

MATTHIEU ORTALDA

LA NEUTRALITÉ DU NET
ENTRE FRAGMENTATION ET
CONVERGENCE

*Assurer la transition vers un réseau intégré
grâce à la régulation*

Mémoire présenté pour l'obtention
de la Maîtrise de Droit
des Technologies de l'Information

Université de Montréal
2014/2015

RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS

Ce mémoire examine les composantes propres à un cadre législatif raisonnable en matière de neutralité de l'Internet en considérant les problématiques soulevées dans différents systèmes de droit.

Nous commençons par l'antagonisme entre la gratuité des échanges informationnels et le coût des infrastructures associées. Nous mettons alors en lumière la légitimité des fournisseurs d'accès à une redistribution des richesses produites sur l'Internet.

Comme nous le montrons, de nombreuses questions touchent aux modalités d'accès l'Internet, comme la vie privée, l'égalité de cet accès, les droits fondamentaux et la propriété intellectuelle.

Par conséquent, l'exclusion des internautes dans le débat est d'autant plus surprenante qu'ils ont contribué au financement d'Internet et à la création de son contenu. Nous soulignons l'idée qu'une gestion transparente du réseau est cruciale pour faciliter la comparaison des offres.

Alors que les voies d'accès à Internet sont en voie de fragmentation suite à l'entrée de nouveaux joueurs comme les MVNO et l'Internet mobile, nous décrivons un processus de convergence du contenu vers des plateformes propriétaires qui se dessine, pour laisser place à une économie d'écosystèmes fondée sur une logique inter-produits et sur l'exclusivité culturelle. Le soutien d'une concurrence juste grâce au partage des infrastructures est en outre exploré.

Neutralité de l'Internet — Infrastructures — différenciation de l'accès — plateformes — écosystèmes — facilités essentielles — droits fondamentaux — transparence — concurrence

ABSTRACT AND KEYWORDS

This paper examines the relevant building blocks for a reasonable legislation on Net Neutrality by considering different points of contention in select legal systems.

We begin with the antagonism of free information exchange and the cost of infrastructure, making the case for Internet provider access to the network's value chain.

As we show, there are several issues to consider with Internet access including privacy, access equality, fundamental rights and intellectual property. Consequently, the exclusion of users from the conversation is surprising as they have been contributing to infrastructure funding and content creation. We stress the importance of transparent network management to facilitate offering comparison.

Following the entry of new players like MVNOs and the development of mobile web, Internet access tools are undergoing a fragmentation process, hence our study of the convergence of content into closed, proprietary platforms. In this context, we also explore the incentives for developing a fair and competitive environment through shared infrastructure. What we call an ecosystem economy is based upon product synergy and culturally exclusionary procedures that lead the debate to unchartered territories.

Net neutrality — infrastructure — access tiering — platforms — ecosystems — essential facilities — fundamental rights — transparency — competition

SOMMAIRE

Introduction	7
CHAPITRE I. – REPENSER LA RÉGULATION DES RÉSEAUX	16
<i>Section 1. – Pourquoi une prise de conscience s'impose?</i>	16
A. – Les fournisseurs d'accès revendiquent une immixtion	16
§1. - <i>Le partage de ressources, véritable vocation d'Internet</i>	16
§2. - <i>L'incidence de l'architecture du Web pour les utilisateurs</i>	19
a. - <i>Le traitement décentralisé des données</i>	19
b. - <i>Le traitement intelligent des données</i>	20
B. – Les consommateurs sont exclus du débat sur la neutralité	23
§1. - <i>Suivre la démocratisation du Web</i>	23
§2. - <i>Entre filtrage et censure : un équilibre risqué</i>	26
i. – <i>Cadre juridique européen des libertés publiques</i>	26
ii. - <i>L'importance des droits fondamentaux aux États-Unis</i>	30
iii. – <i>Protection des libertés individuelles au Canada</i>	32
<i>Section 2. – Pour une évolution de la régulation du réseau</i>	34
A. – Tour d'horizon de l'état du droit	34
§1. - <i>Prise en compte de la neutralité en Europe</i>	34
§2. - <i>Classification américaine des télécommunications</i>	35
§3. - <i>Dispositions canadiennes consacrées à la neutralité</i>	37
§4. - <i>Conclusions à en tirer</i>	39
B. – En quoi une réglementation peut être lacunaire	41
§1. - <i>La différenciation des données : chronique d'une controverse</i>	42
a. - <i>Un réseau strictement égalitaire n'est pas la panacée</i>	42

b. - La discrimination peut conduire à des abus.....	46
i. - Discrimination fondée sur la qualité de service.....	46
ii. - Discrimination en matière de prix.....	52
<i>b. - Renforcement de la transparence : une ébauche de solution.....</i>	56
i. - L'insuffisance du principe de gestion raisonnable.....	56
ii. - Vers une obligation de transparence	61
Conclusion intermédiaire.....	66
CHAPITRE II. LA CONVERGENCE VERS UN RÉSEAU INTÉGRÉ.....	68
<i>Section 1. – Renforcer la neutralité des réseaux par la concurrence.....</i>	<i>68</i>
A. – Diversifier l'offre en encadrant les acteurs dominants.....	69
<i>§1. – L'interdiction des compressions de marges en Europe.....</i>	<i>73</i>
<i>§2. – Régime de l'effet de levier aux États-Unis.....</i>	<i>76</i>
B. – Le partage d'infrastructures comme remède aux monopoles ?.....	80
<i>Section 2. – Les nouveaux défis de la neutralité des réseaux.....</i>	<i>88</i>
A. – Le processus de convergence des contenus numériques.....	89
B. – Les dangers de cette mutation et les pistes à explorer pour le juriste.....	90
<i>§1. – Vers un monopole intellectuel ?.....</i>	<i>90</i>
<i>§2. – Conséquences de la convergence et son appréhension par le droit.....</i>	<i>94</i>
CONCLUSION.....	102

TABLE DES ACRONYMES

CDN	<i>Content delivery network</i>
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CRTC	Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes
FAI	Fournisseur d'accès à l'Internet
FCC	Federal Communications Commission
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
IP	<i>Internet protocol</i>
MVNO	<i>Mobile virtual network operator</i>
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
ORECE	Organe des régulateurs européens des communications électroniques
RFC	<i>Request for comment</i>
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance

The Internet offers untold potential for humanity. To make the most of it, we need to think of the Internet as “ours.” Yes, part of it belongs to commercial entities. Yes, part of it is the realm of government. But the heart of the Internet – the core of its vast possibilities – is individuals taking action, making things, solving problems, and ultimately building their own environment.

– Mitchell Baker, Présidente de Mozilla Foundation

Développé il y a plus de cinquante ans et répandu plus récemment auprès du grand public, Internet s'est constitué autour de l'idée du partage d'informations. Il était question non seulement d'établir des connexions entre des parties éloignées géographiquement, mais aussi d'assurer la rapidité de cette connexion. Né au sein d'efforts militaires en vue d'instaurer un système de communication décentralisé¹, il a été approprié et financé par le monde universitaire à des fins civiles².

Par la suite, les fournisseurs d'accès à Internet³ ont permis un accroissement des performances de l'échange d'informations. Pour ce faire, ils ont constamment développé leurs in-

1. A. R. GALLOWAY, *Global Networks and the Effects on Culture*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 597, Cultural Production in a Digital Age (Jan., 2005), p. 20

2. R. S. LEE et T. WU, *Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing and Net Neutrality*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 23 n° 3, 2009, p. 63

3. Au travers de la présente étude, nous utiliserons librement les locutions de « bâtisseurs d'infrastructures », ou encore « fournisseurs d'infrastructures ».

frastructures afin d'en tirer profit. Le résultat est considérable. Comme l'indique la loi de Nielsen, ces sociétés sont parvenues à maintenir une augmentation annuelle du débit de connexion d'environ 50 %⁴.

Comme l'indique Pénard :

*La plupart des économistes s'accordent à dire qu'Internet ne constitue pas une nouvelle économie, mais plutôt une nouvelle infrastructure pour les activités économiques existantes. Internet est à la fois un nouveau canal de distribution des biens et services, un nouveau support de communication et d'information et un nouveau mode de coordination des activités.*⁵

Incidence de l'architecture d'Internet

Techniquement, l'on peut concevoir l'organisation du réseau à la fois de façon horizontale et verticale. Autrement formulé, Internet se veut un empilement de couches, mais également une interface de type plateforme.

Ainsi, d'une part, Internet comprend une couche infrastructure. Il s'agit de l'épine dorsale d'Internet, mais aussi des éléments logiciels permettant de faire fonctionner les serveurs. À cela s'ajoute une couche d'applications finales, lesquelles viennent compléter le dispositif afin de délivrer le contenu à l'utilisateur et lui permettre d'agir avec celui-ci. L'on pense ici à titre d'exemple au cas des logiciels de messagerie électronique.

4. S. HENG, *Net Neutrality. Innovation and Differentiation are Not Polar Opposites*, in Deutsche Bank Research, 17 nov. 2011, p. 6 et s. disponible depuis :

< http://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD000000000280933/Net+neutrality%3A+Innovation+and+differentiation+are+not+polar+opposites.PDF >

Ce taux de croissance est d'autant plus spectaculaire que l'adoption à l'échelle mondiale d'Internet a augmenté de plus de 740 % entre 2000 et 2014. Au 30 juin 2014, le nombre d'internautes sur la planète s'élevait à plus de trois milliards de personnes. v. Internet Usage Statistics - The Internet Big Picture: World Internet Users and Population Stats, accessible depuis :

< <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> >

5. Th. PÉNARD, « *Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés internet?* », Revue internationale de droit économique 1/2006 (t. XX, 1), p. 57

D'autre part, il existe des systèmes de plateformes d'échange à l'image des places de marché électroniques. Elles sont accompagnées des plateformes d'audience comme les portails. La troisième composante d'Internet plateforme est l'ensemble des systèmes d'exploitation, dont le but premier est de fournir l'accès aux informations à tout utilisateur qui en ferait la demande⁶.

Au cours de notre étude, nous nous référerons à un certain nombre d'acteurs de l'Internet, regroupées dans quatre catégories principales :

- Les fournisseurs d'accès à l'Internet qui ont pour mission de gérer et optimiser le trafic via leurs infrastructures;
- Les fournisseurs de contenus qui vont se livrer à la production des contenus circulant grâce aux fournisseurs d'accès;
- Les utilisateurs et usagers de l'Internet qui vont chercher à obtenir le contenu de leur choix;
- Les propriétaires d'écosystèmes ou de plateformes qui vont monétiser la mise en relation entre les utilisateurs et fournisseurs de contenus par la perception de commission, l'affichage de publicités ou la vente de produits physiques.

Or, si les outils mis à disposition des internautes ont prospéré grâce à de nouveaux protocoles, cette architecture n'a guère évolué depuis l'élan commercial du web. C'est dans ce contexte que le débat sur la neutralité des réseaux Internet a émergé. Il est en effet apparu qu'en raison de la diversification des contenus, mais aussi de l'explosion de la fréquentation du réseau, un arbitrage s'imposait. La nécessité de concilier la qualité du service et la distribution au plus grand nombre de l'information s'est en effet montrée prégnante.

6.Th. PÉNARD, « *Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés internet?* », Revue internationale de droit économique 1/2006 (t. XX, 1), p. 57

L'émergence du concept de neutralité

Le droit a su se saisir des outils technologiques, et les catégoriser dans de nouvelles qualifications juridiques. Parfois, par commodité, il les a également intégrés à l'ordre préexistant : c'est la démarche opérée par le droit québécois notamment pour ce qui touche à la neutralité technologique en matière de conclusion de contrats⁷. C'est désormais l'aspect communication de la technologie qui importe. Elle se conçoit comme transparente; c'est un moyen et non une fin.

Bien que n'étant pas prévue expressément par la loi, elle se déduit de la reconnaissance par la jurisprudence des pratiques qui n'existaient jusqu'alors que sous une forme purement physique et matérielle. Cette notion de neutralité revient ainsi pour la technologie à ne pas altérer la valeur juridique d'un document⁸. Pour Poulin et Trudel⁹, cette transparence peut donc être déduite d'un certain désintérêt du législateur pour le moyen de communication utilisé.

Mais le domaine de la neutralité des réseaux est quelque peu différent de la neutralité au sens juridique. Elle ne bénéficie pour sa part d'aucune définition universellement acceptée. Véritable serpent de mer législatif, ce concept appelle des questions épineuses auxquelles les fournisseurs d'infrastructure ont tout intérêt à se soustraire. En effet, Internet est au cœur d'un cycle pécuniaire de premier ordre¹⁰. Il y naît des contraintes techniques, aptes à produire de profondes préoccupations économiques et sociales.

7. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801, 2007 CSC 34

8. A cet égard, on s'en référera ici à l'Article 5 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information: « *La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi.* »

9. P. TRUDEL, D. POULAIN, F. ABRAN et al., « La loi en ligne : La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », 2001, 159 pages

10. Th. PÉNARD, *précit.*, p. 12

Au fond, l'un des intérêts du débat est la faculté d'imposer des frais aux consommateurs afin de leur permettre d'accéder aux services sans discrimination. L'on pense ici au fonctionnement analogue d'un péage routier. Cette position serait accompagnée d'une absence de différenciation à l'endroit des fournisseurs de contenus. Ces derniers ne seraient alors pas tenus de payer pour l'étape de mise en relation avec les utilisateurs finaux¹¹. Seraient aussi exclues des contributions annexes, telles que des offres publicitaires par exemple¹².

Les contours de la neutralité d'Internet restent toutefois flous. Des auteurs nous précisent :

*Net neutrality has no widely accepted precise definition, but usually means that broadband service providers charge consumers only once for Internet access, don't favor one content provider over another, and don't charge content providers for sending information over broadband lines to end users.*¹³

Les principes généraux retiennent donc que, **dans le contexte d'un réseau qui se voudrait neutre, un fournisseur d'accès à Internet n'est en aucun cas autorisé à restreindre ni différencier des services et des contenus qui transiteraient par ses infrastructures**¹⁴.

Autrement dit, les composantes de la neutralité de l'Internet sont les suivantes :

- La **fragmentation de la qualité de service** entre opérateurs historiques et nouveaux arrivants, ses effets sur la concurrence et les droits des consommateurs;
- **L'émergence d'un monopole non physique**. En clair, la constitution de plateformes d'échange d'information recentre la question de la propriété des câbles physiques vers celle des données qui transitent par ces câbles;

11. R HAHN et S. WALLSTEN, *The Economics of Net Neutrality*, Berkeley University Press, juin 2006, p. 1

12. R. HAHN et R. LITAN, *The Myth of Network Neutrality and What We Should Do About It*, p. 3

13. R HAHN et S. WALLSTEN, *précit*.

14. D. SITHIGH, *Regulating the Medium: Reactions to Network Neutrality in the European Union and Canada*, *Journal of Internet Law*, vol. 14, n° 8, 2011, p. 3

- **Le regroupement d'agents économiques titulaires de ces mêmes câbles avec des fournisseurs de contenus**, et leurs effets en matière de politique économique et culturelle.

Le principe de la neutralité d'Internet, nourri par ces trois considérations, provient de la doctrine d'un universitaire américain, Tim Wu. Ce dernier visait par ses réflexions à préserver une concurrence soutenue sur Internet qu'il qualifiait de «Darwinienne». Autrement dit, entre les multiples usages d'Internet, il importait de maintenir une palette de services par le biais de la neutralité, jusqu'à ce que le plus opportun d'entre eux survécût¹⁵.

Ces considérations peuvent prendre une coloration politique. Peut-on être véritablement neutre vis-à-vis du débat sur la neutralité? Pour un commentateur, cette problématique reflète un véritable choix politique; elle pourrait être comparée à la polarisation des idées soulevée par l'arbitrage d'un système de santé¹⁶.

Or, une prise de conscience devient urgente à l'heure où le rôle des intermédiaires dans le marché d'Internet est de plus en plus flou. On assiste en effet à un regroupement des fournisseurs de contenus et des fournisseurs d'accès par le développement de partenariats¹⁷, voire d'intégrations verticales entre développeurs de contenus et fournisseurs d'infrastructures. À titre d'exemple, certains fournisseurs d'accès intègrent le service *Yahoo!* dans leurs offres, qui comprennent un espace de stockage supplémentaire accordé à leurs clients pour les courriels.

15. T. WU, *The Broadband Debate, A User's Guide*, 3J., dans *Telecommunications & High Tech*, L. 69, 74, 2004

16. M. GREBB, *Neutral Net? Who Are You Kidding?*, *Wired*, 31 mai, 2006, accessible depuis: < <http://archive.wired.com/techbiz/it/news/2006/05/71012> >

17. C. HOGENDORN, *Broadband Internet: net neutrality versus open access*, *International Economics and Economic Policy*, vol. 4, n° 2, 2007, p. 189

Mais les paramètres énoncés précédemment conduisent inéluctablement les fournisseurs d'infrastructure à tirer profit de leur rente afin de combler leurs charges initiales. L'utilisateur final peut dès lors pâtir des prix qui lui sont pratiqués si ceux-ci sont dépourvus d'encadrement légal. Des préoccupations de concurrence sont donc présentes sur le marché de la connectivité à Internet.

Points saillants du débat

La répartition des gains générés par Internet entre fournisseurs d'infrastructures et fournisseurs de contenus est ce qui est au cœur du débat sur la neutralité. Il importe tout autant de mettre en équilibre droit de regard de ces entités et libertés individuelles des internautes. Ces tensions majeures se reflètent en pratique par l'énergie colossale déployée par les firmes par lesquelles transite Internet. À titre d'exemple, aux États-Unis, ces compagnies investissent des sommes se comptant en millions de dollars dans le but d'exercer une pression auprès de Washington¹⁸.

Or, la substance même du réseau Internet appelle, en raison de ses caractéristiques, une concentration avancée des fournisseurs d'accès. Largement établi sur les fondements techniques du réseau téléphonique, Internet a toutefois nécessité des dépenses herculéennes dans le but de réaliser ses infrastructures primaires. Il s'agit ainsi d'une activité à monopole dit naturel.

Au-delà de cette incidence économique et sociale, la neutralité d'Internet sous-entend une dimension culturelle. L'on pense ici à une hypothèse de partenariat noué entre un fournisseur d'infrastructure et un fournisseur de contenus à des fins de priorité voire d'exclusivité. Ces pratiques, tolérables dans un contexte microéconomique, sont toutefois moins défendables lorsqu'il s'agit d'un service de quasi-monopole auquel doivent souscrire les internautes dans

18. M. SILVERSTEIN, *VoIP and Pay-to-Play: Broadband's Attempt to Push Away Direct Competition*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 155, 2007, p. 1320

un État donné. Les opérateurs peuvent être en effet tentés de se développer par intégration verticale.

Le concept de neutralité d'Internet fut introduit aux États-Unis à l'occasion d'un litige porté devant le Federal Communication Commission (FCC). Dans cette affaire, un ensemble de sociétés avait formulé une demande auprès de la FCC pour réclamer un accès ouvert et non restreint des internautes à leurs contenus. Ces compagnies envisageaient au fond de limiter le contrôle des fournisseurs d'accès sur les données transmises et reçues par leurs abonnés.

Mais la notion de neutralité d'Internet gagna en popularité aux États-Unis lorsque Comcast, groupe de télévision câblée, s'est adonné à un bridage de ses services de partage pair-à-pair. Le motif invoqué par cette compagnie était que l'activité de partage pair-à-pair occasionnait un encombrement de ses infrastructures, entraînant par là même une perte conséquente de revenus pour l'entreprise.¹⁹

En Europe, la discussion s'est propagée dans le contexte d'une nouvelle réglementation dénommée paquet télécom.²⁰ La problématique de la neutralité a donné lieu à de nombreux échanges dans cette région. Au centre des débats est la question de savoir quelle place doivent occuper les autorités de contrôle nationales dans la surveillance de cette neutralité, mais également de sa réglementation. À l'instar des États-Unis et du Canada, l'offre de connexion à Internet est largement balkanisée en Europe²¹. Il y existe des regroupements

19. M. MATE, *Net Neutrality in the European Union: Is the Internet in Danger*, 151 *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata* 115, 2013, p.119

20. Le paquet télécom est un ensemble de textes édictés par la Commission européenne. Il est constitué des directives 2009/150/CE; 2009/136/CE et d'un règlement portant création d'un Organe des régulateurs européens de communications électroniques (orece)

21. Directorate-General for Internal Policies, *Network Neutrality : Challenges and Responses In the EU and In the US*, 2014, p. 47 et s., accessible depuis: < [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU\(2014\)518751_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU(2014)518751_EN.pdf) >

transnationaux, mais les possibilités d'accès proposées aux internautes demeurent segmentées sur le plan de la qualité de service.

L'offre actuelle d'Internet a toutefois une constante. Le réseau permet à une multitude d'acteurs indépendants de créer des services de l'information sans le contrôle ou même la connaissance des opérateurs du réseau²². Partant, il convient de s'interroger sur l'équilibre à trouver entre l'allocation équitable des informations qui circulent sur la toile tout en permettant à un maximum d'agents de profiter de la création de valeur qui en résulte.

L'approche proposée par la présente étude est de ramener le débat d'une réglementation d'Internet à une réglementation des *acteurs* d'Internet. Du fait de l'ubiquité du réseau, considérer une législation au plan transnational serait, à notre sens, illusoire.

Toutefois, en considérant les éléments du débat en Europe, au Canada et aux États-Unis, nous nous proposons de répondre à la préoccupation suivante : **quels sont les éléments pertinents pour un cadre législatif raisonnable en matière de neutralité de l'Internet?**

On ne saurait prétendre pouvoir embrasser l'intégralité des conséquences socioéconomiques découlant de chaque démarche législative. C'est pourquoi le propos s'articulera autour d'une présentation analytique des règles en vigueur concernant la neutralité d'Internet (partie I) avant de s'attarder sur une mise en balance des apports de grands systèmes de droit eut égard à cette problématique (partie II).

22. R. FRENCH, *Net Neutrality 101*, University of Ottawa Law & Technology Journal, vol. 4, n° 1 et 2, 2007, p. 114

CHAPITRE I. REPENSER LA RÉGULATION DES RÉSEAUX

Le réseau Internet est avant tout un ensemble de technologies d'échange de données. La présente partie sera destinée à brosser un portrait des relations qu'entretiennent les fournisseurs d'accès et les consommateurs entre eux (Section 1). Dans un second temps, une étude des lacunes des régimes de neutralité d'Internet sera menée pour le cas du Canada, des États-Unis, et de l'Union européenne (Section 2).

Section 1. - Pourquoi une prise de conscience s'impose?

Selon que l'on se place en faveur des entités responsables du réseau (A) ou des utilisateurs (B), les intérêts divergent.

Mettre en équilibre les volontés de rentabiliser une infrastructure coûteuse et risquée avec un accès ouvert au contenu est ce qui constitue le fil rouge de la neutralité d'Internet. Dans cette section, nous nous proposons donc d'étudier ces aspects plus en détail.

L'infrastructure et son aspect technique n'est qu'une partie de l'Internet. Or, les internautes ont leur rôle à jouer la constitution de cet outil. À ce titre, voyons pourquoi il est légitime de les intégrer dans le débat de la neutralité des réseaux Internet.

A. - Les fournisseurs d'accès ne sont que co-auteurs d'Internet

§1. - Le partage de ressources, véritable vocation d'Internet

Comme nous l'avons mentionné en introduction, le débat sur la neutralité des réseaux s'est largement cristallisé autour des intérêts des parties qui déploient les moyens techniques. Il s'agit ici de réfléchir sur la place qu'ils occupent en tant que créateurs de ce moyen de communication. Cet aspect est à mettre en relation avec leur ambition légitime de rentabilité. La

question d'une régulation de la nature d'Internet peut paraître surprenante. Comme cela a pu être relevé²³, l'absence d'un échec du marché de la connexion Internet tendrait à prouver son efficacité. Autrement dit, une régulation ne serait pas souhaitable.

À tout le moins, il importe de prendre en considération les conséquences de la maîtrise installations par les opérateurs, étant donné que celles-ci s'avèrent incontournables comme mode de communication. Il s'agit en particulier d'évaluer les bénéfices de marché qu'ils peuvent tirer du transit de données par leur réseau sans pour autant léser les utilisateurs.

Car au vrai, c'est bien de cela qu'il est question. De prime abord, la valorisation de l'information *per se* peut s'avérer un sujet délicat. L'information étant immatérielle, elle peut également se montrer échangeable et substituable. Cette information répond ainsi à la définition même de bien public; elle est en effet non rivale et non excluable, en vertu des préceptes de la théorie économique²⁴. Un certain nombre d'agents cherchent ainsi à capter les revenus dégagés par la diffusion de cette information.

Or, en raison de l'importance de ces investissements de départ, deux arguments abondent dans le sens d'une valorisation des rentes qui en résultent. Tout d'abord, la rentabilisation s'opère par le biais de l'abonnement de nouveaux clients, a fortiori à la suite du déploiement physique du réseau. La firme doit donc engager une prise de risque initiale sans garantie de succès. En outre, ces investissements constituent une barrière à l'entrée majeure pour les premiers entrants au marché; cela est d'autant plus vrai pour les seconds entrants, qui devront au surplus affronter la compétition déjà établie.

23. C. MARDSEN, *Net Neutrality Law: Past Policy, Present Proposals, Future Regulation?*, Dynamic Coalition on NN, IGF 2013, p. 22

24. T. RAYNA, *Les biens numériques comme biens publics durables*, Thèse pour l'Université Aix-Marseille III, 2007, p. 19 et s.

Comme le souligne un auteur²⁵, le lien qui existe entre les droits de propriété intellectuelle et le bien-être économique repose largement sur des effets d'incitation. En d'autres termes, le mécanisme de préservation, de mise en valeur et de création de la propriété bénéficie tant à l'investisseur initial qu'aux tiers. On serait dès lors tenté d'extrapoler ces considérations à la situation qui est celle des fournisseurs d'infrastructures.

