



Avril 2010

## Réponse à la consultation du gouvernement sur la neutralité du Net

Dans le cadre de la réflexion des pouvoirs publics français sur la neutralité du Net, La Quadrature du Net a fourni une première contribution sous la forme d'un rapport. Celui-ci peut être librement commenté à l'adresse suivante:

<http://www.laquadrature.net/fr/garantir-la-neutralite-du-net-cartes-sur-table>

La réponses fournies ici sont inspirées de ce rapport intitulé « Garantir la neutralité du Net ».

### 1. Êtes-vous d'accord avec la définition de la neutralité du Net et les dimensions du débat présentées ci-dessus?

#### a. Sur la définition de la neutralité du Net

La définition de la neutralité du Net proposée dans la consultation est exacte : il s'agit d'un principe fondateur d'Internet qui garantit une séparation forte entre le réseau (dont le rôle unique est de transporter les données) et les applications en périphérie (qui seules sont en mesure de « gérer » ces données). La neutralité du réseau **exclut donc toute discrimination par le réseau des données transmises, que ce soit en fonction de la source, de la destination ou du contenu des ces données**. Elle est la conséquence directe des choix techniques qui ont présidé au développement d'Internet, et lui est par là même consubstantielle.

#### b. Sur la préservation de l'ordre public

Il bien évident que, comme le rappelle le texte de la consultation, la loi doit s'appliquer sur Internet. Ce qui fait débat, cependant, est la manière dont celle-ci doit être appliquée. En effet, le danger est de voir les nouvelles technologies utilisées pour instaurer des **modes de régulation**

**profondément attentatoires aux libertés fondamentales.** Par exemple, grâce aux technologies de Deep Packet Inspection (DPI), chaque message transmis peut désormais être analysé et éventuellement bloqué s'il est estimé qu'il contrevient à la législation en vigueur. Or, malgré leur développement rapide, les **dispositifs de filtrage préventifs du trafic Internet**, mandatés par l'autorité administrative ou mis en place volontairement par les fournisseurs d'accès, comportent plusieurs problèmes sur le plan juridique.

Tout d'abord, ils constituent un **contournement de l'autorité judiciaire** qui contrevient aux libertés fondamentales. Compte tenu de l'importance de l'accès à Internet pour la participation démocratique et l'exercice de la liberté d'expression et de communication, le Conseil constitutionnel a estimé dans sa décision du 10 juin 2009 que seule l'autorité judiciaire était habilitée à prononcer des mesures visant à restreindre ou empêcher l'accès à Internet<sup>1</sup>. Nul autre que le juge judiciaire, exerçant pleinement son rôle de garant des libertés fondamentales au cours d'une procédure judiciaire classique, peut être en mesure de **contrôler la proportionnalité des mesures de filtrage** de sites Internet, qui constituent des **mesures privatives de la liberté de communication constitutionnellement garantie**.

D'autre part, les systèmes automatisés de filtrage ne permettent en aucun cas d'**appréhender la complexité des situations juridiques** qu'ils sont sensés résoudre. C'est typiquement le cas en matière de droit d'auteur : la transmission d'une œuvre soumise à droit d'auteur sur les réseaux ne constitue pas en soi une contrefaçon. En effet, dans bien des cas, la transmission d'une œuvre protégée peut relever d'utilisations permises par les législations nationales, qui prévoient de nombreuses exceptions au droit d'auteur (par exemple à des fins d'information, de citation ou de copie privée)<sup>2</sup>. Des systèmes de filtrage préventif, tels que ceux adoptés par l'hébergeur de contenus vidéos Youtube<sup>3</sup>, sont incapables d'apprécier concrètement si une utilisation donnée constitue ou non une infraction. Par mesure de sécurité juridique, le dispositif va considérer tous les fichiers correspondant à une œuvre soumise à droit d'auteur comme illégaux et, le cas échéant, bloque ces derniers<sup>4</sup>.

