



I-2.6 : EXISTE-T-IL UN PRINCIPE JURIDIQUE DE NEUTRALITE DE L'INTERNET ?

Lucien Rapp

*Professeur Agrégé des Facultés de Droit
Faculté de droit de l'Université Toulouse1-Capitole
Avocat au Barreau de Paris
Watson, Farley & Williams, LLP*

Le débat sur la neutralité de l'internet¹ se heurte à une difficulté majeure, celle de son statut juridique : s'agit-il d'un « principe juridique » au sens d'une règle de l'ordonnement juridique, ayant une force exécutoire et susceptible d'être opposée aux pratiques discriminatoires d'opérateurs d'infrastructures ?

Autant l'affirmer immédiatement : si l'on exclut le cas des rares pays qui l'ont consacré, - les Pays-Bas en Europe² ou le Chili en dehors de l'Europe³ -, le principe juridique de la neutralité de l'internet n'existe pas à l'heure où ces lignes sont écrites et ne ressort d'aucun texte juridique, national ou international, ni d'aucune jurisprudence.

Dans la quasi-totalité des Etats, la neutralité de l'internet s'inscrit dans un cadre juridique aux contours flous et de portée incertaine. Ici un *Policy Statement* adopté au mois de décembre 2010⁴ par la commission fédérale américaine chargée des communications, la FCC (Federal Communications Commission) ; là des *recommendations* très timides, retenues par son homologue canadien, le CRTC (Conseil de Radiodiffusion et des Télécommunications Canadiennes) dans son *Examen des pratiques de gestion du trafic internet des fournisseurs de services internet* au mois d'octobre 2009⁵ ; ailleurs, des *lignes de conduite* très évasives proposées par le régulateur norvégien, NPT (Norwegian Post and Telecommunications Authority), au mois de février précédent⁶.

Ces textes auraient-ils une valeur juridique contraignante (ce qui est déjà discutable), ils pêcheraient par leur imprécision et l'insuffisance de leur contenu.

Doit-on donc se laisser abuser par l'expression « *principe réglementaire* » que l'on accole régulièrement à la neutralité de l'internet⁷ ? Elle témoigne de l'inconfort de ceux qui l'utilisent, à commencer par la Commission de l'Union européenne⁸. Elle ne signifie rien pour le juriste, sauf à ce qu'il l'interprète littéralement. Elle désignerait alors *un principe juridique*

¹ Notamment ouvert pour l'une des toutes premières fois par Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 2003, Vol.2, p.141

² La loi néerlandaise a été adoptée le 24 juin 2011

³ La loi chilienne a été adoptée le 13 juillet 2010

⁴ FCC News, Press Release December 21, 2010

⁵ Publié le 21 octobre 2009

⁶ Publiées le 24 février 2009, *Network Neutrality Guidelines for Internet Neutrality*, www.ntp.no

⁷ Par exemple, le Rapport d'information des Mmes Corinne Ehrel et Laure de la Raudière déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires économiques (Assemblée nationale) sur la neutralité de l'internet et des réseaux, n°3336

⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, n°COM/2011/0222 du 19 avril 2011 relative à l'internet ouvert et la neutralité d'internet en Europe ; Adde Déclaration de la Commission n°2009/C308/02 du 18 décembre 2009

de valeur réglementaire, ce qui aurait pour conséquence que même consacré par un texte de portée juridique (ce qui n'est pas le cas), le principe de neutralité de l'internet n'aurait au mieux que la force d'un règlement et qu'il pourrait donc faire l'objet de dispositions contraires par la loi ou toute autre norme supérieure, interne ou internationale.

*
* *

Il faut peut-être y voir une fatalité, liée à l'ambiguïté du principe de neutralité lui-même⁹.

Le principe de neutralité n'est pas un inconnu dans de nombreux systèmes juridiques, pas plus qu'il ne l'est en droit européen ou en droit international. A la différence de la neutralité de l'internet, il y a généralement la valeur d'un principe juridique de plein exercice.

En droit interne, on le retrouve par exemple dans des disciplines aussi différentes que le droit commercial (publicité), le droit fiscal (TVA), le droit administratif (fonction publique) ou le droit constitutionnel. Le débat sur la laïcité des institutions, qui s'est à nouveau engagé sous l'influence des mouvements migratoires dans les Etats occidentaux ou de la poussée électorale de partis religieux dans les jeunes démocraties issues du Printemps Arabe, s'articule autour d'un principe constitutionnel de neutralité.