Comme constaté en introduction, la controverse de la neutralité d'Internet a éclaté aux États-Unis. Du fait de l'étendue du territoire concerné, l'offre de services Internet s'y trouvait largement fragmentée en raison des différentes technologies qui coexistaient pour relier les utilisateurs. Afin de réduire les coûts, les fournisseurs d'accès à Internet ont alors opéré une intégration verticale de leur activité. En raison de considérations économiques, les entreprises sont poussées à contrôler à la fois des segments à monopole naturel réglementé ainsi que d'autres activités à potentiel compétitif²⁶.

L'histoire des réseaux de communications est en effet profondément marquée par cette question. Dès 1837, alors que le télégraphe était d'usage répandu, on considérait que les réseaux de télécommunications tendaient par nature vers le monopole²⁷.

Ce phénomène se rapproche des situations que l'on peut observer dans d'autres marchés; c'est le cas, à titre d'exemple, pour le gaz, l'électricité, mais également la télévision. Dans ce dernier cas, un certain nombre de regroupements verticaux prennent en charge l'intégralité d'un produit audiovisuel, de sa production à sa distribution. Cela implique parfois une situa-

25. B. OWEN et G. ROSSTON, « Local Broadband Access; *Primum Non Nocere or Primum Processi?* A Property Rights Approach », dans Th. LENARD et R. MAY, *Net Neutrality Or Net Neutering : Should Broadband Internet Services Be Regulated?*, Springer, 2006, p. 167

26. P. JOSKOW et R. NOLL, *The Bell Doctrine: Applications in Telecommunications, Electricity and Other Network Industries*, Stanford Law Review, Vol. 51, n° 5, 1999, p. 1250 et s.

27. P.-Y. BADILLO et D. ROUX, « Économie des télécommunications, marchés, acteurs et réglementation », dans *Les 100 mots des télécommunications*, PUF, 2009, p. 128 et s.

tion dans laquelle les consommateurs peinent à établir ce qui différencie une offre d'une autre.

Par conséquent, les clients peuvent craindre de ressentir les effets négatifs d'une discrimination tarifaire. Au centre des préoccupations de la neutralité d'Internet, est en effet la hiérarchisation de l'accès proposé par les fournisseurs d'accès à Internet. À ce titre, le principe de neutralité des réseaux vise à permettre une protection des usagers du Web contre de telles dérives. Examinons plus en détail la relation entre neutralité et architecture d'Internet en matière consumériste.

§2. – L'incidence de l'architecture du Web pour les utilisateurs

a. - Le traitement *décentralisé* des données

À ce stade de notre réflexion, il convient de mentionner le débat sur la nature des flux qui transitent par les réseaux. Pour Tim Wu²⁸, on peut établir le *distinguo* entre réseau «simpliste» et réseau «avancé»²⁹.

Pour l'école du réseau «simpliste», l'innovation technologique est guidée par une décentralisation, mais aussi une délégation du contenu à la fin de la chaîne de distribution³⁰. L'on entend par là même placer les utilisateurs au centre du réseau, et non les fournisseurs d'accès à Internet. Formulée différemment, cette doctrine repose sur le principe de la non-discrimination des usages, des usagers, mais également des contenus les uns par rapport aux autres.

28. T. WU, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, p. 141, 2003, p. 142

29. C'est nous qui traduisons. La terminologie employée dans la littérature est *dumb pipe* et *smart pipe*.

30.A. THIERER, « Are "Dumb Pipe" Mandates Smart Public Policy? Vertical Integration, Net Neutrality, and the Network Layers Model », dans Th. LENARD et R. MAY, *Net Neutrality Or Net Neutering : Should Broadband Internet Services Be Regulated?*, Springer, 2006 p. 73 et s.

À l'inverse, appréhender le réseau comme étant «avancé» revient à soutenir une argumentation dans l'intérêt des fournisseurs d'accès. Les défenseurs de cette théorie abondent en faveur de la dérégulation de l'activité. Pour eux, un processus général de concentration des fournisseurs d'accès serait pertinent, cela afin de canaliser les applications les plus gourmandes en ressources de manière optimale³¹.

Le marché d'Internet est un domaine qui touche davantage aux médias que la téléphonie. En effet, ce dernier secteur se caractérise par une approche orientée sur les communications électroniques. Or, d'un point de vue stratégique, ces divergences influencent directement les modalités de la distribution des données. Ainsi, dans le cas d'un média, l'intérêt des fournisseurs est de produire et distribuer du contenu d'une manière qui soit rentable; l'inclusion de nouveaux utilisateurs est ce qui motive de ce modèle d'affaires³².

b. - Le traitement *intelligent* des données

À la vérité, historiquement, Internet n'a pas toujours pris en compte ces objectifs. La plupart des écrits portants sur le protocole technique d'Internet sont contenus dans des documents techniques, les *Request for Comments* (RFC). Ainsi, une RFC de 1974 est consacrée aux paquets sortants, qui constituent le mode de transmission des données en ligne. Or, ceux-ci devraient se voir accorder priorité sur les paquets entrants. Une congestion du réseau n'est en effet pas souhaitable.

Vingt années plus tard, une RFC prédisait le fait que des contraintes de bande passante risquaient de porter préjudice à l'utilisation optimale d'applications en ligne. C'est le cas des communications vocales. Pour certains, ces travaux montrent en quoi l'élaboration du proto-

31. M. SILVERSTEIN, *VoIP and Pay-to-Play: Broadband's Attempt to Push Away Direct Competition*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 155, 2007, p. 1310

32. M. LENARD et D. SCHEFFMAN, « Distribution, Vertical Integration and The Net Neutrality Debate », dans Th. LENARD et R. MAY, *Net Neutrality Or Net Neutering : Should Broadband Internet Services Be Regulated?*, Springer, 2006 p. 2

cole sur lequel repose Internet actuel s'est focalisée grandement sur la gestion prioritaire des données. Internet ne serait donc pas, par essence, de conception neutre.³³

Il convient toutefois de mentionner que certains fournisseurs de contenus comme Google ou Facebook investissent eux-mêmes dans le développement d'infrastructures du réseau. C'est le système dit *Content Delivery Network*, ou CDN.³⁴

Une telle méthode permet d'améliorer l'expérience en déplaçant le contenu au plus près de l'utilisateur. L'envoi et la réception de donnée s'effectuent donc à l'échelle locale plutôt que de transiter par la dorsale Internet sur de longues distances. Cette procédure permet par ailleurs de mettre en cache les données qui sont sollicitées fréquemment, ce qui procure des performances accrues pour les autres utilisateurs.

Lawrence Lessig est en faveur d'une telle architecture :

*Rather than locating intelligence within the network, intelligence should be placed at the end: computers within the network should perform only very simple functions that are needed by lots of different applications, while functions that are needed by only some applications should be performed at the edge. The complexity and intelligence in the network are pushed away from the network itself.*³⁵

Comme nous le verrons plus en détail au cours de la présente étude, l'architecture du réseau a une importance cruciale sur le traitement réservé aux données. On s'en réfère en particulier aux discriminations de contenus ou d'applications afin d'améliorer les performances.

33. R. HAHN et R. LITAN, *précit.*, p. 5

34. Content Delivery Network, Wikipédia: « *Un content delivery network (CDN) est constitué d'ordinateurs reliés en réseau à travers Internet et qui coopèrent afin de mettre à disposition du contenu ou des données (généralement du contenu multimédia volumineux) à des utilisateurs.* », accessible depuis: < https://fr.wikipedia.org/wiki/Content_delivery_network >

35. L. LESSIG, *The Future of Ideas: the Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, 2001, p. 34

À la lumière de ce qui a été exposé dans la présente section, les fournisseurs d'accès semblent tenir une place de choix dans l'écosystème d'Internet. Nous avons à cet effet constaté qu'ils bénéficient d'une large latitude en matière contractuelle pour organiser les modalités de l'accès au réseau. Toutefois, il convient de se demander dans quelles proportions les consommateurs ont-ils droit de cité au sein de cette problématique. La protection des consommateurs doit en effet trouver nécessairement application dans le contexte d'Internet : pour une partie de la littérature, regarder le réseau sous l'angle des seuls fournisseurs d'accès s'apparente à la conception romantique de l'auteur littéraire traditionnel³⁶.

Boyle, dans un de ses ouvrages traitant de l'infrastructure de la société de l'information, ajoute à cet égard :

*As authors ceased to think of themselves as either craftsmen, gentlemen, or amanuenses for the Divine spirit, a recognizably different more romantic vision of authorship began to emerge.... The romantic author was defined not by the mastery of a prior set of rules, but instead by the transformation of genre, the revision of form. Originality became the watchword of artistry and the warrant for property rights.*³⁷

Cette approche de mise en valeur de l'auteur, louable pour les œuvres de l'esprit, nous semble toutefois moins pertinente dans l'hypothèse d'infrastructures techniques. En effet, Internet se caractérise par une discontinuité entre l'étape de déploiement de l'infrastructure et le processus de transit de l'information. En outre, les internautes produisent et expriment cette information sous des formes très variées.³⁸

Dans un tel schéma, il apparaît ainsi possible de considérer qu'Internet n'est pas une fin en soi. Il constitue davantage une plateforme permettant aux producteurs et consommateurs de

36. S. P. CRAWFORD, *Network Rules*, Law and Contemporary Problems, Vol. 70, n° 2, Cultural Environmentalism, 2007, p. 57 et s.

37. J. BOYLE, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Harvard University Press, 1996, p. 54

38. S. P. CRAWFORD, *précit.*

contenus d'y effectuer des transactions. En partant de ce postulat, la prise en compte des intérêts consuméristes à toute sa place.

B. - Les consommateurs sont exclus du débat sur la neutralité

Dans certains cas, les données des internautes peuvent être de nature sensible, comme les informations personnelles, voire politiques tels que certains échanges d'idées. Cet aspect incontournable nécessite donc une prise en compte des libertés individuelles en vue de s'assurer d'une circulation des idées de façon libre et démocratique.

§1. - Suivre la démocratisation du Web

La Quadrature du Net, groupe de réflexion sur les politiques liées à Internet dans l'Union européenne, souhaiterait déplacer le curseur du débat davantage sur les consommateurs. Il soulève que ces derniers ont droit de cité quant à la qualité et aux modalités de l'usage qui leur sont permis sur le réseau.

À la vérité, comme le relève ce comité d'experts, les infrastructures dont les fournisseurs d'accès revendiquent l'exclusivité ont principalement été financées par les contribuables³⁹. En effet, avant le virage de la démocratisation du *web* entamé au début des années 2000, les opérateurs historiques représentaient la majeure partie de l'offre en Europe; c'est leurs efforts combinés qui ont permis d'établir la structure de base d'Internet. Elle est toujours en service actuellement.

39. La Quadrature du Net, *Protecting Net Neutrality in Europe*, 11 nov. 2009, p. 7 disponible depuis :
< http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-DOSSIER_Protecting_Net_Neutrality_in_Europe.pdf >

Un autre point mérite d'être relevé. Dans le rapport précité, la Quadrature du Net, rappelle l'état d'esprit des débuts d'Internet. Comme nous l'avons précisé en introduction, la philosophie d'Internet des origines se bornait à mettre en relation des individus par l'envoi coordonné d'informations. Aucun contenu prioritaire n'avait donc été convenu au départ⁴⁰. C'est cet élément qui fait figure de pomme de discorde dans le débat qui est celui de la neutralité d'Internet. En effet, si les différents contenus s'étoffent et empruntent des formes nouvelles, comment répondre à l'afflux coordonné de demandes des utilisateurs?

Il nous paraît ici intéressant de rappeler les dispositions préliminaires de la directive 2000/31/CE portant sur le commerce électronique. Le considérant n° 42 de ce texte nous précise notamment :

(42) Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées.

Bien que les considérants soient dépourvus de force obligatoire et reflètent avant tout l'état d'esprit du législateur, il est intéressant que la Commission se soit penchée sur la fonction technique des intermédiaires. Toutefois, la structure de la directive implique que lesdits intermédiaires sont des hébergeurs de contenus et non des fournisseurs d'accès à Internet. Enfin, ce considérant ne porte que sur le volet de responsabilité que ces entités encourent.

On peut légitimement s'interroger sur ce qui rend la question si délicate pour Internet. En effet, celle-ci ne se pose pas pour d'autres moyens de communications ou de réception d'information comme la téléphonie ou la télévision.

40. La Quadrature du Net, *précit.*, p. 8

À ce stade, il est important de noter qu'Internet n'établit aucune distinction entre les utilisateurs qui pourraient s'y connecter. Cette situation ne trouve pas application dans le cas de réseaux plus fermés comme celui du téléphone. Comme le précisent à cet effet messieurs Lee et Wu :

On the technological side, Internet protocols were designed to create a network that could be universally used by different parties with very little centralized knowledge as to who was reaching whom; as a result there was little power to track or bill for reaching certain entities. In the early years, the complexity of trying to incorporate billing capabilities might have doomed the project.

In contrast, telephone and cable television networks were designed from the outset as commercial networks, where payments were the prerequisite to connectivity at all. The Bell telephone system was, from its origins, extremely careful about who would be allowed to connect to Bell customers.⁴¹

En d'autres termes, Internet s'est constitué autour du partage de l'information sans différence entre les utilisateurs. D'autres médias ou moyens de communication ont quant à eux établi de façon claire le modèle de rentabilisation des infrastructures. Un autre critère propre à distinguer Internet d'autres technologies de communication est celui de la sélection de contenus. Internet ne connaît aucune barrière pour ce qui touche à la nature des contenus produits et distribués. Il suffit en effet de développer un protocole afin de le prendre en compte. Là encore, ce n'est pas le cas de la télévision ou la téléphonie. Pour ces services, l'inclusion de technologies nouvelles nécessite souvent un paiement additionnel pour l'utilisateur⁴².

On pourrait arguer que, en comparaison, permettre aux fournisseurs d'accès de discriminer les utilisateurs ne relèverait que de choix individuels reflétés par le cadre contractuel. Ce-

41. R. LEE et T. WU, *Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing and Net Neutrality*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 23 n° 3, 2009, p. 63

42. On s'en réfère ici à l'offre d'Internet mobile proposée par les opérateurs mobiles, ou encore la télévision connectée.

pendant, en pratique, cette discrimination peut porter des atteintes majeures aux droits fondamentaux dont jouissent les internautes.

§2. – Entre filtrage et censure : les risques pour les libertés fondamentales

Au sein des préoccupations relatives aux droits fondamentaux est l'éventualité que les fournisseurs d'accès déploient des mesures de filtrage. Messieurs Currien et Maxwell⁴³ le relèvent fort justement :

Mettre en place un processus de filtrage, c'est indéniablement ouvrir la boîte de Pandore : tout d'abord, filtrage des contenus pédopornographiques; puis filtrage des œuvres protégées par le droit d'auteur... et pourquoi pas, enfin, violation des correspondances privées et contrôle des communications des opposants politiques?

Cette possibilité laisse entrevoir des atteintes à plusieurs égards. En particulier, sous un angle consumériste, de telles considérations nous amènent à réfléchir sur une entrave non seulement à la liberté d'expression, mais aussi à la vie privée si se développe une censure effrénée par les FAI.

Afin d'étayer cette position, analysons les tenants et aboutissants du régime européen des libertés publiques, avant de nous livrer à une comparaison avec des dispositions étrangères.

i. - Cadre juridique européen des libertés publiques

En Europe, c'est l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui établit ce droit. Le premier alinéa de ce texte nous paraît particulièrement pertinent dans le cas de la neutralité. Il se définit comme suit⁴⁴ :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans

43. N. CURRIEN et W. MAXWEL, *La neutralité d'Internet*, La Découverte, 2011, p. 65

44. C'est nous qui soulignons

considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

Ces préoccupations se reflètent également au plan institutionnel au sein de l'Union. Ainsi, l'on relèvera à ce point les propos du Contrôleur européen des données relatives à la neutralité :

En surveillant les communications Internet des utilisateurs, les FAI peuvent enfreindre les règles existantes sur la confidentialité des communications, qui est un droit fondamental devant être soigneusement protégé. Un débat politique sérieux sur la neutralité du net doit donc garantir la confidentialité des communications.

La Commission européenne est également consciente de la nécessité d'établir un processus transparent pour encadrer au plus juste les actions des fournisseurs d'accès. Ainsi, comme le précise le considérant n° 38 de la directive 2009/140/CE :

Comme l'attribution du spectre à des technologies ou services spécifiques est une exception aux principes de neutralité technologique et à l'égard des services et limite la liberté de choisir le service fourni ou la technologie utilisée, toute proposition d'attribution devrait être transparente et faire l'objet d'une consultation publique.

Une résolution du Parlement européen vient réaffirmer cette démarche de recherche dans un cadre démocratique de la neutralité d'Internet⁴⁵. Celui-ci y invite la Commission à s'assurer du déploiement d'un canevas réglementaire. Il fait référence à une procédure d'enquête visant à garantir la liberté d'expression, l'accès libre à l'information, la liberté de choix dont doivent disposer les utilisateurs d'Internet, ainsi que le «*pluralisme des médias*»⁴⁶.

À ce titre, la directive 2009/140 précitée prévoit explicitement que les autorités nationales chargées de la régulation sont tenues de faciliter «*la capacité des utilisateurs finals à accé-*

45. Résolution du Parlement européen du 17 novembre 2011 sur l'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe

46. Résolution du 17 novembre 2011, précit.

der à l'information et en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix»⁴⁷.

Dans les deux situations, les acteurs institutionnels et les mouvements de défense des droits semblent donc voir d'un commun accord les possibles dangers d'un Internet non neutre. Ils se montrent également en faveur d'une prévention des abus par le biais d'une régulation *ex ante*. Néanmoins, la proportionnalité des mesures à mettre en œuvre est toujours source de désaccords. En effet, si le point de vue consistant à accorder une liberté d'accès à l'ensemble des contenus en ligne reflète le choix d'une société démocratique, jusqu'à quel point peut-on défendre des mesures propres à entacher ladite liberté? La solution la plus extrême est de permettre que des flux soient classés par priorité, au risque de donner naissance à un processus de sélection discrétionnaire. C'est celle que combattent les plus ardents défenseurs de la liberté d'expression par la neutralité d'Internet⁴⁸.

L'on relèvera ici un exemple resté célèbre : la condamnation de *Yahoo!* à une amende pour non-respect du moratoire sur la vente d'objets à connotation nazie en France. En l'espèce, la justification de la coupure du site était l'accessibilité par les citoyens de cet État au contenu en cause⁴⁹. L'affaire nous rappelle dans quelle mesure la diffusion de propos controversés est une hypothèse possible – et souhaitable – de filtrage, et donc d'absence de neutralité. Cette possibilité persiste alors même qu'une volonté de régulation harmonisée est en place dans cette région.

Cependant, les possibles menaces que présenterait la neutralité d'Internet à l'égard du droit à la vie privée semblent plus faibles. La préoccupation principale qui ressort de la littérature est la méthode dite de l'inspection profonde des paquets. Cette technique d'analyse de don-

47. Directive 2009/140/CE, art. 8, paragr. 4, point g

48. N. CURRIEN et W. MAXWEL, *précit.*

49. TGI Paris, référé, 22 mai 2000, UEJF et Licra c. Yahoo! Inc. et Yahoo France

nées pourrait en effet s'avérer préjudiciable pour la vie privée des consommateurs dans l'hypothèse d'une rétention des données non enfermée dans un délai⁵⁰. La question des modalités d'utilisation de ces données est également problématique lorsque l'on en réfère au droit à la vie privée. Toutefois, dans le cas de l'Union européenne, les dispositions en vigueur régissent actuellement les modalités de ce traitement sont actuellement régencées par les textes en vigueur⁵¹.

Traditionnellement, le régulateur européen verse rarement dans les cas portant exception à la liberté d'expression. À la vérité, les applications du principe de neutralité comme dérogation à ladite liberté sont peu fréquentes. L'on pourra toutefois mentionner à ce point la situation d'un fournisseur d'accès américain qui s'était livré à un filtrage systématique des courriels de ses clients. Cette opération visait tout particulièrement les messages qui comprenaient l'adresse URL d'une coalition d'activiste opposée à une action militaire des États-Unis en Irak⁵². En Europe, c'est avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009 que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a trouvé une application légale.

Mais les approches adoptées par les législateurs varient d'un emplacement à l'autre. Si l'Union européenne se montre parfois apte à réguler le marché pour répondre à des préoccupations consuméristes, elle a également tendance à protéger les libertés individuelles, notamment en matière de liberté d'expression⁵³. Ainsi, dans une déclaration relative à la politique européenne touchant aux télécommunications, la Commissaire européenne Viviane Reding a indiqué à cet égard que le but de l'Union était le respect des droits de l'Homme, en particulier la liberté d'expression.⁵⁴

50. Directorate General for Internal Policies, *précit.*, p.46

51. En particulier, la directive 2002/58/CE fait office de texte de référence en matière de vie privée.

52. Directorate General for Internal Policies, *précit.*, p.45

53. F. PFISTER, *Net Neutrality: An International Policy for the United States*, p. 186

54. Directorate General for Internal Policies, *précit.*, p.45

Cette prise de position pourrait sembler anodine. Elle vient cependant contraster largement avec les propos du Commissaire de la FCC qui se bornait à invoquer la protection des consommateurs et la facilitation de l'innovation. De telles divergences culturelles démontrent de la richesse du débat que suscite le sujet de la neutralité des deux côtés de l'Atlantique en raison des priorités respectives des décideurs politiques. Un auteur⁵⁵ y voit néanmoins une constante : la volonté de ces législateurs d'imposer moins de régulation, mais plutôt d'encourager la concurrence en vue de parvenir à ces fins.

ii. - L'importance des droits fondamentaux aux États-Unis

Dans cet espace juridique, la liberté d'expression fait toutefois figure de droit fondamental. Elle est traditionnellement reliée au premier amendement de la Constitution, et comprend notamment la possibilité de s'exprimer à titre anonyme⁵⁶.

À l'instar de l'Europe, les États-Unis comprennent certains services en ligne tels que *Youtube* ou *Vimeo* qui impliquent l'utilisation de méthodes de filtrage des données par les fournisseurs d'accès. En clair, des algorithmes se chargent de régir les transmissions de données, notamment pour éviter des violations de propriété intellectuelle. Les créateurs d'Internet s'étaient à cet effet prononcés contre cela, pointant du doigt les risques potentiels d'une telle ingérence pour l'échange libre des idées et de potentielles innovations nouvelles.

La Cour suprême des États-Unis a toutefois répondu à ces critiques en indiquant que ni la réglementation en matière de concurrence ni la réglementation fédérale des télécommunications empêchent les opérateurs de pratiquer des discriminations⁵⁷.

55. F. PFISTER, *précit.*

56. *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960); *Intyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995)

57. H. TRAVIS, *Of Blogs, eBooks, and Broadband: Access to Digital Media as a First Amendment Right*, 35 Hofstra Law Review, 1519 (2007) p. 145 et s.

À tout le moins, les changements qui interviennent quant aux infrastructures d'expression des idées⁵⁸ entraînent de nouveaux modes de régulation en matière de liberté d'expression aux États-Unis. L'approche régulatrice de l'ancienne école⁵⁹ en matière de liberté de parole se destinait à trois aspects : des individus, des espaces et des technologies de distribution de masse de la pré-Internet. En effet, dans ce contexte traditionnel la crainte est que l'État détienne ou déporte des individus, qu'il contrôle d'accès à des lieux publics, ou encore qu'il monopolise, régule ou s'empare de technologies de communication de masse à l'image des livres, médias de radiodiffusion ou encore de la presse.

Or, le contexte du 21^e siècle est bien différent de ces préoccupations pour les souverainetés démocratiques telles que les États-Unis. L'univers que l'on a décrit tout au long de la présente étude a ici toute sa place. Les cibles par excellence de la régulation de nouvelle école sont les fournisseurs d'accès à Internet ainsi que les registraires de nom de domaines. Cette régulation d'un nouveau genre va de surcroît favoriser une régulation préventive plutôt que punitive⁶⁰ ; elle comprend aussi une imbrication complexe de coopération entre les sphères publique et privée.

Cette nouvelle philosophie vient par ailleurs s'ajouter à la couche législative traditionnelle pour mieux la compléter. Un exemple emblématique est celui de la traque d'Edward Snowden, qui divulgue régulièrement des informations confidentielles portant sur les pratiques de surveillance américaines⁶¹. Cet effort de la part du gouvernement des États-Unis utilise une

58. J. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, Harvard Law Rev., vol. 127, 2014, p. 6. L'auteur nous précise à cet égard : « *Once we shift our focus from the moment of expression to the technological, economic, and social infrastructure that supports and enables expression, we can understand how crucial infrastructure is to the freedoms of speech and press.* »

59. J. BALKIN, précit.

60. J. BALKIN, précit.

61. H. TRAVIS, *Myths of the Internet as the Death of Old Media*, AIPLA Quarterly Journal, vol. 43, n° 1, 2015 p. 35 et s.

approche traditionnelle, les alliés Européens des États-Unis ayant contraint d'aéronef du président bolivien à atterrir dans l'espoir d'interpeler Snowden.

iii. – Protection des libertés individuelles aux Canada

Présentement, quatre lois sont conçues pour répondre aux préoccupations d'un citoyen québécois. Les deux textes les plus reconnus par les juridictions sont la *Charte canadienne*⁶² et la *Charte québécoise*⁶³.

De façon synthétique, la philosophie de ces chartes est de garantir que la «dignité inhérente de l'être humain»⁶⁴ soit respectée.