Qu'il s'agisse de droit d'auteur, de pédopornographie, de diffamation, de la publication de fausses nouvelles, d'incitation à la haine ou à la violence, de sites de jeux dangereux et violents, imposer aux fournisseurs d'accès de filtrer à titre préventif les contenus considérés comme illégaux expose nos sociétés à de dangereuses dérives. Dans tout État de droit, **seul un juge est en mesure de**

1 Voir le considérant 16 de la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 : « *Considérant que les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habilite la commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier ; [...], dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins.* »

2 Liste des exceptions au droit d'auteur: [http://fr.wikipedia.org/wiki/Droit\\_d%27auteur#Exceptions\\_au\\_droit\\_d'auteur](http://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_d%27auteur#Exceptions_au_droit_d'auteur)

3 Ce système est dénommé ContentID : <http://www.youtube.com/t/contentid>

4 Voir, en ce qui concerne la technologie employée par Youtube, les critiques de l'Electronic Frontier Foundation : <http://www.eff.org/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-censorship-problem>  
<http://www.chillingeffects.org/weather.cgi?WeatherID=634&>

**prononcer l'illégalité d'une situation juridique donnée.** Confier ce pouvoir à des opérateurs de réseau revient à mettre en place une « justice » privée et automatisée, échouant à garantir le droit à un procès équitable prévu à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Aussi, il apparaît clairement que le critère de légalité du contenu ne doit pas être pris en compte lorsqu'il s'agit de faire appliquer la neutralité du Net. **Internet est un espace public dans lequel les principes de l'État de droit doivent s'appliquer comme ailleurs.**

### **c. Sur la gestion intelligente du trafic**

Garantir le principe de neutralité du Net n'équivaut pas à refuser toute pratique de gestion du trafic. Il existe des cas pour lesquels les mesures de gestion du trafic consistant à donner la priorité ou au contraire ralentir voire bloquer certains flux sont acceptables.

**Congestion temporaire :** Lorsqu'un réseau fixe ou mobile connaît une période de congestion non prévue (par exemple, la défaillance d'un équipement), il doit être possible pour l'opérateur de mettre en place certains types de pratiques permettant d'assurer le transport de données, et ce à titre temporaire (à défaut, Dans ces cas précis, qui devront être définis par le régulateur, les opérateurs de réseau devront être en mesure de prouver, le cas échéant vis-à-vis du régulateur, que **la congestion de son réseau n'était pas prévisible et que le nécessaire a été fait pour la corriger.** Au cas où le déploiement des nouveaux réseaux fixes et mobiles prend du retard et que le réseau d'un opérateur connaît une congestion durable, alors la bande passante disponible peut être partagée de manière égale entre toutes les personnes connectées, en attendant d'investir dans l'infrastructure (à défaut, l'opérateur pourrait faire de la gestion de la rareté en bande passante un nouveau modèle économique, nuisant ainsi au développement de l'infrastructure).

**Menace sur la sécurité :** La mise en danger du réseau par une attaque ou tout autre événement susceptible de compromettre son intégrité peut également justifier la mise en place de pratiques de gestion discriminatoires. L'obligation de **maintenir le réseau opérationnel** peut en effet contraindre l'opérateur à prendre en compte les aléas de trafic susceptibles de le déstabiliser, voire le bloquer, comme les effets des attaques en cours (soit vers des cibles qui sont sur son réseau, soit vers des cibles atteintes via son réseau en transit). Ces aléas de trafic se caractérisent par leur durée. Une attaque qui durerait plusieurs années, sans interruption, et donc avec régularité, serait alors à considérer par le réseau de transport comme un usage régulier du réseau, demandant un redimensionnement comme cela se fait dans d'autres cas de figure.

Tous les **comportements irréguliers d'acteurs visant à altérer le comportement global du réseau**, que ce soit délibérément (par exemple le traitement du DNS racine en Chine qui a récemment entraîné l'extinction volontaire d'un serveur racine), ou par accident (fuite vers Internet des fausses

routes pour YouTube, visant à supprimer YouTube du réseau du Pakistan<sup>5</sup>) doivent être considérés comme des attaques.