Or, il s'agit bien d'un principe caméléon, puisque dans chacune de ces disciplines juridiques, le principe de laïcité prend des significations différentes, en s'adaptant au contexte. Le principe de neutralité qui sous-tend le mécanisme de la TVA n'est évidemment pas celui que consacrent les juridictions administratives ou judiciaires. Et il n'a rien à voir avec celui que l'on revendique dans l'organisation des institutions politiques ou la protection des droits fondamentaux.

C'est dans l'univers des communications et de leur droit que la signification du principe de neutralité est la plus ambiguë¹⁰. La neutralité y est au moins double : neutralité *technologique* et neutralité *concurrentielle* ; ce qui explique, pour une large part, la confusion actuelle du débat autour de la télévision connectée, confusion à laquelle s'ajoute souvent l'emploi d'une expression pour l'autre.

Enoncé pour l'une des toutes premières fois par la Directive Licence du 10 avril 1997, la neutralité technologique figure à plusieurs reprises dans les directives du Paquet Télécoms de 2002. On le retrouve par exemple dans la Directive Autorisation, où il est recommandé « *la mise en place d'un système d'autorisation couvrant tous les services comparables, quelle que soit la technologie utilisée* » (considérant n°2) et surtout, dans la Directive Cadre du même Paquet de 2002, où il prend une signification légèrement différente : « *les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte du fait que la réglementation technologique soit neutre, c'est-à-dire qu'elle ne soit ni contraignante ni discriminatoire au bénéfice de l'utilisation d'un type particulier de technologie* » (considérant n°18). Ces dispositions sont reprises avec insistance dans la Directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009 (par ex. considérants n°35, 40 et 68). Dans l'esprit de la Directive-Cadre telle que modifiée en 2009, la discrimination peut encore être positive pour rétablir les équilibres ou promouvoir certains services spécifiques.

La neutralité concurrentielle (*competitive neutrality*) est un concept économique, que l'on commence à utiliser en droit de la concurrence. Il apparaît notamment dans les décisions de règlement de litiges d'interconnexion, lorsqu'il s'agit de déterminer le niveau tarifaire du service de terminaison d'appel d'un opérateur intégré verticalement et qui détient le contrôle de l'infrastructure qui permet de le fournir. Le juge s'efforce alors de déterminer le niveau

⁹ Sur le principe de neutralité, voir notamment Vassilios Kondylis, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, LGDJ 1995, Bibliothèque de droit public, Tome 168

¹⁰ Lucien Rapp, *Dialogue de sourds autour du principe de neutralité*, Les Echos 1^{er} mars 2004

tarifaire qui reste compatible avec l'existence d'un marché concurrentiel, d'où l'expression « *neutralité concurrentielle* ». En France, s'il ne semble pas que le Conseil de la concurrence ou l'Autorité de la Concurrence qui lui a succédé en 2009, l'aient encore utilisé, l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART), avant qu'elle ne devienne, en 2005, Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP), y a fait expressément référence dans le communiqué de presse qui accompagne trois décisions rendues le 5 juin 2003.

Et encore ces deux principes de neutralité - technologique et concurrentielle - n'épuisent-ils pas toutes les applications de la neutralité dans le domaine des communications, puisqu'il faut également compter avec l'obligation faite à l'opérateur de communications électroniques de respecter « *le principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis* » pour reprendre les termes de l'article L32-1-5° du Code français des postes et des communications électroniques.

*
* *

La neutralité de l'internet n'est ni cette neutralité juridique-là, ni la neutralité technologique ou concurrentielle précédemment définies. Si c'était le cas, on pourrait assurément lui donner un statut juridique. Elle est d'une autre nature qui interdit d'utiliser l'un de ces trois principes ou même les trois à la fois, pour tenter de lui faire une place dans l'ordonnement juridique.

Dans sa Déclaration précitée et plus encore dans la Communication qu'elle a publiée, le 19 avril 2011¹¹, la Commission a clairement manifesté son embarras sur le terrain juridique. Elle évoque au mieux « *un objectif politique* », « *un engagement* » qu'elle rattache ou s'efforce de rattacher à quelques dispositions réglementaires. Plus encore, elle reconnaît elle-même de manière très significative qu'« *il n'existe pas de définition établie de la neutralité de l'internet* ».

