le fournisseur de VOD Dailymotion[26] (qui témoigne d'un cas de blocage de ses services) ou le radiodiffuseur public néerlandais NPO[27] (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[28]. 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.

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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*)[29]. 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 règlementation 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 règlementation 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[30]. 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.

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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[31]. 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[32]. 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[33]. 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[34]

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[35].

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[36]). Google et l'opérateur de télécommunications Verizon ont tenté de conclure un accord excluant le secteur mobile des règles sur l'internet ouvert[37]. Par ailleurs, un nouveau litige est intervenu entre Comcast et Niveau 3[38]. 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
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
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

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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 règlementation nationale au sein de l'Union européenne, qui va au-delà de la stricte application

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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 (...)[39]». La liste des exceptions autorisées est limitée à quatre (notamment la gestion raisonnable du réseau)[40]. 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[41].

Selon l'exposé des motifs[42], 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[43]. Les autres pays ont mis en œuvre l'essentiel des directives, sans toutefois règlementer 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[44]. 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

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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[45]. 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

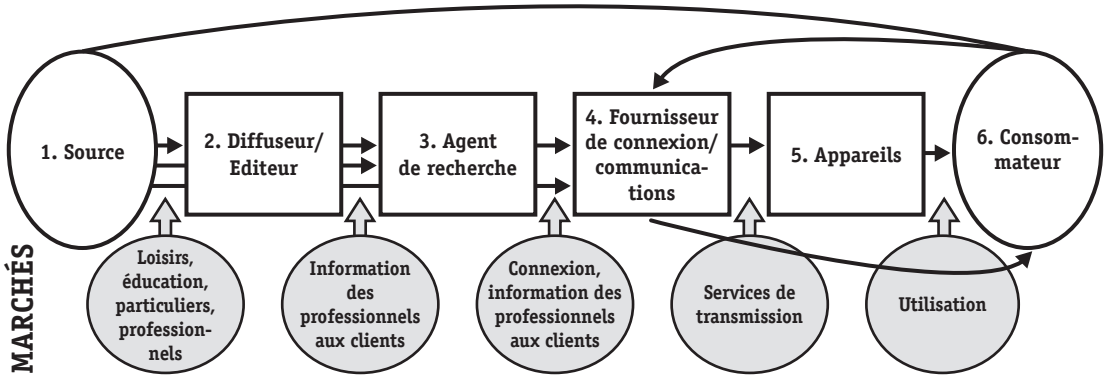
Au début de cet article, nous avons présenté une définition de la neutralité du Net. Dans un article souvent cité, Lessig et McChesney ont également défini la neutralité du Net comme un phénomène qui concerne l'intégralité du réseau, de bout en bout : « La neutralité du Net signifie simplement que tous 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[46]. » 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).
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).

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

La chaîne actuelle convergente d'acheminement de l'information



(Source : Rand Europe, *Responding to Convergence*, p. 9)[47]

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.

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

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 réglementer 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 pourrons entrer dans le vif du sujet. Dans les mesures de règlementation 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[48]. 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.

© 2011, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)