Les aléas ponctuels doivent être traités par des **solutions ponctuelles**. Elles peuvent être mises en œuvre soit manuellement, lors de la détection de trafic anormal, soit automatiquement en cas de détection de certaines formes d'attaques connues. Ces solutions se caractérisent par leur durée, qui n'excède pas celle de l'attaque, et peuvent prendre des formes très variées :

**Transparence** : La plus grande transparence de la part de l'opérateur est attendue, sans pour autant compromettre sa politique de sécurité sur le réseau. Tout d'abord, la mise en place d'un filtrage, tout comme sa suppression, doivent être annoncées, au minimum sur un site technique librement accessible aux autres opérateurs pour juger des incidents en cours, et permettre des diagnostics fiables de l'ensemble du réseau (à rapprocher de l'usage des *looking-glass*).

Par ailleurs, **ces incidents doivent être répertoriés**, probablement sur plusieurs années, pour servir de base d'information sur la récurrence des attaques. Enfin, pour le traitement des accidents de routage ou leur détection, la communication la plus ouverte doit être respectée via l'information directe ou indirecte des clients de l'opérateur et l'information de l'ensemble des opérateurs sur les mesures retenues, et ce en vue d'améliorer les méthodes utilisées (dans ce cas, l'opérateur doit engager une démarche scientifique : publication des méthodes et des résultats pour permettre à la communauté de s'approprier les améliorations et d'en apporter de nouvelles).

#### **d. Sur les modèles économiques favorables au développement d'Internet et le financement des infrastructures**

L'un des arguments principaux des opérateurs pour porter atteinte à la neutralité du Net consiste à souligner le montant des investissements nécessaires à l'absorption de l'augmentation du trafic dans les prochaines années<sup>6</sup>. Créer de **nouvelles sources de revenus fondées sur une gestion discriminatoire du trafic** serait la condition de tels investissements. Selon les opérateurs, deux types d'atteintes à la neutralité du Net pourraient ainsi être justifiées :

- la création de « péages » imposés aux fournisseurs de contenus, d'applications et de services en ligne<sup>7</sup> pour que les abonnés profitent de vitesses de transmission optimales pour ces services ;
- le développement d'offres d'accès Internet à la qualité de service garantie fondées sur une discrimination du trafic (traitement privilégié en période de congestion du réseau)<sup>8</sup> .

5 *Pakistan's Accidental YouTube Re-Routing Exposes Trust Flaw in Net*, Ryan Singel, Wired, 25 février 2010 <http://www.wired.com/threatlevel/2008/02/pakistans-accid/>

6 *Fibre optique : la couverture du territoire pourrait être bien plus coûteuse que prévu*, Olivier Chicheportiche, ZDNet France. 4 mars 2010 <http://www.zdnet.fr/actualites/t>

7 Voir, à titre d'exemple, les déclarations récentes du PDG de Telefonica, qui estime qu'il est illégitime que Google et Yahoo utilisent « gratuitement » les réseaux des opérateurs. [http://www.elpais.com/articulo/tecnologia/Telefonica/abre/fuego/buscadores/elpeputec/20100207elpeputec\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/tecnologia/Telefonica/abre/fuego/buscadores/elpeputec/20100207elpeputec_1/Tes)

8 En novembre 2009, au cours de la conférence IDATE qui s'est tenue à Montpellier, Vodafone a annoncé une nouvelle offre payante permettant à ses abonnés mobiles espagnols un accès prioritaire au réseau lors de périodes de

Ces deux types de pratiques constituent des violations de la neutralité du Net mises en œuvre dans un **but commercial**. Elles ne sont pas acceptables car elles mettent en péril la nature intégrée et égalitaire d'Internet. Pour faire face à une augmentation des coûts des opérateurs et assurer la rentabilité des investissements futurs, plusieurs leviers existent déjà, notamment au travers de la facturation aux abonnés (le cas échéant différenciée selon différents critères, tels que le débit offert, sans que ne soit remise en cause la neutralité du Net).