La neutralité de l'internet renvoie, pour elle, à la gestion du trafic internet qui doit demeurer aussi « *raisonnable* » que possible, ce qui la conduit - de manière plus implicite qu'explicite - à rattacher la neutralité de l'internet à trois principes juridiques différents :

- *le principe de liberté de communication* qui postule le droit de tout utilisateur final d'accéder à l'information, en empruntant les infrastructures ou en utilisant les applications et services de son choix (article 8 paragraphe 4 point g de la Directive Cadre 2002/21) ;
- *le principe de transparence* qui est la condition de tout marché libre et concurrentiel et qui justifie par exemple l'énoncé d'exigences minimales en matière de service universel (article 21 de la Directive Service Universel) ou la recherche d'une plus grande fluidité du marché, notamment au cas de changement d'opérateur (article 30 paragraphe 6 de la Directive Service Universel) ;
- *le principe d'égalité* qui s'oppose à toute différence de traitement dans l'accès aux infrastructures et services de communication électronique, singulièrement lorsqu'ils sont publics.

Il n'est pas sûr que la neutralité de l'internet - au moins dans l'esprit de ses promoteurs dans le monde et plus particulièrement aux Etats-Unis¹² - se réduise aux conditions de gestion du trafic. Mais à supposer qu'il en soit ainsi, la question peut être posée de savoir si les principes précités peuvent servir d'assise juridique à la reconnaissance d'un principe de neutralité de l'internet ou encore conduire le juge à en dégager un principe général du droit.

¹¹ Déclaration et Communication précitées, note 7

¹² Notamment, Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, art.précité

*
* *

I. Neutralité de l'internet et liberté de communication

La liberté de communication est généralement reconnue par des textes de valeur solennelle et pour ainsi dire, mythique. Tel est le cas par exemple des dispositions du célèbre Amendement n°1 de la Constitution américaine ou encore de celles de l'article 11 de la Déclaration française des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 qui énoncent en termes significatifs : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ».

La libre communication des pensées et des opinions ne se limite évidemment pas à la presse qui constitue au XVIIIème siècle le seul support d'expression ; elle a vocation à embrasser l'ensemble des moyens de la communication et singulièrement, trois siècles plus tard, ceux des infrastructures du réseau internet.

Le Conseil constitutionnel français ne s'y est pas trompé, qui en a fait une application significative dans sa décision du 10 juin 2009 relative à la loi HADOPI¹³ (considérant n°12) : « *Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* ».

On rappellera qu'en droit français depuis 2004, l'expression « *services de communication au public en ligne* » désigne précisément les services de communication accessibles au moyen du réseau internet.

La neutralité de l'internet se confond-elle avec la liberté d'accéder aux services de communication au public en ligne ?

Rien n'est moins sûr.

La neutralité de l'internet implique le refus de toute discrimination de la part d'un opérateur de réseau dans la source, la destination ou le contenu de l'information transmise¹⁴. La neutralité de l'internet est ainsi une manière de neutralisation de l'infrastructure et par conséquent, de son ou ses opérateur(s) au profit d'une utilisation libre de l'architecture physique et logique du réseau des réseaux.

De fait, la neutralité de l'internet est articulée autour de quatre principes :

- la transmission des données par les opérateurs sans en examiner le contenu (ce qui rappelle le principe de neutralité de l'article L32-1-15° du Code français des postes et des communications électroniques précité) ;
- la transmission des données sans prise en compte de la source ou de la destination des données ;

¹³ Décision n°2009-580 DC

¹⁴ Sur les technologies qui permettent une discrimination à l'accès, voir notamment CISCO *White Paper, Controlling Your Network – A Must for Cable Operators*, 1999

- la transmission des données sans privilégier un protocole de communication ;
- la transmission des données sans en altérer le contenu.

Si la neutralité de l'internet se confond avec ces quatre principes, elle est alors de toute évidence de nature différente de celle de la liberté de communication sur laquelle le Conseil constitutionnel fonde sa décision précitée du 10 juin 2009. Elle est intrinsèquement liée à l'histoire de l'internet et à ses fondements libertaires. Comme l'écrit Lawrence Lessig¹⁵ : « *Que les auteurs du réseau internet aient eu conscience ou non de ce qui naîtrait de leur création, ils l'ont bâtie en fonction d'une certaine philosophie : en un mot, l'idée selon laquelle le réseau lui-même ne serait pas en mesure de réguler son mode de croissance. Ce sont les applications qui le feraient. Tel était l'enjeu d'une structure end-to-end* ».

