

La pertinence du droit de la concurrence quant à la protection de la neutralité de l'internet

Auteur : Gillard, Guillaume

Promoteur(s) : Petit, Nicolas

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2016-2017

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/2906>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La pertinence du droit de la concurrence quant à la protection de la neutralité de l'internet

Guillaume GILLARD

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2016-2017

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Nicolas PETIT

Professeur

RESUME

La neutralité de l'internet est un concept protéiforme, tant il renferme de nombreux principes. Ce concept a pour finalité que toutes les communications électroniques transitant par un réseau soient traitées de manière égale, indépendamment de leur contenu, de leur application, du service, de l'équipement, de l'adresse de l'expéditeur et de l'adresse du destinataire. Ces deux derniers points signifient que le traitement doit être indépendant de l'utilisateur final, ainsi que du contenu et du fournisseur de services en ligne.

Ce travail passe aussi en revue les origines du concept de neutralité de l'internet et en donne les définitions technique et juridique avant de le définir plus précisément. Il expose également les points de vue des partisans et des détracteurs de la neutralité de l'internet.

Ensuite, il esquisse un bref aperçu du contexte de la neutralité de l'internet aux Etats-Unis et décrit le cadre réglementaire mis en place par l'Union Européenne. Il en donne, par ailleurs, une interprétation au regard du droit de la concurrence.

Enfin, il contient un exposé de la manière dont le droit de la concurrence peut appréhender le concept de neutralité de l'internet.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	10
1. Le concept de NI.....	11
1.1. L'origine du concept de NI.....	11
A. La NI au sens technique.....	11
B. La NI au sens juridique.....	12
1.2. Quelques définitions plus précises du concept de NI.....	13
A. Le principe d'interdiction de blocage.....	13
B. Le principe d'interdiction de discrimination en faveur des contenus intégrés verticalement.....	13
2. Aperçu des arguments tant en faveur qu'en défaveur de la réglementation de la NI.....	14
2.1. L'émergence des débats quant à la NI.....	14
2.2. Les arguments en faveur de la réglementation de la NI.....	14
A. Les craintes quant au blocage et à la dégradation de contenus et d'applications non-favorisés.....	15
B. Les craintes quant aux effets sur l'innovation aux « extrémités » (« edges ») du réseau.....	15
C. Les craintes quant au déclin de la liberté d'expression et du pluralisme sur internet.....	16
2.3. Les arguments en défaveur de la réglementation de la NI.....	17
A. La nécessité de la priorisation, du blocage et de l'administration du réseau.....	18
B. La dérégulation n'empêche pas l'innovation aux « extrémités » du réseau.....	18
C. Le manque de preuves à l'appui de l'existence d'un impact négatif justifiant une réglementation de la NI.....	20

3. La NI à l'aune de la législation américaine.....	20
3.1. L' <i>Open Internet Order</i> de 2015.....	20
3.2. La protection de la liberté d'expression sur internet.....	21
par le droit de la concurrence américain	
3.3. La prise en compte des pratiques discriminatoires par le droit de la concurrence américain.....	22
A. Une approche par le biais du refus de fournir et de la jurisprudence <i>Trinko</i>	22
B. Une violation de la NI s'apparentant à un refus de fournir : la discrimination envers un fournisseur de services VoIP.....	23
4. La NI au sein du droit dérivé de l'UE.....	25
4.1. Considérations générales.....	25
4.2. L'exposé du cadre réglementaire mis en place par l'UE.....	26
A. Dispositions générales : le champ d'application.....	26
B. La distinction entre la transmission et le contenu.....	27
C. Les objectifs des ARNs.....	27
D. Les obligations imposées à des opérateurs disposant d'une Puissance de Marché Significative (PMS) : la procédure de l'article 7.....	28
1) La définition du marché pertinent.....	28
2) L'examen du marché et l'imposition de mesures correctives.....	29
E. La procédure de consultation de l'Union européenne.....	30
4.3. Les dispositions du Règlement 2015/2120 du 25 novembre 2015.....	31
4.4. Les lignes directrices de l'ORECE.....	32
4.5. L'interprétation du Règlement 2015/2120 à la lumière du droit de la concurrence...	33
5. La NI au sein du droit primaire de l'UE : le droit de la concurrence de l'UE.....	34
5.1. La protection du pluralisme sur internet par le droit de la concurrence de l'UE.....	34
A. Le pluralisme comme objectif de politique publique.....	34
B. La diversité comme perspective du bien-être du consommateur.....	35

5.2. Les pratiques discriminatoires en droit de la concurrence de l'UE.....	36
A. La jurisprudence <i>Post Danmark</i>	36
B. La violation de la NI par une pratique discriminatoire abusive : l'offre de qualité supérieure (<i>access-tiering</i>).....	37
5.3. La protection du bien-être du consommateur et la prise en compte de l'innovation par le droit de la concurrence de l'UE.....	37
A. Le refus de fournir et l'affaire Microsoft I comme point de départ.....	37
B. Une violation de la NI s'apparentant à un refus de fournir : le blocage.....	38
Conclusion.....	41
Bibliographie.....	43

LISTE D'ABRÉVIATIONS

ARN	Autorités Réglementaires Nationales
FAI	Fournisseur d'Accès à l'Internet
FCC	<i>Federal Communications Commission</i>
FS	Fournisseur de Services
FSL	Fournisseur de Services en Ligne
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
ORECE	Office de l'Organe des Régulateurs Européens des Communications Electroniques
RCE	Réseau de Communications Electroniques
SCE	Service de Communications Electroniques
SSNIP	<i>Small but Significant Non-transitory Increase in Prices</i>
TCP/IP	<i>Transmission Control Protocol/Internet Protocol</i>
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
VoIP	<i>Voice over Internet Protocol</i>

INTRODUCTION

La transmission de données par voie électronique est un élément essentiel de la société de l'information. C'est en effet un outil très important pour l'économie et pour les consommateurs. L'amélioration de leur qualité et l'augmentation de l'utilisation des services sont évidemment très importantes pour le développement économique. Par ailleurs, la promotion de l'innovation est également au centre de bien des préoccupations.

Cependant, l'existence de services performants n'est pas suffisante pour garantir les intérêts des fournisseurs de services, des entreprises et des consommateurs. En effet, il faut que ces services puissent être utilisés dans de bonnes conditions. Le concept de neutralité de l'internet (NI) se situe au sein de ce contexte.

La NI vise à garantir l'égalité de traitement de tous les flux d'informations. Elle vise à empêcher les opérateurs de télécommunication de bloquer ou dégrader certains flux de communication pour éviter que les opérateurs de télécommunication ne favorisent les utilisateurs de leurs sites et services ou ne bloquent ou ralentissent intentionnellement certains sites ou services.

Les Etats-Unis ont été les premiers confrontés à la question de la NI. En effet, la concurrence entre les fournisseurs d'accès à internet (FAI) y est plus limitée. En 2015, l'autorité de régulation américaine, la *Federal Communications Commission* (FCC) a adopté l'*Open Internet Order*. Celui-ci constitue le socle de la réglementation dont le but est de maintenir l'accès à un internet ouvert au pays de l'Oncle Sam.

En 2015, l'Union Européenne (UE) a adopté le Règlement « Continent connecté » qui a aussi pour finalité de maintenir l'accès à un internet ouvert. Il s'inscrit dans le cadre réglementaire mis en place par la directive 2002/21/CE dite « directive-cadre »

Dans ce travail, nous passerons en revue les origines du concept de NI et nous en donnerons les définitions technique et juridique avant de le définir plus précisément. Nous exposerons également les points de vue des partisans et des détracteurs de la NI.

Ensuite, nous esquisserons un bref aperçu du contexte de la neutralité de l'internet aux Etats-Unis.

Enfin, nous décrirons le cadre réglementaire dans l'Union Européenne et nous tenterons d'en donner une interprétation au regard du droit de la concurrence, avant de dessiner un aperçu de la manière dont celui-ci peut appréhender le concept de NI.

1. LE CONCEPT DE NI

1.1. L'ORIGINE DU CONCEPT DE NI

A. LA NI AU SENS TECHNIQUE

Le fonctionnement du réseau internet est basé sur le principe « *end-to-end* » ou « bout en bout », et c'est pour cette raison qu'il est qualifié de neutre. Ainsi, les données circulent sur le réseau sans altération, sans tri et sans égard à leur contenu.¹ Ces informations sont transmises selon la règle du *best effort*, qualifiable d'obligation de moyen² : chaque maillon du réseau fait de son mieux pour transporter les données, sans se soucier de leur contenu ou de leur destination. L'appellation « couche réseau » désigne cette particularité de l'internet, où chaque connexion peut donc communiquer librement avec toutes les autres. La « couche usages » (parfois appelée couche application)³ utilise la « couche réseau » sans que celle-ci lui impose des contraintes.⁴ Il est primordial d'insister sur le fait que c'est la couche réseau qui est neutre et non la couche usages⁵ : la couche réseau permet de faire circuler les données alors que la couche usages connaît des évolutions constantes et est gouvernée par le libre-arbitre des utilisateurs de l'internet. Toute forme d'intelligence, mise à part celle indispensable à la transmission des informations, est absente de l'intérieur du réseau et se trouve uniquement à ses extrémités. Cette intelligence, en marge du réseau, est à la fois liée à la conception des programmes qui y transportent des données mais aussi à l'attitude de ceux qui les utilisent. En résumé, « *la neutralité d'un réseau renvoie à l'idée que d'un point de vue technique, toutes les données sont transportées et traitées de la même manière, de leur point d'origine jusqu'à leur destination finale* ». Cette constatation émane d'une *Request for Comments*, le mode d'élaboration des normes techniques qui régissent l'internet.⁶ La conception du réseau pointe la connectivité comme objectif central et comme dénominateur commun de chacun des protocoles qui ont été créés grâce à cette méthode.⁷ En effet, les protocoles de base, TCP/IP, ont la faculté de s'adapter

¹ V. Schafer et H. Le Crosnier, *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010, pp. 12-13.

² *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juillet 2010, n° 2.3.1, p. 16.

³ Cette couche est composée du courriel, du web, des échanges de pair à pair, de la messagerie instantanée, etc.

⁴ L'agencement de l'internet en « couche réseau » et « couche usages » est fondé sur son élaboration formalisée par la RFC n° 1122.

⁵ Le terme « usage » doit ici être compris comme l'utilisation d'une chose au sens de l'article 1728 du Code civil français, cette chose étant l'internet en l'espèce. Il s'agit d'une acceptation large et commune du terme, dans le contexte spécifique de l'internet. Il n'existe pas d'équivocité comme c'est le cas dans le domaine du droit. Ainsi, l'*usage* est défini en cinq points et en cinq usages qualifiés dans le *Vocabulaire Juridique Cornu* (2007, 8^e éd., PUF).

⁶ La RFC n° 1958 (publiée en juin 1996 et dédiée à la description des principes gouvernant l'architecture de l'internet) a déclaré : « *the community believes that the goal is connectivity, the tool is the Internet Protocol, and the intelligence is end to end rather than hidden in the network* » (traduction libre : « *la communauté estime que l'objectif est la connectivité, l'outil est le Protocole Internet, et l'intelligence est aux extrémités du réseau plutôt que cachée dans le réseau* »).

⁷ RFC n° 1958 : ce n'était qu'une « tradition » à l'origine mais une tradition dont l'objectif principal est la connectivité.

à tout moyen de transmission, qu'il soit filaire, radio ou terrestre. Le concept de NI dépeint le mode de fonctionnement de cet environnement.⁸

B. LA NI AU SENS JURIDIQUE

Le concept de neutralité juridique provient du domaine technique et est né en 2003 de la plume de Tim Wu, professeur de droit à l'Université de Virginie.⁹ Il définit la NI de la façon suivante : « *La NI est mieux définie comme un principe de conception du réseau. L'idée est qu'un réseau public d'informations le plus utile possible aspire à traiter tous les contenus, sites et plateformes de manière égale. Cela permet au réseau de distribuer toute forme d'information et de supporter tous types d'application.* »¹⁰ Le droit n'est intervenu qu'une fois que la pérennité de la neutralité technique s'est trouvée menacée. La première menace pour la pérennité de la NI réside dans l'asymétrie grandissante des échanges.¹¹ Les FAI considèrent que leurs abonnés et les diffuseurs de contenus en ligne devraient apporter une contribution financière afin que la transmission de données s'effectue de manière optimale. Ainsi, Edward Whitacre, l'ancien directeur général d'AT&T, avait déclaré à ce propos : « *ils souhaiteraient à présent utiliser mon réseau gratuitement, mais je ne les laisserai pas faire parce que nous avons investi du capital et nous devons en tirer des bénéfices. Alors il va y avoir un mécanisme pour ces gens qui se servent de ce réseau afin qu'ils paient pour la part qu'ils utilisent.* »¹² Une interférence entre la couche réseau et la couche usages apparaîtrait alors et la NI s'en retrouverait compromise, vu que les données seraient traitées de manière différente en fonction de leur origine. Quant aux services gérés, qui sont des services autres que l'accès à l'internet, comme la téléphonie, la télévision sur IP ou encore la fourniture d'un accès à un réseau privé virtuel, ils entraînent un système d'administration du trafic différent du *best effort*, malgré que ces services utilisent la bande passante du réseau internet.¹³ D'aucuns craignent donc que ces services gérés absorbent l'internet neutre.¹⁴ Dans le même temps, le développement de l'internet par données cellulaires progresse également et devient une menace supplémentaire pour le futur de la NI, étant donné que le nombre de fréquences constituant le spectre radiofréquence est limité.¹⁵

Dans le chapitre suivant, nous énumérerons, sans aucune prétention d'exhaustivité, quelques définitions du concept de NI.

⁸ A. Tourette, Responsabilité civile et neutralité de l'internet. Essai de conciliation. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2015, pp. 9-11, disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-01424230/document>.

⁹ T. Wu, « *Network Neutrality, Broadband Discrimination* », Journal of Telecommunications and High Technology Law, vol. 2, 2003, p. 141.

¹⁰ http://timwu.org/network_neutrality.html ("Network neutrality is best defined as a network design principle. The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and platforms equally. This allows the network to carry every form of information and support every kind of application.").

¹¹ N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, pp. 51-52.

¹² L'ancien directeur général d'AT&T, Edward Whitacre a déclaré à SBC : « It is all about 'scale and scope' », Business Week Online Extra (7 novembre 2005) ; Traduction libre de "Now what they would like to do is use my pipes free, but I ain't going to let them do that because we have spent this capital and we have to have a return on it. So there's going to have to be some mechanism for these people who use these pipes to pay for the portion they're using."