Bien que cette expression ne fait pas l'objet d'un droit à proprement parler dans le corpus de la Charte canadienne, il n'en reste pas moins vrai qu'elle «*inspire la charte*» voire «*sous-tends tous les droits garantis par la Charte*»⁶⁵. On retrouve la même intention dans le préambule du texte québécois⁶⁶.

La particularité de ce dernier est qu'il s'agit d'une loi qui est modifiable ou révisable par l'Assemblée législative du Québec. Elle revêt donc le caractère de loi ordinaire au plan purement formel. Cela n'empêche pas cependant que les dispositions de la Charte soient considérées comme d'ordre public :

62. Charte canadienne des droits et libertés, Loi Constitutionnelle de 1982, Partie I, 1982, ch. 11 (R.U.)

63. Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12

64. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103

65. *Hill c. Église de Scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130

66. « *Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi* »

«Les lois sur les droits de la personne fixent un minimum auquel les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat. Elles pourront le faire si, de ce fait, elles accroissent et protègent davantage les droits de la personne des gens concernés.»⁶⁷

À l'inverse de la *Charte québécoise*, la *Charte canadienne* bénéficie d'un statut à part, puisqu'elle fait partie intégrante du bloc constitutionnel par l'effet des dispositions de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel énonce :

«52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.»

Le cadre juridique Canadien comprend en particulier une disposition dévolue à la liberté d'expression. Il s'agit de l'article 2 al. b), lequel mentionne la *«liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication»*.

Pour sa part, l'ordre juridique québécois vise à s'assurer que *«toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association»⁶⁸*.

Ainsi, le processus de traitement sélectif des données peut conduire à une gêne pour l'utilisateur si les performances sont dégradées au-delà d'un certain seuil. Il peut en outre présenter une atteinte grave aux libertés visées à la charte dans les articles précités, en raison des préoccupations de censure.

Quelle est la marge de manœuvre des fournisseurs d'accès, et comment la question de la neutralité a été appréhendée par les législateurs? C'est ce dont il sera question dans la section suivante.

67. *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3, para. 26

68. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, chap. C-12, art. 3

Section 2. - Pour une évolution de la régulation du réseau

Nous l'avons vu, il est soutenable de concevoir Internet comme non neutre vis-à-vis des utilisateurs. Dans cette section, nous nous proposons cette fois d'aborder les relations qu'entretiennent les fournisseurs d'accès entre eux. Pour cela, nous brosserons un tableau de l'État du droit en matière de différenciation de traitement des données en Union européenne, aux États-Unis et au Canada (A), avant de nous appesantir sur la solution la plus intéressante pour permettre une meilleure utilisation des infrastructures tout en ne négligeant pas les utilisateurs : il s'agit une obligation de transparence à laquelle seraient soumis les fournisseurs d'accès (B).

A. - Tour d'horizon de l'état du droit

§1. - La prise en compte de la neutralité en Europe

La question de la neutralité dans l'Union européenne a été soulevée avec l'adoption d'une série de textes au plan communautaire. Regroupées sous l'appellation Paquet télécom, ces directives visent à bâtir un droit des télécommunications harmonisé à l'échelle de cette région.

Concrètement, ce train de mesures *ex ante* est constitué d'un ensemble de directives qui viennent amender des textes existants⁶⁹.

D'après le droit de l'Union européenne, c'est au législateur de chaque État membre, en vertu de l'article 22(3) de la directive service universel⁷⁰, de «fixer des exigences minimales de

69. Le Paquet télécom comprend d'une part la directive 2009/140/CE qui modifie la directive accès (2002/19/CE); la directive autorisation; (2002/20/CE); la directive cadre (2002/21/CE), puis d'autre part la directive 2009/136/CE qui procède à l'amendement de deux textes existants: la directive service universel (2002/22/CE) ainsi que la directive vie privée et communications électroniques (2002/58/CE)

70. Directive 2002/22/CE

qualité de service» pour «prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux».

Autrement dit, cette disposition ouvre la voie à une capacité d'initiative des régulateurs. Comme cela a été relevé lors de travaux parlementaires pour l'application de ces dispositions en France, la question est toutefois de déterminer si elle permet seulement d'imposer des obligations dans le cas d'une dégradation de service spécifique, ou, alternativement, de fixer des exigences minimales applicables à l'intégralité des acteurs du marché⁷¹.

L'article 5 de la directive accès de 2002 de l'Union européenne dote les autorités de régulation nationales de la faculté d'encourager et d'assurer «un accès et une interconnexion adéquats ainsi que l'interopérabilité des services»⁷² en prenant en compte ce qui pourrait bénéficier aux utilisateurs finaux. Cette disposition encourage dès lors une approche de la neutralité qui serait favorable aux consommateurs. La tâche de légiférer incombe donc aux autorités nationales, en l'absence d'un cadre harmonisé au plan européen. Mais en pratique, il s'agit de s'assurer que le traitement de données provenant d'opérateurs tiers soit le plus équitable possible. C'est donc la vocation de chaque État membre que de s'assurer de l'interopérabilité du réseau.

§2. - La classification américaine des télécommunications

En 1996, quand le Congrès américain a révisé pour la dernière fois la réglementation touchant aux télécommunications, deux catégories ont été établies. Il existe tout d'abord les services de télécommunications, qui reçoivent la qualité de transporteur, ou *common carrier*. L'offre téléphonique filaire entre dans cette classification. Les acteurs qui sont gouvernés par

71. L. DE LA NAUDIÈRE, *La neutralité d'Internet dans différents pays européens: état des débats et enseignements à en tirer*, Rapport pour l'Assemblée nationale, France, p. 6, accessible depuis: < http://www.economie.gouv.fr/files/Rapport_de_mission_neutralite_internet.pdf >

72. Directive 2002/19/CE, Art. 5, pt. 1

ce régime doivent se soumettre d'office à la compétence de la FCC.

D'autre part, la loi américaine de 1996⁷³ établit les services dits de l'information, lesquels permettent de stocker, gérer, mais aussi de publier de l'information en ligne. À l'époque de la réglementation, cela comprenait des services comme ceux de la compagnie AOL. Mais c'est également le cas présentement de certains sites tels que YouTube, Flickr ou Facebook, pour ne citer qu'eux⁷⁴.

Toutefois, en raison d'une forte résistance de la part des fournisseurs d'accès, la FCC n'a pas placé l'accès à Internet dans la catégorie des services de télécommunications, ce qui eut pour effet de rendre l'article 202 applicable à ce réseau. Pour certains, la décision de ne pas réviser la nomenclature existante vient en contrepoids des principes édictés par le Titre II⁷⁵. Si des observateurs considéraient le principe de non-discrimination édicté par ce Titre comme un guide d'interprétation de la règle de neutralité du Titre I du texte de 1996, l'applicabilité à ce cas des règles de précédant concernant les services de téléphonie demeure incertaine⁷⁶.

L'article 202 du texte constitue à notre sens la définition la plus complète de ce qu'on entend par neutralité; à savoir toute absence de discrimination.

73. *Telecommunications Act of 1996*, 47 U.S.C.

74. B. VAN SCHEWICK, *The FCC Changed Course on Network Neutrality. Here is Why You Should Care*, Stanford Cyberlaw, 25 avril 2014, à consulter depuis:
< <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2014/04/fcc-changed-course-network-neutrality-here-why-you-should-care> >

75. H. HULTQUIST, *Harold Feld is Right (About Some Things)*, Blog AT&T Public Policy, 13 octobre 2010, disponible depuis:
< <http://www.attpublicpolicy.com/government-policy/harold-feld-is-right-about-some-things/> >

76. H. FELD, *Sorry AT&T, Title II Would Not Require The FCC To Allow Paid Prioritization*, Wetmachine, 8 octobre 2010, consultable depuis:
< <http://www.wetmachine.com/uncategorized/sorry-att-title-ii-would-not-require-the-fcc-to-allow-paid-prioritization/> >

Le titre II est consacré aux services de diffusion au public. Ses dispositions prévoient notamment que les compagnies pratiquent des tarifications raisonnables (article 201), une absence de discrimination des services (202), la possibilité pour les clients de formuler une plainte (article 208)

Il énonce en effet :

«It shall be unlawful for any common carrier to make any unjust or unreasonable discrimination in charges, practices, classifications, regulations, facilities, or services for or in connection with like communication service, directly or indirectly, by any means or device, or to make or give any undue or unreasonable preference or advantage to any particular person, class of persons, or locality, or to subject any particular person, class of persons, or locality to any undue or unreasonable prejudice or disadvantage.»⁷⁷

La reclassification de l'Internet dans cette catégorie aurait donc pour conséquence directe de les soumettre à de nouvelles obligations, et notamment l'absence de discrimination qui est l'objet de la neutralité des réseaux.

§3. - Les dispositions canadiennes en matière de neutralité

Au Canada, le CRTC n'a pas toujours été investi du pouvoir de régulation d'Internet. Une ordonnance relative aux «nouveaux médias»⁷⁸ est venue changer la donne en la matière. Il était en particulier question d'étendre la compétence de l'organe en lui permettant de superviser certains contenus communiqués sur le web comme l'audio et la vidéo : il s'agissait des services dits de radiodiffusion. Autrement dit, en adoptant un raisonnement par l'inverse, étaient exclues de manière implicite les autres données transitant par les réseaux Internet tels que les courriels et la plupart des pages web.

77. U.S.C. 202(a)

78. Avis public de télécom CRTC 1999-197, Ordonnance d'exemption relative aux entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias, 17 décembre 1999, accessible depuis :
< <http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/1999/pb99-197.htm> >

Le Conseil est présentement investi des pouvoirs de régulation et de surveillance des fournisseurs de services internet en vertu de la *Loi sur les télécommunications*⁷⁹. Le CRTC a déterminé que certaines dispositions de ce texte, en particulier les articles 27 et 36, peuvent trouver application dans le cadre du débat sur la neutralité d'Internet.

Rappelons tout d'abord la lettre de l'article 36 :

Il est interdit à l'entreprise canadienne, sauf avec l'approbation du Conseil, de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'elle achemine pour le public.

On entend donc éviter une distorsion du service qui porterait atteinte à la qualité du message transmis. La notion de sens et d'objet peut prêter à confusion. Cela dit, l'utilisation du verbe «régir» peut à notre sens trouver application pour les politiques de gestion du réseau mises en place par les fournisseurs d'accès.

L'article 27 est quant à lui plus précis sur le traitement commercial des communications. Il y est en effet précisé que les tarifs pratiqués se doivent d'être «justes et raisonnables». Le législateur nous indique par ailleurs que toute «discrimination injuste» par le fournisseur d'accès est prohibée

Enfin, ajoutons qu'en 2007, le gouvernement du Canada a émis des orientations politiques afin de clarifier le dispositif de régulation du secteur des télécommunications. Ces lignes directrices, prenant en compte l'aspect concurrentiel de la neutralité, enjoignent le CRTC de s'appuyer sur les forces de marché en présence en vue d'évaluer les différentes approches réglementaires possibles. Il s'agit ainsi de mettre en balance les coûts et bénéfices des intérêts en jeu, tout en évitant une réglementation intrusive.

79. L.C. 1993, ch. 38

§4. - Conclusions à en tirer

Les droits américain et canadien s'accordent tous deux sur le fait que les utilisateurs d'Internet devraient être en mesure d'utiliser tout contenu et application de leur choix, à la condition que ceux-ci soient licites. Toutefois, exprimer cette idée dans un texte juridique peut être délicat. En effet, il n'est pas possible, pour un fournisseur d'accès à l'Internet de garantir un service constant à sa clientèle, puisqu'il n'est qu'un maillon de la chaîne de distribution. Il se trouve ainsi tributaire d'une multitude de facteurs extérieurs à cet agent. C'est pourquoi, dans ce domaine particulier, la règle de droit se doit donc d'exprimer la garantie d'accès par la négative⁸⁰. Autrement dit, le fournisseur d'accès ne doit pas entraver l'acheminement des données.

La notion d'absence de caractère raisonnable ressort donc comme une approche commune à la gestion du réseau. En prenant en considération les contraintes techniques et économiques propres au secteur de l'Internet, les législateurs nord-américains ont posé un régime tout en nuance, dont l'appréciation relève de la casuistique.

En Europe, la philosophie est différente. Comme le prévoit la directive service universel, le but de la réglementation est de prendre en compte l'intérêt général⁸¹. A cet effet, les dispositions sont orientées vers la qualité du service fourni aux utilisateurs finaux⁸². Dans un tel schéma, le législateur européen a donc prévu des exigences de qualité minimal du service, donc les modalités d'application relèvent des législateurs nationaux. Le centre de gravité tourne donc davantage autour des consommateurs, qui se voient octroyer un droit à une qua-

80. C. MCTHAGGART, *Net Neutrality and Canada's Telecommunications Act*, 2008, p. 15 accessible depuis : < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127203 >

81. On s'en réfère ici à l'article 3 al. 2, qui énonce: « [Les Etats-membres] *s'efforcent de réduire au minimum les distorsions sur le marché, en particulier lorsqu'elles prennent la forme de fournitures de services à des tarifs ou des conditions qui diffèrent des conditions normales d'exploitation commerciale, tout en sauvegardant l'intérêt public* ».

82. Directive service universel, considérant n° 4

lité de service garantie par les législations nationales. La question de la neutralité s'en trouve exprimée positivement, à l'inverse des droits américain et canadien.

Une autre différence est de nature idéologique. La notion de service universel, inventée au début du 20^e siècle et introduite en 1992 par la Commission européenne⁸³ vise à s'assurer que des services essentiels, comme les télécommunications, mais aussi l'eau ou encore les transports soient accessibles au plus grand nombre. Cette philosophie n'est pas autant encrée dans la culture américaine; si les dépenses consacrées par le budget américain ont atteint 7 milliards de dollars en 2007, son efficacité est parfois critiquée⁸⁴.

À cela s'ajoute la structuration de l'initiative réglementaire. Unifiée aux États-Unis, elle est déléguée aux États membres au sein de l'Union européenne. Par voie de conséquence, chaque État souverain commande les intérêts des opérateurs de son propre territoire, ce qui peut conduire à une négligence des plus petits acteurs et donc un morcellement du marché des télécommunications⁸⁵.

Cela conduit à s'interroger sur des éventuelles lacunes au sein de la réglementation américaine et européenne pour les agents économiques ainsi que les citoyens. Nous verrons en particulier au cours de la section qui suit dans quelle mesure une neutralité pure n'est pas la solution idéale. Les travers de l'autre extrémité du spectre (une différenciation marquée du traitement des données) sera également décortiquée au cours de la même démarche.

83. P.-Y BADILLO et D. ROUX, « Économie des télécommunications, marchés, acteurs et réglementation », dans *Les 100 mots des télécommunications*, Presses universitaires de France, 2009, p. 64 et s.

84. P.-Y BADILLO et D. ROUX, précit.

85. « To be Continued », *The Economist*, 31 janv. - 6 févr. 2015, accessible depuis : <http://www.economist.com/news/business/21641257-rules-road-internet-will-always-be-work-progress-be-continued> >

B. - En quoi une réglementation peut être lacunaire

Comme nous l'avons montré antérieurement, le réseau Internet ne saurait être neutre de par sa constitution. Différencier des contenus ou des applications en fonction de leur nature permet d'allouer les ressources adéquates pour les informations qui transitent par Internet. À tout le moins, l'argument de la discrimination peut être utilisé à des fins compétitives, à plusieurs titres.

Premièrement, des opérateurs qui licencient leur réseau à des sociétés tierces ont intérêt à servir de manière prioritaire leurs propres abonnés, ceci à la défaveur de ces concurrents.

En second lieu, des regroupements sont parfois opérés entre les fournisseurs d'infrastructure et les fournisseurs de contenus⁸⁶. Le développement de ces partenariats à caractère exclusif permet aux opérateurs de pratiquer des prix plus importants, a fortiori lorsque le contenu en question fait l'objet d'une forte demande auprès du grand public. L'on pense ici aux produits issus de l'industrie du divertissement à l'instar des séries télévisées, mais également le marché du sport, pour lequel les contenus ont un caractère non substituable aux yeux des consommateurs⁸⁷.

Partant, les discriminations qu'établissent les opérateurs entre le traitement des données transmises par leurs clients et les clients de tiers sont au cœur du débat sur la neutralité. Il

86. C. BARBIÈRE, *Bruxelles s'interroge sur les projets d'Apple dans la musique*, EurActiv.fr, à consulter depuis: < <http://www.euractiv.fr/sections/concurrence/bruxelles-sinterroge-sur-les-projets-dapple-dans-la-musique-313534> > concernant l'intégration par la société Apple d'un service de diffusion musicale à des produits physiques; F. BOUSSION, *Modèles économiques pour fournisseurs de contenus*, INRIA, 2011 p. 9, à consulter depuis :

< ftp://131.254.254.45/local/caps/DEPOTS/BIBLIO2011/Boussion_Francois.pdf > relatif à l'acquisition par une plateforme de contenus (de type YouTube par l'opérateur historique français Orange)

87. H. GUO, S. BANDYOPADHYAY, A. LIM, Y.-C. YANG et K. CHENG, *Effects of Competition Among Internet Service Providers and Content Providers on the Net Neutrality Debate*, 2015, p. 3, disponible depuis: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529693 >

convient donc d'examiner en quoi une discrimination est requise par les usages actuels du réseau (§1), et quels sont les parades pour éviter d'éventuels abus de la part des opérateurs (§2).

§1. - La différenciation des données : chronique d'une controverse

a. - Un réseau strictement égalitaire n'est pas la panacée

Le principe de la discrimination pose question dans de nombreux domaines. À titre d'exemple, la discrimination tarifaire est employée en matière de brevet par les acteurs qui tirent profit d'un monopole de propriété intellectuelle⁸⁸. Si cette problématique était au départ considérée comme une préoccupation purement américaine⁸⁹, le débat s'est peu à peu installé en Europe⁹⁰.

Dans cet espace juridique, la Directive Service universel n'impose ni n'interdit aux fournisseurs d'accès Internet d'établir des restrictions quant à l'utilisation d'applications par les consommateurs. À tout le moins, elle requiert une information pour ce qui touche aux conditions d'utilisation desdites applications, ainsi que sur toute mesure de gestion de trafic à même d'avoir un effet sur la qualité du service. Cette information peut être délivrée au moyen du contrat d'abonnement au service.⁹¹

88. R. POSNER, *Natural Monopoly and its Regulation*, Stanford Law Review, Vol. 21, n° 3, 2014, p. 554

89. N. CURRIEN et W. MAXWEL, *précit.*

90. W. MAXWELL et D. SIERADZKI, *Affaire Comcast aux États-Unis : quelles leçons pour l'Europe ?*, Lettre de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, sept./oct. 2008, p. 24 et s. ; La Quadrature du Net, *Précit.*, 11 nov. 2009, p. 5

91. B. VAN SCHEWICK, *précit.*, p. 60

Sous certaines circonstances, la pratique de la discrimination au sein du réseau Internet peut effectivement produire des conséquences positives⁹². À titre d'exemple, grâce au blocage préventif du trafic reconnu comme malveillant, il est possible de réduire les risques de sécurité tels que les détournements de service⁹³. En outre, la discrimination permet de réduire la congestion du réseau. Cela est tout particulièrement important pour les usages qui sont sensibles temps de latence comme les appels vocaux par Internet (voix sur IP)⁹⁴.

L'utilité de la qualité de service dépend du contexte. Il peut arriver qu'elle produise des effets néfastes dans une hypothèse, puis induise des avantages dans une autre⁹⁵.

La qualité de service représente également un facteur de différenciation par rapport aux concurrents⁹⁶.

Comme l'indique la FCC :

Use-agnostic discrimination (sometimes referred to as application-agnostic discrimination) is consistent with Internet openness because it does not inter-

92. W. LEHR, S. GILLET, M. SIRBU et J. PEHA, *Scenarios for the Network Neutrality Arms Race*, 2006, p. 4, accessible depuis:
< <http://ssrn.com/abstract=2104379> >

93. Body of European Regulators for Economic Communications, *A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe*, 2012, p. 9 et s., à consulter depuis:
< http://berec.europa.eu/files/document_register/2012/7/BoR12_30_tm-snapshot.pdf >
En pratique, ces restrictions prennent la forme d'un blocage de ports, notamment en vue d'éviter des dénis de services.

94. Body of European Regulators for Economic Communications, *précit.*, p. 5

96. B. VAN SCHEWICK, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, *Stanford Public Law Working Paper*, 20 sept. 2010, p.14

96. Ch. YOO, "Network Neutrality and Competition Policy: a Complex Relationship" dans T. LENARD et R. MAY, *Net Neutrality or Net Neutering: Should Broadband Internet Services be Regulated*, Springer, 2006, p. 26 et s.

*ferre with end users' choices about which content, applications, services, or devices to use. Nor does it distort competition among edge providers.*⁹⁷

Ces dispositions sont fondées sur la pratique. En effet, les fournisseurs d'accès peuvent considérer certains contenus comme étant de faible valeur au regard du coût de transmission qui leur est attachée. C'est le cas notamment du contenu produit directement par les utilisateurs. En effet, ce contenu qui se développe exponentiellement n'a pas de réelle valeur intrinsèque : il paraîtrait utopique d'imposer des frais pour pouvoir accéder à ce contenu seul⁹⁸.

Mais la popularité de ce contenu auprès des utilisateurs et son caractère aisément partageable appelle une gestion du réseau par les fournisseurs d'accès en vue de limiter toute surcapacité d'Internet. C'est notamment ce qui les a poussés à restreindre l'usage de protocoles de pair-à-pair. Le principe de traitement de l'information sur le réseau est dès lors celui du «*meilleur effort*». Autrement dit, l'opérateur est tenu par une obligation de moyens de transmettre le contenu dans les limites de performances rendues possibles par son réseau.

La stratégie pour éviter une congestion des réseaux repose dans des algorithmes de routage, à la base des technologies de gestion du trafic⁹⁹. Ainsi, ces technologies permettent à un routeur de distinguer les paquets qui sont en transit en fonction de leur provenance, destination, mais aussi de leur type.

Des routeurs vont plus loin, et sont capables non seulement d'examiner la simple enveloppe d'un paquet prise isolément, mais aussi son contenu. Chaque paquet est en effet segmenté en une quantité donnée de sous-paquets. Cette technique dite d'inspection profonde des paquets permet au routeur de déterminer chaque séquence de sous-paquets, et ainsi définir son rôle

97. Federal Communications Commission, *Preserving the Open Internet. Report and Order*, FCC 10-201, paragr. 73 accessible depuis:

< http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf >

98. Ch. MARDSEN, *Net Neutrality and Consumer Access to Content*, SCRIPT-ed, Vol. 4, n° 4, sept. 2007, p. 416

99.A. DALY, *The Legality of Deep Packet Inspection*, Tilburg Institute of Law and Technology, 2010, p. 10

propre. Tout l'intérêt d'un tel dispositif repose dans l'attribution de priorités. En d'autres termes, afin d'optimiser le transit de l'information, le routeur peut à tout moment ralentir, accélérer, voire bloquer un paquet grâce à cette analyse fine. Les opérateurs utilisent fréquemment cette pratique de gestion du trafic afin d'éviter la tragédie des *commons*¹⁰⁰.

Les fournisseurs d'applications et de contenu sont conscients du fait que les opérateurs ne peuvent garantir un niveau de service constant. Ils utilisent donc des technologies de mise en cache afin d'éviter une redondance de routeurs. Une telle multiplication des transports appelle en effet des risques de perte de paquets ou des délais supplémentaires pour l'internaute¹⁰¹.

Au Canada, lors d'une audience publique, le CRTC avait interrogé certains opérateurs sur les pratiques de gestion du trafic et la nécessité d'une régulation du secteur¹⁰². Les opérateurs parties prenantes, à savoir Shaw, Rogers et Bell, ont manifesté leurs réticences à l'égard d'une quelconque régulation. Pour eux, le marché est suffisamment concurrentiel pour garantir le développement d'un Internet ouvert et porté sur l'innovation¹⁰³

Ils considèrent par ailleurs que le trafic d'échange pair-à-pair n'est pas sans présenter des risques d'engorgement du réseau. Par suite, les opérateurs se doivent d'utiliser des mesures

100. R. FRENCH, *Net Neutrality 101*, University of Ottawa Law & Technology Journal, 2007, p. 120 La tragédie des *commons* est une théorie qui considère que dans l'hypothèse où une ressource est disponible en quantités très importantes, les agents économiques seront portés à l'utiliser à outrance, conduisant par ce biais à son épuisement. L'application de ce modèle à Internet conduit à considérer les infrastructures du réseau comme menacées d'engorgement. Comme le relèvent à cet égard des économistes, plus de 80 % des usages du réseau sont totalisés par seulement moins de 10 % des utilisateurs. ; M. CAVE et autres, *Statement by European Academics on the Inappropriateness of Imposing Increased Internet Regulation in the EU*, 2009, p. 1 disponible depuis :

< <http://ssrn.com/abstract=1329926> >

101. Ibid.

102. Avis public de télécom CRTC 2008-19, Transcriptions 6 juill. 2009, vol. 5, 6 et 7, accessible depuis : < <http://www.crtc.gc.ca/fra/transcripts/2009/index.htm> >

103. Télécom CRTC 2008-19, précit., vol. 5, paragr. 4901

de filtrage, en ce que ces techniques sont moins coûteuses qu'une extension physique de l'architecture :

On a shared network, when one end user or group of end users causes congestion on a particular facility, the impact is felt by all end users who use that facility. While it is the case that some facilities at some network locations may be under the control of resellers, the vast majority of local access facilities, at least in the case of coaxial networks, are not controlled by resellers, and hence escape fully from that responsibility.¹⁰⁴

Ils écartent enfin toute mesure de transparence au motif que les utilisateurs ne se préoccupent pas du fonctionnement technique de leur fournisseur d'accès; s'ils sont informés d'un traitement défavorable d'un contenu donné, ils pourraient en tirer une certaine frustration¹⁰⁵.

b. - La discrimination peut conduire à des abus

i. - La discrimination fondée sur la qualité de service

Dans la pratique, les opérateurs du réseau interviennent donc de façon quasi systématique, précisément pour assurer la qualité du service et répondre aux attentes de leurs utilisateurs. Cette réalité se trouve reflétée dans les contrats de service depuis de nombreuses années. C'est le cas notamment des conditions générales de Bell, approuvées par le CRTC en 1986.

