



Avis juridique – Neutralité du Net consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne : quelles implications sur le trafic gratuit ?



De gauche à droite, Sacha Bettach, et Mélanie Erber



Dans une décision du 15 septembre 2020, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a interprété le règlement qui consacre le principe de la neutralité du net, garantissant l'égalité de traitement de tous les flux de données sur Internet. La Cour a énoncé qu'au regard des exigences de protection des droits des utilisateurs d'Internet et de traitement non-discriminatoire du trafic, un fournisseur d'accès ne peut privilégier certaines applications ou services au moyen d'offres les faisant bénéficier d'un « tarif nul » et soumettant l'utilisation des autres à des mesures de blocage ou de ralentissement. Quelle est la portée de cette décision ? Les réponses de Mélanie Erber, Avocat associé, et Sacha Bettach, Avocat, chez Coblence avocats pour les lecteurs de Solutions Numériques.

Le 15 septembre 2020, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) [1] , saisie à titre préjudiciel par la Cour de Budapest [2] , a rendu pour la première fois une décision qui consacre le principe de neutralité du net, édicté par le Règlement 2015/2120 du 25 novembre 2015 (le Règlement) [3] .

En l'espèce, un fournisseur d'accès hongrois proposait des offres d'accès préférentielles à internet. Ces offres avaient la particularité de pratiquer le « zéro rating » (tarif nul).

Plus précisément, la pratique du fournisseur consistait, à travers ces offres, à ne pas décompter le trafic de données généré par certaines applications comme Facebook, Instagram, Whatsapp, Apple Music etc, – même après épuisement du forfait -, et à ne pas en bloquer ou ralentir l'accès, et ce, alors que, pour les autres applications, le trafic était décompté et elles étaient soumises à des mesures de blocage ou de ralentissement. Les abonnés se voyaient donc libres d'utiliser gratuitement et de façon illimitée une partie de leurs applications alors que l'utilisation de l'autre partie était bloquée ou ralentie.

Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE a donc été amenée à interpréter l'article 3 du Règlement afin de vérifier la conformité des offres groupées du fournisseur d'accès à internet au moyen d'accords conclus avec des utilisateurs.

L'interprétation de l'article 3 du Règlement 2015/2120 par la CJUE

Depuis le 25 novembre 2015, le Règlement établit des règles communes pour tous les Etats Membres afin de garantir un traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à internet et les droits correspondants des utilisateurs.

En particulier, l'article 3§2 prévoit que les accords entre fournisseurs d'accès et utilisateurs ne peuvent limiter l'exercice des droits des utilisateurs tels que le droit d'accès aux informations et aux contenus, le droit de les diffuser etc.

A l'aune de ces dispositions, dans sa décision du 15 septembre 2020, la CJUE a estimé que la conclusion d'accords par lesquels des consommateurs souscrivent à des offres groupées combinant un tarif nul pour certaines applications phares et des mesures de blocage ou de ralentissement du trafic pour d'autres applications est susceptible de limiter l'exercice de leurs droits.

Dans un second temps, la CJUE s'est penchée sur l'interprétation du §3 de ce même article qui dispose que le trafic doit être traité par les fournisseurs de services de façon égale et sans discrimination. L'article 3§3 précise que des mesures raisonnables de gestion du trafic peuvent être mises en œuvre, à condition

[Visualiser l'article](#)

qu'elles soient transparentes, non discriminatoires, proportionnées et non fondées sur des considérations commerciales mais sur des différences objectives entre les exigences techniques.

Cette exigence a été rappelée par la CJUE qui a considéré que les offres groupées proposant des mesures de ralentissement ou de blocage du trafic, dans la mesure où elles sont motivées sur des considérations commerciales et non sur des exigences techniques sont incompatibles avec les dispositions de l'article 3§3 du Règlement.

« La CJUE a estimé que la conclusion d'accords par lesquels des consommateurs souscrivent à des offres groupées combinant un tarif nul pour certaines applications phares et des mesures de blocage ou de ralentissement du trafic pour d'autres applications est susceptible de limiter l'exercice de leurs droits. »

Une position ferme de la CJUE

Aux termes de sa décision, la CJUE a sanctionné le fournisseur d'accès hongrois et la pratique de son forfait au tarif nul. En effet, elle a retenu que ces offres groupées étaient de nature à amplifier l'utilisation des applications et des services privilégiés, et corrélativement, à raréfier l'utilisation des autres applications et services disponibles, dans la mesure où le fournisseur de services d'accès à internet rend cette dernière utilisation techniquement plus difficile voire impossible.

Par cette prise de position, la CJUE entend donc mettre fin aux pratiques de « trafic gratuit » ou « zero rating » consistant à fournir un accès à internet sans frais, par exemple comme en l'espèce en privilégiant l'accès à certaines applications, même après épuisement du forfait.

Pour cause, ces pratiques ont pour conséquence de fausser le jeu de la concurrence sur le marché et de contrevenir aux principes directeurs de liberté d'accès à internet. A l'instar du Conseil Constitutionnel [4] en France qui avait déjà érigé en principe le droit d'accès à internet, c'est sous une autre forme que la CJUE vient aujourd'hui confirmer les apports du Règlement à l'échelle de l'Union Européenne.

« La CJUE entend donc mettre fin aux pratiques de « trafic gratuit » ou « zero rating » consistant à fournir un accès à internet sans frais, par exemple comme en l'espèce en privilégiant l'accès à certaines applications, même après épuisement du forfait. »

Une portée prometteuse pour cet arrêt

Cet arrêt de la CJUE à l'avantage de limiter les pratiques visant à instaurer un contrôle du trafic des internautes par les fournisseurs d'accès et/ou par les applications proposées gratuitement. Si des mesures de navigation gratuites étaient autorisées pour certaines applications comme en l'espèce, l'utilisation de ces dernières serait donc favorisée par les utilisateurs dont le choix serait alors vicié par des contraintes d'ordre financier édictées par les leaders du secteur.

Au demeurant, l'arrêt laisse le flou sur la validité d'une pratique de trafic gratuit qui ne serait pas conjointe à une limitation du trafic pour d'autres applications. En effet, on pourrait se poser la question de savoir quelle serait la position de la CJUE vis-à-vis d'un fournisseur d'accès à internet qui proposerait un accès gratuit et illimité à toutes ses applications. Si un tel modèle économique semble peu rentable, il n'en demeure pas moins que d'un point de vue légal, aucune discrimination ne serait opérée entre les différentes applications et services. La pratique pourrait donc s'avérer conforme au Règlement.

[1] Arrêt du 15 septembre 2020 dans les affaires jointes C-807/18 et C-39/19 Presse et Information Telenor Magyarország Zrt./Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöksége



[2] Cour de Budapest-Capitale, Hongrie

[3] Règlement (UE) 2015/2120 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

[4] Sur la première loi HADOPI, décision 2009-580 DC, 10 juin 2009