¹³ N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, pp. 56-58.

¹⁴ Voy. Secrétariat d'État à la Prospective et au Développement de l'économie numérique, *Consultation publique sur la « neutralité du net »*. Synthèse des réponses, 2010, p. 19.

¹⁵ N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, pp. 61-64 ; A. Tourette, *op. cit.*, pp. 11-12.

1.2. QUELQUES DÉFINITIONS PLUS PRÉCISES DU CONCEPT DE NI

A. LE PRINCIPE D'INTERDICTION DE BLOCAGE

Un FAI doit offrir à tous ses clients un accès à l'ensemble des sites légaux présents sur internet ainsi qu'à tous les services et applications. Ainsi, le blocage consiste, dans le chef du FAI, à dresser un obstacle entre un utilisateur final et un diffuseur de contenus en ligne, que ce soit dans un sens ou dans l'autre ou même dans les deux sens. C'est un des principes les moins controversés de la NI tant il est difficile de justifier le blocage pur et simple d'un site internet, même quand ce blocage n'est pas catégorique, étant donné la distorsion de concurrence patente qu'il engendre entre les entités bloquées et celles qui ne le sont pas. Cette interdiction de bloquer du contenu spécifique ou des types de contenus spécifiques figurait parmi les quatre « libertés du web » énoncées en 2004 par Michael Powell alors qu'il était directeur de la FCC aux Etats-Unis.¹⁶

B. LE PRINCIPE D'INTERDICTION DE DISCRIMINATION EN FAVEUR DES CONTENUS INTÉGRÉS VERTICALEMENT

Une autre pratique qu'il convient de prohiber afin de sauvegarder la NI consiste, pour un FAI, à avantager ses services intégrés verticalement.¹⁷ Comme exemple, on peut citer la discrimination par un FAI entre des diffuseurs de contenus tiers et ses propres contenus. Cette pratique consiste, notamment, pour un FAI qui propose des services de VoIP, à bloquer un FS VoIP tiers, tel que Skype. Une telle pratique a fait l'objet d'un cas devant la FCC : Madison River, un petit opérateur américain, bloquait prétendument les ports utilisés par les applications de VoIP.¹⁸ Une autre forme de discrimination de ce type est le ralentissement du trafic lié aux services VoIP d'un fournisseur tiers, et non de ses propres services VoIP, par un FAI.¹⁹

Dans le chapitre suivant, nous passerons en revue les différents arguments des partisans ainsi que des détracteurs de la réglementation de la NI.

¹⁶ K. Maniadaki, *EU Competition Law, Regulation and the Internet. The Case of Net Neutrality*, Wolters Kluwer, 2015, p. 20.

¹⁷ G. S. Ford, T. M. Kroutsky et L. J. Spiwak, *Network Neutrality and Industry Structure*, Phoenix Centre Policy Paper No. 24, printemps 2006, disponible sur ssrn.com ; Réponse de l'ORECE à la Consultation concernant la neutralité de l'internet, 2010, p. 5 ; FCC Open Internet Order, 2010, para. 99.

¹⁸ L'affaire s'est terminée avec un *consent decree*, par lequel Madison River a accepté de ne pas bloquer les ports en cause ou de pas empêcher les utilisateurs de faire usage de la VoIP. Madison River a aussi versé 15.000 dollars sur base volontaire à la Trésorerie des Etats-Unis (Madison River Communs., LLC, 20 F.C.C.R. 4295, 4297 (2005)).

¹⁹ K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 20.

2. APERÇU DES ARGUMENTS TANT EN FAVEUR QU'EN DÉFAVEUR DE LA RÉGLEMENTATION DE LA NI

2.1. L'ÉMERGENCE DES DÉBATS QUANT À LA NI

Tim Wu avait commencé son article de 2003 de la manière suivante : « *Les régulateurs de communication passeront, durant la prochaine décennie, de plus en plus de temps à régler les conflits entre les intérêts privés des FAI et l'intérêt public au sein d'un environnement d'innovations en concurrence centré sur l'internet* ». ²⁰

Cette affirmation s'est avérée être tout à fait exacte puisque les débats sur la NI ont pris de plus en plus d'ampleur au cours des dernières années. ²¹

Certains diffuseurs de contenus en ligne, des fournisseurs de services en ligne utilisant le réseau internet public (*Non-facilities based*) ainsi que d'autres personnes, ont exprimé leurs inquiétudes quant au fait que les FAI comptent utiliser des technologies de routage des données. En effet, les FAI ont fait part de leur intention de favoriser leurs propres offres de services, au détriment de la NI. Par exemple, ils souhaitent offrir des services de meilleure qualité en échange d'un paiement à certains acteurs du réseau, utiliser des techniques de gestion active afin d'améliorer l'administration du réseau, ou encore réduire la vitesse de certains flux de données, voire les bloquer, sous prétexte que le réseau était dans un état de saturation. Les partisans de la NI ont donc prôné la mise en place d'une réglementation de la NI afin d'empêcher les FAI de pouvoir mettre ces pratiques en œuvre et d'assurer la protection des libertés des internautes. ²²

Nous allons donc passer en revue les différents arguments qui ont été exprimés par les partisans de la réglementation de la NI avant de faire de même pour les arguments de ses détracteurs.

2.2. LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA RÉGLEMENTATION DE LA NI

Les partisans de la NI ont fait part de leurs craintes à propos de plusieurs pratiques : (A) le blocage, la dégradation et la priorisation de contenus et d'applications sur la bande passante, (B) les effets sur l'innovation aux « extrémités » du réseau, et (C) le déclin de la liberté d'expression sur internet. Ils estiment également qu'il serait compliqué, voire impossible, de revenir en arrière si des pratiques considérées comme non-neutres devenaient monnaie

²⁰ T. Wu, *op. cit.*, p. 141: « *Communication regulators over the next decade will spend increasing time on conflicts between the private interests of broadband providers and the public's interest in a competitive innovation environment centered on the Internet* ».

²¹ P. Mouron, Nouvelles précisions européennes sur la neutralité du net : Observations sur les lignes directrices de l'ORECE pour la mise en œuvre des règles européennes relatives à la neutralité du net, 30 août 2016. Revue européenne des médias et du numérique, IREC, 2016, p. 17.

²² *Broadband Connectivity Competition Policy: FTC Staff Report June 2007*, p. 51 ; P. Mouron, *op. cit.*, p. 17.

courante. Les partisans de la NI pensent donc qu'un cadre de réglementation de la NI est indispensable.²³

A. LES CRAINTES QUANT AU BLOCAGE ET À LA DÉGRADATION DE CONTENUS ET D'APPLICATIONS NON-FAVORISÉS

Les défenseurs de la NI avancent que les FAI pourraient utiliser des technologies d'inspection des paquets de données pour favoriser la transmission de leurs propres contenus et applications, au lieu de proposer un accès non-restrictif à chacun des internautes.²⁴ En outre, ils craignent que les internautes n'aient plus accès à un internet ouvert mais seulement à ce que les FAI choisissent d'afficher à l'intérieur de leurs « environnements fermés » (« *walled gardens* »)²⁵. Ces pratiques constituent, pour les partisans de la NI, une fragmentation de l'internet.²⁶

B. LES CRAINTES QUANT AUX EFFETS SUR L'INNOVATION AUX « EXTRÉMITÉS » (« *EDGES* ») DU RÉSEAU

Les défenseurs de la NI estiment que les pratiques considérées comme non-neutres, en l'absence de réglementation de la NI, entraîneraient le déclin de l'innovation relative au développement de contenus et d'applications aux extrémités du réseau internet.²⁷ Ils appuient leur thèse sur des preuves empiriques basées sur le développement historique de l'internet et le principe du « bout en bout » (« *end-to-end* »).²⁸ Par ailleurs, ils allèguent que la possibilité pour les opérateurs du réseau d'imposer des coûts supplémentaires aux diffuseurs de contenus aurait probablement comme conséquence de ralentir l'innovation²⁹, surtout si des coûts élevés de transaction s'y ajoutaient suite à l'établissement d'une redevance permettant l'accès à certains contenus.³⁰ Les diffuseurs de contenus et les développeurs d'applications devraient négocier et conclure des

²³ *Broadband Connectivity Competition Policy: FTC Staff Report June 2007*, p. 51.

²⁴ T. Wu, « Network Neutrality, Broadband Discrimination », 2 *J. On Telecomm. & High Tech. L.* 141, 151, 2005 ("Over the history of communications regulation, the Government has employed both common carriage requirements (similar to the neutrality regime discussed here) and limits on vertical integration as [a] means of preventing unwanted discrimination."); E.W. Comstock, What is net neutrality?, 2006, disponible sur <http://www.comptel.org/content.asp?contentid=658>.

²⁵ Un « environnement fermé » désigne « le regroupement de contenus au sein d'un ensemble qui comprend aussi l'accès à l'internet, sur base d'un contrat entre le FAI et le diffuseur de contenus » ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 29 : "the bundling of content as a package with Internet access, on the basis of a contract between the IAP and the CP".

²⁶ *Broadband Connectivity Competition Policy: FTC Staff Report June 2007*, p. 52.

²⁷ M.A. Lemley et L. Lessig, *The End of the End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, UC Berkeley Law & Econ Research Paper No. 2000-19, 2000, p. 9 ; Stanford Law & Economics Olin Working Paper No. 207; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 37, disponible sur www.ssrn.com ; B. Van Schewik, *Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation*, *Journal on Telecommunications and High-Tech law*, 5, 2007, p. 379.

²⁸ Voy. *supra* page 5.

²⁹ J.P. Choi et B. Kim, *Net Neutrality and Investment Incentives*, *RAND Journal of Economics*, 41 :3, automne 2010, p. 446.

³⁰ K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 48 ; Voy. R.S. Lee et T. Wu, *Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing and Net Neutrality*, *Journal of Economic Perspectives*, 23:3, été 2009, p. 9.

accords avec plusieurs opérateurs du réseau et cela impliquerait pour eux de grandes dépenses. Beaucoup d'entreprises, et spécialement les plus petites, ne seraient pas en mesure de payer les coûts supplémentaires réclamés par les opérateurs afin d'atteindre les utilisateurs finals dans un schéma concurrentiel.³¹ Les contenus proposés par les utilisateurs finals, les associations sans but lucratif et les organismes éducatifs seraient, en outre, affectés de manière disproportionnée par rapport à des entreprises au capital important.³²

Selon les partisans de la NI, le développement du contenu sur le web et des applications se trouveraient donc impactés de manière négative si les acteurs dont la volonté est d'innover voyaient leur connexion à internet bloquée et dégradée volontairement, ou si un niveau de priorité moindre était attribué à leur réception de données.³³

C. LES CRAINTES QUANT AU DÉCLIN DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DU PLURALISME SUR INTERNET

Les défenseurs de la NI estiment que, sans réglementation, les opérateurs mettraient en œuvre des pratiques qui entacheraient la qualité et la variété du contenu disponible aux internautes. En effet, les fournisseurs de services en ligne disposent, en tant qu'éditeurs, du même pouvoir discrétionnaire éditorial que les médias traditionnels.³⁴ Ils pourraient donc dégrader ou bloquer certains contenus qu'ils considéreraient comme politiquement, ou pour une autre raison, inacceptables ou contraires à leurs intérêts commerciaux.³⁵

³¹ *Broadband Connectivity Competition Policy: FTC Staff Report June 2007*, p. 57 ; Davidson, Tr. I, pp. 224-233. Selon Davidson, "[a]s our founders have said, two graduate students in a dorm room with a good idea would not have been able to create this service if the first thing that they had to do was to hire an army of lawyers and try to reach carriage agreements with providers all around the world." *Id.*, p. 226 ; Voy. également Cohen, Tr. II, p. 152 ("[Historically, Internet start-ups] did not have to negotiate. They did not have to persuade or cajole network providers for special treatment."); Center for Creative Voices in Media, Commentaire Public 6, p. 2 ("Artists must have the freedom to distribute their works over the broadband Internet, and the American public must have the freedom to choose from among those works, rather than have the cable and telephone broadband providers who overwhelmingly control the market for broadband deny those freedoms and make those choices for them.").

³² K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 48 ; *Reconsidering Our Communications Laws: Ensuring Competition and Innovation: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary*, 109 Cong. (2006) (déclaration de Jeff C. Kuhns, Senior Director, Consulting and Support Services, Information Technology Services, The Pennsylvania State University), disponible sur http://judiciary.senate.gov/testimony.cfm?id=1937&wit_id=5418.

³³ Voy. M. A. Lemley & L. Lessig, *op. cit.*, p. 932. Lemley et Lessig estiment que, "[i]f that strategic actor owns the transmission lines itself, it has the power to decide what can and cannot be done on the Internet. The result is effectively to centralize Internet innovation within that company and its licensees." Voy. Également Farrell, Tr. I, p. 154 ("[T]here is a concern if you allow last mile providers to make charges on content providers, there is a concern about possible expropriation of successful content providers."); *Broadband Connectivity Competition Policy: FTC Staff Report June 2007*, p. 58.

³⁴ M. Yemini, *Mandated Network Neutrality and the First Amendment : Lessons from Turner and a New Approach*, Virginia Journal of Law and Technology, 13:1, 2008 ; C. S. Yoo, Network Neutrality and the Economics of Congestion, Georgetown Law Journal, 94, 2006, p. 1095; comparer avec L. Lessig et T. Wu, *Ex part Submission in VS Docket*, No. 02-52m, août 2003, pp. 9-11 et FCC Open Internet Order (2010), paras 139-148.