Il y est ainsi prévu que :

«[c]ustomers are prohibited from using Bell Canada's services or permitting them to be used so as to prevent a fair and proportionate use by others. For this purpose, Bell Canada may limit use of its services as necessary»

En d'autres termes, l'opérateur prévoit qu'il peut ajuster les performances du réseau pour répondre à des sollicitations trop gourmandes en ressources de la part de sa clientèle. Ces

104. Télécom CRTC 2008-19, précit., vol. 5, paragr. 5570

105. Télécom CRTC 2008-19, précit., vol. 5, paragr. 4195, les propos tenus par M. Hennessy de Telus lors de l'audience : « *People don't really care how things work. If you tell them that it's working in a way that's not fair, or that is impairing their ability to enjoy something, then they may become frustrated, but they still don't really care as to what is going on.* »

dispositions sont particulièrement intéressantes si l'on considère le CRTC comme compétent pour connaître des matières reliées à l'Internet et non pas au seul réseau téléphonique. En effet, l'aspect raisonnable qui doit être fait de l'utilisation du réseau est, rappelons-le, le cheval de bataille de la neutralité de l'Internet.

Ainsi, des mots de la société Comcast, «*[t]here is nothing 'neutral' about a network that is not managed. An unmanaged network simply means that users who make disproportionately resource-intensive demands on the network can crowd out fellow users.*»¹⁰⁶

En d'autres termes, un réseau peut difficilement être purement neutre si le but poursuivi est d'assurer une qualité de service égale à tous. Il en va de même pour les infrastructures de type Content Delivery Network¹⁰⁷. L'un des plus répandus est le service d'infonuagique Akamai, qui se caractérise comme suit :

*Our global platform of thousands of specially-equipped servers helps the Internet withstand the crush of daily requests for rich, dynamic, and interactive content, transactions, and applications. When delivering on these requests, Akamai detects and avoids Internet problem spots and vulnerabilities, to ensure Websites perform optimally, media and software download flawlessly, and applications perform reliably.*¹⁰⁸

La mise en œuvre d'une détection de chaque type de données est bien présente dans ce descriptif. Par ces termes, les prestataires semblent vouloir indiquer qu'il est naturel que le réseau ne soit pas purement neutre afin de délivrer une expérience convenable à leurs utilisateurs.

Mais la pratique nous montre que ces politiques de gestion du réseau peuvent trouver leurs limites.

106. C. MCTHAGGART, *précit.*, p. 15

107. v. Note 34

108. < <http://www.akamai.com/html/about/index.html> >, nous soulignons

En 2005, la société Telus avait bloqué l'accès à des sites qui référençaient les données personnelles d'employées ne respectant pas les piquets de grève lors d'un mouvement social. Un tel traitement se justifiait, pour la compagnie, par un besoin de protection de ces employés. Pour M. Geist, l'existence de cet incident souligne de façon éloquente le besoin de réglementation de la neutralité des réseaux dans le système juridique canadien¹⁰⁹.

L'on pourra relever l'exemple de Rogers qui, en 2007, s'était livré à un bridage des réseaux cryptés. Des observateurs avaient reporté que cette pratique lésait le corps professoral ainsi que les étudiants de l'Université d'Ottawa qui étaient clients de la compagnie Rogers lors de la consultation de courriels depuis l'extérieur du campus. En effet, par souci de sécurité, l'intégralité des communications hors des murs de l'établissement faisait l'objet de mesures de cryptage¹¹⁰.

Dans tous les cas, les ajustements du trafic ne sauraient prendre la forme d'un blocage. À cet égard, l'article 36 de la *Loi sur les télécommunications*¹¹¹ énonce :

Il est interdit à l'entreprise canadienne, sauf avec l'approbation du Conseil, de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'elle achemine pour le public.

Faire application de cet article au domaine qui fait l'objet de notre étude si le CRTC est compétent en la matière reviendrait à instaurer un principe de non-discrimination légalement établi à l'égard des réseaux et opérateurs Internet. Comme le rappelle McThaggart¹¹², cette

109. M. GEIST, Groupe d'étude sur le cadre réglementaire des télécommunications, cité dans R. FRENCH, *Net Neutrality 101*, 2007, p. 123

110. M. GEIST, *ISP Must Come Clean on « Traffic Shaping »*, 27 avr. 2007, accessible depuis: <http://www.thestar.com/business/2007/04/16/isp_must_come_clean_on_traffic_shaping.html>

111. L.C. 1993, ch. 38

112. C. MCTHAGGART, *précit.*, p. 26

disposition fut introduite avant l'apparition d'Internet au Canada, puisqu'elle remonte à la *Loi sur Bell Canada* de 1968 et modifiée par la suite¹¹³.

Sa raison d'être tient au fait que l'agent de supervision des télécommunications entendait éviter que l'opérateur soit autorisé à *«s'engager dans la publication électronique ce qui supposerait le contrôle rédactionnel du contenu, ni dans la création ou la distribution de ses propres bases de données. Le Conseil estime en outre que le principe voulant la démarcation entre le contrôle de l'acheminement de celui du contenu devrait s'appliquer aux autres transporteurs publics de réglementation fédérale où leur participation aux marchés de la publication électronique et des bases de données nuirait à l'essor et à la diversification de ces champs d'activité.»*¹¹⁴

Son importance est à souligner : la formulation «régir le contenu» indique qu'une intervention sur la transmission du contenu n'est pas permise. Il n'est cependant pas fait état d'une différence de traitement. Pour le CRTC, la disposition précitée ne saurait autoriser les fournisseurs canadiens à bloquer le trafic. Elle les autorise bien au contraire à intervenir sur le contenu acheminé. Mais la commission note que les contours de ce pouvoir doivent être déterminés.¹¹⁵ En effet, compromettre la capacité d'une personne à recevoir un service en raison du seul contenu utilisé équivaut à «régir le contenu» au sens de l'article 36.¹¹⁶

Mais alors, quelle est la frontière entre un réseau régi et un réseau simplement maintenu par une compagnie? La jurisprudence canadienne n'offre à notre connaissance pas de réponse à

113. L.C. 1987, ch. 19

114. Décision Télécom CRTC 84-18, conclusions du Conseil, disponible à:
< <http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/1984/dt84-18.htm> >

115. Décision Télécom CRTC 94-4, accessible depuis:
< <http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/1994/dt94-4.htm> >

116. Décision Télécom CRTC 94-4, précit.

cette question. On s'en référera néanmoins aux allégations officielles de certains fournisseurs d'accès ou d'infrastructures.

En 2009, la société Vuze a saisi aux États-Unis la FCC aux fins d'investigation de l'incidence de Cox, une solution de gestion du réseau. La compagnie était préoccupée par le traitement qui était réservé à son logiciel de partage pair-à-pair, notamment en termes de conséquences négatives sur les performances. À nouveau, il s'agit ici de définir la limite entre application sensibles aux délais (à l'image du streaming) et les applications classiques.

Toujours aux États-Unis, en 2005, un fournisseur d'accès avait saisi la Cour suprême aux fins de faire reconnaître le service au débit comme faisant partie de la classification de service de télécommunication¹¹⁷. Une telle opération visait à obtenir une obligation de *common carrier*. Autrement dit, cela revenait à rendre applicables aux compagnies privées de câble les contraintes auxquelles les firmes Internet doivent se soumettre d'après le Titre II du *Communications Act de 1934*. Ce recours a toutefois été rejeté par la Cour suprême; la Haute juridiction considérant que les services en question appartenaient à la catégorie des services de l'information.

Dans sa décision de 2010, la FCC rejette l'argumentaire en vertu duquel seule la discrimination faisant entrave à la concurrence peut présenter des effets négatifs eu égard aux consommateurs. Elle abonde ainsi dans le sens d'une définition large de la discrimination, ceci afin de prendre en compte dans leur globalité les enjeux du marché en gardant à l'esprit l'intérêt général. Elle rappelle que cette politique vise à encourager l'innovation par l'investissement futur, mais également la possibilité d'innover sans entrave par les infrastructures, et en se dégageant de tout régime d'autorisation préalable.

La commission ajoute :

117. National Cable & Telecommunications Association et al. v. Brand X Internet Services et al., 545 U.S. 967 (2005)

*The rule rests on the general proposition that broadband providers should not pick winners and losers on the Internet— even for reasons that may be independent of providers' competitive interests or that may not immediately or demonstrably cause substantial consumer harm.*¹¹⁸

Au Canada, le CRTC a fait l'objet de saisines similaires. La question portait ici sur un bridage de services par l'opérateur Bell¹¹⁹. La commission canadienne a largement motivée sa décision en considérant que l'ensemble des applications de partage pair à pair n'ont pas à être regardées comme sensibles au temps de latence¹²⁰.

La qualité de service peut conduire les opérateurs à tirer profit d'une limitation de vitesse, négligeant par conséquent une extension de leur réseau pour augmenter leurs marges¹²¹

Les décideurs de l'Union se sont appesantis sur la question lors de l'examen d'un projet de règlement du marché unique des communications électroniques¹²². Malgré des propositions qui souhaitaient introduire un traitement différencié pour des «services spécifiques», le Comité des régions a suggéré de revenir sur cette formulation.

Il nous indique :

Les accords spécifiques entre fournisseurs de services d'accès à internet et fournisseurs de contenus en vue de la fourniture de services spécialisés d'un niveau de qualité de service supérieur sont contraires aux principes du libre accès à internet et de la non-discrimination. Ils risquent en outre de privilégier les entreprises en bonne santé financière par rapport aux petits fournisseurs. (...) Des dérogations qui, en

118. U.S. Federal Communications Commission, décision du 21 décembre 2010, para. 78

119. Décision de télécom CRTC 2008-108, 20 novembre 2008, accessible depuis :
< <http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2008/dt2008-108.htm> >

120. M. LASAR, *Vuze Calls for FCC Probe of Cox Cable Traffic Management*, 3 févr. 2009, accessible depuis :
< <http://arstechnica.com/tech-policy/2009/02/vuze-calls-for-fcc-probe-of-cox-cable-traffic-management/> >

121. B. VAN SCHEWICK, 2010, *précit.*

122. Comité des régions, 105^e session plénière des 30 et 31 janvier 2014, Avis relatif au Marché unique européen des communications électroniques, à consulter depuis :
< <http://pes.cor.europa.eu/Documents/audiovisual/cor-Zimmermann-fr.pdf> >

raison de leur imprécision ou de leur indétermination, sont susceptibles d'enfreindre le principe de non-blocage et de non-détermination entraîneraient une trop grande incertitude juridique.

Cette position est intéressante à deux titres. En premier lieu, elle présente une opposition claire sur le principe d'une discrimination fondée sur la seule qualité de service. En second lieu, il est indiqué que le caractère contractuel et officiel d'une hypothétique discrimination serait inopérant. Autrement dit, le principe même de la discrimination fait échec aux principes de non-blocage et non-discrimination, qui ne seraient être édulcorés de quelque manière que ce soit.

Un déploiement progressif de la différenciation de traitement est encouragé sur le plan politique par le Comité des régions¹²³. Il est à noter que cette différenciation concerne uniquement le débit de la connexion et non pas sa qualité; en outre, le processus de segmentation devrait se faire au fur et à mesure pour être dans l'intérêt du marché commun.

ii. - Discrimination en matière de prix

Le second volet qui fait l'objet d'un débat est la discrimination tarifaire par un fournisseur de service à l'égard d'un prestataire tiers.

Des frais d'accès sont parfois imposés à des fournisseurs d'application ou de contenu étrangers à ses propres services. Ces frais comprennent différentes variantes. Dans un premier cas, le fournisseur du réseau soumet les autres acteurs à un droit d'accès payant. La seconde solution est celle de la priorisation payante, ou priorisation par tierce personne. Dans ce dernier cas, le fournisseur de services charge ces compagnies tierces aux fins d'un accès accéléré¹²⁴.

123. Comité des régions, précit., pt. 5

124. B. VAN SCHEWICK, *Opening Statement at the Federal Communications Commission's Workshop on Approaches to Preserving the Open Internet*, 28 avr. 2008, p. 2, accessible depuis : < <http://media.law.stanford.edu/publications/archive/pdf/schewick-statement-20100428.pdf> >

Une autre stratégie, qui au reste fera l'objet d'une analyse de droit de la concurrence en seconde partie de ce mémoire, est celle d'un regroupement d'offres ou de produits complémentaires. Elle trouve son avantage dans le cadre de plateformes ou écosystèmes fermés, et permet, grâce à une certaine exclusivité de services de pratiquer différents segments tarifaires afin de répondre aux préférences hétérogènes de la clientèle.¹²⁵

Cette théorie économique, plus connue sous le nom de tarification de Ramsey-Boiteux¹²⁶ implique à la fois une fourniture de services et une tarification toutes deux différenciées dans le cas d'un marché à monopole naturel. Elle a pour but de répondre aux différentes élasticités prix qui existent dans un secteur donné. En clair, pratiquer une tarification différenciée permet de répondre à des pouvoirs d'achat distincts, et capter plus de profits que le seul tarif de monopole en variant l'écart du coût marginal.

On l'aura compris, cette stratégie est donc avantageuse pour les fournisseurs d'accès. Mais une discrimination peut être critiquée en ce qu'elle produit des différences de traitement qui peuvent parfois être injustifiées.

À l'égard de cet aspect de la neutralité d'Internet, l'article 27(2) de la *Loi sur les télécommunications* au Canada nous indique ce qui suit :

Il est interdit à l'entreprise canadienne, en ce qui concerne soit la fourniture de services de télécommunication, soit l'imposition ou la perception des tarifs y afférents, d'établir une discrimination injuste, ou d'accorder — y compris envers elle-même — une préférence indue ou déraisonnable, ou encore de faire subir un désavantage de même nature.

125. A. RENDA, *Neutrality and Diversity in the Internet Ecosystem*, Centre for European Policy Studies, 19 août 2010, p. 29 et s.

126. T. RAA, *Monopoly, Pareto and Ramsey Mark-Ups*, *Journal of Industry, Competition and Trade* n° 9, Springer, 2009, p. 57 et s.

Au fond, l'article 27(2) opère essentiellement une codification de principes de *common law*. D'après la jurisprudence émanant de la Cour suprême des États-Unis, tous les individus sont égaux en droit pour ce qui touche aux services et frais y afférents. C'est ce qui ressort de la décision *Western Union Telegraph c. Call Publishing* rendue en 1901¹²⁷.

Il convient cependant de souligner qu'un tel principe d'égalité ne fait pas échec à une différenciation entre chaque type de service. Cette doctrine s'oppose donc à tout *distinguo* par l'opérateur sur un service identique. Si une différenciation se trouve être fondée, elle ne doit pas être si disproportionnée qu'elle produirait une discrimination injuste¹²⁸.

Pour le juriste Michael Ryan :

*All cases where customers are charged a different rate involve discrimination and not all discrimination is necessarily unjust. In order to establish the existence of discrimination, it must be shown (a) that the services being supplied are substantially the same; and (b) that the circumstances of the affected customers are substantially the same.*¹²⁹

Cela revient donc à définir la discrimination comme un traitement différent de consommateurs qui sont pourtant dans une situation similaire. En toute hypothèse, il a pu être considéré¹³⁰ que la définition en amont par une règle de droit d'une discrimination jugée acceptable ou non ne peut garantir de façon absolue qu'aucune violation du principe en cause ne sera pas en pratique impossible. Cependant, en présence d'une règle de droit dénuée d'ambiguïté, les agents économiques seront d'avantage portés à entrer en conformité avec elle plutôt que de risquer de s'exposer à des sanctions pécuniaires.

127. *Western Union Tel. Co. v. Call Publishing Co.* 181 U.S. 92 (1901)

128.C. McHaggart, *Net Neutrality and Canada's Telecommunications Act, 2008*, p. 15 accessible depuis : < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127203 >, p. 30

129. M. RYAN, *Canadian Telecommunications Law and Regulation*, Carswell, 1993, p. 10 (Nous soulignons)

130. B. VAN SCHEWICK, *Net Neutrality and Quality of Service*, 2012, Center for Law and Society, obs. sous note 76

En 2005, l'opérateur canadien Shaw a annoncé le déploiement de PacketCable, une technologie offrant une qualité de service optimisée sur son réseau. Ce service était promu comme une alternative au réseau classique, entraînant une hausse des performances des services de voix sur IP en réduisant les temps de latence.

Moyennant un abonnement de 10 \$ mensuels, cette offre était proposée par Shaw à la clientèle de prestataires de voix sur IP non affiliés, comme c'était le cas de Vonage. Cette dernière société a donc intenté un recours contre Shaw devant le CRTC¹³¹. Pour Vonage, le fait d'imposer des frais mensuels pour l'usage d'un service de voix sur IP alors même que les clients de Shaw pouvaient bénéficier de ce même service à titre gratuit était une manœuvre destinée à mettre sous pression les opérateurs indépendants de services voix sur IP. Pour Vonage, ces pratiques s'inscrivaient dans un contexte de concurrence lacunaire dans le secteur du haut débit au Canada. Le CRTC a toutefois rejeté la demande de Vonage, compte tenu du fait que la société n'apportait aucune preuve d'un traitement indu. Au surplus, Shaw indiquait que le partage de ses bandes passantes aux tiers pouvait induire des ralentissements; une compensation tarifaire s'en trouvait, par conséquent, justifiée.

En Union européenne, priorité semble être donnée non pas à l'écart de prix qui peut exister entre une offre et une autre, mais avant tout au prix d'accès au service le plus faible. Le droit de l'Union, partant de préoccupations de concurrence, vise donc à stimuler le marché par une multitude d'acteurs afin de conduire non pas à une différenciation de l'offre par la qualité, mais par le prix. En particulier, l'Union européenne vise, par la réduction par deux de la régulation sectorielle, se concentrer sur l'aspect concurrentiel des télécommunications.¹³²

131. Décision de télécom CRTC 2006-61, 21 sept 2006, accessible depuis : <http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2006/dt2006-61.htm> >

132. Union Européenne, *Télécommunications: la Commission veut diviser la régulation par deux et la recentrer sur la concurrence dans le domaine du haut débit*, Communiqué de presse du 17 nov. 2007, accessible depuis : < http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1678_fr.htm >

Mais pour un auteur¹³³, le véritable défi auxquelles font face les autorités de régulation nationales en Europe tient au fait qu'il est délicat de saisir le contexte dans lequel les FAI pratiquent une discrimination. En effet, les politiques de gestion de réseau, bien que non néfastes en tant que telles, sont paradoxalement la source du contentieux en matière de neutralité de l'Internet.

C'est ce paradoxe qui demeure à régler dans cette matière, en Europe comme ailleurs. Or, dans quelle mesure un renforcement de la transparence en matière de politique de gestion de réseau abonderait en ce sens? C'est ce sur quoi nous réfléchissons dans le paragraphe qui suit.

§2. Renforcement de la transparence : une ébauche de solution

a. - L'insuffisance du principe de gestion raisonnable

En 2005, la FCC a édicté quatre critères qui permettent de qualifier un réseau de neutre¹³⁴. Il s'agit, pour les utilisateurs de pouvoir accéder librement au contenu qu'ils souhaitent, la liberté d'utiliser des applications, la liberté d'employer des appareils personnels, et enfin, la liberté d'obtenir des informations sur le service auquel on a souscrit.

La FCC a cependant édulcoré ces dispositions par la suite en créant l'exception dite de «gestion raisonnable du réseau»¹³⁵. Pour l'agent américain de supervision des télécommunications, une gestion du réseau s'entend comme raisonnable dès lors qu'elle vise, par le biais d'une intervention sur les flux de données, à répondre aux situations suivantes :

- une congestion des réseaux;
- de trafics potentiellement dangereux tels que des virus;

133. N. TRAINAR, *BEREC's Approach to Net Neutrality*, Communications & Strategies, 84, 4th Q. 2011, p. 114

134. Internet Policy Statement, 20 FCC Rcd 14986, 2005

135. N. ANDERSON, *FCC Proposes Network Neutrality Rules (and Big Exemptions)*, Ars Technica, 22 oct. 2009, accessible depuis: < <http://arstechnica.com/tech-policy/2009/10/fcc-proposes-network-neutrality-rules-and-big-exemptions/> >

- du contenu illicite comme c'est le cas de la pédopornographie;
- une violation de droits de propriété intellectuelle;
- «d'autres pratiques considérées comme raisonnables»¹³⁶.

Les quatre premières conditions répondent à la conception technique d'un Internet qui répondrait aux demandes des utilisateurs, opérant ainsi une optimisation des performances. La dernière condition nous laisse toutefois perplexes. En effet, en prétendant créer une condition de raisonnabilité, la FCC semble botter en touche avec ce critère à la rédaction imprécise.

En outre, les règles demeurent floues quant aux véritables contours du caractère raisonnable. La FCC adopte en effet une formulation pour le moins alambiquée :

*Reasonable network management shall not constitute unreasonable discrimination.*¹³⁷

Ce critère de gestion raisonnable du réseau semble donc avoir été tué dans l'œuf par la Commission.

Cela est d'autant plus regrettable que, de l'avis de la FCC, maximiser le contrôle des utilisateurs sur leur contenu est l'un des buts du *Communications Act*. C'est à tout le moins ce qui est spécifié à son article 230(b). Mais la commission va plus loin. Elle indique que les libertés de choix et de contrôle des utilisateurs sont les points à prendre en considération pour évaluer le caractère raisonnable d'une discrimination.

Au fond, laisser les utilisateurs choisir la façon selon laquelle ils souhaitent s'approprier Internet est une manière de créer le plus de valeur ajoutée. C'est aussi une façon de développer une offre plus pertinente que si la liberté de choix reposait entre les mains des fournisseurs d'accès. Cela revient donc à faciliter et encourager l'innovation sur le Web.

136. Précit., notre traduction.

137. Précit., 3^e règle

En doctrine¹³⁸, il est cependant soulevé que la corégulation pourrait entraîner un transfert de la question de la liberté d'expression entre les mains de sociétés privées. Une telle solution ne semble donc pas pertinente au regard de l'importance de cette liberté pour les internautes.

Au Canada, des groupes d'intérêt général comme la Clinique d'intérêt public et de politique Internet du Canada, le Centre pour la défense de l'intérêt public, ou encore l'Open Internet Coalition ont pris part à des auditions sur les politiques de gestion du réseau menées par le CRTC¹³⁹. Ces organismes s'accordent pour dire que l'emploi de techniques de différenciation du trafic en présence de contenus licites revêt un caractère discriminatoire, portant par conséquent atteinte aux dispositions des articles 27(2) et 36.

Ils considèrent en effet que l'inspection profonde des paquets présente de graves menaces pour la vie privée des utilisateurs, tout en ouvrant notamment la porte à un emploi abusif de la publicité ciblée. En outre, d'après ces associations, octroyer aux fournisseurs d'accès une autorisation de ralentir le trafic sans véritable preuve de sa nécessité tend à créer une situation de rareté artificielle dans le seul but de servir leurs intérêts. Pour ces groupements de défense des consommateurs, il n'est dès lors pas souhaitable pour les consommateurs de voir certains types d'application bridés par les opérateurs. Cela pourrait en effet conduire à des distorsions de concurrence en réduisant le choix qui est offert à la clientèle des fournisseurs d'accès. Pour ces motifs de protection de la vie privée, mais aussi en vue d'encourager l'innovation sur la toile, les associations d'intérêt public encouragent donc la mise en place de mesures de transparence auxquelles seraient tenus les opérateurs.

138. C. MARDSEN, *Net Neutrality - Towards a Co-regulatory Solution*, Bloomsbury Academic, 2009, p. 19

139.M. GEIST, « CRTC Network Management Hearings, Day Two: Open Internet Coalition, Zip.ca, CISP, Roks, Mezei », 7 juillet 2009, à consulter depuis :
< <http://www.michaelgeist.ca/2009/07/crtc-network-mgmt-hearings-day-two/> >

L'emploi d'une politique de gestion raisonnable du réseau est donc recommandable eu égard à ces considérations. Lors des débats présentés précédemment, il était justement proposé de dresser un test de raisonabilité à l'image de celui de l'arrêt Oakes¹⁴⁰.

En l'espèce, trois critères seraient ainsi retenus¹⁴¹ :

URGENCE Dans quelle mesure la mesure de discrimination est-elle mise en place en vue de répondre à un problème urgent?

PERTINENCE Dans quelle mesure la mesure en cause est-elle le moyen le plus approprié pour répondre à ce problème?

EFFETS La mesure de discrimination est-elle le moyen portant le moins préjudiciable pour atteindre le but recherché?

Pour Field, en choisissant un test s'apparentant à celui d'Oakes, l'argumentaire des associations opère un rapprochement implicite avec de possibles violations par le gouvernement des libertés fondamentales¹⁴². L'auteur considère en effet que les fournisseurs d'accès ont, à la manière d'un État souverain, une influence majeure sur les libertés fondamentales des internautes; la distinction tient avant tout au fait que cette influence soit invisible et non-autoritaire¹⁴³.

140. *R c. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103. Ce test vise à mesurer la proportionnalité d'une atteinte à un droit fondamental par une disposition légale. Pour cela, la partie qui l'invoque doit faire la démonstration que la disposition en question répond à son objectif; et donc qu'elle est dépourvue de caractère arbitraire. En second lieu, cette mesure doit répondre à une exigence d'atteinte minimale au droit en cause. Enfin, le demandeur doit montrer qu'il existe un lien proportionné entre la mesure défendue et le but poursuivi par celle-ci.