Les atteintes commerciales à la neutralité du Net ne constituent qu'une tentative pour les opérateurs de maximiser la rentabilité des investissements déjà réalisés au détriment des fournisseurs de contenu et autres usagers d'Internet. Si certains fournisseurs d'accès Internet se montrent incapables d'assurer la rentabilité des nouveaux investissements en respectant la neutralité du Net, la dépense publique doit venir garantir – comme elle le fait déjà en partie<sup>9</sup> – la pérennité de l'infrastructure d'intérêt général que constitue Internet. Plutôt que de permettre aux opérateurs de se livrer de manière arbitraire à une capture de la valeur générée par les fournisseurs de contenus et de services en ligne, la puissance publique doit mettre en œuvre, le cas échéant par de nouveaux prélèvements, des **mécanismes de financement du développement des réseaux** (soit par des investissements directs, soit par le biais de subventions à l'investissement privé). Les sommes ainsi prélevées seraient dépensées de manière bien plus efficiente sur le plan économique, puisqu'elles se trouveraient **concentrées sur le déploiement de nouvelles infrastructures plutôt que sur la rémunération d'investissements passés**<sup>10</sup>.

Il est en réalité fort probable que les opérateurs soient tout à fait capables de mener à bien les investissements nécessaires au déploiement des réseaux de nouvelle génération. L'accroissement des usages encouragé par le développement de nouveaux services et applications, dans un contexte suffisamment concurrentiel, les incitera à trouver des modes d'investissement adaptés sans que ne soit remise en cause la neutralité du Net.

## **2. Parmi les problématiques identifiées, quelles sont celles qui justifieraient de façon prioritaire un engagement des pouvoirs publics?**

La neutralité du Net doit être protégée par les pouvoirs publics au travers d'une **définition des pratiques raisonnables de gestion du réseau** (congestion temporaire, menace sur la sécurité du réseau) et de leur

---

congestion du réseau 3G. <http://www.businessmobile.fr/actualites/services/0,39044303,39710864,00..>

9 Dans le cadre du plan de relance de 2009, l'État s'est engagé à consacrer 250 millions d'euros par an pendant trois ans pour amorcer le déploiement du très haut débit. Le grand emprunt prévoit quant à lui d'affecter 2 milliards d'euros aux infrastructures.

<http://pro.oinet.com/editorial/501983/nathalie-kosciusko-morizet-ajoute-un-volet-numerique-au-plan-de-relance/>  
<http://www.latribune.fr/entreprises/communication/telecom-internet/20091214trib000452925/le-grand-emprunt-dote-le-numerique-de-45-milliards-d-euros.html>

10 *Free to invest: The Economic Benefits of Preserving Net Neutrality*, Inimai M. Chettiar, J. Scott Holladay, Institute for Policy Integrity, New York School of Economics, Janvier 2010

encadrement. Quant aux atteintes commerciales à la neutralité du réseau, les régulateurs et, le cas échéant, le juge, doivent être en mesure de les **sanctionner**.

D'autre part, les pouvoirs publics doivent réfléchir à la manière de protéger les bénéficiaires d'un Internet neutre et ouvert. Cela passe par la **remise en cause du filtrage préventif d'Internet** qui constitue une modalité d'application de la loi qui menace les libertés fondamentales (cf. question 5.).

### **3. Quelles différences et points communs identifiez-vous entre les contextes américains et franco-européen ? Dans quelle mesure cela peut-il impacter le débat et l'intervention publique en France ?**

#### **a. Sur l'abandon du principe de *common carrier* et la remise en cause de la neutralité du réseau en matière de télécommunication**

Aux États-Unis, le débat sur la neutralité du Net s'inscrit dans la longue histoire du principe de *common carrier*, qui est un principe de régulation ancien et s'applique à toutes les industries de réseau remplissant des missions de service public. En matière de télécommunication, ce principe signifie que la personne opérant le réseau doit **garantir à tous les utilisateurs les mêmes conditions d'accès et de transport des « messages » licites**.

L'affaiblissement du principe de *common carrier* en matière de télécommunication, entamée au niveau jurisprudentiel dès les années 1980, a été accentué à partir de 2002 avec la décision de la FCC de considérer les fournisseurs d'accès Internet haut débit comme des « services d'information », un statut traditionnellement attaché aux abonnements à la télévision par câble, plutôt que comme des « services de télécommunication ». Cette décision, qui n'a pas été remise en cause par la Cour suprême, a permis aux fournisseurs d'accès Internet d'échapper aux obligations attachées au statut du *common carrier*, avec deux conséquences notables:

- la fin de l'ouverture des infrastructures des opérateurs dominants aux opérateurs alternatifs, et un **grave recul de l'intensité concurrentielle** et un effet désastreux sur la pénétration du haut débit ;
- une remise en cause du principe de non discrimination dans le transport des données circulant sur les réseaux haut-débit, et donc l'apparition de réelles **menaces sur la liberté d'expression et l'innovation**.