³⁵ B. D. Herman, *Opening Bottlenecks: On Behalf of Mandated Network Neutrality*, 59 Fed. Comm. L.J. 107, 118, 2007 (envoyé à la FTC comme Commentaire Public) ("A broadband provider should no more be able to stop a customer's email or blog post due to its political content than a telephone company should be permitted to dictate the content of customers' conversations."); Voy. également Peha, Tr. I, p. 26

Au-delà de la liberté d'expression en tant que droit individuel, un parallèle peut être établi entre la NI et le concept de pluralisme, généralement perçu comme « *l'accès des citoyens à une variété de sources d'information, de voix, etc. dans l'optique qu'ils se forment leur propre opinion sans l'influence injustifiée d'une opinion dominante faisant autorité* ». ³⁶ Le fait pour les fournisseurs de services en ligne d'exercer leur pouvoir de gardien est perçu comme une menace pour le pluralisme sur internet, de la même manière que les plateformes propriétaires et les concentrations ont constitué, au cours de l'histoire, une préoccupation pour les médias traditionnels. Cette idée gagne du terrain étant donné que l'internet occupe désormais une place prépondérante en tant que source d'informations et en tant que lieu d'expression et de débat. Cet argument peut être rapproché de celui selon lequel, sans une réglementation de la NI, l'innovation aux extrémités (« *edges* ») du réseau serait entravée. ³⁷

2.3. LES ARGUMENTS EN DÉFAVEUR DE LA RÉGLEMENTATION DE LA NI

Les détracteurs de la réglementation de la NI, c'est-à-dire les opérateurs du réseau utilisant une ligne propriétaire (*Facilities-Based*), les opérateurs de réseau mobile, certains fournisseurs de matériel informatique, et d'autres commentateurs, pensent que la mise en place d'une réglementation de la NI ralentirait les investissements liés à l'amélioration de l'accès à l'internet et que cela pourrait freiner l'innovation. Ils estiment également que les craintes avancées par les partisans de la NI sont purement hypothétiques et ne nécessitent pas l'instauration d'un système de réglementation *ex ante*. ³⁸

Les principaux arguments qu'avancent les opposants à la NI sont les suivants : (A) il est impératif de prioriser certains paquets de données dans le cadre d'une administration efficace du réseau et celle-ci peut aussi justifier le blocage simultané de certains contenus, d'applications et d'appareils connectés, (B) la dérégulation n'empêche pas l'innovation aux « extrémités » du réseau, (C) il n'existe pas de preuves à l'appui de la thèse selon laquelle l'internet est impacté négativement en l'absence d'une réglementation consacrant sa neutralité, spécialement alors que la concurrence dans le domaine des services en ligne est bien présente et s'accroît et que le marché se singularise par des mutations technologiques rapides et dans le sens du progrès. ³⁹

(“There could also be content filtering for other reasons. Perhaps for political reasons I will want to limit access to advocacy groups for issues I oppose, or candidates I oppose.”).

³⁶ Commission Staff Working Document on Media pluralism in the Member States of the EU, 2007, p. 5.

³⁷ Voy. G. Sohn, Tr. I, p. 134 (“The Internet actually takes away the gate keepers, so people can engage in democratic discourse, eCommerce, innovation. It’s been great. And at a certain point, we have to ask ourselves, do we want it to remain that way?”) ; Broadband Connectivity Competition Policy: FTC Staff Report June 2007, p. 60.

³⁸ Broadband Connectivity Competition Policy: FTC Staff Report June 2007, p. 60.

³⁹ Ibid., p. 60.

A. LA NÉCESSITÉ DE LA PRIORISATION, DU BLOCAGE ET DE L'ADMINISTRATION DU RÉSEAU

Les opposants à la NI pensent que les opérateurs devraient pouvoir restreindre de façon active, voire bloquer, l'accès aux données qu'ils considèrent comme dommageables à l'efficacité de leurs réseaux.⁴⁰ Ils se basent sur des rapports qui indiquent que peu d'utilisateurs sont susceptibles d'entraîner une saturation du réseau par l'utilisation d'applications qui sont gourmandes en bande passante, comme le partage de fichiers de pair-à-pair et le *streaming* vidéo. Ils prétendent que l'administration du réseau et la priorisation sont indispensables pour empêcher le ralentissement du réseau internet ou la panne de celui-ci.⁴¹

De plus, Sidak allègue qu'il convient de tenir compte de la théorie de l'optimum de Pareto : il s'agit d'un état économique dans lequel l'amélioration de la situation d'un individu n'est plus concevable sans dégrader celle d'un autre au moins. Une amélioration de Pareto s'apparente à une situation qui améliore le sort d'un individu, ou d'un groupe d'individus, sans détériorer celle d'un autre individu ou d'un autre groupe d'individus. L'« *access tiering* », une pratique qui permet d'offrir la priorité quant à la réception de données et de garantir celle-ci en échange d'un coût supplémentaire, constituerait une amélioration de Pareto en comparaison avec le *status quo*, soit le maintien du principe du *best effort*. Les améliorations de Pareto devraient toujours être encouragées et donc, selon Sidak, l'*access tiering* devrait être permis.⁴²

B. LA DÉRÉGULATION N'EMPÊCHE PAS L'INNOVATION AUX « EXTRÉMITÉS » DU RÉSEAU

En 2005, la Cour Suprême des Etats-Unis a rendu l'arrêt *Brand X* par lequel elle a décidé d'établir une différenciation entre, d'une part, les services de transmission de données et, d'autre part les services en ligne liés à du contenu et à des applications.⁴³ Elle confirmait ainsi la décision de la Commission fédérale des communications qui avait écarté les services de transmission de données du champ d'application de la réglementation qui régit les services de

⁴⁰ Voy. Public knowledge, principles for an open broadband future: a public knowledge white paper, 2005, disponible à <http://www.publicknowledge.org/pdf/open-broadband-future.pdf>. According to this group, “[s]ome have maintained that network operators must have the ability to restrict access to the network for legitimate law enforcement purposes, or for network management. While these examples may be valid, this authority can be easily abused and should not be broadly permitted.”

⁴¹ Voy. McCormick, Tr. I, p 243. Selon McCormick, “[a] better Internet doesn’t simply come by adding capacity. Like road networks, rail networks, electrical networks, and traditional telephone networks, the advanced networks that comprise the Internet cannot function efficiently and cost-effectively without management. No network has ever been built without regard to prioritization of traffic, peak loads, and capacity management.” ; Voy. également Altschul, Tr. II, p. 51 (estimant que mettre en place une réglementation de la neutralité de l’internet “would have unique effects and they would be negative effects”).

⁴² J. G. Sidak, A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet, 2 *Journal of Competition Law and Economics*, 2006, p. 441.

⁴³ National Cable & Telecomm. Ass’n v. Brand X Internet Servs., 545 U.S. 967, 974 (2005) : “cable companies that sell broadband Internet service do not provide telecommunications service as the Communications Act defines that term, and hence are exempt from mandatory common-carrier regulation under Title II”.

télécommunication pour la raison qu'exempter ces services de transmission des règles de partage inciterait à l'investissement et que cela conduirait à une satisfaction des consommateurs accrue sur le long terme.⁴⁴ Ainsi, contrairement aux opérateurs de téléphonie, les entreprises de transmission de données n'étaient pas obligées de partager leur réseau avec des fournisseurs de services en ligne concurrents. Selon Sidak, contrairement à la pensée des partisans de la NI, l'innovation était alors bien présente dans le domaine des applications et du contenu. L'acquisition de Skype par eBay en septembre 2005, pour un montant de 2,6 milliards de dollars, est un exemple qui démontre bien que les investissements ont été nombreux pendant la période de dérégulation de l'internet. Depuis lors, les utilisateurs de Skype peuvent acheter des crédits Skype via leurs comptes PayPal, un moyen de paiement en ligne dont eBay est propriétaire. Trois applications florissantes sont donc reliées les unes aux autres : un site de vente aux enchères (eBay), un système de paiements en ligne (PayPal) et un logiciel de téléphonie par VoIP et de messagerie instantanée (Skype). Sidak pense que, si les arguments des partisans de la NI concernant l'*access tiering* ainsi que le blocage d'applications et de contenus étaient fondés, il serait logique que Skype soit amené à payer une redevance aux opérateurs du réseau afin que leurs paquets de données soient transmis de façon assez rapide pour éviter la latence lors d'appels téléphoniques. Il est impensable, aux yeux de Sidak, qu'eBay ait dépensé 2,6 milliards de dollars pour l'acquisition d'une société *startup* s'il s'attendait à payer une telle redevance. L'analyse la plus probable tient à constater qu'eBay, qui s'avère être une société renommée dans le domaine des applications en ligne novatrices, a eu la volonté de poursuivre les investissements et les innovations dans le domaine des applications en ligne depuis l'extrémité du réseau.⁴⁵

Sidak constate également que des technologies nouvelles sont apparues pour rendre la réception de ces nouveaux contenus plus aisée. Par exemple, Akamai Technologies fournit, depuis sa création en 1998, des services qui permettent une rapidité et une qualité de transmission accrue des contenus et des applications en ligne. Quand les sites internet populaires souhaitent que du contenu soit disponible rapidement, le programme développé par Akamai permet l'envoi de ce contenu à plusieurs serveurs autour du monde afin d'assurer la célérité de sa réception par les internautes. Parmi ses clients, se trouvent Adobe, airbnb, Audi, BNP Paribas, Bridgestone, Fiat, la NBA et bien d'autres encore.⁴⁶ Les sociétés d'hébergement d'application et de services en ligne payants constituent un secteur particulièrement riche en innovations qui consistent à permettre aux internautes de télécharger du contenu à des vitesses bien plus élevées grâce à des transmissions de données bien rapides. Le 20 janvier 2017, l'investiture du 45^e Président des Etats-Unis est devenue l'événement d'actualité diffusé en ligne le plus regardé de toute l'histoire. En effet, le plus haut taux de transfert de données a atteint 8,7 Tbps à 12 heures et 4 minutes, heure de Washington. C'est Akamai qui a assuré la diffusion de l'événement. Cette société innove donc, depuis presque vingt ans, à l'extrémité du réseau et elle a commencé à prendre de l'ampleur dans un contexte de dérégulation de l'internet.⁴⁷

⁴⁴ National Cable & Telecomm. Ass'n v. Brand X Internet Servs., 545 U.S. 967, 974 (2005).

⁴⁵ J. G. Sidak, *op. cit.*, pp. 402-403.

⁴⁶ <https://www.akamai.com/us/en/our-customers.jsp>.

⁴⁷ <http://www.bbc.com/news/technology-38743842> ; <https://www.akamai.com/fr/fr/about/news/press/2017-press/inauguration-sets-record-for-live-video-streaming-of-news-event-on-akamai.jsp> ; J. G. Sidak, *op. cit.*, pp. 403-404.

D'autres détracteurs de la réglementation de la NI avancent que les opérateurs du réseau devraient pouvoir innover librement et se démarquer de leurs concurrents afin d'offrir des services de meilleure qualité aux diffuseurs de contenus, aux développeurs d'applications ainsi qu'aux internautes.⁴⁸

C. LE MANQUE DE PREUVES À L'APPUI DE L'EXISTENCE D'UN IMPACT NÉGATIF JUSTIFIANT UNE RÉGLEMENTATION DE LA NI

Les détracteurs de la NI avancent que les preuves justifiant l'existence d'un impact négatif qui nécessiterait l'instauration d'un système de réglementation *ex ante* sont en nombre insuffisant, surtout quand, à leurs yeux, la concurrence est forte dans le domaine des services en ligne et qu'elle s'accroît même en raison de la dérégulation. Ils allèguent que les impacts négatifs dont font part les partisans de la NI sont purement hypothétiques et ne requièrent pas l'instauration de nouvelles règles.⁴⁹

Enfin, les détracteurs de la NI allèguent que les autorités responsables du maintien de la concurrence sur les marchés sont déjà à même de gérer les problèmes qui peuvent survenir quant à l'utilisation des nouvelles technologies de transmission de données. Les opposants à la NI défendent que les difficultés liées aux pratiques potentiellement anti-concurrentielles (comme l'*access tiering*, le blocage ou le ralentissement) doivent être réglées *ex post*, et pas dans le cadre d'une réglementation *ex ante*. En effet, pour Sidak, en l'absence de réglementation *ex ante*, ces comportements ne seraient interdits qu'*a posteriori*, seulement une fois qu'il a été démontré qu'ils portent atteinte à la concurrence, comme c'est le cas avec le Sherman Act. En revanche, une réglementation *ex ante* entraînerait l'application d'une mesure corrective avant même qu'une attitude répréhensible ne soit constatée. Cela impliquerait des erreurs, appelées « faux positifs » en statistiques.⁵⁰

Dans le chapitre suivant, nous aurons égard à la façon dont la législation américaine a assimilé le concept de NI.

3. LA NI À L'AUNE DE LA LÉGISLATION AMÉRICAINE

3.1. L'*OPEN INTERNET ORDER* DE 2015

L'*Open Internet Order* de 2015 est intervenu dans la foulée de l'arrêt *Verizon* de 2014.⁵¹ Dans cet arrêt de la Cour d'Appel des Etats-Unis pour le District de Columbia, l'*Open Internet Order* de 2010 n'a pas passé le contrôle de légalité (« *judicial review* ») pour la raison qu'il classifiait les fournisseurs de services en ligne, sur une ligne fixe à large bande, comme *common carriers*. Cette réglementation, en ses points cruciaux (les règles interdisant le blocage et la discrimination), considérait les fournisseurs de services en ligne en tant que services de

⁴⁸ *Broadband Connectivity Competition Policy: FTC Staff Report June 2007*, p. 65.

⁴⁹ *Broadband Connectivity Competition Policy: FTC Staff Report June 2007*, p. 68.

⁵⁰ J. G. Sidak, *op. cit.*, p. 469.