141. Avis public de télécom CRTC 2008-19, Transcriptions 7 juill. 2009, vol. 2, accessible depuis : < <http://www.crtc.gc.ca/fra/transcripts/2009/index.htm> >

142. B. FIELD, *Net Neutrality: an Architectural Problem in Search of a Political Solution*, *Asper Review of International Business and Trade Law*, 2010, p. 203

143. ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux: propositions et orientation*, Actes de l'ARCEP, septembre 2010, p. 26

Suite à ces auditions, le CRTC a publié en octobre 2009 sa politique en matière de gestion du trafic faisant état du principe de transparence des opérateurs¹⁴⁴.

Du côté de l'Union européenne, l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques, ORECE a conclu que les autorités nationales de régulation se devaient de surveiller l'instauration de la neutralité des réseaux en s'appuyant notamment sur des outils techniques à même d'évaluer le déploiement de politiques de gestion du trafic et de qualité de service. À l'occasion de ces réflexions, un certain nombre de priorités ont été dégagées qui pourraient conduire à une réalisation de l'objectif de l'article 8(4)(g) de la directive-cadre. Autrement dit, la possibilité pour les utilisateurs d'accéder à tout contenu, application ou service de leur choix.

Objectif ambitieux s'il en est, il constitue d'après l'organe européen la composante majeure d'une croissance économique et sociale¹⁴⁵

Pour être complets, on citera pour l'exemple ici la position de l'autorité de régulation nationale en France, l'ARCEP ou Autorité de régulation des Communications électroniques et des Postes.

À l'occasion de débats sur la problématique de la neutralité¹⁴⁶, cet organe a retenu un certain nombre de critères touchant aux politiques de gestion du trafic :

«Pertinence : Le fait pour l'opérateur de chercher à favoriser ou préserver les services offerts par ses propres soins face à la concurrence de services tiers ne constituerait pas une motivation acceptable. (...) De la même manière, le blocage d'un protocole ou d'une application donnée n'apparaîtrait pas adapté dès lors que des proto-

144. CRTC, Politique réglementaire de télécom CRTC 2009-657, 21 oct. 2009, point 1 du préambule

145. N. TRAINAR, *BEREC's Approach to Net Neutrality*, Communications & Strategies, 84, 4th Q. 2011, p. 113

146. ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux: propositions et orientation*, Actes de l'ARCEP, septembre 2010, p. 27, c'est nous qui soulignons

coles ou applications aux conséquences similaires, par exemple un impact équivalent sur la charge du réseau, resteraient autorisés.

Proportionnalité : (...) il ne faut pas par exemple diviser par quatre la capacité disponible pour un type de trafic s'il suffit de la diviser par deux pour éviter la congestion.

Efficacité : (...) ce principe serait vérifié si le traitement de trafic conduit à une réelle amélioration de l'accès à certains services, sans dégrader significativement le reste des services accessibles via l'internet et sans amoindrir l'incitation des PSI à encoder leurs contenus de manière efficace.

Non-discrimination des acteurs : (...) lorsque l'opérateur met en place une gestion de trafic qui contrevient au principe de non-discrimination des flux, en tout état de cause il ne doit pas en résulter de discrimination des acteurs. De la même manière, des flux techniquement différents, mais véhiculant des services manifestement similaires ne doivent pas subir de différence de traitement techniquement infondée.»

Les considérations principales qui ressortent de la position de l'organe de surveillance des télécoms français est l'absence de différenciation pour des données qui sont de nature identique, ce qui implique donc une non-différenciation des acteurs eux-mêmes.

b. - Vers une obligation de transparence

Aux États-Unis, huit mois après avoir rendu la décision Comcast, la FCC a voté et adopté des lignes directrices en vue de clarifier les pratiques de gestion du réseau. Ces règles contraignantes font notamment état du principe de transparence.

Il s'ensuit que tout fournisseur d'accès à Internet est désormais tenu de publier des informations relatives à la gestion du réseau, en particulier en termes de performances. Ces informations doivent en outre être à même de renseigner les utilisateurs sur les utilisations de ces

services, applications et contenus, leur permettant ainsi d'opérer des choix éclairés lorsqu'il s'agit de souscrire auprès d'un fournisseur plutôt que d'un autre¹⁴⁷.

Le problème majeur posé par un défaut de transparence est le fait que certains utilisateurs contreviennent, sans le savoir, aux conditions d'autorisation raisonnable imposées par les fournisseurs d'accès. Ces utilisateurs voient leurs performances réduites de façon insuffisante au regard d'applications qui requièrent autant de ressources, mais sont cependant bridées d'avantage¹⁴⁸.

Il est à noter que la Commission a elle-même introduit la notion de transparence, qui repose sur des critères quantifiables. Elle abonde ainsi dans le sens d'une sensibilisation renforcée de la clientèle. Toutefois, pour certains, la décision Comcast a eu pour effet d'évincer la FCC de la sphère de régulation des fournisseurs d'accès à Internet¹⁴⁹. Cela a donc pour effet de rendre la politique de 2005 inapplicable en pratique car dépourvue de tout caractère contraignant à leur égard.

Selon nous, pour cette raison, les opérateurs ont intérêt à dissimuler ces limitations afin d'encourager les utilisateurs à souscrire pour l'offre la plus dispendieuse. L'opacité est ce qui permet à ces sociétés de maintenir la valeur perçue de leur offre. Grâce à cette stratégie, les offres concurrentes sont difficilement comparables entre elles; le risque de banalisation s'en trouve donc réduit. En effet, les utilisateurs n'ont pas l'expertise nécessaire pour déterminer le niveau de service suffisant pour leur propre usage.

147. FCC, *Small Entity Compliance Guide Preserving the Open Internet; Broadband Industry Practices*, 23 déc. 2010, accessible depuis:

< <http://www.fcc.gov/document/preserving-open-internet> >

148. C. MARDSEN, *Net Neutrality: Towards a Co-Regulatory Solution*, Bloomsbury Academic, 2009, p. 16 et s.

149. A. WATAL, *A Co-Regulatory Approach to Reasonable Network Management*, *Journal of Information Policy*, n° 1 2011, p. 162

Mais la non-conformité au principe de transparence présente également des risques d'effritement de la concurrence. Aux États-Unis et au Canada, deux décisions largement commentées l'illustrent : il s'agit des arrêts *Free Press v. Comcast*¹⁵⁰ et *ACFI c. Bell Canada*¹⁵¹.

Dans la décision étasunienne, il s'agissait d'une surveillance, par la société Comcast, du protocole de pair-à-pair. Dès l'instant où ces connexions dépassaient un quota donné, le fournisseur d'accès injectait une instruction afin de rompre les échanges de paquets. Cette méthode contrevient expressément au principe de liberté de connexion édicté par la FCC¹⁵². Les consommateurs ont en effet le droit d'utiliser les services de leur choix selon les préconisations de l'organisme. Or, il ressort de cet arrêt que Comcast avait déployé des techniques dépourvues de caractère raisonnable. Par ce motif, la FCC condamne donc la compagnie.

Transparence et qualité de service ont également été abordées en Europe. Les Commissaires européens nous indiquent à ce propos :

*«La Commission est d'avis que les règles relatives à la transparence, au changement d'opérateur et à la qualité de service, qui font partie du cadre révisé de l'UE en matière de télécommunications, devraient contribuer à produire des résultats concurrentiels.»*¹⁵³

La directive service universel laisse le soin aux États membres d'établir des règles plus précises touchant à cette matière. Le point 29 du texte nous indique à cet égard :

150. *Free Press v. Comcast*, FCC-08-183A1, 1^{er} août 2008

151. Décision de télécom CRTC 2008-39, *Association canadienne des fournisseurs Internet (ACFI) c. Bell Canada*, 3 avr. 2008

152. Federal Communications Commission, *Policy Statement*, 5 août 2005, accessible depuis : < <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs-public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf> >

153. Commission européenne, *Communication de la Commission sur "L'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe"*, accessible depuis : < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0222:FIN:FR:HTML> >

Les États membres qui souhaitent appliquer des mesures concernant l'accès des utilisateurs finals aux services et applications et/ou leur utilisation doivent respecter les droits fondamentaux des citoyens, y compris en ce qui concerne la vie privée et le respect de la légalité, et toute mesure de ce type devrait tenir pleinement compte des objectifs politiques définis au niveau communautaire, tels que la poursuite du développement de la société de l'information communautaire.

Au surplus, tant la directive précitée que la directive-cadre soulignent l'importance de la liberté de choix des internautes quant au type de services qu'ils utilisent sur la toile. Le point 28 du préambule spécifie que ce choix porte sur les applications, les services, mais également les matériels et logiciels. Il est en outre indiqué qu'un tel choix est encouragé que pour autant qu'il ne porte pas atteinte à l'intégrité ou à la sécurité du réseau.

L'ARCEP précise :

Il s'agit pour le FAI d'informer correctement l'utilisateur final, dans la mesure du possible, sur les formes de gestion de trafic mises en place. (...) Dans le cas des «fair use policies» (...) en particulier, les abonnés doivent être informés de l'évolution de leur consommation, tout en évitant des mécanismes excessivement intrusifs qui décourageraient les usages.¹⁵⁴

Outre l'article 8 de la directive-cadre précité, le cadre législatif européen comprend des dispositions qui ont spécifiquement trait à la transparence. C'est le cas des articles 20 et 22 de la directive Service universel, lesquels prévoient une obligation d'information des FAI à l'endroit des consommateurs¹⁵⁵, en particulier dans les contrats qui les lient avec ces derniers. Il

154. ARCEP, septembre 2010, précit.

155. L'article 20 est dévolu au régime de l'information contractuelle. Il comprend notamment des mentions relatives aux prix pratiqués par le fournisseur d'accès, ainsi que le niveau de qualité de service attendu. L'article 22 est quant à lui consacré à la qualité de service à proprement parler. Ces dispositions s'attachent à donner aux autorités de régulation nationales le pouvoir d'imposer aux FAI un ensemble d'informations « comparables, adéquates et actualisées sur la qualité de leurs services à l'attention des utilisateurs finals ».

s'agit de refléter la mise en place de politiques de gestion du trafic ainsi que toute mesure pouvant apporter préjudice à la qualité du service et aux exigences de minimales de qualité de ce service.

Ces articles sont d'autant plus pertinents qu'ils sont dévolus aux autorités de régulation nationales le pouvoir de fixer ces exigences minimales de qualité de service pour éviter une dégradation trop importante des conditions d'accès à des applications, contenus ou services.

La transparence permettrait effectivement aux utilisateurs finaux d'être mieux informés sur les usages restreints par leur opérateur. Une telle information permet aux usagers de choisir une nouvelle offre de façon éclairée lorsque les performances de leur souscription actuelle ne leur conviennent pas. Ainsi, savoir que le partage de pair-a-pair est limité en termes de qualité de service permet d'éviter des frais supplémentaires de mise à niveau, celle-ci étant inutile.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

Un marché de l'accès Internet fragmenté, des droits fondamentaux à préserver

Le débat sur la neutralité des réseaux s'est largement cristallisé autour des intérêts des parties qui déploient les moyens techniques pour supporter le contenu du *web*.

Un point de friction que révèle la neutralité est l'antagonisme entre un contenu accessible et échangeable gratuitement et une infrastructure technique coûteuse à développer et à maintenir pour une multitude d'acteurs dans un marché morcelé, ou fragmenté. Dans ce contexte, nous avons mis en lumière la légitimité des fournisseurs d'accès à revendiquer une redistribution des richesses produites sur Internet.

Au-delà de la seule philosophie d'un Internet libre et égalitaire, la commercialisation de l'accès comporte toutefois des risques lorsque menée sans garde-fous. On s'interroge en effet sur la pérennité de la frontière entre un domaine public et une propriété privée sur Internet.

Cet outil qui se distingue pourtant par son ubiquité peut, comme nous l'avons montré, voir les intérêts de certaines compagnies menacer l'égalité d'accès promue lors de ses débuts. En particulier, la différenciation de l'accès selon un modèle à deux vitesses peut présenter de graves atteintes aux droits fondamentaux, à commencer par la vie privée. Des situations de censure et de filtrage sont également possibles.

À cela s'ajoute de possibles situations de censure et de filtrage. Nous avons par ailleurs souligné que l'exclusion des internautes dans le débat est d'autant plus surprenante qu'ils ont contribué au financement d'Internet et à la création de son contenu. Il a par ailleurs été montré en quoi une gestion transparente du réseau est cruciale. Elle permet effectivement la comparaison entre différents services, et limite les risques de bridages abusifs.

Réglementer la convergence des offres de contenus pour éviter des monopoles informationnels

Comme nous le constaterons dans la suite de la présente étude, cette différenciation de l'accès touche une corde sensible dans le domaine de la concurrence. Alors que les offres d'accès à Internet sont en voie de fragmentation suite à l'entrée de nouveaux joueurs comme les MVNO et l'Internet mobile, un processus de convergence du contenu vers des plateformes propriétaires se dessine peu à peu.

Si l'Internet a consacré le virage d'une économie de la rareté vers une économie d'abondance, il a aussi transformé à jamais la commercialisation de la culture de masse. Nous assistons en effet à l'éclosion d'une économie d'écosystèmes fondée sur une logique interproduits et sur l'exclusivité culturelle. Cette convergence vers un réseau intégré qui n'est pas sans poser de nouvelles problématiques juridiques, lesquelles seront l'objet de nos développements pour le chapitre II.

CHAPITRE II. LA CONVERGENCE VERS UN RÉSEAU INTÉGRÉ

L'approche consumériste de la neutralité n'est que le premier volet du débat. Les comportements entre les firmes jouent effectivement un rôle majeur dans le paysage d'Internet. Grâce aux pratiques de regroupements, les compagnies façonnent l'échange et l'accès aux informations ainsi qu'à la culture numérique. Cette démarche mêlant droit économique et droit culturel sera la nôtre dans la présente partie.

Section 1. Renforcer la neutralité des réseaux par la concurrence

Tous les agents économiques ne sont pas égaux sur le marché d'Internet. Aussi, les firmes dominantes sont amenées à profiter de l'effet de levier inhérent à leur position. Elles peuvent se livrer tout d'abord à un refus d'offrir leurs services à des clients de tiers, cette condition étant levée par le paiement de frais supplémentaires.

Mais une autre hypothèse est celle d'un regroupement vertical. Dans ce cas, les fournisseurs d'accès vont tirer parti d'un contenu dont ils disposent à titre exclusif en l'englobant dans leur offre. Cette stratégie renforce l'attrait pour leurs services, puisque les consommateurs n'auront pas accès à ce contenu en s'abonnant chez des concurrents.

En somme, parce qu'ils conduisent à des limitations pour les internautes, les regroupements verticaux battent en brèche le principe de neutralité du réseau. Afin d'aborder ce thème, nous examinerons deux solutions. La première est une réglementation du secteur d'Internet et des télécommunications sous l'angle du droit de la concurrence (A). La seconde a trait à un par-

tage imposé d'infrastructures par les joueurs en situation dominante. Il s'agit de la doctrine des facilités essentielles (B).

A. - Diversifier l'offre en encadrant les acteurs dominants

Pour Economides et Tag¹⁵⁶, des fournisseurs d'accès qui se sont intégrés verticalement peuvent altérer les services de tiers. Pour ce faire, ils vont en réduire la qualité en vue de favoriser les leurs. Ces auteurs écartent une discrimination tarifaire qui menacerait les profits de concurrents. Il est en effet plus avantageux pour une compagnie intégrée de pratiquer des tarifs élevés sur son propre contenu que d'imposer ces frais aux clients des tiers¹⁵⁷.

La question qui émerge dans un tel contexte est la suivante : dans quelle mesure des compagnies ont-elles intérêt à collaborer avec des concurrents?

Pour Carlton¹⁵⁸, il convient de distinguer les situations de puissance de marché des situations de puissance de monopole. Ainsi, cet auteur prend l'exemple d'un complexe hôtelier monopolistique situé sur une île. Dans cette situation, les résidents de l'installation n'utilisent que les produits de restauration proposés par le complexe. Pour autant que ce joueur maintient son monopole, il exploite donc le marché secondaire intégré de la restauration. Par là même, la compagnie hôtelière réalise des économies d'échelle en imposant ces achats aux clients. Elle s'accapare au passage l'achalandage des commerces de restauration voisins et concurrents.

156. N. ECONOMIDES et J. TAG, *Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis*, Information Economics and Policy 24, 2012, p. 91 et s.

167. P. CROCIONI, *Net Neutrality in Europe : Desperately seeking a market failure*, Telecommunications Policy 35 (2011) 1–11, p. 6

158. D. CARLTON, *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 8105, 2001, p. 667 et s.

Cette compagnie peut par ailleurs proposer ses services de restauration à des clients qui n'ont pas sollicité le marché primaire, à savoir l'hébergement. Toutefois, Carlton insiste sur le fait que cette situation n'est possible quand dans le cadre d'un monopole par la compagnie sur l'île. Dans le cas contraire, les clients auraient pu opter pour une résidence qui ne leur impose pas de se restaurer sur place; le pouvoir d'éviction facilité par le monopole de la compagnie s'en serait donc trouvé amoindri. L'hôtel n'aurait donc conservé que son seul pouvoir de marché, qui est de fixer les prix au sein de son propre complexe.

Cette illustration du pouvoir de marché peut être transposée dans le cadre d'Internet¹⁵⁹. Au Canada, le nombre de concurrents qui pourraient faire ombre aux fournisseurs d'accès est, à la vérité, limité. Les compagnies Bell Canada et Rogers offrent toutes les deux des sites de vidéo à la demande, mais Amazon, Netflix, Blockbuster et Apple dominent le marché de la distribution. Ainsi, il n'existe pas réellement de concurrence entre les fournisseurs d'accès sur le plan de la fourniture de contenus, en raison de la popularité de ces joueurs¹⁶⁰.

Au surplus, des sociétés comme Amazon, Google, ou encore Apple renforcent la compétitivité du marché grâce à une intégration de services et de matériels en plus de ces contenus. Il en résulte un marché biface.

En d'autres termes, ces sociétés ont structuré leur offre autour d'une logique de plateformes fermées. De tels environnements permettent un échange sans entrave entre des fournisseurs de contenus et les consommateurs. On en réfère ici aux livres et produits pour Amazon, et aux applications et au contenu audiovisuel pour Apple et Google. Dès lors, le cœur de métier de ces acteurs n'est pas le contenu lui-même. Ils bénéficient donc d'un effet de levier pour

159. F. CHIRICO, I. VAN DER HAAR et P. LAROUCHE, *Network Neutrality in the EU*, Tilburg Law and Economics Centre, 2007, p. 19

160. A. ADEYINKA, *Avoiding 'Dog in the Manger' Regulations - A Nuanced Approach to Net Neutrality in Canada*, *Ottawa Law Review*, Vol. 40, n^o. 1, 2008, p.34

réduire leurs prix, et orienter la clientèle vers des activités à plus forte valeur ajoutée¹⁶¹. C'est ce qui expliquerait en quoi les fournisseurs d'accès sont dans une certaine mesure en retrait pour ce qui touche à l'offre de contenus en ligne.

Mais cela ne les empêche pas de tirer parti de leur catalogue auprès des internautes malgré l'existence de limitations à l'entrée. En pratique, les firmes verticalement intégrées peuvent obtenir un avantage d'une présence sur un marché secondaire pour autant que le marché primaire soit concentré et protégé par des barrières à l'entrée¹⁶². En l'absence de tels critères, une augmentation des prix aura pour conséquence d'attirer de nouveaux concurrents jusqu'à ce que le marché revienne à un prix d'équilibre.

Or, aux États-Unis, ces principes économiques sont directement inscrits dans les recommandations de concurrence édictées par la Federal Trade Commission en matière d'intégration verticale¹⁶³. Cela constituerait par ailleurs un obstacle à l'interdiction des concentrations pour le secteur d'Internet par la FCC¹⁶⁴.

Cela dit, l'existence de technologies propriétaires ou d'écosystèmes fermés nécessite de prendre en compte les coûts de transactions imposés aux consommateurs.

En effet, y compris dans l'hypothèse où des offres concurrentes étaient avantageuses pour les usages du consommateur, encore faut-il que ce dernier ait intérêt à procéder à une transition. En pratique, il peut être délicat de sortir d'un contrat récemment conclu sans avoir à verser des frais supplémentaires de pénalité. D'autres inconvénients d'ordre pratique sont à prendre

161. D. EVANS, *Attention Rivalry Among Online Platforms*, University of Chicago Law School, 2013, p. 18

162. D. EVANS, *précit.*

163. Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 19 août 2010, p. 27-28, accessible depuis : < <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> >

164. C. MARSDEN, *précit.*

en compte pour les usagers, tels que les délais d'attente pour l'activation de la ligne et du matériel¹⁶⁵.

Cette idée s'applique dans d'autres secteurs, comme celui de la recherche. Des critiques ont ainsi été formulées contre la société Google, accusée de menacer la neutralité des réseaux¹⁶⁶ ou d'abuser de sa position dominante¹⁶⁷.

Lors de la rédaction de notre étude, la firme californienne n'offrait pas de service de fourniture d'accès à Internet. Ces préoccupations demeurent pertinentes puisque Google a constitué, depuis sa création en 1998, un important catalogue de liens permettant d'accéder à Internet. Cette compagnie a également constitué un écosystème comprenant un service de musique, de cartographie, de courriel, ou encore de systèmes d'exploitation. Le coût de transaction pour l'utilisateur qui souhaite changer de plateforme est important, puisque les résultats des moteurs de recherche concurrents sont différents. Or, Google a la possibilité de sélectionner de façon discrétionnaire les sites qui figurent dans son service¹⁶⁸, mais aussi d'attribuer les résultats au mieux-disant à la manière d'un contenu commandité¹⁶⁹.

165. J. ZITTRAIN, *Net neutrality and diplomacy*, Yale Law & Policy Review Inter Alia, 2010, p. 20

166. D. HASS, *The Never-Was-Neutral Net and Why Informed End Users Can End the Net Neutrality Debates*, 22 Berkeley Tech. L. J. 1563, 2007, p. 1588 et s.

167. Commission européenne, communiqué de presse n° 15/4785, 15 avril 2015, disponible depuis : < http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-4785_en.htm >

168. F. MOLINARO, *La presse de Belgique de retour dans le service Google Actualités*, 2007, accessible depuis : < <http://www.les-infostrategies.com/actu/0705111/la-presse-de-belgique-de-retour-dans-le-service-google-actualites> >

On rappellera que la presse belge avait vu son indexation suspendue *sine die* par Google à la suite d'une plainte déposée par des journaux. Le fondement de cette action était une violation de droits d'auteur pour la reproduction des articles dans son service de curation Google Actualités. L'affaire avait toutefois trouvé une issue heureuse pour les internautes avec une reprise de l'indexation.

169. D. HASS, *précit.*

Des problématiques similaires émergent pour Facebook, qui développe son activité comme une plaque tournante du partage d'informations, de nouvelles, mais aussi de l'accès à Internet¹⁷⁰.

Certains auteurs perçoivent cette situation de regroupement vertical comme un prérequis à toute intervention du législateur en matière de concurrence. De la même manière, la littérature regorge de thèses favorables à une telle intervention pour éviter une loi d'airain des télécommunications¹⁷¹. Mais les opérateurs dominants – Maxwell et Curien¹⁷² parlent d'opérateurs de puissance significative – doivent d'abord être présents sur le marché des services Internet. Une régulation préventive ne semble donc pas souhaitable dans un tel schéma.

Il convient dès lors d'examiner les différences de chaque législation en matière de concurrence.

§1. L'interdiction des compressions de marges en Europe

Pour ce qui touche au droit de l'Union européenne, l'un des principes généraux est rappelé par l'article 8 de la directive-cadre de 2002 dans sa version amendée qui met en avant l'objectif de protection de la concurrence. Ainsi, le point 2 nous indique :

170. R. GRÖTKER, *The Citizen's Internet: The Many Threats to Neutrality*, 2015, p. 28, consultable depuis : < <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2594753> >

171. AT&T, *Comments to Federal Communications Commission*, 15 juin 2007, p. 66 et s., accessible depuis : < <http://apps.fcc.gov/ecfs/document/view?id=6519529324> >; M. CAVE et autres, *précit.*, p. 1 ; P. CROCIONI, *précit.* ; T. HAZLETT et J. WRIGHT, *The Law and Economics of Network Neutrality*, George Mason Law & Economics Research Paper No. 11-36, 2011, p. 44 et s. ; R. HAHN, R. LITAN et H. SINGER, *Addressing the Next Wave of Internet Regulation: Toward a Workable Principle for Nondiscrimination*, Regulation & Governance, 2010, p. 371 ; R. LITAN et H. SINGER, *Unintended Consequences of Net Neutrality Regulation*, Journal on Telecommunications & High Technology Law, 2007, p. 552 et s. ; J. SIDAK et D. TEECE, *Innovation Spillovers and the "Dirt Road" Fallacy: The Intellectual Bankruptcy of Banning Optional Transactions for Enhanced Delivery Over the Internet*, Journal of Competition Law & Economics, 2010, p. 564 ; Ch. YOO, *What Can Antitrust Contribute to the Network Neutrality Debate?*, International Journal of Communication, 2007, p. 504 et s.

172. N. CURRIEN et W. MAXWEL, *précit.*

«2. Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment : [...] (b) en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques.»

Cette disposition n'est pas surprenante, puisque la réglementation de l'Union aborde abondamment les problématiques de concurrences avec des textes majeurs en la matière¹⁷³. Dans cet espace juridique, la concurrence n'est pas perçue comme une fin, mais plutôt comme un moyen de constituer et d'entretenir un marché unique entre les États membres¹⁷⁴. Malgré la poursuite de cet objectif, l'Union doit cependant composer avec des questions de souveraineté qui sont parfois délicates à trancher¹⁷⁵.