L'interdiction de pratiques discriminatoires dans l'accès aux infrastructures est évidemment consacrée par de nombreux textes, textes nationaux plus que communautaires¹⁶. C'est bien à l'intervention des Etats que la Commission de l'Union européenne appelle dans sa Déclaration précitée.

La neutralité de l'internet, explique-t-on généralement, est susceptible d'être mise à mal par des pratiques telles que

- le blocage ou la limitation du trafic,
- la réduction de la vitesse du partage de fichiers de poste à poste ou de la lecture vidéo en transit,
- la surtaxation de la fourniture de certains services,
- leur dégradation volontaire,
- le filtrage entre des trafics « sûrs » et des trafics « nuisibles »,
- la différenciation des paquets,
- le routage IP permettant par exemple l'acheminement de paquets par des voies différentes.

Or, ces pratiques sont dénoncées par de nombreuses dispositions du droit interne des Etats. Ce sont, en droit français par exemple, les dispositions

- de la loi relative à la confiance dans l'économie numérique (art.6.17 et art.6.18),
- du Code de la propriété intellectuelle (art.L336-1), ou encore
- de la loi relative aux jeux en ligne (art.61)

Toutes ces dispositions permettent de prévenir ou de faire cesser des atteintes multiples à l'ordre public (lutte contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs), aux droits d'auteur et plus simplement, au régime des offres de paris ou des jeux de hasard. Leur efficacité n'est pas en cause. Elles concourent assurément à consacrer la « neutralité de l'internet ». C'est du reste ce motif commun qui les justifie.

¹⁵ *L'avenir des idées*, 2005

¹⁶ Cormac Callanan, Marco Gercke, Estelle De Marco, Hein Dries-Ziekenheiner, *Internet Blocking Balancing Cybercrime Responses in Democratic Societies*, Milltown Dublin, 2009

Peut-on pour autant en tirer la conclusion que la neutralité de l'internet qu'elles défendent acquiert de ce fait la dimension d'une norme ou d'un principe juridique de plein exercice ?

Dans la décision précitée du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel sanctionne les dispositions de la loi HADOPI parce qu'elle donne des pouvoirs exorbitants à l'autorité administrative. Pour le Conseil, ces dispositions sont susceptibles de porter atteinte au principe de l'article 11 de la Déclaration de l'Homme et du Citoyen. Mais le même Conseil constitutionnel admet dans une décision ultérieure relative à la LOPPSI (Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure)¹⁷ que des dispositions confiant à l'autorité administrative le pouvoir de prononcer des mesures obligatoires de blocage « assurent une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et la liberté de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 » (considérant n°8).

Ainsi, à quelques mois d'intervalle, le Conseil constitutionnel adopte deux positions différentes et presque divergentes sur des dispositions susceptibles d'enfreindre le bloc de constitutionnalité, même s'il est vrai que le motif principal de sa décision relative à la loi LOPPSI 2 tient principalement au fait que la décision de l'administration est contestable devant le juge.

D'où l'on peut dégager deux observations qui ne vont assurément pas en faveur de l'existence d'un principe de la neutralité de l'internet du moins sur le fondement juridique du principe de la liberté de communication :

- le principe de la liberté d'accès aux services de communication au public en ligne est assurément contingent ;
- il peut céder devant l'impératif de sauvegarde de l'ordre public, le Conseil constitutionnel exerçant alors sa vigilance sur la proportionnalité des mesures envisagées à l'objectif poursuivi.

Il y a donc loin de la liberté de communication à la neutralité de l'internet.

*
* *

II. Neutralité de l'internet et principe de transparence

Le principe de transparence offre-t-il l'opportunité d'un fondement juridique à la neutralité de l'internet ?

On peut en douter.

On ne fait pas ici référence aux doctrines économiques relatives au marché ou à la concurrence, mais bien au principe juridique de transparence tel qu'il est reconnu par les textes

Le principe juridique de transparence existe assurément. Il a même dans une large mesure un fondement communautaire depuis l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, le 7 décembre 2000 dans l'affaire *Telaustria Verlags GmbH*¹⁸.