⁵¹ *Verizon v. FCC*, 740 F.3d 623, 626 (D.C. Cir. 2014).

télécommunication, même si la FCC les avait classifiés comme services de l'information sous le Titre I. La Cour avait donc invalidé les règles qui prohibaient le blocage et la discrimination de la FCC.⁵² Seulement, la Cour d'Appel avait accepté l'interprétation de la FCC selon laquelle la Section 706 lui accordait une autorité réglementaire quant à l'internet à large bande fixe et mobile. Certains partisans de la NI y voyaient un moyen d'utiliser la Section 706 pour justifier la réglementation de la NI. Mais, pour d'autres, il était préférable de reclassifier les fournisseurs de services en ligne en tant que services de télécommunication et de les traiter comme des *common carriers* sous le Titre II. C'est ce qui s'est finalement passé. La FCC a alors pu interdire aux fournisseurs de services en ligne les pratiques de ralentissement, de blocage et de priorisation en échange d'un paiement. Par la même occasion, elle déclarait le droit de la concurrence comme étant inefficace par rapport à la réglementation.⁵³

Les règles de l'*Open Internet Order*, qui prône la préservation d'un « internet ouvert », s'appliquent tant aux FAI fixes que mobiles. Les méthodes de blocage et de ralentissement sont soumises au droit du FSL de gérer ses réseaux de manière raisonnable. Pour la priorisation en échange d'un paiement, cependant, il n'existe pas d'exception. On peut donc en déduire que la FCC perçoit l'octroi d'une voie rapide ou le fait d'accorder un avantage à un opérateur partenaire, en échange d'un paiement, comme des mesures irraisonnables *per se*.⁵⁴

La FTC a perdu, avec l'adoption de l'*Open Internet Order*, les pouvoirs dont elle disposait, en vertu de la Section 5 du FTC Act, pour contester les comportements anti-concurrentiels et protéger les consommateurs.⁵⁵

3.2. LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR INTERNET PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE AMÉRICAIN

Ohlhausen est d'avis que la liberté d'expression peut être sauvegardée grâce au droit de la concurrence américain. A ses yeux, les consommateurs prêtent attention à de nombreuses qualités dans le secteur de l'accès à internet, et non pas uniquement au prix. Et le droit de la concurrence fait écho aux desiderata des consommateurs tout en tendant au maintien d'un état de concurrence effective. Concernant les valeurs non-pécuniaires liées aux fournisseurs de service en ligne, il faut donc apprécier si les internautes y accordent de l'importance. Si on part du principe que tous les consommateurs partagent intégralement les valeurs non-pécuniaires défendues par les partisans de la NI, alors les FSL auront tendance à fournir un accès à internet qui rencontre ces valeurs. De plus, les atteintes à la concurrence ne sont pas limitées aux effets sur les prix statiques, comme le coût d'un abonnement pour l'accès à internet. Les conséquences d'une restriction à l'innovation, c'est-à-dire celles liées à l'efficacité dynamique (« *dynamic efficiency* »)⁵⁶, sont d'une importance capitale et peuvent surpasser les considérations statiques. Elle ajoute qu'une restriction qui affecterait la qualité de biens ou de services vendus sur un

⁵² *Ibid.*, 628.

⁵³ H. M. K. Ohlhausen, *Antitrust over net neutrality: why we should take competition in broadband seriously*, *Colo. Tech. L.J.*, Vol. 15.1, 2016, pp. 124-128.

⁵⁴ H. M. K. Ohlhausen, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁵ 15 U.S.C. § 45 (2012) ; H. M. K. Ohlhausen, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁶ Voy. K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 47.

marché peut fonder une action en droit de la concurrence. De plus, une restriction qui élimine les préférences que les consommateurs ont révélées, concernant un bien ou un service précis, et compte tenu d'autres facteurs, peuvent causer un dommage en droit de la concurrence. En effet, le Sherman Act interdit les comportements qui, tout en portant atteinte à la concurrence, nient aux consommateurs les avantages qu'ils souhaitent et qu'ils pourraient obtenir en l'absence de ces comportements.⁵⁷

3.3. LA PRISE EN COMPTE DES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE AMÉRICAIN

A. UNE APPROCHE PAR LE BIAIS DU REFUS DE FOURNIR ET DE LA JURISPRUDENCE *TRINKO*

En droit de la concurrence américain, en vertu de la Section 2 du Sherman Act, le fait de démontrer une position de monopole n'est pas suffisant. Un requérant doit aussi prouver l'existence d'un comportement qui restreint la concurrence.⁵⁸ Dans l'affaire *Verizon Communications Inc. V. Law Offices of Curtis V. Trinko*, un *incumbent local exchange carrier*, Verizon, était poursuivi pour ne pas avoir répondu aux demandes d'un client introduites par un *local exchange carrier* concurrent avec les mêmes soins qu'il appliquait pour s'occuper des requêtes de ses propres clients. La Cour a déclaré que Verizon n'était pas dans l'obligation de fournir ses concurrents parce que Verizon n'établissait pas de discrimination envers eux en faveur des entités qui ne lui font pas concurrence. En réalité, Verizon avait établi une ségrégation envers tout le monde en sa propre faveur. La Cour a présenté l'argument selon lequel le fait d'imposer une obligation de fournir était empreint d'une « vertu incertaine » (« *uncertain virtue* »), et ce pour deux raisons principales. En premier lieu, imposer une obligation de fournir peut être indésirable d'un point de vue social car l'idée d'un partage forcé *ex post* peut entraîner une perte d'efficacité *ex ante* en décourageant une société à investir dans le développement d'« infrastructures favorables à l'économie » (« *economically beneficial facilities* ») ou d'autres avantages qui conduiraient cette société à engranger du pouvoir sur le marché.⁵⁹ Comme second argument, la Cour a prétendu qu'imposer une obligation de fournir pouvait contraindre les juridictions à de lourdes tâches administratives et que cela entraînerait potentiellement l'application de mesures correctives inadéquates.⁶⁰

Pour la Cour, il n'y avait pas d'indices qui corroboraient le caractère anti-concurrentiel de l'attitude de Verizon, contrairement à de la jurisprudence antérieure.⁶¹ Ensuite, la Cour a observé que, dans des cas antérieurs, le produit ou le service qui était censé être partagé avec le concurrent était déjà fourni à d'autres, alors qu'ici « *les services prétendument non rendus*

⁵⁷ H. M. K. Ohlhausen, *op. cit.*, pp. 142-148.

⁵⁸ Voy. *Trinko*, 540 U.S. à 407 (“*To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct.*”).

⁵⁹ *Ibid.*, p. 407-408.

⁶⁰ *Ibid.* ; J. G. Sidak, *op. cit.*, p. 390.

⁶¹ *Trinko*, 540 U.S. p. 409.

n'étaient pas commercialisés ou disponibles au public ». ⁶² Cette indisponibilité impliquait que les concurrents, pour avoir accès aux services, devaient engager « *beaucoup de dépenses et d'efforts* » ⁶³ et que « *les nouveaux systèmes doivent être conçus et implantés de manière simple afin de rendre cet accès possible* ». ⁶⁴ Par ailleurs, la Cour était sceptique quant à l'imposition d'une obligation de fournir à Verizon, en vertu du droit de la concurrence, parce qu'il était un acteur d'une industrie réglementée, et que la réglementation diminue la valeur ajoutée de l'application du droit de la concurrence. Il est, en effet, préférable que le régulateur impose l'obligation de fournir et non pas les cours et tribunaux. ⁶⁵

Cette décision a donc établi le principe selon lequel le droit de la concurrence ne s'applique pas si une réglementation sectorielle spécifique existante peut s'appliquer avec la même finalité. ⁶⁶

En droit de l'UE, ce n'est pas le cas. Dans l'arrêt *Espagne contre Commission*, il a été retenu que, étant donné que le droit de la concurrence est contenu dans le TFUE, il reste toujours applicable et une réglementation sectorielle, au vu de son caractère secondaire, ne peut pas y déroger, ni s'y substituer. Par conséquent, la réglementation sectorielle spécifique constitue un complément au droit de la concurrence. ⁶⁷

B. UNE VIOLATION DE LA NI S'APPARENTANT À UN REFUS DE FOURNIR : LA DISCRIMINATION ENVERS UN FOURNISSEUR DE SERVICES VOIP

Dans le cadre de la NI, la jurisprudence *Trinko* peut s'appliquer au cas où il faut déterminer si des FAI ont l'obligation de fournir vis-à-vis de FS VoIP concurrents (en partant du principe que les FAI sont en position monopolistique). Fondamentalement, on considère que les FAI n'ont pas adopté une attitude discriminatoire envers les FS VoIP concurrents. Il va de soi que la priorisation est applicable en faveur des FAI eux-mêmes, mais *Trinko* ne considère pas le « favoritisme » à son propre égard comme étant contraire au droit de la concurrence étant donné que cela ne prouve pas « une intention anti-concurrentielle » (« *anticompetitive malice* ») plus qu'un « zèle de concurrence naturel » (« *natural competitive zeal* »). ⁶⁸

Sidak écrit que les FS VoIP concurrents éprouveront des difficultés à prouver que les FAI sont obligés de fournir à leur égard. Ils ne pourront tout bonnement pas prouver que le comportement des FAI est anti-concurrentiel. Les FAI pourraient seulement vouloir s'accorder des avantages dans le but d'investir *ex ante* et, s'il n'y a pas discrimination, une juridiction ne peut pas confirmer si une obligation de fournir pourrait ébranler les incitants *ex ante*. Par ailleurs, sans discrimination, la juridiction aura la lourde tâche de tailler une réparation sur mesure en faveur des FS VoIP sans aucune ligne directrice relative au marché. Le fait d'imposer une obligation de fournir à des FAI, en l'espèce, demanderait de concevoir de nouveaux moyens d'accorder

⁶² *Ibid.* p. 410 ; Traduction libre de “the services allegedly withheld are not otherwise marketed or available to the public”.

⁶³ Traduction libre de “considerable expense and effort”.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.* à 411-15 ; J. G. Sidak, *op. cit.*, p. 391.

⁶⁶ P. Larouche, *Five Neglected Issues About Network Neutrality*, 2012, p. 79, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2234608>.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Trinko*, 540 U.S. p. 410.

l'accès à des FS VoIP concurrents, ce qui était l'une des craintes de la Cour Suprême dans l'affaire *Trinko*. En outre, la juridiction devrait trouver un moyen de compenser les FAI suite à l'accès obtenu par les FS VoIP. Ce qui sera très compliqué sans connaître le prix du marché.⁶⁹ Pire encore, une juridiction qui imposerait l'obligation de fournir devrait établir un suivi et adapter ses conditions au rythme de l'évolution, rapide, du marché de l'internet.⁷⁰

Pour ces motifs, selon Sidak, même si les FAI étaient considérés comme monopolistiques, les contraintes afférentes à l'imposition d'une obligation de fournir à leur encontre s'avèreraient trop importantes au regard des théories anti-concurrentielles modernes et de *Trinko*, qui met l'accent sur la discrimination que le monopoleur a (ou non) mise en place à l'encontre de ses concurrents.⁷¹

Van Schewik est aussi d'avis que le droit de la concurrence américain s'avèrerait inefficace face à un tel comportement discriminatoire et présente une série d'arguments dans ce sens. Elle insiste sur le fait que le droit de la concurrence américain ne sanctionnerait pas tous les cas de discrimination que les partisans de la NI déplorent. En effet, une attitude discriminatoire doit pouvoir être condamnée, selon eux, même si l'opérateur du réseau n'est pas en position dominante sur le marché, contrairement au droit de la concurrence.⁷² Elle avance également que la Section 2 du Sherman Act ne condamne les pratiques d'exclusion que si elles sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence, et pas uniquement aux concurrents, en diminuant la productivité sur le marché ou en portant atteinte à sa structure.⁷³ Le comportement doit donc pouvoir être considéré comme permettant raisonnablement la création, le maintien ou l'accroissement d'un monopole, ou comme engendrant des prix plus élevés ou encore une productivité ou une qualité plus basse en relation avec le monopole. Pour qu'une pratique d'un opérateur du réseau sur un marché d'application spécifique soit considérée comme socialement néfaste au regard du droit de la concurrence américain, il faut donc qu'elle affecte des applications sur ce marché, qu'elle prévienne l'apparition de nouveaux acteurs sur un marché

⁶⁹ A. B. Lipsky, Jr. et J. G. Sidak, *Essential Facilities*, 51 Stan. L. Rev. 1187, 1999, p. 1231.

⁷⁰ J. G. Sidak, *op. cit.*, p. 391.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Pour des sources qui mettent en évidence l'importance du degré de pouvoir sur le marché des services internet comme prérequis d'une intervention réglementaire, voy. J. G. Sidak et D. J. 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*, 6(3): 521-594, 2010, pp. 564-565 ; C. S. Yoo, "What Can Antitrust Contribute to the Network Neutrality Debate?", *International Journal of Communication*, 1: 493-530, 2007, p. 504 ; M. Cave et P. Crocioni, "Net Neutrality in Europe." *Communications & Convergence Review*, 3(1): 57-70, 2011, p. 65 ; B. Van Schewik, Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like, *Forthcoming, Stanford Law Review, Volume 67, Issue 1*, 2015, p. 42.

⁷³ H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* 3rd ed. Vol. XI. New York, NY: Aspen Publishers, 2011, p. 74, para 1802b ("The concern of the antitrust laws is with injury to 'competition, which generally means injury resulting in lower output and higher prices in a properly defined market.'). Dans le contexte de la NI, plusieurs auteurs appréhendent le comportement discriminatoire en fonction du « préjudice à la concurrence » entraîné, au sens du droit de la concurrence. Voy. D. Farber, M. L. Katz, G. Faulhaber & C. S. Yoo. 2007. "Hold Off on Network Neutrality." *Washington Post*. January 19. Disponible sur <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2007/01/18/AR2007011801508.html> ; G. S. Becker, D. W. Carlton et H. S. Sider, "Net Neutrality and Consumer Welfare." *Journal of Competition Law & Economics*, 6(3): 497-519, 2010, pp 501-502 ; R. Hahn, R. Litan et H. J. Singer, "Addressing the Next Wave of Internet Regulation: Toward a Workable Principle for Nondiscrimination." *Regulation & Governance*, 4(3): 365-382, 2010, pp. 371-372.

d'application sur lequel elle détient déjà le monopole, ou qu'elle nuise à la capacité d'un fournisseur d'applications de s'imposer comme entreprise compétitive en le forçant à adopter un niveau de productivité moindre.⁷⁴

On peut donc remarquer que le droit de la concurrence américain apporte des solutions peu satisfaisantes par rapport aux craintes des partisans de la neutralité de l'internet.

Dans le chapitre suivant, nous décrirons la façon dont le droit dérivé de l'UE a intégré la notion de NI.

4. LA NI AU SEIN DU DROIT DÉRIVÉ DE L'UE

4.1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Le concept de NI est devenu un sujet de débat durant la procédure de révision du cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. La Commission européenne avait adopté une approche « légère », focalisée sur la protection des droits du consommateur avec des objectifs de transparence et de qualité du réseau, étant donné qu'elle comptait principalement sur la concurrence au niveau de l'accès à l'internet comme garantie de neutralité. Seuls quelques pouvoirs supplémentaires en vue d'imposer des obligations en termes de niveaux de qualité minimale furent accordés aux autorités réglementaires nationales, malgré la volonté qu'avait le Parlement européen d'introduire des règles contraignantes pour assurer la NI.⁷⁵ Ainsi, selon la Commission européenne, les exigences liées à la transparence du Paquet Télécom (entré en vigueur le 19 décembre 2009) se traduisent par le fait que « *les consommateurs doivent être informés – avant la signature d'un contrat – de la nature du service auquel ils s'abonnent, y compris des techniques de gestion du trafic et de leur incidence sur la qualité du service ainsi que de toute autre restriction (par exemple, capacités de bande passante ou vitesse de connexion disponible).* »⁷⁶

En septembre 2013, la Commission européenne a présenté sa proposition de Règlement « Continent connecté » relatif au marché unique des télécommunications. Le Parlement européen a voté en faveur du projet législatif en première lecture, en avril 2014⁷⁷, avec des amendements dont le but était d'interdire à la fois le *zero rating* et les services spécialisés clairement définis comme séparés des services d'accès à l'internet. Le Conseil a ensuite révisé le projet afin qu'il se rapproche plus de la proposition initiale, avant qu'un trilogue informel (composé de représentants du Parlement, du Conseil et de la Commission) ne l'adopte en juin

⁷⁴ B. van Schewik, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁵ J. P. Martínez (Ed.), *Net Neutrality: Contributions to the Debate*, p. 18.