#### **b. Sur les similitudes des problèmes posés par la remise en cause de la neutralité du Net**

Face aux problèmes induits par l'abandon du principe de *common carrier*, la neutralité du réseau et la plus grande pénétration du haut débit constituent la priorité du nouveau Président de la FCC, Julius Genachowski. Certes, l'arrêt de

la Cour fédérale d'appel de Washington DC du 6 avril 2010<sup>11</sup> risque d'amener le régulateur américain à revoir son approche juridique en matière de neutralité du Net. Cependant, cette dernière reste une promesse de campagne de Barack Obama et constitue donc un **objectif politique important à court et moyen terme, à la fois pour les réseaux fixes et mobiles.**

Les problématiques se posent en termes similaires des deux côtés de l'Atlantique. Certes, au regard de la situation américaine, la pression concurrentielle est manifestement plus forte en Europe et notamment en France, grâce à la régulation *ex ante*. Cependant, celle-ci ne constitue en aucun cas une garantie suffisante face au développement de pratiques enf्रेignant la neutralité du Net (cf. question 5.).

Aussi, la protection de l'innovation et de la liberté d'expression dans la société en réseau impose une action résolue des pouvoirs publics, et ce des deux côtés de l'Atlantique. **Des principes identiques doivent être garantis aux États-Unis et en Europe** afin qu'Internet reste un écosystème intégré et générateur d'externalités positives.

### **c. Sur les différences en matière de protection de la liberté d'expression et de communication et la notion de « contenu licite »**

La conception de la liberté d'expression est bien plus ouverte aux États-Unis qu'en France, ou plus généralement en Europe. Face à ceux qui soulignent que le droit américain fait bien la différence entre messages licites et illicites, et qui prétendent que le principe de neutralité n'a pas vocation à s'appliquer, par exemple, à l'échange sans autorisation de fichiers soumis au droit d'auteur ou tout autre « abus » sanctionné par la loi, **il importe de rappeler cette différence fondamentale.**

En vertu du premier amendement à la constitution américaine, « *le Congrès ne fera aucune loi qui [...] restreigne la liberté de la parole ou de la presse* ». Cette forme spécifique de protection constitutionnelle de la liberté d'expression et de communication a des conséquences pratiques importantes sur la capacité de l'État, et potentiellement celle des opérateurs de télécommunication agissant de leur propre chef, à mettre en œuvre des pratiques bloquant ou restreignant l'échange de certaines informations sur Internet<sup>12</sup>. En effet, au-delà de la prise en compte des atteintes portées à d'autres droits, tels que le droit au respect de la vie privée ou le droit à un procès équitable, **les juges américains feront peser une forte présomption d'inconstitutionnalité sur les pratiques de gestion du réseau instituant un traitement différencié des flux d'information** et qui seraient induites par les pouvoirs publics dans le but de **sanctionner les abus à la liberté d'expression**. Des débats de doctrine ont également lieu pour savoir si le premier amendement devrait amener à privilégier la liberté d'expression des personnes connectées à Internet plutôt que les droits des

11 [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/04/07/la-neutralite-du-net-mise-a-mal-aux-etats-unis\\_1330206\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/04/07/la-neutralite-du-net-mise-a-mal-aux-etats-unis_1330206_651865.html)

12 Voir par exemple la censure du *Communications Decency Act* de 1996 par la Cour suprême américaine. [http://en.wikipedia.org/wiki/Communications\\_Decency\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/Communications_Decency_Act)

entreprises opérant l'infrastructure communicationnelle<sup>13</sup>. Cette extension de la portée du premier amendement – déjà observables dans certains domaines – pourrait légitimer une protection légale de la neutralité du Net et donc de la liberté de communication face aux pratiques de certains intermédiaires techniques, et en premier lieu des opérateurs.