Mais ce principe juridique est très circonscrit.

¹⁷ Décision 2011-625 DC du 10 mars 2011

¹⁸ Aff. C-324/98, AJDA 2001, p.106

- Il n'est aujourd'hui appliqué qu'au seul domaine de la *commande publique*. C'est à propos d'une concession de service que la Cour réagit dans sa décision du 7 décembre 2000. Et si elle étend ultérieurement le champ du principe de transparence, c'est à une convention d'affermage dans un arrêt du 13 octobre 2005¹⁹, puis peu après à l'ensemble des marchés publics, dans sa décision Commission c/ France du 20 octobre 2005²⁰
- Il vise les actes des personnes publiques, notamment ceux des pouvoirs adjudicateurs qui peuvent perturber le jeu normal d'un marché concurrentiel.
- Il est fondé sur le principe de non discrimination à raison de la nationalité, principe inscrit à l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
- Il ne concerne, comme la Cour le rappelle à deux reprises au moins, en 2005 et en 2008, que des conventions transfrontalières, ce qui laisse hors de son périmètre, l'ensemble des conventions et partant, des actes ou des opérations ayant un intérêt national.

Nous sommes ainsi, une fois de plus, assez loin de la neutralité de l'internet.

D'autant plus loin qu'en dépit des dispositions des deux directives du Paquet Telecoms 2009 ou encore de la Déclaration précitée de la Commission sur la neutralité de l'internet, les législations ou réglementations nationales des Etats membres de l'Union européenne se manifestent par une très grande timidité à l'égard de la neutralité de l'internet.

Ne peut-on pas penser que si le principe juridique de transparence avait une signification et une portée particulières s'agissant de la neutralité de l'internet, il serait consacré par tous les textes nationaux et figureraient d'abord dans les directives européennes ?

Or tel n'est pas le cas. Car si l'on veut bien laisser de côté, les Pays-Bas qui sont aujourd'hui le seul pays européen à avoir inscrit la protection de la neutralité des réseaux dans leur législation, le 24 juin 2011 à la faveur d'une loi de transposition du Paquet Telecoms 2009, aucun des autres pays de l'Union européenne n'a consacré la neutralité de l'internet.

Tout au plus peut-on identifier quelques initiatives récentes prises par quelques grands pays de l'Union européenne, mais à ce jour, sans conséquences juridiques :

- En Belgique, le parti socialiste francophone a déposé deux propositions de loi visant à inscrire le principe de neutralité dans la loi et même dans la Constitution. Elles sont demeurées telles et l'on peut aisément comprendre que la crise de gouvernance que traverse la Belgique depuis plus d'une année ne constitue pas un environnement politique très favorable à leur adoption dans un futur proche.
- En France, l'ARCEP s'est saisie de la neutralité de l'internet dès le mois de septembre 2009 pour engager une réflexion d'abord interne, puis publique avec un colloque international organisé au mois d'avril 2010. Un rapport du Gouvernement au parlement a été publié le 16 juillet 2010. Il énumère (pages 35 et suivantes) une série d'évolutions à apporter au cadre juridique, qui ne sont pour autant des bouleversements profonds des règles existantes. Le Rapport d'information déposé le 13 avril 2011 par Mmes Corinne Erhel et Laure de la Raudière est plus ambitieux, même si ces conclusions sur le plan juridique restent très modérées : la consécration de la neutralité de l'internet n'y est suggérée que comme « *un objectif politique* »,

¹⁹ Aff. C-458/03

²⁰ Aff. C-264/03

permettant de donner au pouvoir réglementaire les moyens d'imposer des obligations pour le promouvoir.

- En Italie, une proposition de loi relative à la régulation de l'internet, déposée au mois de mars 2009, n'a toujours pas été adoptée. Pourtant, elle prévoit d'interdire tout type de discrimination.
- En Norvège, des « principes » ont été adoptés par le régulateur sectoriel pour promouvoir la neutralité de l'internet comme on le rappelait plus haut. Ils semblent avoir été bien accueillis, mais ils ne s'analysent au mieux que comme des *lignes directrices* sans portée juridique véritable.

Comment dans ces conditions, pourrait-on sérieusement conclure à l'existence d'un principe de neutralité de l'internet, fondé sur le principe communautaire de transparence ?