⁷⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-491_fr.htm.

⁷⁷ C. Marsden, Commissioner Kroes can Skype her grandchildren's mobiles in retirement? LSE Media Policy Blog, 4 April, 2014 at <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2014/04/04/will-commissioner-kroes-be-able-to-skype-hergrandchildrens-mobiles-in-retirement/>.

2015. Enfin, le Règlement 2015/2120 du 25 novembre 2015 a été adopté en première lecture par le Parlement européen en date du 27 octobre 2015.⁷⁸

Dans ce chapitre, nous présenterons un exposé sommaire du cadre réglementaire mis en place par l'Union européenne quant aux services et aux réseaux de communications électroniques. Nous donnerons également un aperçu des politiques et des instruments mis à la disposition des autorités réglementaires nationales pour assurer la mise en œuvre des objectifs de la NI. Le chapitre précisera, par ailleurs, le rôle que le droit de la concurrence est censé jouer à l'intérieur du cadre réglementaire pour maintenir la NI. Enfin, nous terminerons par préciser le contenu et la teneur du Règlement 2015/2120 qui garantit l'accès à un internet ouvert.

4.2. L'EXPOSÉ DU CADRE RÉGLEMENTAIRE MIS EN PLACE PAR L'UE

A. DISPOSITIONS GÉNÉRALES : LE CHAMP D'APPLICATION

Le cadre réglementaire commun a été adopté en 2002, avec la directive 2002/21/CE dite « directive-cadre », afin de fixer un cadre harmonisé pour la réglementation des services de communications électroniques (SCEs) et des réseaux de communications électroniques (RCEs). Pour l'essentiel, le cadre s'inscrivait dans la continuité du processus de libéralisation du secteur et a fixé des règles relatives à la fourniture des services afférents aux utilisateurs finals. Le cadre a déterminé les tâches incombant aux autorités réglementaires nationales (ARN), soit les organes nationaux indépendants qui assurent la mise en œuvre du cadre de réglementation dans chaque Etat-membre, et a établi une série de procédures qui permettent d'en assurer l'application harmonisée dans toute l'Union européenne.⁷⁹ La directive-cadre définit un RCE et un SCE aux points (a) et (c) de son article 2, respectivement.⁸⁰

⁷⁸ L. Belli et C. Marsden, Not Neutrality but 'Open Internet' à l'Européenne. LSE Media Policy Blog, 2015, sur <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2015/10/29/not-neutrality-but-open-internet-a-la-europeenne/>.

⁷⁹ Article 1(1) de la directive-cadre.

⁸⁰ a) « réseau de communications électroniques »: les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise
c) « service de communications électroniques »: le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 58.

B. LA DISTINCTION ENTRE LA TRANSMISSION ET LE CONTENU

Depuis l'origine, le cadre réglementaire a établi une séparation nette, sauf exceptions où les deux niveaux interagissent, entre la transmission et les contenus. Le vocable « transmission » fait référence, dans ce contexte, à l'acheminement de signaux porteurs de certains contenus. Il faut le distinguer des services relatifs à la diffusion de (ou à l'exercice d'un contrôle éditorial quant à des) contenus transportés au moyen de ces signaux. Les contenus se définissent, dans ce contexte, comme des contenus radiodiffusés, des services financiers et certains Services de la Société de l'Information.⁸¹ Ces services ne rentrent pas dans le champ d'application du cadre réglementaire, qui indique clairement qu'il s'applique sans préjudice des obligations en lien avec les services fournis au moyen des SCEs et des RCEs.⁸²

Les services de contenus sont généralement classés comme des Services de la Sociétés de l'Information, alors que les FAI sont considérés comme des fournisseurs de SCE.⁸³

C. LES OBJECTIFS DES ARNS

L'article 8 du cadre réglementaire dispose que les Etats-Membres doivent s'assurer que les autorités réglementaires nationales prennent, dans le cadre de leurs missions de réglementation, toutes les mesures raisonnables afin d'atteindre un certain nombre d'objectifs. Ceux-ci sont répartis en trois grandes catégories : la promotion de la concurrence dans la fourniture de SCEs et de RCEs, le développement du marché intérieur et le soutien des intérêts des citoyens de l'Union européenne. La finalité qui consiste à s'assurer que la concurrence n'est pas faussée, y compris quant à la transmission de contenus, fait partie de la première catégorie alors que l'« objectif de NI » fait partie de la troisième catégorie. L'article 8 (5) dispose également que les ARNs ont l'obligation d'appliquer des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés. Les mesures réglementaires doivent être prises, de façon générale, dans une optique de neutralité technologique, comme indiqué à l'article 8 (1) de la directive.⁸⁴

Par ailleurs, les objectifs fixés par cet article 8 ne forment pas la base légale quant à l'exercice des pouvoirs réglementaires par les autorités réglementaires nationales. Ce sont plutôt des objectifs qui accompagnent les mesures que ces autorités règlementaires nationales prennent en vertu des pouvoirs qui leur sont conférés par d'autres dispositions du cadre réglementaire. Concernant la NI en particulier, Maniadaki fait remarquer que l'objectif de NI n'est pas à la hauteur des objectifs d'intérêt public qui sous-tendent la réglementation des contenus, telle que la promotion du pluralisme dans les médias. Le paragraphe 1 de l'article 8 de la directive-cadre constitue, selon Maniadaki, un argument dans ce sens : ce paragraphe prévoit expressément que les autorités règlementaires nationales « *peuvent contribuer, dans la limite de leurs compétences, à la mise en œuvre des politiques visant à promouvoir la diversité culturelle et*

⁸¹ Un « Service de la Société de l'Information » est défini comme tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services à l'article 1(2) de la directive 98/48/CE.

⁸² Article 1(2) de la directive-cadre ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 60.

⁸³ K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 67.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 68.

linguistique ainsi que le pluralisme dans les médias ». ⁸⁵ Il paraît invraisemblable de considérer cette disposition, telle qu'elle est rédigée, comme un objectif à part entière visant à assurer la NI par l'intermédiaire des pouvoirs dont disposent les autorités réglementaires nationales en vertu de la directive-cadre, aux yeux de Maniadaki, ⁸⁶

D. LES OBLIGATIONS IMPOSÉES À DES OPÉRATEURS DISPOSANT D'UNE PUISSANCE DE MARCHÉ SIGNIFICATIVE (PMS) : LA PROCÉDURE DE L'ARTICLE 7

A l'article 7 de la directive-cadre, est inscrite une procédure tendant à l'adoption de mesures par les autorités réglementaires en vertu des articles 15 ou 16 de cette même directive et des articles 5 ou 8 de la directive 2002/19/CE, dite directive « accès ». Ces articles imposent des obligations réglementaires aux entreprises qui détiennent une puissance significative sur les marchés de communications électroniques (la « procédure de l'article 7 »). ⁸⁷

1) LA DÉFINITION DU MARCHÉ PERTINENT

L'article 16 de la directive-cadre enjoint les ARNs à effectuer une analyse des marchés pertinents dans le secteur des communications électroniques aux fins d'imposer les obligations réglementaires *ex ante*. Dans cette optique, il est exigé que les ARNs tiennent le plus grand compte de la recommandation de la Commission, dont il est fait mention à l'article 15 (1) de la directive-cadre. Cette recommandation doit recenser les marchés de produits et de services dont les caractéristiques peuvent justifier une intervention *ex ante*. Les recommandations ainsi adoptées par la Commission ont établi trois critères qui doivent être pris en compte afin de déterminer les marchés pertinents : l'existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, la disposition du marché à tendre vers la concurrence effective, le potentiel du seul droit de la concurrence à remédier aux défaillances du marché. ⁸⁸ La Commission avait initialement constitué une liste de dix-huit marchés pertinents à partir de ces critères, avant de réduire ce nombre à sept puis à quatre actuellement. ⁸⁹ Parmi ceux-ci, il existe un marché avec deux sous-composantes, à savoir la fourniture en gros d'accès local en position déterminée et la fourniture en gros d'accès central en position déterminée pour produits de grande consommation, ainsi que le marché de fourniture en gros d'accès à haute qualité en position déterminée. ⁹⁰

⁸⁵ Ces objectifs sont à séparer de la finalité de la directive-cadre. L'ORECE et la Commission ont pris connaissance des questions d'intérêt public du débat concernant la NI et ont décidé qu'elles ne faisaient pas partie des pouvoirs des ARNs.

⁸⁶ Voy. Lignes directrices de l'ORECE quant à Qualité de Service (2012) : les objectifs pourraient apparemment être pris en compte quant à la finalité de l'article 8(4)(g) ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 69.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 70.

⁸⁸ Voy. Recommandation de la Commission de 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, considérant 2.

⁸⁹ Voy. Recommandations de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques de 2003 et de 2007.

⁹⁰ K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 70.

Il est opportun de relever, selon Maniadaki, que la condition d'incapacité du droit de la concurrence à remédier à la défaillance du marché en cause figure parmi les trois critères à examiner pour déterminer s'il convient d'appliquer la réglementation *ex ante* au marché. En effet, cela démontre que le droit de la concurrence constitue la solution de prédilection dans ce cadre. Il est fait mention de cette préférence accordée au droit de la concurrence au considérant 27 de la directive-cadre.⁹¹ C'est un des principes directeurs de cette dernière et il peut aussi être inféré de l'article 8 (1) de la directive-cadre qui pose l'exigence de proportionnalité. La Commission explique également que « *l'objectif du cadre réglementaire est, entre autres, de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur les marchés jusqu'à ce que, à terme, les communications électroniques soient régies par le seul droit de la concurrence* ». ⁹² Aux yeux de cette même Commission, les circonstances qui annoncent qu'une intervention *ex post* serait insuffisante seraient, par exemple, celles où il faut satisfaire à un grand nombre de critères de conformité pour remédier à une défaillance persistante du marché (comme le besoin d'une comptabilité détaillée à des fins réglementaires, l'évaluation des coûts, la supervision des termes et conditions incluant les paramètres techniques, etc.) ou celles où il est indispensable d'intervenir fréquemment et/ou au moment opportun.⁹³

2) L'EXAMEN DU MARCHÉ ET L'IMPOSITION DE MESURES CORRECTIVES

Une fois que les autorités réglementaires ont estimé que la réglementation *ex ante* peut s'appliquer à un marché déterminé, elles doivent ensuite apprécier si la concurrence y est effective, en tenant le plus grand compte des lignes directrices de la Commission, qui doivent être conformes aux principes du droit de la concurrence, publiées en vertu de l'article 15 (2) de la directive-cadre. Si le marché n'est pas effectivement concurrentiel, les autorités réglementaires nationales devront identifier les entreprises qui, individuellement ou conjointement, détiennent une puissance significative sur le marché au regard de l'article 14 de la directive-cadre. Plus précisément, l'article 14 (2) dispose qu'« *une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs* ». Les ARNs devront alors imposer une ou toutes les obligations *ex ante*, selon le cas, qui sont reprises aux articles 9 à 13 de la directive « accès ». Les ARNs peuvent imposer des obligations de transparence, de non-discrimination, de séparation comptable, d'accès à des ressources de réseau spécifiques et à leur utilisation, de prix ou relatives au système de comptabilisation des coûts.⁹⁴

⁹¹ Le considérant 27 de la directive-cadre énonce : « *il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème.* »

⁹² Voy. Recommandation de la Commission de 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, considérant 1.

⁹³ Voy. Recommandation de la Commission de 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, considérant 16 ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 71.

⁹⁴ K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 72.

La définition de l' « obligation d'accès » est particulièrement intéressante dans le cadre de la NI. Avant la révision de la directive-cadre, les obligations d'accès ne pouvaient être utilisées qu'en faveur des fournisseurs de SCEs et de RCEs.⁹⁵ Le nouvel article 2(a) de la directive « accès », cependant, définit le vocable accès comme « *la mise à la disposition d'une autre entreprise, dans des conditions bien définies et de manière exclusive ou non exclusive, de ressources et/ou de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques, y compris lorsqu'ils servent à la fourniture de Services de la Société de l'Information ou de contenu radiodiffusé* ». La fin de la proposition a été ajoutée à la définition et pourrait être interprétée, selon Maniadaki, comme un signe que les obligations réglementaires sont désormais applicables au bénéfice des diffuseurs de la société de l'information, comme les diffuseurs de contenu.⁹⁶ Maniadaki ajoute que les praticiens auront la tâche d'interpréter cette disposition.⁹⁷

E. LA PROCÉDURE DE CONSULTATION DE L'UNION EUROPÉENNE

Lorsqu'une ARN compte adopter une mesure qui tombe dans le champ d'application des articles 15 ou 16 de la directive-cadre ou bien des articles 5 ou 8 de la directive « accès », et qui impacte le commerce entre Etats-Membres, elle a l'obligation de mettre le projet de mesure à la disposition de la Commission, de l'ORECE et des ARNs des autres Etats-Membres, après une consultation au niveau national.⁹⁸ La directive-cadre octroie à la Commission le pouvoir, en prenant le plus grand compte de l'avis de l'ORECE, de contraindre une ARN à retirer un projet de mesure pour autant que cette ARN, soit ait défini un marché pertinent qui diffère de ceux recensés dans la Recommandation de la Commission, soit ait désigné (ou non) une entreprise comme disposant d'une puissance significative sur le marché, alors que la Commission estime que la mesure constituerait un obstacle au marché intérieur ou a des craintes sérieuses quant à sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne (plus précisément avec les objectifs mentionnés à l'article 8 de la directive-cadre).⁹⁹

Les pouvoirs de la Commission en lien avec l'imposition de mesures correctives par les autorités réglementaires nationales sont plutôt limités, tandis que l'ORECE jouit de plus de prérogatives. Quand la Commission a des doutes sérieux quant à la compatibilité d'une mesure corrective avec le droit de l'UE ou a des raisons de croire que la mesure créerait un obstacle au marché intérieur, elle doit alors notifier l'ARN et l'ORECE. L'ORECE devra alors émettre un avis indiquant s'il pense que la mesure devrait être retirée. Si l'ORECE est d'accord avec la Commission, l'ARN peut maintenir, amender ou retirer la mesure. Si l'ORECE n'est pas du même avis que la Commission (ou s'il n'émet pas d'avis) ou si l'ARN décide d'amender ou de maintenir sa mesure (une fois que l'ORECE a donné son avis), la Commission peut émettre une

⁹⁵ Article 2(a), anciennement, de la directive « accès ».