Compte tenu de cette différence importante entre le débat américain et le débat français, **il ne faut en aucun cas voir dans les principes directeurs de la FCC une quelconque légitimation du blocage et filtrage du Net.**

#### **4. Avez-vous été confronté à des difficultés se rapportant à la neutralité du Net sur le marché français? Si oui, lesquelles?**

Dans le mobile, le principe de neutralité du Net est tout simplement ignoré par les trois opérateurs<sup>14</sup>. En effet, les abonnés n'ont pas d'adresse IP publique, et ils se voient interdire l'utilisation de nombreux protocoles. Dans ce cas, la dénomination « offres d'accès Internet », et a fortiori d'offres « illimitées », est tout-à-fait-abusive. De manière généralement plus ponctuelle, des pratiques discriminatoires ont également été recensées dans l'Internet fixe<sup>15</sup>.

#### **5. Les règles existantes aujourd'hui en matière de réglementation sectorielle et en matière de concurrence vous semblent-elles suffisantes pour répondre aux questions suscitées sur la neutralité du Net?**

##### **a. Sur la pertinence d'une approche concurrentielle pour protéger la neutralité du Net**

L'approche européenne en matière de neutralité, telle qu'elle résulte des dispositions de la directive « service universel » du paquet télécom, recouvre deux aspects :

- la transparence à l'égard des pratiques mises en œuvre ;
- la concurrence entre opérateurs de réseaux.

Cette **première « doctrine » européenne est inspirée des pratiques de l'autorité de régulation britannique Ofcom** qui a depuis 2006 collaboré avec les opérateurs sur ces questions. Ofcom a tout d'abord encouragé le respect de certaines règles élémentaires de transparence, afin que

<sup>13</sup> *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Dawn Nunziato, Stanford Law Books. 2009

<sup>14</sup> *Pourquoi l'Internet mobile n'est PAS Internet ?* Benjamin Sonntag. Blog de FDN, 22 mars 2010

<http://blog.fdn.fr/post/2010/03/22/Pourquoi-l%E2%80%99Internet-mobile-n%E2%80%99est-PAS-Internet>

<sup>15</sup> [http://fr.wikipedia.org/wiki/Neutralité\\_de\\_réseaux#Exemples\\_concrets\\_de\\_remise\\_en\\_cause\\_de\\_la\\_neutralité\\_du\\_Net](http://fr.wikipedia.org/wiki/Neutralit%C3%A9_de_r%C3%A9seaux#Exemples_concrets_de_remise_en_cause_de_la_neutralit%C3%A9_du_Net)



les consommateurs puissent être informés lorsque leur fournisseur d'accès Internet s'autorisait à bloquer ou ralentir certains flux de données sur son réseau. D'autre part, Ofcom a tenté de faciliter la migration des consommateurs d'un fournisseur d'accès à un autre, et ce afin de limiter le développement de marchés captifs<sup>16</sup>. À travers le paquet télécom, la Commission européenne a poursuivi une logique similaire.

Les débats au Parlement européen ont permis d'initier de premières réflexions critiques sur la capacité de ce type de mesures à préserver les bénéfices socio-économiques d'Internet. Toutefois, **l'approche minimaliste a finalement prédominé**. Au moment de l'adoption des directives, consciente des limites des dispositions retenues, la Commission s'est engagée à surveiller la transposition de la directive dans les États membres et à faire un rapport au Parlement d'ici la fin de l'année 2010<sup>17</sup>.

Or, bien que la concurrence entre fournisseurs d'accès en Europe soit plus importante qu'aux États-Unis, nombreux sont les marchés où celle-ci reste très limitée. Surtout, malgré les efforts des régulateurs en la matière, changer d'opérateur reste une gageure. **Une approche fondée uniquement sur la transparence et la concurrence ne peut en aucune manière suffire**, et les pratiques de gestion du trafic doivent être précisément encadrées.

## **b. Sur les garanties de neutralité dans la réglementation actuelle**

Le principe de neutralité existe déjà dans le droit positif français. **Depuis 1996**, l'article L.32-1 II-5 du code des postes et des communications électroniques dispose ainsi que **les opérateurs sont tenus au respect du principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis**, ainsi que de la protection des données à caractère personnel.

Dans sa partie réglementaire, le code prévoit également que « *l'opérateur prend les mesures nécessaires pour garantir la neutralité de ses services vis-à-vis du contenu des messages transmis sur son réseau et le secret des correspondances. A cet effet, l'opérateur assure ses services sans discrimination quelle que soit la nature des messages transmis et prend les dispositions utiles pour assurer l'intégrité des messages* » (article D 98-5).