*
* *

III. Neutralité de l'internet et principe d'égalité

La neutralité de l'internet est-elle, dès lors, l'une des nombreuses déclinaisons du principe d'égalité ? Lui est-elle seulement rattachable de telle sorte qu'en se rapprochant du principe d'égalité, elle prendrait un peu de sa force juridique de principe fondateur de nombreux systèmes de règles ?

L'idée est loin d'être saugrenue. La neutralité de l'internet, c'est, avons-nous fait observer plus haut, le refus de la discrimination dans l'accès à l'infrastructure, dans l'acheminement des données ou dans le choix de leur destinataire. Or le refus de la discrimination, c'est précisément le principe d'égalité dont le système juridique français fournit sans nul doute l'une des formes les plus abouties.

En France, le principe d'égalité trouve son fondement juridique dans plusieurs dispositions de nature ou de valeur constitutionnelles, à commencer par celles de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 et celles de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

Relisons ces textes tant ils sont explicites :

Article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 :

La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.

Article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen :

La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics,

selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

A ce jour, le principe d'égalité a fait l'objet d'une centaine de décisions du Conseil Constitutionnel, toutes convergentes et qui le consacrent comme un principe de valeur constitutionnelle permettant au Conseil d'en vérifier le respect par les dispositions qui lui sont déférées. Or, l'analyse de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, montre que, pour lui, le principe d'égalité postule un traitement juridique non discriminatoire de personnes physiques ou morales se trouvant dans des situations identiques, qu'ils soient par exemple des utilisateurs d'infrastructures.

Mais il permet en revanche au législateur ou à l'autorité réglementaire d'autoriser l'opérateur à traiter de manière différente des personnes physiques ou morales, se trouvant dans une situation différente pour autant que cette différence de traitement juridique soit justifiée par la finalité que le texte qui autorise ces discriminations poursuit.

Qu'il suffise de relire le considérant n°13 d'une décision du 10 juin 2004²¹ : « *Considérant que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes, dès lors que cette différence de traitement est en rapport direct avec la finalité de la loi qui l'établit* ».

Le principe d'égalité est d'autant plus intéressant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, qu'il est beaucoup plus subtil qu'il ne paraît.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel admet régulièrement qu'une différence de situation - par exemple entre deux sources d'énergie - peut justifier une différence de traitement Il le fait par exemple dans cette décision du 7 juillet 2005²² dont les considérants n°15 à 17 sont très explicites : « *Considérant que, selon les requérants, en subordonnant l'obligation d'achat prévue à l'article 10 de la loi du 10 février 2000 à l'implantation de l'équipement dans une zone de développement de l'éolien, les dispositions critiquées rompent l'égalité entre producteurs d'énergie renouvelable au détriment des producteurs d'énergie éolienne ; Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; Considérant qu'eu égard aux caractéristiques et à l'impact sur l'environnement des installations qu'ils utilisent, les producteurs d'énergie éolienne se trouvent dans une situation différente de celle des autres producteurs d'énergie ; que, par suite, le principe d'égalité n'est pas méconnu par l'article 37 de la loi déférée* ».

Mais dans le même temps, le même Conseil Constitutionnel n'omet pas d'observer qu'une différence de situation n'impose pas au législateur de procéder à un traitement différent des personnes concernées. Dans une décision du 29 décembre 2003 relative à la loi de finance pour 2004²³, il développe cet argument de la manière suivante (considérant n°37) : « *Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* ».

²¹ Décision n°2004-496 DC

²² Décision n°2005-516 DC

²³ Décision n°2003-489 DC

Or, rien - aucun argument juridiquement sérieux, aucun motif politiquement objectif - ne vient justifier l'obligation qui serait faite au législateur d'imposer aux opérateurs d'infrastructures un traitement égal de tous leurs clients ; pas plus qu'un argument juridique ou un motif politique ne justifieraient l'obligation qui leur serait faite en sens inverse d'un traitement différencié.

Faut-il rappeler que le Conseil constitutionnel se situe bien au-delà de ce débat et qu'il veille seulement à ce que la différence de traitement soit proportionnée au regard de la différence de situation. Dans sa décision précitée relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique²⁴ (considérants n°13 et 14), il exprime sa doctrine de manière en quelque sorte définitive : « *Considérant que, par elle-même, la prise en compte de différences dans les conditions d'accessibilité d'un message dans le temps, selon qu'il est publié sur un support papier ou qu'il est disponible sur un support informatique, n'est pas contraire au principe d'égalité ; que, toutefois, la différence de régime instaurée, en matière de droit de réponse et de prescription, par les dispositions critiquées dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique* ».