⁹⁶ Réponse de l'ORECE à la Consultation concernant la neutralité de l'internet (2010), p. 7. L'opposé est aussi envisageable, soit que la proposition « *y compris lorsqu'ils servent à la fourniture de Services de la Société de l'Information ou de contenu radiodiffusé* » désigne une sous-catégorie de SCEs (c'est-à-dire ceux utilisés pour transmettre la société de l'information et les services de contenu radiodiffusés).

⁹⁷ L'obligation de non-discrimination est également interprétée par référence à la fourniture d' « accès » selon le même sens (voir article 10(1) de la directive « accès ») ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 73.

⁹⁸ Article 7(3) de la directive-cadre.

⁹⁹ Voy. article 7(4) et (8) de la directive-cadre pour plus de précisions ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 73.

recommandation exigeant que l'ARN amende ou retire le projet de mesure. Si l'ARN ne va pas dans le sens de cette recommandation, elle devra alors fournir une justification motivée.¹⁰⁰

Si la Commission n'a pas de doutes sérieux quant aux mesures que les ARNs lui notifient, elle peut formuler des commentaires dont les ARNs devront prendre le plus grand compte.¹⁰¹ Selon l'article 19 de la directive-cadre, lorsque la Commission constate que les autorités réglementaires nationales accomplissent des tâches de réglementation, de façon divergente, et qu'il peut en résulter un obstacle au marché intérieur, elle peut publier une recommandation ou une décision sur l'application harmonisée des dispositions de la présente directive et des directives particulières afin de poursuivre les objectifs énoncés à l'article 8.¹⁰²

4.3. LES DISPOSITIONS DU RÈGLEMENT 2015/2120 DU 25 NOVEMBRE 2015

Le règlement a comme finalité de mettre en place des règles qui garantissent l'accès à un internet ouvert, mais ne mentionne pas la NI en tant que telle.¹⁰³

D'emblée, le préambule fait état de la nécessité d'établir un ensemble de règles communes dont le but est de garantir la NI. Le 2^{ème} considérant va explicitement dans ce sens et prévoit que le règlement s'applique dans le respect de la neutralité technologique. Les pratiques de blocage et de ralentissement du trafic de données sont condamnées, spécialement parce qu'elles bafouent les droits et libertés des internautes. Au considérant n° 6, il est indiqué que les utilisateurs finals sont censés avoir la possibilité d'« *accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, et d'utiliser et de fournir les applications et les services sans discrimination* ». Nonobstant cette règle, les fournisseurs d'accès à l'internet peuvent appliquer des débits spécifiés après approbation des utilisateurs, ainsi que des mesures raisonnables de gestion du trafic, en ce compris la distinction « *entre des catégories de trafic objectivement différentes* ». En outre, la gestion du trafic doit être effectuée au moyen de mesures « *transparentes, non discriminatoires et proportionnées* ». Comme indiqué au considérant n° 11, toute pratique de gestion qui serait appliquée en dehors des exceptions fixées par le règlement et qui aurait pour effet de bloquer, ralentir, modifier, perturber ou dégrader le trafic, devrait par conséquent être prohibée.¹⁰⁴

Ces différents objectifs sont consacrés de manière expresse à travers les dispositions du règlement. L'article 3 constitue la pierre angulaire du règlement et garantit l'accès à un internet ouvert, en définissant la NI de manière large, à l'instar de la polysémie de ce concept. Ainsi, les utilisateurs finals « *ont le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, d'utiliser et de fournir des applications et des services et d'utiliser les équipements terminaux de leur choix, quel que soit le lieu où se trouve l'utilisateur final ou le fournisseur, et quels que soient le lieu, l'origine ou la destination de l'information, du contenu, de l'application ou du*

¹⁰⁰ Voy. article 7(a) de la directive-cadre ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰¹ Voy. articles 7(1) et 7a(1) de la directive-cadre.

¹⁰² K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰³ Règlement n° 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil en date du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) no 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union.

¹⁰⁴ P. Mouron, *op. cit.*, p. 18.

service, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet ». Dès lors, les fournisseurs d'accès à l'internet ont l'obligation de traiter l'ensemble du trafic de façon égale et sans discriminer en considération de l'un de ces éléments. Les accords passés entre les fournisseurs d'accès à l'internet et les utilisateurs finals concernant des conditions commerciales et techniques doivent respecter les droits conférés par l'article 3 aux utilisateurs finals. De plus, au cas où des mesures de gestion de trafic seraient mises en place, elles doivent alors s'avérer strictement nécessaires pour l'accomplissement des trois objectifs fixés par le règlement : l'application d'actes législatifs européens ou nationaux et de décisions de justice, la préservation de l'intégrité et de la sécurité du réseau, la prévention d'une congestion imminente du réseau. L'article permet cependant aux fournisseurs de services d'accès de proposer des services supplémentaires optimisés pour des contenus, applications ou services spécifiques lorsque cette optimisation est nécessaire afin de répondre à une attente qualitative spécifique. Les fournisseurs sont contraints, par l'article 4, de donner des explications et une série d'informations aux utilisateurs finals dans l'optique de garantir la transparence des mesures relatives aux services d'accès à l'internet qu'ils mettent en place, en particulier lorsque des contenus sont traités de manière distincte, pour les motifs énoncés au paragraphe 3 de l'article 3.¹⁰⁵

Enfin, l'article 5 confie la tâche de surveiller l'application des exigences prévues par le règlement aux autorités réglementaires nationales, dont les missions sont précisées dans les lignes directrices formulées par l'ORECE.¹⁰⁶

4.4. LES LIGNES DIRECTRICES DE L'ORECE

Même si le règlement constitue une avancée considérable, il ne permet pas d'assurer que le principe de non-discrimination soit respecté en toutes circonstances.¹⁰⁷

On remarque, par exemple, que les pratiques de « *zero rating* » ne sont pas prohibées : elles consistent, dans le chef des fournisseurs d'accès à l'internet, à ne pas imputer le trafic utilisé par certaines applications sur le quota de données des utilisateurs finals. Les FAI pourraient donc accorder la priorité à leurs propres services ou à ceux de leurs partenaires, ainsi que collecter des données à caractère personnel de leurs clients.¹⁰⁸

Les lignes directrices que l'ORECE a publiées le 30 août 2016¹⁰⁹ sont donc cruciales pour appréhender la portée du règlement. Elles nous dévoilent de nombreux renseignements quant à l'interprétation des articles précités, en particulier concernant les sujets sensibles comme le *zero rating*. Concernant cette pratique, nous y apprenons qu'elle est permise moyennant le respect de conditions strictes et qu'elle est soumise au contrôle, au cas par cas, des ARNs. La pratique n'est permise que si elle concerne un type de service, et non le service d'une entreprise donnée. Proposer un supplément pour du streaming vidéo est donc permis, mais pas le fait de proposer

¹⁰⁵ P. Mouron, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 19.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ BEREC *Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, disponible sur <http://berec.europa.eu/>.

un service spécifique comme Netflix.¹¹⁰ S'il s'agit de bloquer ou ralentir des applications dont l'accord ne tient pas compte, alors l'interdiction est de mise. Il en va de même quant aux mesures de gestion du trafic. A propos des services supplémentaires, ils sont interdits s'ils entraînent une dégradation générale du trafic de données. Les fournisseurs pourront être contraints de révéler aux ARNs des informations relatives aux capacités du réseau, qui doivent être suffisantes pour que les services en cause puissent être mis en place afin d'éviter de saturer le trafic normal de données.¹¹¹

4.5. L'INTERPRÉTATION DU RÈGLEMENT 2015/2120 À LA LUMIÈRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Selon Alexiadis, il convient que le règlement soit interprété vis-à-vis du droit de la concurrence et non comme un instrument créateur de droits *sui generis*. Il cite ainsi sept arguments afin d'étayer sa thèse. Nous en dévoilerons deux dans le cadre de ce papier.¹¹²

Tout d'abord, il estime que l'article 101 du TFUE peut être mis en branle afin de mettre en œuvre l'interdiction de non-discrimination (que ce soit ou non dû à des pratiques de gestion du trafic) comprise dans le règlement, étant donné que celui-ci contient plusieurs références à des « accords » problématiques. A ce propos, les articles 101 et 102 du TFUE sont susceptibles d'apporter des solutions aux différentes formes de préjudice que peuvent entraîner des pratiques qui impactent la NI négativement. En effet, selon ces deux articles, les pratiques discriminatoires et les ventes liées constituent des violations du droit de la concurrence.¹¹³

En pratique, Alexiadis pense que les règles concernant la NI, en leurs points importants, seraient retenues sans même considérer si un opérateur est en position dominante sur un marché (article 102) ou si les pratiques ont été mises en place au moyen d'un accord exprès ou d'un arrangement tacite entre les entités séparées sur le réseau internet (article 101) dans le cadre d'une entente entre elles sur un marché vertical, horizontal ou voisin, pour autant que les pratiques contestées entraînent des conséquences significatives sur le marché pertinent. En effet, dans le cadre de la NI, la relation entre l'opérateur du réseau, d'une part, et le diffuseur de contenus/développeur d'applications, d'autre part, se situe au centre des préoccupations. Une affaire récente au sujet d'une fusion l'a ainsi démontré. Les questions relatives à la pratique unilatérale du fournisseur de services en ligne sont donc reléguées au second plan.¹¹⁴

En second lieu, pour Alexiadis, il importe de déterminer si le droit de la concurrence est à même de régler efficacement la situation dans laquelle un fournisseur de services en ligne accorde la voie prioritaire (priorisation) à ses propres services au détriment des services offerts par ses

¹¹⁰ <http://www.usine-digitale.fr/article/neutralite-du-net-pourquoi-les-operateurs-europeens-ralent-encore.N431347>.

¹¹¹ P. Mouron, *op. cit.*, p. 19.

¹¹² P. Alexiadis, *EU Net Neutrality Policy and The Mobile Sector: The Need for Competition Law Standards*, 2016, p. 27.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 28.

concurrents. Cette problématique a déjà été soulevée dans l'affaire Google où celui-ci tendait à renforcer sa position dominante dans le domaine de la recherche sur internet. En effet, Google avait mis en place des pratiques discriminatoires pour privilégier ses propres services connexes ou ceux de ses partenaires commerciaux. Il ajoute que, comme Petit l'a défendu avec insistance, de nombreuses décisions en droit de la concurrence de l'UE ont condamné une entreprise en position dominante à cesser de favoriser ses propres services, sans qu'il soit requis que les autorités en charge de la concurrence (et les régulateurs) démontrent que l'entité agissant de la sorte possède une « infrastructure essentielle » (« *essential facility* »). Dans les faits, le traitement préférentiel ne sera probablement considéré comme problématique que s'il est mis en œuvre par une entité qui est en position très forte sur le marché, ce qui signifierait alors que l'application de l'article 102 du TFUE serait indiquée pour contester une telle attitude. Par ailleurs, il peut être inféré de la jurisprudence que, de façon constante, les opérateurs qui ont signé des contrats de fourniture, si ces derniers ont créé une relation de dépendance vis-à-vis des clients qu'ils fournissent, sont bien plus poussés à ne pas mettre fin aux contrats de fourniture à long terme. Le fait qu'ils soient en position dominante sur le marché pertinent au moment de cette résiliation n'a pas d'incidence sur cette affirmation.¹¹⁵

Dans le chapitre suivant, nous ferons état de la prise en compte de la NI par le droit de la concurrence de l'UE.

5. LA NI AU SEIN DU DROIT PRIMAIRE DE L'UE : LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UE

5.1. LA PROTECTION DU PLURALISME SUR INTERNET PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UE

A. LE PLURALISME COMME OBJECTIF DE POLITIQUE PUBLIQUE

A ses débuts, les considérations concernant les libertés individuelles et la pluralité d'agents sur le marché ont beaucoup inspiré le droit de la concurrence de l'UE. Il a donc pu en être déduit que la promotion de la diversité des sources d'information (soit les valeurs à la base de la liberté d'expression) était protégée par le droit de la concurrence.¹¹⁶

¹¹⁵ N. Petit, "Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf", 29 avril 2015, SSRN Academic Papers portal, pp.3-7, où il est avancé que plusieurs bases légales peuvent réprimer le comportement d'une entreprise qui accorde la priorité à ses propres opérations en le qualifiant d'abus, ce qui peut donner lieu à l'imposition d'obligations directes ou indirectes de ne pas accorder une telle priorité : (i) discrimination (see Case T-229/94, *Deutsche Bahn AG v Commission*, ECR [1997] II-1689; Case C-242/95, *GT-Link A/S and De Danske Statsbaner (DSB)* ECR [1997] ECRI-4449; and Case COMP AT. 39.388, *German Wholesale Electricity Market (E.ON)* (2008)); (ii) tying (see Case T-201/04, *Microsoft v Commission* ECR [2007] II-03601); (iii) unfair Pricing (see Case IV/26699 - *Chiquita* (1975)); and (iv) other legal avenues such as that derived from Case T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd v Commission*, [2003] ECR II-4653). L'article de N. Petit a été écrit en réponse à celui de Bo Vesterdorf, "Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal - Two Sides of the Same Coin", 1(1) Competition Law & Policy Debate, 4 (2015) ; P. Alexiadis, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁶ District Court of Colombia in *US v. AT&T* ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 143.