Le droit européen s'attache en effet à réguler le marché, puisqu'une autoadaptation de celui-ci ne serait suffisante. La philosophie du droit de l'Union repose donc sur les facultés du législateur pour pallier les lacunes du marché¹⁷⁶.

Cette idée est ce qui explique que son régime soit asymétrique. En d'autres termes, tous les acteurs du marché des télécommunications ne sont pas soumis aux mêmes termes de la règle de droit, puisque ceux considérés comme ayant une puissance significative font l'objet d'un régime dédié¹⁷⁷.

173. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), Art. 101 à 109, JOUE 306, 17 déc. 2007

174. TFUE, Art. 2

175. V. REDING, *The Review 2006 of EU Telecom rules: Strengthening Competition and Completing the Internal Market*, allocution n° 06/422, 7 juin 2006, accessible depuis:
< http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-06-422_en.htm?locale=FR >

176. M. GAL, *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?*, *Antitrust Bulletin*, Vol. 49, 2004, p. 367 et s.

177. N. CURIEN et W. MAXWEL, *précit.*, p. 84 et s.

Cela n'est pas sans conséquence. Dans le cas qui nous intéresse, l'intégration verticale du contenant et du contenu peut donner lieu à la pratique de la compression de marges¹⁷⁸ par un opérateur de puissance significative. L'opérateur intégré qui domine le marché va se livrer à une réduction drastique de ses marges; cette manœuvre étant rendue possible par sa position avantageuse.

Or, ce comportement est reconnu par le droit de l'Union et condamnable en raison de ses effets d'éviction abusifs depuis l'arrêt de principe *Deutsche Telekom*¹⁷⁹. Il était question dans cette décision de l'accès à la boucle locale, indispensable aux fournisseurs d'accès Internet pour concurrencer un opérateur historique sur ses activités aval.

*Dans le cadre de la jurisprudence concurrentielle européenne, une situation de compression des marges est caractérisée quand la filiale aval de l'opérateur intégré ne pourrait pas opérer autrement qu'à perte ou dans des conditions de rentabilité dégradées si elle se voyait imposer les mêmes niveaux de prix amont que ceux qui sont imposés aux concurrents.*¹⁸⁰

Pour la Cour, un opérateur dominant est tenu d'évaluer par lui-même la licéité de son comportement eu égard aux dispositions de l'article 102 TFUE¹⁸¹.

178. Parfois dénommée pratique du ciseau tarifaire

179. CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-280/08P, *Deutsche Telekom AG c. Commission*. L'attendu énonce: « *En comprimant la marge de ses concurrents – au moins aussi efficaces – et en évinçant ainsi ces derniers du marché, Deutsche Telekom a renforcé sa position dominante et, de ce fait, a causé un préjudice aux consommateurs, en limitant leurs possibilités de choix ainsi que leur perspective de bénéficier d'une réduction à plus long terme des prix de détail pour les services d'accès aux abonnés, en raison de la concurrence exercée sur le marché.* » (C'est nous qui soulignons)

180. F. MARTY, « De la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant dans la politique de concurrence européenne: Quelles conséquences sur les libertés économiques? », dans L. POTVIN-SOLIS et H. UEDA, *Économie de marché, droits et libertés et valeurs communes en Europe et en Asie*, Ed. de la Chaire Jean Monnet Université de Lorraine, 2012, p.181

181. CJUE, 14 oct. 2010, *précit.*, com. F. MARTY, A.-L. SIBONY et A. WACHSMANN, *La CJUE rend son premier arrêt sur l'abus par compression des marges et confirme que le ciseau tarifaire constitue un abus même lorsque l'un des éléments du tarif de l'entreprise en position dominante a été approuvé par le régulateur sectoriel*, Concurrences, chron. Pratiques Unilatérales, 1-2011, p. 92 et s.

Dans le secteur d'Internet, on pourrait par exemple imaginer qu'un opérateur verticalement intégré comprime les marges de son offre de contenu, contraignant ses concurrents à un ajustement de leurs prix par la hausse.

La pratique du regroupement vertical abusif est donc condamnable au regard de l'arrêt mentionné précédemment. La tarification des accès aux contenus entre les acteurs du marché amont – à savoir les opérateurs – semble donc donner le ton en matière de neutralité des réseaux. Partant, les compagnies doivent mener des arbitrages entre elles afin de favoriser chacun des intervenants sans toutefois verser dans la collusion. Les ententes sont en effet prohibées au plan européen.¹⁸²

Mais l'efficacité de cette approche de la réglementation nous paraît discutable, en ce qu'elle néglige la place des consommateurs. Les enjeux consuméristes sont, rappelons-le, une des motivations de la neutralité des réseaux¹⁸³.

§2. Le régime de l'effet de levier aux États-Unis

Si l'on se penche sur la loi américaine dans le domaine de la concurrence, l'effet de levier utilisé par une compagnie a un rôle notable dans l'analyse des effets abusifs d'une intégra-

182. Art. 102 TFUE, lequel prévoit : « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:*

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »*

183. V. *infra*, partie 1

tion¹⁸⁴. Or, comme l'indiquent Areeda et Hovenkamp¹⁸⁵, l'effet de levier requis par la réglementation de concurrence américaine sous-entend une présence significative de la compagnie en cause dans le marché secondaire¹⁸⁶.

Effectivement, une faible présence ne peut être perçue comme un effet de levier, puisqu'elle ne porte pas préjudice à la concurrence. Il en va de même pour le seuil pouvoir de marché, qui est inopérant pour qualifier un prix de monopole¹⁸⁷.

Néanmoins, les défenseurs de la neutralité du net prônent une application plus rigoureuse de ce principe d'effet de levier¹⁸⁸. Ils souhaiteraient que les opérateurs de réseaux soient limités dans leur faculté de discrimination de contenu, y compris dans l'hypothèse où ils ne seraient pas des acteurs significatifs sur ce second marché. Cette question trouve une résonance particulière alors qu'en 2015, des pourparlers sont engagés en vue d'approuver une fusion entre Time Warner – géant du câble américain – et Comcast, le fournisseur d'accès déjà rencontré dans la jurisprudence de la FCC.

Ces préoccupations sont justifiées dans la mesure où, en vertu du droit antitrust américain, en particulier de l'article 2 du *Sherman Act*¹⁸⁹, la condamnation d'une compagnie au titre de monopole n'est possible que si elle est à même de monopoliser le marché primaire ou secon-

184. B. VAN SCHEWICK, *Net Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination rule should look like*, The Center for Internet and Society, 2012, p. 19

185. P. AREEDA et H. HOVENKAMP, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* 3e éd. Vol. VIII. Aspen Publishers, 2010, p. 139

186. Sherman Act, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. para. 1 à 7

187. *United States v. American Can Co.*, 230 F. 859, 901-902 (D. Md. 1916), appel rejeté, 256 U.S. 706 (1921)

188. B. VAN SCHEWICK, *précit.*

189. La responsabilité aux termes de cet article requiert : « (1) *the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.* »

taire¹⁹⁰. De façon générale, le régime du *Sherman Act* fait montre d'une certaine souplesse, puisqu'il ne condamne que les comportements d'éviction qui peuvent raisonnablement entraîner un préjudice à la concurrence, ou une altération néfaste de la structure du marché en cause¹⁹¹.

Par opposition au droit européen, la règle de droit américaine, qui n'encadre pas la tarification de monopole, est fondée sur la conception d'un marché autonome qui serait capable de corriger sa course par lui-même. Dès lors, la priorité est de créer les conditions adéquates pour la concurrence plus que d'aborder de front la question des monopoles¹⁹².

La pratique de l'effet de levier n'en reste pas moins centrale dans la stratégie des écosystèmes qui fleurissent sur le *web*. De tels produits étant conçus sous forme logicielle, il est aisé de leur adjoindre de nouvelles fonctions et de tisser des liens nouveaux avec des services. Cette complémentarité peut en particulier être atteinte au moyen de monopoles complémentaires sur d'autres segments du marché avec des intégrations verticales.¹⁹³

Comme le précise Christopher Yoo¹⁹⁴, tant la FCC que des cours compétentes en matière de concurrence ont soulevé des préoccupations quant à la possibilité pour les propriétaires du réseau de garder le contrôle de la distribution afin d'étouffer la concurrence dans des marchés complémentaires. En effet, la régulation des télécoms américaine a été mise en place alors que le seul mode d'accès pour ces entreprises aux services complémentaires était le monopole du téléphone à l'échelon local. Autrement dit, pour cet auteur, repenser la régula-

190. P. AREEDA et H. HOVENKAMP, *précit.*

191. P. AREEDA et H. HOVENKAMP, *précit.*

192. M. GAL, *précit.*

193. D. EVANS, *Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy*, Northwestern University Law Review, 2008, vol. 102, n° 4, p. 18

194. D. SPULBER et C. YOO, *Access to Networks: Economic and Constitutional Connections*, 88 Cornell Law Review, n° 885, 2003, p. 1005 et s.

tion revient à établir un arbitrage entre un oligopole régulé ou non d'une part, et un monopole régulé ou non d'autre part.¹⁹⁵ Or, d'aucuns ont montré de façon empirique que les oligopoles de télécoms fonctionnent mieux en pratique que les monopoles, avant tout en raison d'un prix plus faible pour les utilisateurs finaux.¹⁹⁶

La jurisprudence s'en remet quant à elle au principe d'efficacité économique. Il a à titre d'exemple été décidé que les pratiques de regroupements verticaux n'affectent pas la concurrence dans la mesure où ils permettent de dégager un bien-être économique (*economic welfare*) de ces circonstances. Dans cette espèce, la cour en a appelé à une règle de raison pour estimer si une conduite donnée est susceptible d'être déployée avec des effets économiques positifs démontrables¹⁹⁷.

La Cour suprême américaine a fait application de ce standard à d'autres reprises, qui ont été l'occasion pour l'organe de revenir sur ses propres précédents. Ainsi depuis une décision *Sylvania*¹⁹⁸, il a été jugé qu'une restriction territoriale n'est pas illégale *per se*, en établissant que les restrictions à des regroupements verticaux en dehors de celles portant sur le prix, sont soumises à cette même règle de raison. Enfin, la juridiction a apporté une plus grande cohérence à son régime en concluant en 2007 que les restrictions contractuelles en matière de prix pratiqués dans le cadre de regroupements verticaux sont également gouvernées par la

195. C. YOO, *What Can Antitrust Contribute to the Network Neutrality Debate?*, *International Journal of Communication*, Vol. 1, 2007, p. 511

196. [ResearchGate] Shelanski, *Adjusting Regulation to Competition: Toward a New Model of U.S. Telecommunications Policy*

197. *Bus. Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 724, 726 (1988). Un parallèle peut être établi entre cette décision et les travaux de l'économiste Ronald Coase, en particulier sa *Théorie de la firme*. Le propos de l'auteur est de défendre les intégrations verticales en ce qu'elles ont pour effet de réduire les coûts de transaction associées à une division des tâches dans un secteur donné. Ces intégrations permettent en effet d'accélérer le processus de production vers les utilisateurs finals. En somme, il en ressort une plus grande efficacité économique.

198. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 58-59 (1997)

règle de raison¹⁹⁹. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si un détaillant pouvait se voir contraindre à pratiquer un prix minimum à la vente.

B. - Le partage d'infrastructures comme remède aux monopoles?

Au-delà des phénomènes de regroupement verticaux, deux pratiques s'avèrent néfastes pour la concurrence lorsqu'utilisées jusqu'à l'excès. Il s'agit de la priorité donnée par un FAI sur ses propres paquets, et du blocage par lui de paquets qui proviennent d'opérateurs tiers.

La première hypothèse reste relativement rare²⁰⁰. Comme l'indiquent les dispositions de l'article 102 du TFUE, toute discrimination par un joueur en position dominante est effectivement prohibée.

À l'inverse, le risque du blocage du contenu demeure prégnant²⁰¹. Pour les auteurs précités, cela présente des conséquences néfastes pour la concurrence. L'éviction des autres agents d'une partie du marché les prive en effet des économies d'échelle qui résulteraient de ces débouchés.

Dès lors, on ne peut que s'interroger sur l'attitude réglementaire à adopter à l'endroit des acteurs qui dominent sans pour autant être intégrés. Une des doctrines accueillies favorablement par les économistes est la théorie des facilités essentielles – ou règle de l'interconnexion. Pour un auteur²⁰², les fournisseurs d'accès locaux et interurbain devraient être tenus de transmettre les données de façon strictement égalitaire quand ils bénéficient d'un pouvoir de marché au sein de la zone géographique et de l'offre concernée.

199. *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 75 U.S.L.W. 4643

200. F. CHIRICO, I. VAN DER HAAR et P. LAROCHE, *précit.*

201. F. CHIRICO, I. VAN DER HAAR et P. LAROCHE, *précit.*

202. R. FRIEDEN, *Assessing the Merits of Network Neutrality Obligations at Low, Medium and High Network Layers*, Pennsylvania State University - College of Communications, 2010, p. 17, à consulter depuis: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1649030 >

Cette doctrine a été mise en œuvre dans le monde physique pour les besoins des infrastructures de transports comme les conduites de gaz, la fourniture d'électricité et de téléphonie, ou encore les chemins de fer. Il s'agit d'infrastructures qui en raison de leur caractère essentiel étaient qualifiées par la jurisprudence américaine d'utilités publiques.

La doctrine des facilités essentielles a émergé dans la jurisprudence américaine en matière de concurrence et s'applique dans l'entièreté du paysage économique, indifféremment du secteur en cause. Cette notion a évolué en de multiples variantes, toutes avec un facteur commun : l'obligation d'un acteur de donner accès à son infrastructure en raison de l'aspect incontournable de cette dernière.

Une multitude d'applications existent également au plan international. Les pays autres que les États-Unis se la sont notamment appropriés. La tentative de synthèse apportée par l'OCDE met en exergue la notion de tarification raisonnable à cette infrastructure, en prenant pour exemple les réseaux de chemins de fer²⁰³. En outre, pour l'organisme, cette notion de droit économique implique l'existence de deux marchés, l'un amont et l'autre aval.

En d'autres termes, c'est la situation dans laquelle l'une des entités est active dans les deux marchés de manière concomitante. Dans le cas où un concurrent souhaiterait avoir accès à cette installation pour ses propres besoins, dans quelle mesure pourrait-on enjoindre son propriétaire concurrent à lui offrir un laissez-passer? C'est tout le propos des facilités essentielles, dont quatre critères ont été élaborés par la jurisprudence pour en justifier l'utilisation²⁰⁴ :

- Le contrôle de l'infrastructure par un monopoliste;
- L'impossibilité pour le concurrent de dupliquer cette infrastructure;

203. OCDE, *The Essential Facilities Concept*, 1996, p. 7 et s., accessible depuis : < <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf> >

204. *MCI Communications Corp. v. AT&T*. (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983))

- Le refus par l'acteur dominant de céder son infrastructure essentielle;
- La possibilité pour cet acteur d'accorder un accès au tiers.

Le principe de la régulation était d'encadrer les prix plutôt que l'accès²⁰⁵. Ainsi, dans une décision, un outil agricole pourtant dépourvu de la qualité d'utilité publique avait fait l'objet d'un encadrement des prix par l'Illinois. Il en ressort que l'accès à une ressource et son niveau de prix sont indissociables l'un de l'autre.

Si l'on prend l'exemple d'un opérateur qui dispose d'un pouvoir de marché dans une zone donnée et qu'il propose ses services de vidéo à la demande, cette théorie lui imposerait donc de laisser une compagnie concurrente proposer un service comparable sans entrave.

Il en va de même pour un opérateur de puissance significative qui se livrerait à un blocage de retransmission d'un événement sportif qui porterait préjudice à son offre de contenu à la demande pour des événements similaires. Dans ce cas, la règle de l'interconnexion veut que l'on considère la position dominante de l'opérateur, nonobstant le contenu de son offre.

Dans certains marchés du secteur des télécommunications à l'instar de la téléphonie mobile, des réglementations imposent déjà aux fournisseurs d'accès de fournir une interconnexion d'un opérateur à un autre par le processus de portage de ligne. En termes clairs, les opérateurs sont tenus d'offrir la possibilité, à tout client qui en ferait la demande, de pouvoir conserver son numéro de téléphone lors de l'ouverture ou la fermeture d'une ligne.²⁰⁶.

Le point de rencontre entre cet avantage compétitif et la libre concurrence est le développement de standards en vue d'un accès ouvert et d'une interopérabilité du contenu d'une plate-

205. B. OWEN et G. ROSSTON, *précit.*

206. B. VAN SCHEWICK, 2010, *précit.*

forme à une autre; mais également d'un opérateur à un autre²⁰⁷. Or, si un acteur dispose d'un certain pouvoir de marché, il sera moins porté à jouer la règle de l'interopérabilité.²⁰⁸

Mais cet examen n'est pas dépourvu de marge d'appréciation. Le caractère de ce qui constitue un pouvoir de marché est difficile à cerner dans un environnement technologique en perpétuel mouvement. Au fond, si cette idée est séduisante au plan théorique, sa subtilité risquerait de conduire à une application aux seules situations dépourvues d'ambiguïté.

Cela est d'autant plus vrai que d'aucuns considèrent que les firmes en place ne disposent pas de pouvoir de marché. Si cela était le cas, on assisterait à une flambée des prix au bon vouloir des opérateurs dominants qui serait maintenue pendant une période soutenue.²⁰⁹

Cette théorie peut s'avérer périlleuse si elle n'est pas mise en place de la façon qui convient. L'existence d'un organe de supervision des télécommunications est effectivement cruciale pour prévenir tout abus; il importe avant tout de niveler les puissances économiques de chaque partie prenante.

Bien que cette proposition d'interconnexion présente un intérêt aux États-Unis, son déploiement en Union européenne peut s'avérer complexe. Les résultats d'une réglementation des monopoles dans cet espace juridique sont en effet mitigés, dans la mesure où de nombreux acteurs ont conservé leur position dominante²¹⁰.

Il est effectivement bien délicat de développer une infrastructure sans disposer en amont de ressources financières conséquentes. Ainsi, d'après un groupe de travail de la FCC, les coûts

207. J. CRÉMER, P. REY et J. TIROLE, *Connectivity in the Commercial Internet*, *The Journal of Industrial Economics*, 2000, vol. 48, n° 4, p. 433 et s.

208. J. CRÉMER, P. REY et J. TIROLE, *précit.*

209. H. FURCHTGOTT-ROTH, *In Search for a Captive Audience. Susan Crawford's Captive Audience*, *Federal Communications Law Journal*, vol. 65 n° 3, 2013, p. 319

210. F. PFISTER, *précit.*

projetés sur six années pour le maintien à l'échelle des États-Unis d'une vitesse de connexion de 100 Mb s'élèvent à 350 milliards de dollars²¹¹.

L'encadrement légal des conditions d'interconnexion peut en outre être rendu complexe en raison d'une convergence entre des acteurs de nature différente. C'est le cas des intégrations verticales abordées précédemment. De même, dans un tel contexte, les accords d'interconnexion préexistants peuvent ne plus être pertinents dans le cas de l'apparition de services nouveaux ou qui viendront transiter par les mêmes conduits.

Comme le souligne l'OCDE²¹², le modèle traditionnel de l'Internet tend vers une connexion encadrée par la voie contractuelle. Les régulateurs n'imposent pas d'obligations spécifiques en matière de connexion à la dorsale Internet, à l'exception des situations de fusion-acquisition. Cette situation devrait toutefois venir sur le devant de la scène avec le développement récent des réseaux de distribution numériques qui empruntent ladite dorsale²¹³. Nous pensons ici notamment aux offres de vidéo à la demande.

À cet effet, le point 2 de l'article 8 de la directive-cadre nous indique :

Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment : b) en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu.

211. FCC Broadband Task Force, *Commission Open Meeting Presentation On the Status of the Commission's Processes of Development of a National Broadband Plan*, 29 Sept. 2009, p. 45, à consulter depuis : < https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-293742A1.pdf >

212. OECD, *Competition Issues in Television and Broadcasting*, OECD Digital Economy Papers, 2013, p. 18

213. OECD, *The Development and Diffusion of Digital Content*, OECD Digital Economy Papers, 2012, n° 213, p. 34

L'attribution des fréquences du marché télévisuel est particulière. Dans ce secteur, où les radiofréquences sont limitées (le spectre électrique ne comprenant qu'un nombre fini de bandes), l'attribution de cette ressource fait l'objet de différentes techniques. Ainsi, en Union européenne, la procédure d'évaluation de chaque candidat à l'attribution d'une bande doit répondre à des critères de transparence, d'ouverture, d'objectivité, de proportionnalité et d'absence de discrimination²¹⁴. Chaque État membre est toutefois libre de fixer les modalités d'attribution de son marché national.

En Italie, en 2012, l'autorité nationale de régulation a choisi d'allouer ces fréquences en ayant recours à un «concours de beauté» dans lequel les candidats étaient sélectionnés au mérite après évaluation, tandis que le recours à une procédure d'enchère aurait pu accroître les distorsions de concurrence. En effet, dans ce mode de sélection seuls les acteurs les plus nantis pourront se voir ouvrir une part de la ressource convoitée. C'est cette situation qui a du reste conduit la Bulgarie à être condamnée par la Commission en raison de critères d'évaluation jugés trop restrictifs pour englober de petits acteurs.

L'autre solution pour permettre d'éviter les monopoles d'infrastructure tient à la détermination par les autorités de régulation nationales du prix d'accès au réseau et aux facilités essentielles²¹⁵. Par ce biais, les autorités de régulation sont en mesure de permettre aux nouveaux entrants d'agir dans des conditions suffisamment concurrentielles. Le véritable enjeu dans cette situation tient à la qualité de l'information dont dispose le régulateur, ceci afin d'éviter de fixer un prix trop élevé ou trop bas.²¹⁶

214. *Précit.*

215. G. ECKERT, *L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique*, *Revue française d'administration publique*, École nationale d'administration, 2012, vol 3, n° 143, p. 633

216. *Précit.*

En pratique, l'enchevêtrement des activités peut entraîner la constitution d'infrastructures mixtes. Exprimé autrement, cela revient à concevoir des activités à monopole naturel qui seraient accompagnées de configurations d'avantages concurrentiels. Dans ce cas, la réglementation doit nécessairement dissocier chaque versant du marché, comme cela a été le cas aux États-Unis à partir des années 1970²¹⁷.

Partant, comme nous l'explique Dezobry :

*Dans un même secteur, les segments potentiellement concurrentiels devaient être libéralisés et régis principalement par le jeu du marché – et donc n'être plus l'objet que d'une régulation ex post –, alors que le segment correspondant à un monopole naturel devait rester fortement régulé – et continuer à être l'objet d'une régulation ex ante.*²¹⁸

Concrètement, le droit de l'Union européenne a mis en place un test en trois étapes pour s'assurer que la réglementation ex ante d'un marché donné est la plus appropriée. C'est une recommandation de la Commission²¹⁹ qui explicite sa mise en application.

Le modèle d'analyse est le suivant :

- Le marché considéré doit tout d'abord être soumis à des barrières à l'entrée élevées et non transitoires, qui peuvent être de nature structurelle ou légale;
- L'impossibilité de lever ces barrières dans un délai adéquat est ce qui caractérise un marché apte à une régulation *ex ante* conformément au second critère. Il s'agit effectivement dans ce cas de marchés dits à faible potentiel de concurrence, au sens de la recommandation.

217. S. MÉRITET, « Les transitions réglementaires dans les industries énergétiques », dans *Les services publics*, Les cahiers français n° 339, La Documentation française, juillet 2007

218. G. DEZOBRY, *L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés*, Revue française d'administration publique, 2012/3, n° 143, p. 286 et s.

219. Recommandation de la Commission du 11 février 2003, J.O.U.E. L. 114, 8 mai 2003, p. 45

- Le régulateur est enfin amené à considérer la capacité pour la seule concurrence à remédier aux défaillances de ce marché en cause.

Il existe deux catégories de marché identifiées par ce texte européen. Ainsi, d'une part, un marché de détail qui consiste en des offres destinées aux consommateurs. Le marché de gros est l'offre de produits ou services qui va permettre de raccorder ces consommateurs et de leur fournir les prestations de connexion telles que la connexion au réseau téléphonique public et les autres services téléphoniques, comme le précise le point 8 de la Recommandation.

Une illustration de la mise en application de cette grille d'évaluation est l'arrêt *Astra c/ Abertis* rendu par le l'agent espagnol de surveillance de la concurrence²²⁰.

Dans cette affaire, en vertu d'une réglementation ex ante adoptée par le régulateur des télécommunications, la société Abertis a fait l'objet d'une condamnation suite à l'abus de sa part d'une facilité essentielle. En l'espèce, il s'agissait de l'installation par cette compagnie d'un réseau de télévision numérique terrestre (TNT). Il est apparu que ces installations de relais du signal télévisé n'étaient pas reproductibles par les concurrents. La société avait manifestement abusé de son monopole d'infrastructure en pratiquant une compression de marge entre les prix de détail et de gros. Au surplus, les perspectives de concurrence étaient réduites. Dans ces conditions, l'autorité a condamné la société à verser une amende de 14 millions d'euros.

Un arrêt important impliquant la société Microsoft²²¹ met en application ce test en trois étapes. Dans cette affaire touchant aux facilités essentielles, il a été jugé qu'un monopole informationnel pouvait constituer un abus de position dominante en vertu du droit de l'Union européenne.