Dans ces conditions, il semble très difficile de dégager du principe d'égalité, un principe de neutralité de l'internet, sauf à ce que le législateur décide souverainement de consacrer ce dernier et que le Conseil constitutionnel éventuellement saisi de la conformité à la Constitution du texte voté par le Parlement confirme que le principe ainsi reconnu ne dépasse pas manifestement ce qui serait nécessaire pour assurer l'accessibilité des utilisateurs au réseau internet.

*
* *

IV. Neutralité de l'internet et principe général du droit

Il faut se rendre à l'évidence de la difficulté de rattacher le principe de neutralité de l'internet à un autre principe juridique de plein exercice. Et cela peut expliquer que l'on ne cesse de parler le concernant, en Europe tout au moins, que d'un « *objectif politique* »²⁵ que les gouvernements devraient atteindre.

Il reste toutefois une dernière possibilité qu'il faut explorer, celle d'un *principe général du droit* que les juges pourraient finir par consacrer, même sans texte²⁶. Si les esprits ne sont pas encore mûrs, ne peut-on pas imaginer qu'ils le deviennent un jour ? Et qui sait, peut-être un jour prochain ?

Le droit français comme celui de autres pays européens connaissent cette éventualité et reconnaissent aux juges le droit de consacrer des principes généraux du droit. Un observateur très attentif de la jurisprudence administrative en France²⁷ a parfaitement décrit ce processus : « *Le juge a la préoccupation de consacrer des principes qui soient en accord avec l'état général et l'esprit de la législation. (Il) va chercher son inspiration dans des dispositions législatives particulières mais convergentes (...). Il est également sensible aux exigences de la conscience juridique du temps et à celles du droit* ».

²⁴ Décision 2004-496 DC

²⁵ Communication précitée de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, n°COM/2011/0222 du 19 avril 2011

²⁶ Depuis l'arrêt *Aramu*, CE Ass. 26 octobre 1945, Rec. p.213

²⁷ René Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, n°122 et s.

Ne peut-on pas concevoir qu'à défaut de dispositions législatives particulières et convergentes, les juges nationaux européens et sans doute un jour, la Cour de Justice de l'Union européenne elle-même ne finissent pas être accessibles à l'exigence de la neutralité de l'internet et n'installent un véritable principe général qui s'imposerait à tous ?

Il faudrait pour cela qu'ils surmontent trois obstacles majeurs :

- l'exigence de neutralité de l'internet a beau être partagée par un grand nombre d'individus, elle n'a pas aujourd'hui de contenu identifié et reste un concept protéiforme sans architecture réelle. Dans leur rapport d'information précité, MMmes Erhel et de la Raudière en sont à ce point conscientes qu'elles proposent en préalable à la consécration d'un objectif politique, ce qu'elles appellent « *une bonne définition* »²⁸. Il s'agit même de leur proposition n°1, justifiées par la triple préoccupation qu'elles expriment, d'« *envoyer un signal politique clair* », de « *répondre à l'insuffisance du droit en vigueur* » et de « *s'appuyer sur une bonne définition* »²⁹
- La consécration d'un principe de neutralité de l'internet impliquerait nécessairement l'identification de modalités très différenciées jusqu'à la subtilité. Car s'il l'on perçoit l'utilité du principe du point de vue du consommateur, il faut aussi que ce principe puisse composer avec les nécessités du déploiement ou de l'exploitation d'une infrastructure. C'est tout le sens de la décision rendue par la Cour d'appel de District de Columbia, le 6 avril 2010 dans l'affaire Comcast Corp versus FCC³⁰. On rappellera que la FCC avait adopté de nouveaux principes pour promouvoir l'accessibilité des infrastructures du réseau internet et garantir leur libre accès³¹. La Cour d'appel y conclut de manière très significative, en livrant implicitement son embarras : « *Yet notwithstanding the difficult regulatory problem of rapid technology change posed by the communication industry, the allowance of wide latitude in the exercise of delegated powers is not the equivalent of untrammelled freedom to regulate activities over which the statute fails to confer* »³².
- Enfin, la neutralité de l'internet soulève la question de l'utilité de sa reconnaissance en qualité de principe, qui reste posée³³. Qu'apporterait cette reconnaissance si ce n'est la sanctuarisation du régime des infrastructures et des applications ? Le remède ne serait-il pas pire que le mal ? Pourquoi reconnaître la neutralité de l'internet en tant que principe juridique et ne pas le faire, du droit de tout opérateur investissant dans l'infrastructure, d'obtenir une juste contrepartie de l'usage par des tiers utilisateurs intermédiaires ou même finals de ses infrastructures ? A l'heure de l'interconnexion