Toutefois, ce principe ancien n'est pas suffisamment défini par la réglementation en vigueur, et ne s'accompagne d'aucune sanction spécifique. En tout état de cause, il ne permet pas de faire face aux menaces qui pèsent aujourd'hui sur la neutralité du Net. **Une clarification législative est donc nécessaire**.

---

<sup>16</sup> Net Neutrality 'Lite' : Regulatory Responses to Broadband Internet Discrimination, Christopher T. Marsden, 2009 <http://ssrn.com/abstract=1330747>

<sup>17</sup> Voir la déclaration de la Commission européenne relative à la neutralité du Net au moment de l'adoption du paquet télécom, et sa référence aux articles [http://www.laquadrature.net/wiki/Commission\\_Declaration\\_on\\_Net\\_Neutrality\\_20091123](http://www.laquadrature.net/wiki/Commission_Declaration_on_Net_Neutrality_20091123)

### c. Sur la nécessité de renforcer les dispositions applicables

Dans le cadre de la transposition du Paquet Télécom européen, le législateur français aura l'occasion de protéger la neutralité du Net. Il conviendrait tout d'abord de préciser l'article L.32-1 II-5 du code des postes et des communications électroniques afin que les opérateurs de télécommunication soient tenus au respect du « *principe de neutralité au regard de l'émetteur, du destinataire et du contenu des messages transmis* ».

Sur cette base légale, le **label « Internet »**, fondé sur une stricte neutralité du transporteur de données, doit être utilisé pour protéger les consommateurs. Ensuite, il faut **déterminer quelles sont les pratiques raisonnables de gestion du réseau**, c'est-à-dire pouvant être légitimement mises en œuvre dans le but de préserver le bon fonctionnement du réseau.

Enfin, tout manquement aux règles ainsi définies doit pouvoir faire l'objet de recours de la part de fournisseurs de contenus et de tout consommateur. Selon la gravité de l'infraction, les opérateurs devraient encourir soit une **sanction** administrative, soit une sanction pénale. En effet, il semble opportun que, lorsque les libertés fondamentales sont en cause, l'autorité judiciaire soit garante de cette neutralité. Aussi, le législateur serait avisé de rappeler qu'**aucune restriction des droits et libertés fondamentaux des utilisateurs d'Internet ne peut être mise en place sans une décision préalable des autorités judiciaires**<sup>18</sup>.

## 6. Une distinction vous semble-t-elle nécessaire dans l'analyse entre l'Internet fixe et l'Internet mobile ?

En matière d'Internet mobile, la plupart des acteurs s'accordent à dire que les **problèmes de congestion** sont plus difficiles à résoudre que pour les réseaux filaires. À court terme, ces différences doivent donc conduire les pouvoirs publics à **distinguer les pratiques de gestion du trafic acceptables sur les réseaux mobiles mais qui ne le sont pas sur les réseaux fixes**.

À plus long terme, **une nouvelle gestion du spectre**<sup>19</sup> doit être envisagée. Les nouvelles technologies pourraient en effet permettre d'utiliser la ressource électro-magnétique de manière bien plus optimale qu'elle ne l'est actuellement, et le dividende numérique offre à cet égard une occasion historique de repenser les politiques de gestion de cette ressource publique.

<sup>18</sup> À deux reprises lors de l'examen du Paquet Télécom, le Parlement européen a adopté un amendement de cette nature à une majorité de 88%. L'amendement, dit « amendement 138 » fut finalement refusé par les États membres lors de la procédure de conciliation. Voir *Paquet Télécom : une occasion manquée pour les droits des citoyens*, La Quadrature du Net, 24 novembre 2009.