220. Comisión Nacional de la Competencia, *SES Astra Iberica S.A. / Abertis telecom S.A.U.*, 8 févr. 2012

221. *Microsoft Corp c. Commission des Communautés européennes* (2007), T-201/04

Si l'on revient à l'analyse préconisée par la recommandation de la Commission de 2003, le refus d'offrir un accès à une information protégée par les droits d'auteur était caractérisé. Par ailleurs, un tel blocage portait préjudice aux autres acteurs du marché puisqu'il faisait obstacle à l'émergence de nouveaux produits ou, à tout le moins, à la commercialisation de produits innovants. De plus, le refus de la part de Microsoft n'était pas valablement justifié.

Cet arrêt est remarquable en ce sens qu'il s'inscrit dans une volonté jurisprudentielle de faire reposer sur les acteurs dominants une véritable responsabilité spéciale à l'endroit de leurs concurrents. Comme l'indique le document relatif aux compressions de marges abusives édité par l'Union²²², cela revient clairement à imposer aux forces vives du marché d'accorder un accès au marché aval.

Section 2. Les nouveaux défis de la neutralité des réseaux

Pour prolonger notre réflexion sur la neutralité, on ne saurait faire abstraction d'un nouveau versant du débat. Celui-ci ne se fonde plus seulement sur des infrastructures matérielles à proprement parler, mais davantage vers un contenu unique et monétisable. Naturellement, lorsque les utilisateurs souscrivent à un accès à l'internet, il est souhaitable pour eux de faire usage de cet accès, comme nous l'avons argumenté précédemment.

Mais les contenus de propriété intellectuelle deviennent depuis quelques années une nouvelle arme qui permet à des acteurs de s'accaparer le marché des contenus numériques, utilisant par la même occasion des restrictions pour servir leur cause. Nous nous pencherons dans cette section sur l'émergence de ce processus que nous appelons convergence des contenus avant d'aborder plus en détail les problèmes sous-jacents des plateformes qui vont venir accueillir ces contenus.

222. Commission de l'Union européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, à consulter depuis: < [< http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\) >](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224(01)) >

A. - Le processus de convergence des contenus numériques

Dans le monde physique, l'acquisition des biens de consommation s'effectue couramment chez les détaillants. Ces compagnies sont généralement les distributeurs des produits, et non leurs fabricants. Dès lors, les consommateurs payent le prix du produit d'une part, et du service de distribution d'autre part. Il s'agit donc d'un ensemble de prestations qui sont tarifées ensemble. Ce schéma se répète pour les services de consommation de contenus comme la radio et la télévision : le contenu est alors le produit ou le service offert; la connexion et la transmission de celui-ci représentent la phase de distribution²²³.

Dans le monde dématérialisé, cette pratique du groupage entre un contenu et un service ou une infrastructure complémentaires peut être vertical – comme le lien entre un transport de données et des infrastructures matériel; les services de messageries et du contenu. Il peut également être horizontal à l'image du lien entre plusieurs applications ou plateformes.²²⁴

Nous avons pu, en première partie, mesurer la fracture qui se dessine entre les intérêts divergents des fournisseurs d'infrastructures et leurs usagers. Au surplus, il a été expliqué dans quelle mesure Internet a facilité le développement de nouveaux modèles économiques sous l'apparence de plateformes qui mettent en relation plusieurs intervenants dans une multitude de sous-marchés. Leur but premier : permettre à des vendeurs de monétiser leur contenu après rémunération du détenteur de la plateforme, tout en profitant d'un effet de réseau. Cet état de fait entraîne un coût unitaire quasi nul du contenu, qui tend vers zéro à mesure que la plateforme se déploie à une cadence exponentielle.

223. B. OWEN et G. ROSSTON, *précit.*

224. D. EVANS, *Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy*, Northwestern University Law Review, 2008, vol. 102, n° 4, p. 19

Effectivement, dans un certain nombre d'industries, il est loisible aux compagnies de détenir une solide base d'utilisateurs et de contenus pour bénéficier d'économies d'échelles. On pense par exemple au service postal qui voit sa valeur accroître à mesure que de nouveaux clients rejoignent le cercle de distribution possible. Nous pouvons transposer cet exemple au cas d'Internet. En effet, les fournisseurs d'accès ont intérêt à ce qu'une majorité d'utilisateurs soit connectés entre eux et la valeur du réseau augmente à mesure que le contenu y transite.

B. - Les dangers de cette mutation et les pistes à explorer pour le juriste

§.1 Vers un monopole intellectuel?

De ce qui précède, on peut considérer que restreindre l'accès à un contenu reviendrait à mettre à mal la valeur de l'offre d'accès Internet. L'offre d'un contenu en forte demande confère donc instantanément à l'acteur qui en dispose un pouvoir de marché sur les concurrents qui en sont dépourvus. C'est donc à ces compagnies disposant d'un pouvoir de marché qu'il revient d'arbitrer des externalités de réseau²²⁵ dont les concurrents peuvent jouir. En termes clairs, il est question de la proportion avec laquelle ces acteurs vont mettre à profit les retombées positives d'un contenu en forte demande.

Nos réflexions en matière de la neutralité d'Internet se consacrent donc ici non plus aux infrastructures des fournisseurs d'accès, mais à celles de fournisseurs de contenus. L'exemple type d'un intermédiaire bénéficiant d'un large portefeuille de contenu est celui de la société Apple, qui recherche à capter et maintenir une clientèle grâce au jeu des écosystèmes fermés.

225. M. KATZ et C. SHAPIRO, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, American Economic Review, 1985, n° 75, p. 424 et s.; F. CHIRICO et P. LAROCHE, « Convergence and Divergence, in Law and Economics and Comparative Law », dans P. LAROCHE et P. CSERNE, *National Systems and Globalization*, Springer, 2013, p. 13

Cette pratique a par ailleurs été en question lors d'actions intentées contre la société Microsoft en Union européenne²²⁶. Si l'exposition massive du contenu sur Internet et le déclin de sa valeur pécuniaire est révélatrice du passage d'une économie de rareté vers une économie d'abondance²²⁷, des commentateurs souhaiteraient mettre fin à ce qu'ils qualifient de goulets d'étranglement en matière d'accès à Internet²²⁸.

Cela suscite certaines questions sur le développement d'un monopole ou d'un oligopole en matière d'infrastructures. Ainsi, peut-on considérer que ces plateformes de droit de propriété intellectuelle sont abusives?

Dans l'une de ses publications, Liebowitz s'oppose vigoureusement au raccourci intellectuel qui consisterait à faire des droits de propriété intellectuelle une situation de monopole²²⁹. L'auteur prend l'exemple d'une maison située dans une banlieue. Le propriétaire de cette habitation a, au plan théorique, un monopole sur son bâtiment, puisqu'il en est l'unique propriétaire, et peut même empêcher quiconque d'y pénétrer.

Mais Liebowitz perçoit cette qualification comme fallacieuse. Les logements alentour sont en effet substituables à cette maison particulière. Il est tout à fait possible, pour qui veut jouir de propriétés similaires à la maison d'origine, d'en acquérir une. L'hypothèse d'un monopole n'est donc pas vérifiée.

Cela emporte deux conséquences. D'une part, les droits de propriété intellectuelle, en ce qu'ils sont substituables les uns aux autres, ne sont pas des monopoles en tant que tels. Mais d'autre part, il en va différemment des *catalogues* de droits de propriété intellectuelle. En ef-

226. Commission européenne, Décision de la Commission du 24 mars 2004, C(2004)900

227. C. ANDERSON, *Free : the Future of a Radical Price*, Hyperion, 1^e éd., 2009, p. 12

228. F. CHANG, *Financial Market Bottlenecks and the "Openness" Mandate*, 23 Geo. Mason L. Rev., 2015, p. 4

229. S. LIEBOWITZ, *A Critique of Copyright Criticism*, George Mason Law Review, 3 déc. 2014, p. 4

fet, il nous apparaît délicat d'appréhender le caractère remplaçable d'un film, d'un site Internet ou une chanson, ou de tout contenu pour un autre.

Dans ces circonstances, on serait tenté d'analyser les plateformes précitées sous l'angle du monopole. Ces préoccupations ont fait des émules suite aux travaux de Tim Wu sur la neutralité du net. Mais l'universitaire américain s'est aussi appesanti sur cette idée de monopole de l'information²³⁰. Pour lui, l'histoire des télécommunications peut être décrite par l'avènement puis la ruine successive de véritables Behemoths à vocation commerciale dont le fonctionnement repose sur la rétention et la redistribution de l'information. Le lecteur pourra s'étonner de cette vision quelque peu décalée du paysage des communications. On précisera néanmoins que certains se sont interrogés sur la nature des réseaux sociaux comme monopoles informationnels²³¹, ce qui en fait un questionnement toujours pertinent.

Ces questionnements emportent des conséquences en particulier dans le domaine de la régulation, puisque les opérateurs développent leur contrôle sur le contenu et ceux qui vont le consommer. Dans ces conditions, ces sociétés n'auront pas intérêt à faire connaître à leur clientèle les services qu'ils entendent privilégier, altérer ou négliger, et pourront tirer parti de cette mainmise pour imposer des frais plus élevés aux fournisseurs de contenus²³².

Les fournisseurs d'accès peuvent à titre d'exemple proposer un contenu exclusif ou une application soumise à traitement préférentiel grâce à un partenariat conclu avec un fournisseur de contenu.

230. T. WU, *The Master Switch : The Rise and Fall of Information Empires*, Random House, 2011, p. 370 et s.

231. A. THIERER, *The Perils of Classifying Social Media Platforms as Public Utilities*, *CommLaw Conspectus - Journal of Communications Law and Policy*, vol. 21, n° 2, 2013 p. 251

232. C. MARSDEN, *Net neutrality and Consumer Access to Content*, *Script-Ed*, 2007, vol. 4, no 4, p. 414

Cette situation crée un «jardin clos»²³³ qui contrevient à la libre concurrence puisque l'accès n'est plus ouvert. Elle n'est toutefois pas inédite : un parallèle peut être établi avec l'univers de la télévision, qui connaît une dissociation du mode d'accès aux contenus proposés. Cette différence peut être matérielle (obligation d'acquérir un boîtier pour recevoir les signaux de chaînes câblées; mais également pécuniaire : une barrière tarifaire en vue d'accéder au contenu souhaité).

La télévision par câble est emblématique des dynamiques qui se jouent dans des marchés bifaces. Dans ce secteur, des fournisseurs de contenus à haute valeur ajoutée à l'instar du sport sont en position d'exiger des frais plus élevés. Autrement dit, les joueurs minoritaires disposent d'une force de négociation moindre concernant les frais exigibles si leur contenu n'est pas en demande. L'opérateur du câble jouera à la fois les rôles d'arbitre quant à la pertinence d'un contenu plutôt qu'un autre, mais aussi d'adjudicateur, en ajustant le prix de marché pour chaque fournisseur de contenu²³⁴.

Un autre exemple est celui du marché de la téléphonie mobile, souvent considéré comme plus fermé que celui d'Internet²³⁵. Ainsi, l'industrie mobile s'est développée selon un modèle qui repose sur le choix des opérateurs en matière de matériel et de technologie de connexion. Il s'ensuit des frais imposés aux partenaires tiers souhaitant intégrer ce «jardin clos»²³⁶.

233. « *A walled garden refers to a browsing environment that controls the information and Web sites the user is able to access. This is a popular method to keep the user navigating only specific areas of the Web. This shall be for the purpose of shielding users from information such as restricting children's access to pornography or directing users to paid content. America Online places users in a walled garden.* », à consulter depuis:

< <http://definitions.uslegal.com/w/walled-garden/> >

234. Directorate-General for Internal Policies, *précit.*, p. 34

235. C. MARSDEN, 2007, *précit.*

236. C. MARSDEN, 2007, *précit.*; C. MARSDEN, *Net Neutrality 'Lite': Regulatory Responses to Broadband Internet Discrimination*, 2009, SSRN, p. 7 à consulter depuis:

< <http://ssrn.com/abstract=1330747> >

À tout le moins, la différence fondamentale entre un Internet fermé de type «jardin clos» et un Internet à l'accès ouvert est la présence dans un premier cas de services liés et dans le second cas, d'une infrastructure comme seul service objet de la vente. Typiquement, l'accès ouvert permet l'entrée d'un plus grand nombre d'intermédiaires, puisqu'ils bénéficient d'un accès sans restriction à l'infrastructure. Néanmoins, ils doivent composer avec une concurrence plus vive et donc réduire leurs marges²³⁷.

Dans la mesure où ces acteurs n'ont qu'un seul produit à proposer en lieu et place de la combinaison contenu-distribution, ils sont amenés à restreindre l'accès pour maximiser leurs profits. Le réseau ouvert n'entraîne donc pas systématiquement une plus grande disponibilité du contenu aux utilisateurs²³⁸. La neutralité des réseaux fonctionne cependant à l'extrémité du réseau; le fait que les intermédiaires soient intégrés ou bloquent l'accès est inopérant puisque ce principe amène une non-différenciation de l'accès²³⁹. Le principe de la neutralité des réseaux est donc néfaste pour les marges des intermédiaires, mais garantit un accès égalitaire à tout contenu.

§.2 Conséquences de la convergence et son appréhension par le droit

Ce processus de concentration appelle à jeter un éclairage nouveau sur la diversité et la pluralité du contenu disponible en ligne. Ainsi, en vertu du principe de la longue traîne, un nombre réduit de contenus vedettes appellent une forte demande en comparaison du reste de l'offre²⁴⁰. Il s'ensuit une surabondance de contenus de niche, qui paradoxalement va venir détrôner les contenus «stars».

237. T. HAZLETT et G. BITTLINGMAYER, *The Political Economy of Cable "Open Access"*, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n° 01-06, 2001, p. 61

238. C. HOGENDORN, *précit.*

239. C. HOGENDORN, *précit.*

240. OCDE, *The Development and Diffusion of Digital Content*, OECD papers, 8 déc. 2012, p. 33 et s.

Cette conséquence est donc non pas seulement une évolution quantitative des contenus culturels, mais aussi qualitative²⁴¹. C'est l'ensemble du marché qui s'en trouve bouleversé, les échanges étant nourris par la génération de métadonnées qui vont agir comme indicateur des modes de consommation de ses contenus; il s'en suit un véritable cercle vertueux pour les gestionnaires des canaux de diffusion²⁴².

Dans ces conditions, il découle de la convergence du contenu une modification du comportement des internautes. Pour certains, cette situation inciterait les concurrents à développer leur propre contenu²⁴³. Nous recevons toutefois cette thèse avec un certain scepticisme. On s'interroge en effet sur la substituabilité de certains contenus entre eux. C'est le cas à titre d'exemple de la production musicale, des séries télévisées ou encore des événements sportifs. Au reste, cette non-substituabilité renvoie à la question du «*piratage culturel*»²⁴⁴ des œuvres en ligne suite au phénomène de concentration des portefeuilles de droit²⁴⁵.

Mentionnons ici les propos de sur le piratage de contenus en ligne :

Le piratage numérique reste dans certains cas le seul moyen d'exploiter la «longue traîne» de biens culturels et de partager des produits de niche délaissés par les producteurs et distributeurs. Cette absence d'offre légale attractive sur Internet a contribué à légitimer et à renforcer les pratiques de piratage, notamment sur les réseaux de pair-à-pair. (...) Par exemple, la décision de la National Broadcasting Company (NBC) d'enlever ses contenus vidéo d'iTunes (supprimant la principale offre payante de vidéos en ligne) a entraîné une hausse de 11,5 % des téléchargements illégaux des contenus en ques-

241. C. ANDERSON, *précit.*, p. 23

242. M. BURRI-NENOVA, *The Long Tail of the Rainbow Serpent*, University of Bern Law School, 2008, p. 221

243. A. DALY, *The Legality of Deep Packet Inspection*, Tilburg Institute of Law and Technology, 2010, p. 11

244. M. TÊTU, *Des vertus culturelles du piratage à l'ère numérique : ou comment le peer-to-peer peut contribuer à la circulation du patrimoine québécois et à la diversité culturelle*, *Éthique Publique*, vol. 14, n° 2, 2012, p. 4 et s.; S. VAIDHYANATHAN, *The Anarchist in the Library: How the Clash between Freedom and Control is Hacking the Real World and Crashing the System*, Basic Books, 2004, p. 337

245. J. FARCHY et F. BENAMOU, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 3e éd., 2014, p. 99; D. COHEN et T. VERDIER, *La mondialisation immatérielle*, La Documentation Française, 2008, p. 74

*tion (soit en volume le double de ce qui était téléchargé légalement sur iTunes). Ceci suggère que la mise en œuvre d'une offre payante en ligne attractive pourrait permettre de réduire les téléchargements illégaux.*²⁴⁶

En effet, les plateformes de partage de pair-à-pair sont relativement anciennes : l'une des premières à avoir gagné une relative popularité est le site Internet *slashdot.org*, lancé en 1997²⁴⁷. Il s'agissait du premier site à grande échelle de contenus générés par les utilisateurs. Il fut également pionnier dans le domaine des communautés en ligne autorégulées. Mais le logiciel Kazaa joua un rôle majeur dans la transmission décentralisée des données, l'échange pouvant être réalisé depuis n'importe quel serveur²⁴⁸. Cette méthode permettait une augmentation du caractère anonyme, ce qui facilitait l'échange de contenus illicites vis-à-vis des réglementations en matière de copyright. De plus, le ratio envoi/réception défavorisait largement les contributeurs, ce qui précipita l'émergence de nouveaux protocoles de transmission décentralisés et paritaires. L'un des plus célèbres, BitTorrent, est alors venu contrecarrer la présence de « passagers clandestins » dans le réseau.

Une autre phase importante fut la création de YouTube en 2005, un point de retournement dans la transmission de pair-à-pair²⁴⁹. Cette fois-ci, les serveurs et leurs logiciels associés sont propriétaires. À l'instar du site Slashdot bien avant lui, YouTube impose aussi l'échange des seuls fichiers conformes à une clause de concurrence. Le rachat de la firme par le géant californien Google a dès lors permis aux ayants droit de monétiser leurs contenus grâce à une plateforme fermée.

246. S. DEJEAN, Th. PÉNARD et R. SUIRE, *La gratuité est-elle une fatalité sur les marchés numériques? Une étude sur le consentement à payer pour des offres de contenus audiovisuels sur internet*, La Documentation française, Économie & Prévision, 2010/3, no 194, p. 17 et s.

247. J. A. POUWELSE, P. GARBACKI, D. EPEMA et H. SIPS, *Pirates and Samaritans: A Decade of Measurements on Peer Production and Their Implications for Net Neutrality and Copyright*, Telecommunications Policy n° 32, 2008, p. 701 et s.

248. J. A. POUWELSE, P. GARBACKI, D. EPEMA et H. SIPS, *Précit.*

249. J. A. POUWELSE, P. GARBACKI, D. EPEMA et H. SIPS, *Précit.*

Cette offre intervient par ailleurs dans un contexte d'explosion du modèle d'affaires des applications mobiles, où la question d'un réseau ouvert trouve une application nouvelle. Des compagnies telles que Google ne sont pas sujettes à une réglementation traditionnelle en matière de télécommunications en raison de leur activité qui n'est pas assimilable à celle des fournisseurs d'accès. Il n'en reste pas moins vrai que leur domination du marché des téléphones intelligents conduit à s'interroger sur des pratiques d'exclusion des producteurs de contenus ou à l'inverse au renforcement des tarifs.

Il y a dès lors constitution d'un goulet d'étranglement concurrentiel²⁵⁰. Cette situation pose un véritable problème : le fait d'augmenter la concurrence n'a pas d'impact sur les prix. En effet, le nombre de concurrents importe peu, puisque les consommateurs sont incités à maintenir l'adhésion à l'offre à laquelle ils ont souscrit.

Nous retrouvons ici la présence des coûts de transactions dont on a exposé les conséquences en matière de fourniture d'accès à l'Internet. Les fournisseurs d'accès aux contenus disposent donc d'un pouvoir de marché sur les fournisseurs de contenus, puisqu'ils peuvent se targuer de leur audience loyale, et dans le même temps retenir ladite audience en utilisant leur effet de levier de façon perpétuelle.

Les propriétaires de certaines plateformes ont ainsi pu restreindre les fonctionnalités d'applications tierces ou encore refuser la publication de certaines d'entre elles pour des motifs discrétionnaires. Bien que ces sociétés invoquent une défense des performances du réseau pour leur défense, d'aucuns ont soulevé un abus, notamment au regard des modalités de redistribution des revenus émanant des concepteurs d'applications²⁵¹.

250. P. CROCIONI, *précit.*, p. 17

251. *Précit.*

De tels comportements portent à réfléchir sur l'évolution de la neutralité en dehors des seules infrastructures physiques. On peut en effet considérer que ces comportements commerciaux tendent à répliquer les monopoles d'infrastructures qui ont pu être reprochés aux fournisseurs d'accès à l'Internet. En fournissant une infrastructure unique, les tenants de ces plateformes et écosystèmes disposent d'un effet de levier pour déterminer les conditions de vente et d'échange des ressources électroniques en cause.

Or, la convergence progressive des informations et des portefeuilles de droit a pour conséquence un contrôle accru et centralisé sur les données et les dynamiques de consommation culturelle²⁵². Dans leur article de 1987²⁵³, les professeurs Malone, Yates et Benjamin du MIT envisagent avec une étonnante exactitude ce développement. Pour eux, les technologies numériques finiraient par entamer un mouvement audacieux de réorganisation.

En pratique, ils imaginent à l'époque un passage de l'état de *hiérarchie* (les infrastructures physiques) vers une explosion des *marchés* (les contenus). Or, cela est précisément l'état de l'économie de l'Internet tel que nous le décrivons dans la présente section.

Les perspectives de monétisation dans un contexte de monopole ou d'oligopole sont effectivement intéressantes. Une illustration que l'on peut citer à ce stade de la réflexion : le cas des enregistrements des noms de domaine. Ce processus soumis à autorisation au plan gouvernemental pour chaque État a sans conteste engendré la prospérité d'acteurs de certification du même calibre que Network Solutions (plus tard renommé VeriSign)²⁵⁴.

252.M. PEITZ et T. M. VALLETTI, *Reassessing Competition Concerns in Electronic Communications Markets*, Centre for European Economic Research Discussion Paper N° 14-101, 15 déc. 2014, p. 3

253.T. W. MALONE, J. YATES et R. I. BENJAMIN, *Electronic Markets and Electronic Hierarchies*, *Communications of the ACM*, vol. 30, n° 6, Juin 1987, p. 484 et s.

254.T. O'REILLY, *What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, O'Reilly Media, *Communications & Strategies*, n° 1, 2007, p. 27

Cela nous ramène donc à la question du contrôle et de la monétisation des données immatérielles qui se dégagent des services de contenus en ligne, notamment au regard des bénéfices qu'apportent les effets de réseau dans un environnement en ligne.

Cela est pertinent pour les marchés classiques de la production audiovisuelle, mais également du traitement et de la commercialisation des données personnelles, des secteurs nés au cours de la dernière décennie.

En effet, certaines compagnies investissent des sommes considérables pour la constitution et le maintien de leur bases de données, dont les facultés d'utilisation souffrent de peu de limites. Un examen des mentions de droit d'auteur présentes sur la plupart des services de cartographie en ligne semble par exemple laisser transparaître une constante : le service MapQuest, Yahoo! Maps ou encore Google Maps trouvent leur source dans les données satellitaires des sociétés NavTeq et Digital Globe. Les investissements de ces sociétés est estimé entre 500 et 750 millions de dollars américains pour l'établissement d'adresses et de direction routières²⁵⁵. En vue de garantir des retombées importantes pour financer cet investissement colossal, le contrôle de l'accès sous forme de licence est donc la voie toute trouvée, y compris lorsque lesdites données font l'objet de méthodes d'acquisitions répréhensibles²⁵⁶.

Dans un autre domaine, il est estimé lors de la rédaction de notre étude que Google représente sans conteste la plateforme par excellence pour la recherche web, ce service constituant à lui seul 40 % du trafic total sur l'Internet en 2016²⁵⁷. De même, les applications du géant

255.T. O'REILLY, *Précit.*

256.D. KRAVETS, An Intentional Mistake: The Anatomy of Google's Wi-Fi Sniffing Debacle, *Wired*, 5 févr. 2012, à consulter depuis :

< <https://www.wired.com/2012/05/google-wifi-fcc-investigation/> >

On se souvient de l'émoi qu'avait suscité la controverse impliquant Google dans une affaire de collecte non sollicitée des références de réseaux sans fils résidentiels - y compris les protections par mot de passe qui leur étaient associées.

257.« *Reweaving the Web - A Slew of Startups is Trying to Decentralise The Online World* », *The Economist*, 18-24 juin 2016

américain Facebook brillent par leur omniprésence sur les téléphones intelligents. Cette ubiquité fait peser les deux compagnies pour près des deux tiers des revenus de la publicité ciblée en ligne.

Mais la convergence dans le marché des données à caractère personnel ne constitue qu'un exemple de manifestation du processus. Un auteur évoque quant à lui l'émergence de nouveaux points de contrôle. Pour, cinq points font l'objet d'une appropriation par une poignée d'acteurs en situation d'oligopole : les téléphones intelligents, l'Internet sans fil, l'infonuagique, mais aussi les « données massives » (*big data*)²⁵⁸.

Ces marchés soumis à une convergence constituent autant de « points de contrôle ». En d'autres termes, contrairement aux débuts de l'Internet, les puissances souveraines et les entreprises sont à ce jour en mesure de déterminer comment influencer la conduite des internautes²⁵⁹.

Cette vision quelque peu orwellienne de l'Internet peut prêter à sourire. Cependant, on peut s'interroger sur le rôle que joue le web actuellement comme leader d'opinion. À titre d'exemple, une étude comportementale²⁶⁰ tend à montrer que l'influence sociale propagée par les réseaux sociaux pour les applications et les contenus informationnels engendre un coefficient multiplicateur de popularité.