²⁸ Rapport d'information précité, p.68

²⁹ La définition proposée est la suivante : « (i). *la capacité pour les utilisateurs d'internet, (ii) d'envoyer et de recevoir le contenu de leur choix, d'utiliser les services ou de faire fonctionner les applications de leur choix, de connecter le matériel et d'utiliser les programmes de leur choix dès lors qu'ils ne nuisent pas au réseau, (iii). avec une qualité de service transparente, suffisante et non discriminatoire, (iv). et sous réserve des obligations prononcées à l'issue d'une procédure judiciaire et des mesures nécessitées par des raisons de sécurité et des situations de congestion non prévisibles »*

³⁰ United States Court of Appeal, District of Columbia Circuit, 6 April 2010, n°08-1291 *Comcast Corp. versus FCC NNBC Universal et al.*

³¹ Press Release, August 5, 2005 : *FCC Adopts Policy Statement. New Principles Preserve and Promote the Open and Interconnected Nature of Public Internet.* Suivi d'une FCC Notice of Proposed Rulemaking en date du 22 octobre 2009

³² Cette décision n'a toutefois pas entamé la détermination de la FCC. Voir notamment www.voices.washingtonpost.com, 13 September 2011, « *FCC's Net Neutrality Rules to Trigger Legal Hill Challenge* ».

³³ Voir notamment l'interview de Mr Jean-Ludovic Silicani, Président de l'ARCEP, in Les Cahiers de l'ARCEP, n°3 août-septembre-octobre 2010, dossier : *La neutralité de l'internet*, p.1

mondiale des réseaux de communications électroniques, ne serait-ce pas ouvrir nos infrastructures à celles de concurrents de nos opérateurs, qui en profiteraient assurément, en conservant l'intelligence des réseaux et évidemment les contenus des données qu'ils acheminent sur leur propre territoire ? Et que seraient cette Europe ou ces nations européennes, qui en neutralisant pour des raisons de principe, le régime de leurs infrastructures, livrerait leurs opérateurs, aux stratégies agressives de leurs concurrents, venus des autres continents ?³⁴

Il y a là quelques questions majeures qui demeurent posées et qui pourraient retenir le juge de reconnaître l'existence d'un principe général de la neutralité de l'internet, les juridictions ne reconnaissant en règle générale, comme principes généraux du droit que des principes évidents et qui ne soulèvent pas de difficultés majeures. Comme l'observe le rapporteur public, Nathalie Escaut dans ses conclusions sous l'arrêt Jean Bouin³⁵, à propos d'un principe général de transparence applicable aux occupations du domaine public, après une démonstration du même type que celle qui précède : « *La question de la transparence de l'attribution des conventions d'occupation du domaine public nous paraît en réalité relever de la responsabilité du seul législateur : elle a besoin à la fois d'une décision politique et d'une organisation textuelle précise* ».

Ce sont les mêmes mots qui peuvent conclure la présente étude. La question de la neutralité de l'internet « *(nous) paraît en réalité relever de la responsabilité du seul législateur : elle a besoin à la fois d'une décision politique et d'une organisation textuelle précise* », confirmant par là-même qu'à défaut de principe de neutralité, c'est, pour le moment et dans la quasi-totalité des Etats, la neutralité d'un prétendu principe qu'il faut retenir.

Lucien Rapp

³⁴ Sue l'ensemble de ces éléments voir notamment Lucien Rapp, « *Distribution en réseau et réseaux de distribution : l'infrastructure peut-elle être durablement neutre ?* » LDI n°33, décembre 2007, p.70

³⁵ CE section 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, req. n°338272 et 338527, BJCP, n°74, p.36 et suivantes.