<http://www.laquadrature.net/fr/paquet-telecom-une-occasion-manquee-pour-les-droits-des-citoyens>

<sup>19</sup> Yochai Benkler, « Overcoming Agoraphobia: Building the Commons of the Digitally Networked Environment », *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 11, 1998

Fin 2008, aux États-Unis, la Federal Communications Commission annonçait sa décision d'ouvrir les espaces blancs à des utilisations non soumises à octroi de licences. Les **espaces blancs** sont des fréquences allouées à des diffuseurs audiovisuels mais qui ne sont pas utilisées pour le transport de signaux. Ces fréquences, lorsqu'elles sont identifiées avec précision, peuvent alors être utilisées pour le transport de données par paquet sans interférer avec le signal audiovisuel véhiculé par la bande de fréquence considérée. Les caractéristiques physiques des espaces blancs permettent de développer un réseau Internet avec un débit supérieur à 80 Mbps et une couverture bien supérieure à celle permise aujourd'hui par les technologies WIFI. Les pouvoirs publics doivent s'interroger sur les innovations, tant en terme d'applications que d'équipements, que susciterait l'utilisation sans licence de ces fréquences. Compte tenu des orientations prises par le régulateur américain, il y a urgence à ce qu'une telle réflexion soit engagée dans les plus brefs délais si la France et plus largement l'Europe veulent rester une référence en matière de communications mobiles.

Au-delà, la transition des services audiovisuels vers le numérique et le développement concomitant de **technologies radioélectriques dites « intelligentes »**<sup>20</sup> commandent de réfléchir à la manière dont le spectre – une ressource publique – peut bénéficier au plus grand nombre, pour devenir une architecture informationnelle partagée par tous. Une telle évolution vers **l'ouverture du spectre** et le développement d'un réseau Internet de premier et de dernier ressort permettraient d'instaurer une vraie alternative aux autres modes de communication et stimuler la concurrence<sup>21</sup>.

## **7. Une distinction vous semble-t-elle nécessaire dans l'analyse en fonction des différents services de l'Internet ?**

Non. Soit il s'agit de services accessibles sur l'Internet public, et alors le principe de neutralité doit être respecté, soit il s'agit de services « gérés » acheminés sur le réseau des opérateurs, mais distincts d'Internet.

Même dans la mesure où ce **service « géré » correspond à un service ou un bouquet de services disponible également sur Internet** (Youtube par exemple), **la neutralité d'Internet n'est pas mise en cause**. Toutefois, ces évolutions peuvent créer d'autres problèmes :

- la migration totale de ces services vers une architecture distincte d'Internet mettrait fin à l'interopérabilité des réseaux et des services, avec un impact négatif sur l'innovation, par exemple en empêchant des usages dérivés de services existants ;
- une transformation profonde du marché tel que nous le connaissons, permettant de pérenniser artificiellement des positions acquises

<sup>20</sup> Capacity of Wireless Mesh Networks: Understanding Single Radio, Dual Radio and Multi-Radio Wireless Mesh Networks, BelAir Networks, Février 2007

<http://whitepapers.techrepublic.com/abstract.aspx?docid=1199247>

<sup>21</sup> <http://www.openspectrum.eu>

(disposer d'une infrastructure de diffusion séparée crée une barrière pour les nouveaux entrants) ;

– une atteinte à la liberté d'expression permise par Internet, puisque ces nouveaux réseaux ne permettent pas la large diffusion de contenu depuis la périphérie du réseau.

**Le développement de telles offres est donc à surveiller avec attention.** En raison du risque qu'elles font peser sur l'unicité du réseau d'interconnexions, et donc sur une grande partie de sa valeur ajoutée sociétale, ces offres de services différenciés devront probablement être cantonnées aux applications qui, par nature, ne relèvent pas d'un réseau comme Internet, mais d'un réseau centralisé plus classique tel que le Minitel, la radiodiffusion ou la télédiffusion.

Sitôt que les services considérés ne constituent pas un réseau isolé et distinct mais représentent un sous-ensemble du réseau public, alors cette différenciation porte atteinte à la liberté de choix de l'utilisateur final, entrave la concurrence et correspond à une atteinte illégitime à la liberté de communication. Par exemple, **un accès prioritaire à la plate-forme de webmail de l'opérateur n'est pas acceptable**, y compris si cet accès prioritaire se fait via un réseau privé, tant que ce n'est pas un choix explicite de l'utilisateur (dans le cas où il y accède normalement, via un navigateur usuel, sur son équipement informatique habituel qu'il pense être normalement connecté à Internet).