D'après les auteurs des travaux mentionnés précédemment, la popularité des idées dans le monde physique n'est pas autant nourrie par des critères externes de validation comme le nombre de personnes qui réagissent à une idée ou à un contenu. Cet étalon de l'approbation

258.Y. BENKLER, *Degrees of Freedom, Dimensions of Power*, Daedalus, Hiver 2016, vol. 145, n° 1, p. 22 et s.

259.Y. BENKLER, *Précit*.

260. J.-P. ONNELA et F. REED-TSOCHAS, Spontaneous emergence of social influence in online systems, PNAS vol. 107 n° 43, 26 oct. 2010

de groupe se rencontre de façon typique dans les mentions « J'aime » ou le ratio d'abonnés portés par les services de réseautage en ligne.

Cette métamorphose des dynamiques de groupe, par la structuration du web, mais aussi son implication complexe dans les sphères économique et politique est un défi majeur pour le juriste. Comment prévenir ces regroupements d'actifs immatériels et intangibles entre les mains d'une minorité d'entités privées? Le temps de l'innovation technologique est-il en décalage manifeste avec celui de la réglementation étatique? Ces questions demeurent ouvertes à l'appréciation du lecteur.

On pourra en tout état de cause relever que l'évolution de l'Internet telle que nous l'avons décrite au cours de notre étude appelle à jeter un regard nouveau sur la place du droit dans l'encadrement de la neutralité d'Internet. On peut la rapprocher de l'école des sociotechnologies qui prône l'étude des technologies comme des ensembles aux colorations complexes²⁶¹.

Il peut en effet être constaté que des facteurs sociaux et réglementaires affectent, en s'enchevêtrant, le développement technologique. Les iterations rapides et parfois contradictoires de ces paramètres incitent le législateur à adopter une vision transversale et par essais et erreurs, s'écartant du déterminisme qui est le propre de la règle de droit.

261. W. E. BIJKER, A. HOMMELS et J. MESMAN, *Vulnerability in technological cultures: new directions in research and governance*, MIT Press, 2014, p. 217 ; M. R. SMITH et L. MARX, *Does Technology Drive History?: The Dilemma of Technological Determinism*, MIT Press, 1994 ; P. K. YU, *New Media at the Turn of the Century*, *Minnesota Journal of Law Science & Technology*, Vol. 8, 2007, p. 25 et s.

CONCLUSION

Nos développements ont été l'occasion de percevoir l'étendue des problématiques de la neutralité. Ces questions épineuses nécessitent une vision transversale dont le droit n'est qu'un outil de déploiement. Les impératifs techniques prescrivent en effet une certaine conduite pour les détenteurs du réseau physique.

Notre démonstration a suggéré qu'une neutralité conforme aux préoccupations libertaires d'un réseau décentralisé qui ont inspiré le web ne peut en pratique être maintenue dans des conditions optimales. Si la neutralité est un idéal intellectuel, on ne saurait la surestimer au motif de sa seule élégance sur le plan philosophique.

À contre-courant, les opérateurs ont au contraire cherché à exercer une mainmise sur le devenir des données. Cette ambition fait suite aux investissements majeurs qu'ils ont déversés dans le réseau, mais aussi en considération de l'efficacité du réseau.

Nous avons alors souligné la pertinence d'une limitation de ce contrôle. D'une part, l'instauration d'un cadre de référence strict et objectif permet aux consommateurs d'y voir plus clair. D'autre part, accroître la transparence des offres d'accès à l'Internet permet une consommation libre et éclairée des différentes offres d'accès.

Par ailleurs, une approche consumériste ne saurait être dépourvue d'une protection réglementaire en matière de concurrence. Les pratiques qui peuvent déjouer le développement d'une concurrence saine doivent nécessairement être encadrées pour permettre à chaque acteur d'exprimer son plein potentiel à travers des offres aux prix dépourvus d'ententes.

Le réseau Internet constitue avant tout un ensemble de technologies d'échange. Dans ces conditions, les fournisseurs d'accès font l'objet d'une position d'expertise technique. Ils sont dès lors en mesure de gérer le réseau au mieux de leur capacité et en fonction de la demande. Or, cette demande peut mettre à mal la qualité de service dans un réseau théoriquement neutre. Dans une optique d'intérêt général, nous avons montré l'intérêt de maintenir des politiques de gestion du réseau.

La structuration du secteur des communications Internet, qui nécessite des investissements de départ important se rapproche des situations que l'on peut observer dans d'autres marchés ; c'est le cas, à titre d'exemple, pour le gaz, l'électricité, mais également la télévision. Dans ces circonstances, il a été souligné que la mise en équilibre les impératifs de rentabilisation des coûts et risques avec un accès ouvert est ce qui constitue le centre névralgique de la neutralité d'Internet. La question du devenir des contenus et données émises par les internautes doit alors trouver sa place dans le contexte de monopole naturel d'infrastructures.

Or, un certain nombre de regroupements verticaux prennent en charge l'intégralité d'un produit audiovisuel, de sa production à sa distribution. Cela implique parfois une situation dans laquelle les consommateurs peinent à établir ce qui différencie une offre de celle d'un tiers.

Par conséquent, les clients peuvent craindre de ressentir les effets négatifs d'une discrimination tarifaire. La hiérarchisation de l'accès proposé par les fournisseurs d'accès à Internet est un autre domaine central aux préoccupations de neutralité. À ce titre, le principe de neutralité des réseaux vise à permettre une protection des usagers du web contre de tels abus.

Le droit américain a érigé le principe de transparence comme une solution envisageable. L'encadrer les conditions du contrôle des données mises en ligne pour éviter toute dérive contre la liberté d'expression et les droits fondamentaux adjacents.

Nous avons d'autre part souligné l'existence de différences pour ce qui touche à l'initiative réglementaire en Europe, au Canada et aux États-Unis. Néanmoins, cette problématique des droits de la personne ne peut être évitée lorsque l'on s'en réfère à la neutralité de l'Internet.

Par ailleurs, la question des discriminations entre acteurs sur le marché de la fourniture d'accès se devait d'être abordée dans notre étude.

Si l'Internet a consacré le virage d'une économie de la rareté vers une économie d'abondance, il a aussi transformé à jamais la commercialisation de la culture de masse. Nous assistons en effet à l'éclosion d'une économie d'écosystèmes fondée sur une logique interproduits et sur l'exclusivité culturelle. Cette convergence vers un réseau intégré qui n'est pas sans poser de nouvelles problématiques juridiques, lesquelles sont venues compléter nos développements en matière d'approche consumériste.

Tous les agents économiques ne sont en effet pas logés à la même enseigne sur le marché d'Internet. Comme nous l'avons argué, les firmes dominantes sont amenées à profiter de l'effet de levier inhérent à leur position.

En somme, parce qu'ils conduisent à des limitations pour les internautes, les regroupements battent en brèche le principe de neutralité du réseau. Nous avons repris deux solutions proposées par la littérature de droit économique : la restriction des concentrations verticales ainsi que le partage forcé d'infrastructures qui peuvent être considérées comme essentielles.

Enfin, nous avons constaté les incidences d'une nouvelle étape dans le déploiement de l'Internet. Le regroupement de contenus au sein de plateformes qui sont de véritables écosystèmes économiques constitue cette étape majeure. Celui-ci ne se fonde plus seulement sur des infrastructures matérielles à proprement parler, mais davantage vers un contenu unique et rentable. Naturellement, lorsque les utilisateurs souscrivent à un accès à Internet, il est

souhaitable pour eux de faire usage de cet accès, comme nous l'avons argumenté précédemment.

Les contenus de propriété intellectuelle deviennent depuis quelques années une nouvelle arme qui permet à des acteurs de s'accaparer le marché des produits numériques. Ils utilisent par la même occasion des restrictions pour servir leur cause, parfois en dépit des intérêts du public. En effet, l'information ne circule pas dans le vide, mais dans un espace juridique, social et politique dont chaque dimension va venir colorer les échanges de données. Un des défis qui suscite notre intérêt à moyen terme porte sur la redistribution des cartes en matière de propriété du contenu en ligne. Avec l'accroissement de l'influence des plateformes de médias et d'information comme Facebook ou Google, quelle place accorder aux algorithmes dans le filtrage et la distribution des contenus tels que la musique ou les nouvelles? Comment articuler ce phénomène avec une gouvernance globale de l'Internet qui adresse des préoccupations d'équité et d'éthique dans la transmission de l'information? ■

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

C. ANDERSON, *Free: the Future of a Radical Price*, Hyperion, 1^e éd., 2009

ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux : propositions et orientation*, Actes de l'ARCEP, septembre 2010

P. AREEDA et H. HOVENKAMP, *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* 3e éd. Vol. VIII. Aspen Publishers, 2010

P.-Y. BADILLO et D. ROUX, «Économie des télécommunications, marchés, acteurs et réglementation», dans *Les 100 mots des télécommunications*, PUF, 2009

N. CURRIEN et W. MAXWEL, *La neutralité d'Internet*, La Découverte, 2011

S. GREENSTEIN, *Economic Experiments and Neutrality in Internet Access*, Northwestern University

P. LAROUCHE et P. CSERNE, *National Systems and Globalization*, Springer, 2013

M. LENARD et D. SCHEFFMAN, «Distribution, Vertical Integration and The Net Neutrality Debate», dans Th. Lenard et R. May, *Net Neutrality Or Net Neutering: Should Broadband Internet Services Be Regulated?*, Springer, 2006

L. LESSIG, *The Future of Ideas: the Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, 2001

T. RAA, *Monopoly, Pareto and Ramsey Mark-Ups*, Journal of Industry, Competition and Trade n° 9, Springer, 2009

S. MÉRITET, « Les transitions réglementaires dans les industries énergétiques », dans *Les services publics*, Les cahiers français n° 339, La Documentation française, juillet 2007

OECD, *Competition Issues in Television and Broadcasting*, OECD Digital Economy Papers, 2013

OECD, *The Development and Diffusion of Digital Content*, OECD Digital Economy Papers, 2012

B. OWEN et G. ROSSTON, «Local Broadband Access; *Primum Non Nocere or Primum Pro-cessi?* A Property Rights Approach», dans Th. Lenard et R. May, *Net Neutrality Or Net Neutering: Should Broadband Internet Services Be Regulated?*, Springer, 2006

L. POTVIN-SOLIS et H. UEDA, *Économie de marché, droits et libertés et valeurs communes en Europe et en Asie*, Ed. de la Chaire Jean Monnet Université de Lorraine, 2012

A. RENDA, *Neutrality and Diversity in the Internet Ecosystem*, Centre for European Policy Studies, 19 août 2010

A. THIERER, «Are “Dumb Pipe” Mandates Smart Public Policy? Vertical Integration, Net Neutrality, and the Network Layers Model», dans Th. Lenard et R. May, *Net Neutrality Or Net Neutering: Should Broadband Internet Services Be Regulated?*, Springer, 2006

T. WU, *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*, Random House, 2011

Ch. YOO, “Network Neutrality and Competition Policy: a Complex Relationship” dans T. LENARD et R. MAY, *Net Neutrality or Net Neutering : Should Broadband Internet Services be Regulated*, Springer, 2006

Périodiques

A. ADEYINKA, *Avoiding 'Dog in the Manger' Regulations - A Nuanced Approach to Net Neutrality in Canada*, Ottawa Law Review, Vol. 40, n° 1, 2008

J. BOYLE, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Harvard University Press, 1996

D. CARLTON, *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 8105, 2001

F. CHANG, *Financial Market Bottlenecks and the “Openness” Mandate*, 23 Geo. Mason L. Rev., 2015

F. CHIRICO, I. VAN DER HAAR et P. LAROUCHE, *Network Neutrality in the EU*, Tilburg Law and Economics Centre, 2007

J. CRÉMER, P. REY et J. TIROLE, *Connectivity in the Commercial Internet*, The Journal of Industrial Economics, 2000, vol. 48, n° 4

- G. DEZOBRY, *L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés*, Revue française d'administration publique, 2012/3, n° 143
- S. P. CRAWFORD, *Network Rules*, Law and Contemporary Problems, Vol. 70, n° 2, Cultural Environmentalism, 2007
- P. CROCIANI, *Net Neutrality in Europe: Desperately seeking a market failure*, Telecommunications Policy 35 (2011) 1–11
- N. ECONOMIDES et J. TÅG, *Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis*, Information Economics and Policy 24, 2012
- D. EVANS, *Attention Rivalry Among Online Platforms*, University of Chicago Law School, 2013
- G. ECKERT, *L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique*, Revue française d'administration publique, École nationale d'administration, 2012, vol 3, n° 143
- R. FRIEDEN, *Assessing the Merits of Network Neutrality Obligations at Low, Medium and High Network Layers*, Pennsylvania State University - College of Communications, 2010, p. 17, à consulter depuis : < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1649030 >
- R. FRENCH, *Net Neutrality 101*, University of Ottawa Law & Technology Journal, vol. 4, n°s 1 et 2, 2007
- H. FURCHTGOTT-ROTH, *In Search for a Captive Audience. Susan Crawford's Captive Audience*, Federal Communications Law Journal, vol. 65 n° 3, 2013
- M. GAL, *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?*, Antitrust Bulletin, Vol. 49, 2004
- A. R. GALLOWAY, *Global Networks and the Effects on Culture*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 597, Cultural Production in a Digital Age (Jan., 2005)
- R. HAHN, R. LITAN et H. SINGER, *Addressing the Next Wave of Internet Regulation: Toward a Workable Principle for Nondiscrimination*, Regulation & Governance, 2010
- R. HAHN et S. WALLSTEN, *The Economics of Net Neutrality*, Berkeley Electronic Press, juin 2006

- D. HASS, *The Never-Was-Neutral Net and Why Informed End Users Can End the Net Neutrality Debates*, 22 Berkeley Tech. L. J. 1563, 2007
- T. HAZLETT et J. WRIGHT, *The Law and Economics of Network Neutrality*, George Mason Law & Economics Research Paper No. 11-36, 2011
- C. HOGENDORN, *Broadband Internet: net neutrality versus open access*, International Economics and Economic Policy, vol. 4, n° 2, 2007, p. 189
- P. JOSKOW et R. NOLL, *The Bell Doctrine: Applications in Telecommunications, Electricity and Other Network Industries*, Stanford Law Review, Vol. 51, n° 5, 1999
- M. KATZ et C. SHAPIRO, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, American Economic Review, 1985, n° 75
- R. S. LEE et T. WU, *Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing and Net Neutrality*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 23 n° 3, 2009
- S. LIEBOWITZ, *A Critique of Copyright Criticism*, George Mason Law Review, 3 déc. 2014
- R. LITAN et H. SINGER, *Unintended Consequences of Net Neutrality Regulation*, Journal on Telecommunications & High Technology Law, 2007
- Ch. MARDSEN, *Net Neutrality and Consumer Access to Content*, SCRIPT-ed, Vol. 4, n° 4, sept. 2007
- M. MATE, *Net Neutrality in the European Union: Is the Internet in Danger*, 151 Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata 115, 2013
- Th. PÉNARD, «*Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés internet?*», Revue internationale de droit économique 1/2006 (t. XX, 1)
- R. POSNER, *Natural Monopoly and its Regulation*, Stanford Law Review, Vol. 21, n° 3, 2014
- J. SIDAK et D. TEECE, *Innovation Spillovers and the "Dirt Road" Fallacy: The Intellectual Bankruptcy of Banning Optional Transactions for Enhanced Delivery Over the Internet*, Journal of Competition Law & Economics, 2010
- M. SILVERSTEIN, *VoIP and Pay-to-Play: Boadband's Attempt to Push Away Direct Competition*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 155, 2007

- D. SITHIGH, *Regulating the Medium: Reactions to Network Neutrality in the European Union and Canada*, Journal of Internet Law, vol. 14, n° 8, 2011
- D. SPULBER et C. YOO, *Access to Networks: Economic and Constitutional Connections*, 88 Cornell Law Review, n° 885, 2003
- A. THIERER, *The Perils of Classifying Social Media Platforms as Public Utilities*, Comm-Law Conspectus - Journal of Communications Law and Policy, Vol. 21, n° 2, 2013
- H. TRAVIS, *Of Blogs, eBooks, and Broadband: Access to Digital Media as a First Amendment Right*, 35 Hofstra Law Review, 1519 (2007)
- N. TRAINAR, *BEREC's Approach to Net Neutrality*, Communications & Strategies, 84, 4th Q. 2011
- P. TRUDEL, D. POULAIN, F. ABRAN et al., « La loi en ligne : La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », 2001
- B. VAN SCHEWICK, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, Stanford Public Law Working Paper, 20 sept. 2010
- A. WATAL, *A Co-Regulatory Approach to Reasonable Network Management*, Journal of Information Policy, n° 1 2011
- T. WU, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, 2003
- Ch. YOO, *What Can Antitrust Contribute to the Network Neutrality Debate?*, International Journal of Communication, Vol. 1, 2007
- J. ZITTRAIN, *Net neutrality and diplomacy*, Yale Law & Policy Review Inter Alia, 2010

Resources en ligne

- N. ANDERSON, *FCC Proposes Network Neutrality Rules (and Big Exemptions)*, Ars Technica, 22 oct. 2009, accessible depuis:
 < <http://arstechnica.com/tech-policy/2009/10/fcc-proposes-network-neutrality-rules-and-big-exemptions/> >
- AT&T, *Comments to Federal Communications Commission*, 15 juin 2007 accessible depuis:
 < <http://apps.fcc.gov/ecfs/document/view?id=6519529324> >

C. BARBIÈRE, *Bruxelles s'interroge sur les projets d'Apple dans la musique*, EurActiv.fr, à consulter depuis : < <http://www.euractiv.fr/sections/concurrence/bruxelles-sinterroge-sur-les-projets-dapple-dans-la-musique-313534> >

Body of European Regulators for Economic Communications (BEREC), *A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe*, 2012, à consulter depuis:
< http://berec.europa.eu/files/document_register/2012/7/BoR12_30_tm-snapshot.pdf >

F. BOUSSION, *Modèles économiques pour fournisseurs de contenus*, INRIA, 2011, à consulter depuis :
< ftp://131.254.254.45/local/caps/DEPOTS/BIBLIO2011/Boussion_Francois.pdf >

M. CAVE et autres, *Statement by European Academics on the Inappropriateness of Imposing Increased Internet Regulation in the EU*, 2009 disponible depuis:
< <http://ssrn.com/abstract=1329926> >

Comité des régions, 105e session plénière des 30 et 31 janvier 2014, Avis relatif au Marché unique européen des communications électroniques, à consulter depuis :
< <http://pes.cor.europa.eu/Documents/audiovisual/cor-Zimmermann-fr.pdf> >

Commission européenne, *Communication de la Commission sur "L'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe"*, accessible depuis :
< <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0222:FIN:FR:HTML> >

Commission européenne, communiqué de presse n° 15/4785, 15 avril 2015, disponible depuis :
< http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-4785_en.htm >

Commission de l'Union européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, à consulter depuis :
< [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224(01)) >

Directorate-General for Internal Policies, *Network Neutrality: Challenges and Responses In the EU and In the US*, 2014, p. 47 et s., accessible depuis:
< [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU\(2014\)518751_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU(2014)518751_EN.pdf) >

Federal Communications Commission Broadband Task Force, *Commission Open Meeting Presentation On the Status of the Commission's Processes of Development of a National Broadband Plan*, 29 Sept. 2009, p. 45, à consulter depuis:

< https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-293742A1.pdf >

Federal Communications Commission, *Policy Statement*, 5 août 2005, accessible depuis:

< <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs-public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf> >

Federal Communications Commission, *Preserving the Open Internet. Report and Order*, FCC 10-201, paragr. 73 accessible depuis :

< http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf >

Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 19 août 2010, p. 27-28, accessible depuis :

< <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> >

H. FELD, *Sorry AT&T, Title II Would Not Require The FCC To Allow Paid Prioritization*, Wetmachine, 8 octobre 2010, consultable depuis:

< <http://www.wetmachine.com/uncategorized/sorry-att-title-ii-would-not-require-the-fcc-to-allow-paid-prioritization/> >

M. GEIST, *ISP Must Come Clean on « Traffic Shaping»*, 27 avr. 2007, accessible depuis:

<http://www.thestar.com/business/2007/04/16/isp_must_come_clean_on_traffic_shaping.html>

M. GREBB, *Neutral Net? Who Are You Kidding?*, Wired, 31 mai, 2006, accessible depuis: < <http://archive.wired.com/techbiz/it/news/2006/05/71012> >

R. GRÖTKER, *The Citizen's Internet: The Many Threats to Neutrality*, 2015, p. 28, consultable depuis:

< <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2594753> >

Internet Usage Statistics - The Internet Big Picture: World Internet Users and Population Stats, accessible depuis :

< <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> >

H. GUO, S. BANDYOPADHYAY, A. LIM, Y.-C. YANG et K. CHENG, *Effects of Competition Among Internet Service Providers and Content Providers on the Net Neutrality Debate*,

2015, p. 3, disponible depuis:

< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529693 >

S. HENG, *Net Neutrality. Innovation and Differentiation are Not Polar Opposites*, in Deutsche Bank Research, 17 nov. 2011, disponible depuis:

< http://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD0000000000280933/

Net+neutrality%3A+Innovation+and+differentiation+are+not+polar+opposites.PDF >

H. HULTQUIST, *Harold Feld is Right (About Some Things)*, Blog AT&T Public Policy, 13 octobre 2010, disponible depuis:

< <http://www.attpublicpolicy.com/government-policy/harold-feld-is-right-about-some-things/> >

L. DE LA NAUDIÈRE, *La neutralité d'Internet dans différents pays européens : état des débats et enseignements à en tirer*, Rapport pour l'Assemblée nationale, 2012, accessible depuis: < http://www.economie.gouv.fr/files/Rapport_de_mission_neutralite_internet.pdf >

M. LASAR, *Vuze Calls for FCC Probe of Cox Cable Traffic Management*, 3 févr. 2009, accessible depuis:

< <http://arstechnica.com/tech-policy/2009/02/vuze-calls-for-fcc-probe-of-cox-cable-traffic-management/> >

W. LEHR, S. GILLET, M. SIRBU et J. PEHA, *Scenarios for the Network Neutrality Arms Race*, 2006, accessible depuis:

< <http://ssrn.com/abstract=2104379> >

C. MCTHAGGART, *Net Neutrality and Canada's Telecommunications Act*, Law Society of Upper Canada, 2008, accessible depuis: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127203 >

F. MOLINARO, *La presse de Belgique de retour dans le service Google Actualités*, 2007, accessible depuis :

< <http://www.les-infostrateges.com/actu/0705111/la-presse-de-belgique-de-retour-dans-le-service-google-actualites> >

La Quadrature du Net, *Protecting Net Neutrality in Europe*, 11 nov. 2009 disponible depuis :

< http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-DOSSIER_Protecting_Net_Neutrality_in_Europe.pdf >

T. RAYNA, *Les biens numériques comme biens publics durables*, Thèse pour l'Université Aix-Marseille III, 2007

V. REDING, (2006) «The Disruptive Force of Web 2.0: how the new generation will define the future» SPEECH/06/773 disponible depuis :
<<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/773&format=PDF&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>

Union européenne, *Télécommunications : la Commission veut diviser la régulation par deux et la recentrer sur la concurrence dans le domaine du haut débit*, Communiqué de presse du 17 nov. 2007, accessible depuis :
< http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1678_fr.htm >

B. VAN SCHEWICK, *The FCC Changed Course on Network Neutrality. Here is Why You Should Care*, Stanford Cyberlaw, 25 avril 2014, à consulter depuis:
< <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2014/04/fcc-changed-course-network-neutrality-here-why-you-should-care> >

Jurisprudences et décisions juridictionnelles

Union européenne

Commission européenne, Décision de la Commission du 24 mars 2004, C(2004)900

CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-280/08P, *Deutsche Telekom AG c. Commission*

Comisión Nacional de la Competencia, *SES Astra Iberica S.A. / Abertis telecom S.A.U.*, 8 févr. 2012

TGI Paris, référé, 22 mai 2000, *UEJF et Licra c. Yahoo! Inc. et Yahoo France*

Microsoft Corp c. Commission des Communautés européennes (2007), T-201/04

Canada

Avis public de télécom CRTC 2008-19, Transcriptions 6 juill. 2009, vol. 5, 6 et 7, accessible depuis :
< <http://www.crtc.gc.ca/fra/transcripts/2009/index.htm> >

Avis public de télécom CRTC 2008-19, transcriptions 6 juill. 2009, vol. 5, 6 et 7, accessible depuis : < <http://www.crtc.gc.ca/fra/transcripts/2009/index.htm> >

Décision Télécom CRTC 84-18, conclusions du Conseil, disponible à :

< <http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/1984/dt84-18.htm> >

Décision Télécom CRTC 94-4, accessible depuis :

< <http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/1994/dt94-4.htm> >

Décision de télécom CRTC 2006-61, 21 sept 2006, accessible depuis : <http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2006/dt2006-61.htm> > Décision de télécom CRTC 2008-39, *Association canadienne des fournisseurs Internet (ACFI) c. Bell Canada*, 3 avr. 2008

R. c. Oakes [1986] 1 R.C.S. 103

États-Unis

Bus. Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp., 485 U.S. 717, 724, 726 (1988)

Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 58-59 (1997)

Free Press v. Comcast, FCC-08-183A1, 1^{er} aout 2008

Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 75 U.S.L.W. 4643

MCI Communications Corp. v. AT&T. (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983))

National Cable & Telecommunications Association et al. v. Brand X Internet Services et al., 545 U.S. 967 (2005)

Talley v. California, 362 U.S. 60 (1960); *Intyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995)

United States v. American Can Co., 230 F. 859, 901-902 (D. Md. 1916), appel rejeté, 256 U.S. 706 (1921)

Western Union Tel. Co. v. Call Publishing Co. 181 U.S. 92 (1901)