Pour Maniadaki, les dispositions du droit de la concurrence ont donc permis de poursuivre des objectifs qui n'étaient pas uniquement liés à la protection d'un cadre concurrentiel effectif. En effet, la Cour de Justice et la Commission tenaient compte de questions de politique publique dans l'application des articles 101 du TFUE.¹¹⁷ Ce qui est pertinent pour l'article 102 également. Ainsi, des avantages qui n'avaient pas trait à l'efficacité économique ont été pris en compte comme des éléments à l'appui de l'exemption d'accords en vertu de l'article 101 (3).¹¹⁸

Cependant, malgré cette affirmation, des questions de politique culturelle n'ont jamais permis d'aboutir à une exemption à elles seules. Elles ne sont qu'une justification supplémentaire en ce sens.¹¹⁹

Dans le même sens, certaines concentrations ont été interdites alors qu'elles auraient pu avoir des effets négatifs sur le pluralisme, mais les décisions n'ont jamais été prises sur cette base. En outre, la Commission a déjà fait part de sa volonté de voir émerger des acteurs économiques européens puissants, même au détriment du pluralisme. Malgré le fait que, à quelques occasions, elle a semblé préoccupée par la promotion de nouvelles plateformes de contenus audiovisuels, il est probable que cette position ait été mue, en grande partie, par des considérations de politique industrielle.¹²⁰

Plus récemment, la Commission a indiqué qu'elle n'était pas en faveur de l'incorporation de questions de politique publique dans les procédures relatives au droit de la concurrence. Ainsi, dans les lignes directrices de l'article 101 (3), elle a avancé que « *les objectifs poursuivis par les autres dispositions du Traité peuvent être pris en considération dans la mesure où ils peuvent être chapeautés par les quatre conditions de l'article 101 (3)* ». ¹²¹ L'acceptation large de ce qui peut être assimilé à une efficacité économique ne compromet pas la règle selon laquelle la transcription des objectifs concurrentiels dans le vocabulaire économique doit être possible.¹²²

Le droit de la concurrence de l'UE ne présente donc pas une grande efficacité quant aux cas où seules la pluralité et la diversité de contenus sont menacées, sans que la concurrence ne le soit, aux yeux de Maniadaki.¹²³

B. LA DIVERSITÉ COMME PERSPECTIVE DU BIEN-ÊTRE DU CONSOMMATEUR

Concernant l'approche basée sur le bien-être des consommateurs, il est indiscutable que la notion de bien-être du consommateur est perçue de manière large au sein du champ

¹¹⁷ Voy. O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006 ; C. Townely, *Article 81 and Public Policy*, London: Hart, 2009 ; G. Monti, *Article 81 and Public Policy*, *Common Market Law Review*, 39, 2002, p. 1057.

¹¹⁸ Voy. Arrêt T-17/93, *Matra Machette*, para. 139 et la Décision de la Commission *Ford Volkswagen*, para. 26.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 144.

¹²⁰ K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 144.

¹²¹ Lignes directrices de la Commission à propos de l'article 101(3), 2004, para. 42.

¹²² K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 144.

¹²³ *Ibid.*, p. 146.

d'application du droit de la concurrence de l'UE. Maniadaki estime que cette notion est donc bien plus vaste que la concurrence par les prix. Plusieurs décisions de la Commission et de la Cour de Justice ont ainsi égard à la notion de « liberté de choix » du consommateur, notamment les affaires *Microsoft I*, *Intel*, *Deutsche Telekom* et *France Télécom*.¹²⁴ Les paramètres non-pécuniaires font donc partie de l'analyse, au moins concernant les effets de la pratique contestée. Le droit de la concurrence prend donc en compte des questions liées à la qualité et à l'innovation. Dès lors, un préjudice au sens du droit de la concurrence surviendrait si une pratique déterminée, tout en compromettant la concurrence effective, entraînait un déclin de la qualité et de l'innovation liée à des paramètres déterminants quant aux décisions des consommateurs en termes d'achats. Dans cette optique, Maniadaki pense que si la « variété » peut être appréciée comme un paramètre d'un bien donné, alors cela peut être pris en considération.¹²⁵

En tout état de cause, même si le droit de la concurrence tend à maintenir une concurrence effective tout en protégeant, par la même occasion, les « choix du consommateur », ceux-ci ne sont pris en considération que de manière secondaire. La « liberté de choix » ne fait pas partie des objectifs qui mettent le droit de la concurrence en branle de prime abord, il en est tenu compte uniquement lorsqu'elle est liée à une série d'options qui doivent être sauvegardées à ce titre (et sauf si le « choix » est un paramètre de qualité pour les produits ou les services en cause), souligne Maniadaki. Si le concept de « choix » s'inscrit dans cette optique, alors il sera apprécié avec les mêmes restrictions que le concept de « liberté économique ». ¹²⁶ En revanche, sous l'angle du bien-être, le « choix » est uniquement pris en considération s'il implique un résultat meilleur et plus efficace.¹²⁷ Maniadaki rappelle également qu'une situation où tout choix est exclu reste répréhensible au regard du droit de la concurrence. A ce sujet, les deux concepts se rejoignent.¹²⁸

Dans le chapitre suivant, nous nous focaliserons sur la capacité du droit de la concurrence à protéger le bien-être du consommateur ainsi que sur la façon dont il appréhende l'innovation.

5.2. LES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES EN DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UE

A. LA JURISPRUDENCE *POST DANMARK*

Dans l'arrêt *Post Danmark*, une nouvelle forme de discrimination susceptible d'entraîner des effets anti-concurrentiels est débattue : le fait de proposer différents termes et conditions aux consommateurs, en l'absence d'intégration verticale. Il pourrait être inféré de l'article 102(c) du TFUE qu'une entreprise dominante soit contrainte de proposer les mêmes termes et

¹²⁴ *Ibid.*, p. 146-148.

¹²⁵ Rapport de l'OCDE, 2013 ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 149.

¹²⁶ P. Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Oxford: Hart Publishing, 2012, pp. 296-297.

¹²⁷ L. Lovdhal-Gormsen, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 121.

¹²⁸ K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 150.

conditions à tous les consommateurs dans des situations similaires.¹²⁹ Mais, en l'espèce, la Cour de Justice n'a pas considéré que des réductions de prix exceptionnelles en faveur des anciens clients d'un concurrent violait l'article 102 du TFUE, sauf à démontrer que les rabais réduisaient le prix à un niveau tel qu'il pourrait être qualifié de prix prédateur au sens du test de l'arrêt *Akzo*, adapté aux secteurs multiservices.¹³⁰ Larouche affirme qu'il reste donc possible de qualifier des termes et conditions discriminatoires comme des abus d'exploitation. Les autorités de défense de la concurrence ne sont, néanmoins, pas disposées à appliquer l'article 102 du TFUE dans des cas d'abus d'exploitation, une notion définie dans l'arrêt *United Brands*.¹³¹

Larouche conclut que le droit de la concurrence n'a pas égard aux formes de discrimination relatives à la gestion du réseau qui n'impacteraient pas le marché des entreprises.¹³²

B. LA VIOLATION DE LA NI PAR UNE PRATIQUE DISCRIMINATOIRE ABUSIVE : L'OFFRE DE QUALITÉ SUPÉRIEURE (*ACCESS-TIERING*)

Larouche estime, eu égard à l'arrêt *Post Danmark*, que la discrimination entre applications, ou entre paquets de données, n'entre pas complètement dans le champ d'application de l'article 102 du TFUE sauf si une différenciation entre les entreprises est opérée, dans la pratique. Un fournisseur de services en ligne pourrait donc proposer, au regard du droit de la concurrence de l'UE, une qualité de service supérieure pour du contenu incontournable (« *must have* » *content*) de manière spontanée et sélective, afin que sa plateforme gagne en attrait. Un diffuseur de contenus pourrait également exiger une qualité de service supérieure, à des conditions que le fournisseur de services en ligne ne serait peut-être pas prêt d'offrir à tous les diffuseurs de contenus.¹³³

5.3. LA PROTECTION DU BIEN-ÊTRE DU CONSOMMATEUR ET LA PRISE EN COMPTE DE L'INNOVATION PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UE

A. LE REFUS DE FOURNIR ET L'AFFAIRE MICROSOFT I COMME POINT DE DÉPART

La jurisprudence concernant les refus de fournir constitue, selon Maniadaki, une approche idéale pour appréhender comment le droit de la concurrence de l'UE tient compte de l'innovation et peut protéger le bien-être du consommateur. Dans cette optique, il avait souvent été requis par la jurisprudence que, pour prouver un abus, l'émergence d'un nouveau produit ait été empêchée par le refus en cause, alors qu'il y avait une demande potentielle ou avérée de la part des consommateurs. Dans l'affaire *Microsoft I*, le nouveau critère choisi par la Cour et de Justice et la Commission est devenu l'atteinte au bien-être du consommateur. En l'espèce, il

¹²⁹ Voy. *Tetra Pack* où le fait de fixer différents prix entre clients qui se trouvent dans une même situation a été jugé discriminatoire et en violation de l'article 102 du TFUE : CJUE, Arrêt du 6 octobre 1994, Affaire T-83/91, *Tetra Pack v. Commission* [1994] ECR II-762.

¹³⁰ CJUE, Arrêt du 27 mars 2012, Affaire C-209/10, *Post Danmark*, para. 26-30.

¹³¹ P. Larouche, *op. cit.*, p. 85.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

s'agissait du refus de Microsoft de fournir, à ses concurrents, les informations relatives à l'interopérabilité entre le système d'exploitation Windows et les différents systèmes d'exploitation pour serveurs pour groupes de travail. La Commission s'était interrogée sur la limitation du développement technique causée par le refus et sur le préjudice qu'il avait entraîné pour les consommateurs. La Commission avait alors estimé que « *en raison du manque d'interopérabilité des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents avec l'environnement Windows, de plus en plus de consommateurs n'ont d'autre choix que d'opter pour une solution « 100 % Windows » au niveau de ces systèmes. La possibilité, pour ces consommateurs, de bénéficier des caractéristiques innovantes des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail mis sur le marché par les concurrents de Microsoft s'en trouve diminuée. Cela limite en outre les perspectives de commercialisation des innovations en question pour ces concurrents et, partant, décourage ceux-ci de mettre au point de nouveaux produits* ». ¹³⁴ Microsoft s'était alors défendu en justifiant son refus par le fait qu'il avait investi considérablement dans l'élaboration de ses protocoles. La Commission, de son côté, avait estimé qu'une concurrence effective serait le meilleur moyen d'amener Microsoft à améliorer ses produits de façon générale. Elle en a donc conclu que Microsoft n'avait pas justifié le refus de manière objective étant donné que « *l'incidence négative éventuelle que l'imposition d'une obligation de fournir les informations en cause aurait sur les incitations de Microsoft à innover est compensée par ses effets positifs sur le niveau d'innovation dans l'ensemble du secteur (y compris Microsoft)* ». ¹³⁵

B. UNE VIOLATION DE LA NI S'APPARENTANT À UN REFUS DE FOURNIR : LE BLOCAGE

Dans le cadre de la NI, la pratique du blocage de contenu par un FAI peut être citée comme exemple de refus de fournir. Cette pratique ne pourrait être interdite que dans certaines circonstances limitées en droit de la concurrence, pense Maniadaki. En premier lieu, il faudra confirmer le caractère indispensable de l'accord : le critère consistera à déterminer si des alternatives moins intéressantes peuvent raisonnablement jouer le rôle de substituts concernant la transmission de contenus. Maniadaki estime que cette méthode ne permet pas de trancher aussi efficacement que celle de la substitution qui sert à définir le marché pertinent, soit l'application du test SSNIP ¹³⁶ la plupart du temps. ¹³⁷ Ensuite, le régulateur devra prouver qu'il existe une restriction de concurrence au niveau du contenu et que cela cause un préjudice aux consommateurs, avant de contraindre l'opérateur en cause à accorder l'accès en vertu de l'article 102 du TFUE. Pour ce faire, Maniadaki observe qu'il est nécessaire d'évaluer le niveau global de concurrence sur le marché en aval, c'est-à-dire le marché où les données sont envoyées d'un fournisseur de service en ligne vers un internaute. ¹³⁸

¹³⁴ Décision de la Commission dans *Microsoft I*, para. 699.

¹³⁵ *Ibid.*, para 783 ; K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 152.

¹³⁶ Le test du monopoleur hypothétique (SSNIP test) consiste à se demander si une augmentation légère (entre cinq et dix pourcents) mais permanente du prix d'un produit amènerait les consommateurs à se tourner vers des produits de substitution

¹³⁷ K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 252.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 254.

Maniadaki énonce alors toute une série de facteurs pertinents pour apprécier les effets du blocage sur la concurrence et les consommateurs. Nous en exposerons quelques-uns.

Tout d'abord, le service que fournit le diffuseur de contenus en cause : moins le service offert est neuf, plus haut se situera le seuil de la preuve de l'atteinte à la concurrence et au bien-être des consommateurs comme conséquence du blocage. Maniadaki ajoute que, en cas de préjudice lié aux incitations à l'innovation d'un diffuseur de contenus, des conditions de marché spécifiques doivent être prises en compte. Elle rappelle qu'une « approche plus économique » d'application du droit de la concurrence obligerait à examiner le marché concerné, même si la Commission et la Cour de Justice ont montré leur préférence pour l'argument selon lequel plus de concurrence entraînera plus d'innovation.¹³⁹

Ensuite, l'incitation à l'investissement quant à l'infrastructure à large bande et, plus précisément, l'envol des *New Generation Networks* (NGNs) est un objectif politique avoué de l'UE. L'innovation dans le domaine de l'internet est primordiale tant au niveau de l'infrastructure que des contenus, quand bien même l'enjeu est plus élevé quant à l'investissement relatif à l'infrastructure, particulièrement en comparaison avec certains types de contenus et de services.¹⁴⁰

De la même manière, beaucoup d'innovations ont eu lieu au niveau des contenus. Le libre accès aux réseaux à large bande est très répandu, même s'il faut prendre en considération les conditions de l'évolution du marché. Il est peu probable que tous les usages bénéfiques de l'internet soient couverts par l'innovation mise en place par les FAIs eux-mêmes, au niveau des contenus.¹⁴¹

Maniadaki insiste, par la suite, sur l'approche « centrée sur les effets » et « orientée vers le consommateur » du droit de la concurrence de l'UE : le préjudice doit être apprécié en fonction de l'attitude individuelle concernée et selon ses effets sur la concurrence et les consommateurs. A ce propos, les autres textes législatifs ou réglementaires devraient être pris en considération. A cet égard, il faut accorder de l'importance aux principes qui sous-tendent la réglementation. Par exemple, la directive-cadre n'a pas apporté de réponse définitive quant à l'importance à accorder aux effets concurrentiels de la NI et de sa violation sur les marchés de transmission et de contenu. Seul un mécanisme basé sur une méthode casuistique y est inscrit. Si une autorité a imposé une interdiction de blocage selon cette réglementation, cela pourrait être pertinent pour une enquête en droit de la concurrence mais il est nécessaire, pour Maniadaki, de considérer le champ d'application d'une telle obligation (si l'ARN a imposé une obligation peu contraignante, cela peut être pertinent) et sa raison d'être sous-jacente (étant donné que les objectifs non-concurrentiels ont peut-être été d'une importance plus grande pour l'ARN quand elle a imposé une obligation en vertu de la directive-cadre).¹⁴²

D'autres éléments, comme l'existence d'une discrimination ou la résiliation d'un contrat existant, devront être appréciés en fonction des circonstances propres à chaque cas.¹⁴³

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 255 ; B. van Schewick, *op. cit.*, p. 385.

¹⁴² K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 256.

¹⁴³ *Ibid.*

Enfin, l'évaluation devra inclure les conditions relatives à l'acceptation de l'« *efficiency defense* » (un moyen de défense basé sur les « gains d'efficacité » issu de la documentation d'orientation la Commission de 2008). Ces conditions permettent à une entreprise en position dominante de justifier un comportement qui conduit au verrouillage du marché sur la base de gains d'efficacité qui sont suffisants pour garantir qu'aucun préjudice *net* pour les consommateurs n'est susceptible d'être causé par une pratique d'éviction. Ces conditions, proviennent de la jurisprudence relative à l'article 101 (3), sont au nombre de quatre et devront être remplies (avec un degré de probabilité suffisant).¹⁴⁴ Maniadaki pense donc qu'il serait compliqué de justifier une pratique qui restreindrait toute la concurrence sur base de ce moyen de défense, comme par exemple le blocage de tous les services VoIP sur un réseau internet mobile.¹⁴⁵

Les conditions liées au caractère *indispensable* du comportement visant à obtenir les gains d'efficacité souhaités seront, en effet, compliqués à rencontrer selon les circonstances. Un seuil élevé concernant la validité des gains d'efficacité est en place dans l'appréciation du caractère indispensable. En effet, l'arrêt *Oscar Bronner* exige qu'« *il ne soit pas économiquement rentable de créer un second système de portage à domicile pour la distribution de quotidiens ayant un tirage comparable à celui des quotidiens distribués par le système existant* ». ¹⁴⁶ Le blocage est probablement la restriction la plus drastique qu'un FAI peut mettre en œuvre. La définition du marché en amont et le pouvoir du FAI sur ce marché seront déterminants. Plus la part de marché de l'entreprise dominante est grande, plus la concurrence risque d'être éliminée.¹⁴⁷

Dès lors, comme Larouche l'explique, pour qu'une pratique de refus de fournir viole l'article 102 du TFUE, il faudrait que les « circonstances exceptionnelles » des cas *Microsoft I* et *Oscar Bronner* soient rencontrés : le caractère indispensable du comportement, l'élimination de la concurrence sur le marché en aval et une absence de justification.¹⁴⁸

¹⁴⁴ (i) Les gains d'efficacité sont le résultat du comportement considéré; (ii) le comportement est indispensable à la réalisation de ces gains d'efficacité : c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'autres pratiques moins anticoncurrentielles que le comportement considéré qui permettraient de produire les mêmes gains d'efficacité ; (iii) les gains d'efficacité l'emportent sur les effets préjudiciables probables sur la concurrence et le bien-être des consommateurs ; et (iv) le comportement n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle.

¹⁴⁵ K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 256.

¹⁴⁶ CJUE, Arrêt du 26 novembre 1998, Affaire C-7/97, *Bronner* [1998] ECR I-7791.

¹⁴⁷ K. Maniadaki, *op. cit.*, p. 256.

¹⁴⁸ P. Larouche, *op. cit.*, pp 83-84.

CONCLUSION

La NI est un concept protéiforme, tant il renferme de nombreux principes. Ce concept a pour finalité que toutes les communications électroniques transitant par un réseau soient traitées de manière égale, indépendamment de leur contenu, de leur application, du service, de l'équipement, de l'adresse de l'expéditeur et de l'adresse du destinataire. Ces deux derniers points signifient que le traitement doit être indépendant de l'utilisateur final, ainsi que du contenu et du fournisseur de services en ligne.

En 2002, l'UE a adopté un cadre réglementaire relatif au marché des télécommunications. Le Règlement « Continent connecté » de 2015 vise à protéger le principe de neutralité de l'internet, mais de manière moins drastique qu'aux Etats-Unis, où les pratiques de *zero rating* sont désormais totalement interdites.

Le droit de la concurrence de l'UE a un rôle à jouer au sein de ce cadre réglementaire et en complément de celui-ci, même s'il paraît indispensable de le moderniser.

Il permet tout de même, à l'heure actuelle, de protéger les consommateurs et de prendre en compte les innovations dans le domaine de l'internet.

Aux Etats-Unis, le débat sur la neutralité du net est plus ancien qu'en Europe. En effet, la FCC a adopté, dès 2004, une déclaration visant à protéger la NI et tente de réguler la matière depuis 2010. Depuis 2015, l'*Open Internet Order* permet de garantir l'accès à un internet ouvert.

Le droit de la concurrence américain, suite à la jurisprudence *Trinko*, a un rôle beaucoup plus réduit dans le domaine de la NI que le droit de la concurrence de l'UE.

Cependant, le nouveau directeur de la FCC, Ajit Pai, est un farouche opposant à la NI. Il affirme que l'internet ne doit pas être considéré comme un service d'utilité publique et il souhaite assouplir les règles qui encadrent les pratiques des FAI.

Aji Pai estime, en outre, que les pouvoirs de la FTC ont été usurpés par la FCC.

Le Congrès américain a déjà abrogé fin mars, avant même son entrée en vigueur, un texte réglementaire de la FCC qui visait à interdire aux FAI de vendre des données personnelles de leurs clients à des tiers sans leur consentement.

Le droit de la concurrence américain redeviendra donc peut-être un acteur de premier plan pour sauvegarder les droits des différents acteurs sur internet. Pour ce faire, il serait utile de l'adapter afin de tenir compte de l'évolution de la société.

En tout état de cause, je pense qu'il est nécessaire que le droit de la concurrence soit suppléé par une réglementation *ex ante*. A mon sens, celle-ci doit être interprétée à la lumière du droit de la concurrence afin que le système demeure cohérent et efficace.

Enfin, il me semble que la neutralité de l'internet n'est pas une absolue nécessité à tous points de vue. Il est juste indispensable que tout-un-chacun puisse utiliser l'internet selon ses propres besoins.

Pour conclure, en Europe, comme aux Etats-Unis, l'évolution d'internet impliquera également une évolution du cadre légal, tout en préservant le principe de NI.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

- Akman, P., *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Oxford: Hart Publishing, 2012.
- Alexiadis, P., *EU Net Neutrality Policy and The Mobile Sector: The Need for Competition Law Standards*, 2016.
- Becker, G. S., Carlton, D. W., et Sider, H. S., "Net Neutrality and Consumer Welfare." *Journal of Competition Law & Economics*, 6(3): 497-519, 2010.
- Belli, L. et Marsden, C., Not Neutrality but 'Open Internet' à l'Européenne. LSE Media Policy Blog, 2015, sur <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2015/10/29/not-neutrality-but-open-internet-a-la-europeenne/>.
- Cave, M. et Crocioni, P., "Net Neutrality in Europe." *Communications & Convergence Review*, 3(1): 57-70, 2011.
- Choi, J. P. et Kim, B., *Net Neutrality and Investment Incentives*, RAND Journal of Economics, 41 :3, automne 2010.
- Comstock, E. W., What is net neutrality?, 2006, *disponible sur* <http://www.comptel.org/content.asp?contentid=658>.
- Curien, N., et Maxwell, W., *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011.
- Farber, D., Katz, M. L., Faulhaber, G., et Yoo, C. S., 2007. "Hold Off on Network Neutrality." *Washington Post*. January 19. Disponible sur <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2007/01/18/AR2007011801508.html>.
- Ford, G. S., Kroutsky, T. M. et Spiwak, L. J., Network Neutrality and Industry Structure, Phoenix Centre Policy Paper No. 24, printemps 2006, disponible sur ssrn.com.
- Hahn, R., Litan, R., et Singer, H. G., "Addressing the Next Wave of Internet Regulation: Toward a Workable Principle for Nondiscrimination." *Regulation & Governance*, 4(3): 365-382, 2010.
- Herman, B. D., *Opening Bottlenecks: On Behalf of Mandated Network Neutrality*, 59 Fed. Comm. L.J. 107, 118, 2007.
- Hovenkamp, H., *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* 3rd ed. Vol. XI. New York, NY: Aspen Publishers, 2011.
- Larouche, P., *Five Neglected Issues About Network Neutrality*, 2012, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2234608>.

Lee R. S., et Wu, T., *Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing and Net Neutrality*, Journal of Economic Perspectives, 23:3, été 2009.

Lemley, M. A. et Lessig, L., *The End of the End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, UC Berkeley Law & Econ Research Paper No. 2000-19, 2000 ; Stanford Law & Economics Olin Working Paper No. 207 ; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 37, disponible sur www.ssrn.com.

Lessig, L., et Wu, T., *Ex part Submission in VS Docket*, No. 02-52m, août 2003.

Lipsky Jr., A. B., et Sidak, J. G., *Essential Facilities*, 51 Stan. L. Rev. 1187, 1999.

Lovdhal-Gormsen, L., *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Maniadaki, K., *EU Competition Law, Regulation and the Internet. The Case of Net Neutrality*, Wolters Kluwer, 2015.

Marsden, C., Commissioner Kroes can Skype her grandchildren's mobiles in retirement? LSE Media Policy Blog, 4 April, 2014 at <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2014/04/04/will-commissioner-kroes-be-able-to-skype-hergrandchildrens-mobiles-in-retirement/>.

Martínez, J. P., (Ed.), *Net Neutrality: Contributions to the Debate*.

Monti, G., *Article 81 and Public Policy*, Common Market Law Review, 39, 2002.

Mouron, P., Nouvelles précisions européennes sur la neutralité du net : Observations sur les lignes directrices de l'ORECE pour la mise en œuvre des règles européennes relatives à la neutralité du net, 30 août 2016. Revue européenne des médias et du numérique, IREC, 2016.

Odudu, O., *The Boundaries of EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

Ohlhausen, H. M. K., Antitrust over net neutrality: why we should take competition in broadband seriously, *Colo. Tech. L.J.*, Vol. 15.1, 2016.

Petit, N., "Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf", 29 avril 2015, SSRN Academic Papers portal.

Public knowledge, principles for an open broadband future: a public knowledge white paper, 2005, disponible à <http://www.publicknowledge.org/pdf/open-broadband-future.pdf>.

Schafer, V., et Le Crosnier, H., *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Editions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010.

Sidak, J. G., A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet, *2 Journal of Competition Law and Economics*, 2006.

Sidak, J. G., et Teece, D. J., "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*, 6(3): 521-594.

Tourette, A., Responsabilité civile et neutralité de l'internet. Essai de conciliation. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2015, disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-01424230/document>.

Townely, C., *Article 81 and Public Policy*, London: Hart, 2009

Van Schewik, B., Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like, *Forthcoming, Stanford Law Review, Volume 67, Issue 1*, 2015.

Van Schewik, B., *Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation*, *Journal on Telecommunications and High-Tech law*, 5, 2007.

Wu, T., « *Network Neutrality, Broadband Discrimination* », *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, 2003.

Wu, T., « *Network Neutrality, Broadband Discrimination* », 2 *J. On Telecomm. & High Tech. L.* 141, 151, 2005.

Yemini, M., *Mandated Network Neutrality and the First Amendment : Lessons from Turner and a New Approach*, *Virginia Journal of Law and Technology*, 13:1, 2008.

Yoo, C. S., Network Neutrality and the Economics of Congestion, *Georgetown Law Journal*, 94, 2006.

Yoo, C. S., "What Can Antitrust Contribute to the Network Neutrality Debate?", *International Journal of Communication*, 1: 493-530, 2007.

Décisions de la Commission en application du droit de la concurrence

Commission Decision in *Intel* – Commission Decision C (2009) 3726 final of 13 May 2009 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (COMP /C-3/37.990).

Commission Decision in *Microsoft I* – Commission Decision C (2004) 900 of 24 March 2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP /C-3/37.792 – *Microsoft*), [2007].

Jurisprudence

CJUE

CJUE, Arrêt du 3 juillet 1991, Affaire C-62/86, *AKZO*.

CJUE, Arrêt du 26 novembre 1998, Affaire C-7/97, *Oscar Bronner*.

CJUE, Arrêt du 27 mars 2012, Affaire C-209/10, *Post Danmark*.

CJUE, Arrêt du 6 octobre 1994, Affaire T-83/91, *Tetra Pack v. Commission*, [1994] ECR II-762.

CJUE, Arrêt du 14 février 1978, Affaire C-27/76, *United Brands v. Commission*.

CJUE, Arrêt du 14 octobre 2010, Affaire C-280/08, *Deutsche Telekom AG v. European Commission*.

CJUE, Arrêt du 2 avril 2009, Affaire C-202/07, *France Télécom SA v. Commission of the European Communities*

Etats-Unis

US Supreme Court in *Trinko* – Supreme Court of the United States, *Verizon Comm'ns, Inc? v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), 13 January 2004, 6, 245.

US Supreme Court in *Brand X* – Supreme Court of the United States, *National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967 (2005), 27 June 2005, 2.

US Court of Appeals for the Columbia District Court in *Verizon v. FCC* – United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Verizon v. FCC*, No. 11-1355, 15 January 2014.

Législation européenne

Droit dérivé

Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »).

Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »).

Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information.

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »).

Règlement n° 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil en date du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la Directive

2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le Règlement (UE) no 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union.

Traités

Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Législation américaine

Sherman Antitrust Act (Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1–7).

Federal Trade Commission Act of 1914.

Rapports d'Autorités nationales et internationales et de l'ORECE

Etats-Unis

Broadband Connectivity Competition Policy: FTC Staff Report June 2007.

France

La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique, Rapport du Gouvernement au Parlement, juillet 2010, n° 2.3.1.

OCDE

Rapport de l'OCDE, 2013.

ORECE

BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules, disponible sur <http://berec.europa.eu/>.

Rapports, Documents, Recommandations et Lignes directrices d'Institutions européennes

Commission européenne

Commission Guidelines on Article 101(3) (2004) – Communication from the Commission – Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty, [2004].

Commission Staff Working Document on Media pluralism in the Member States of the EU, 2007.

2008 Guidance – Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, [2009].

Recommandation de la Commission de 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électronique.

