

Garantie de la neutralité du net: Nouvelle composante des libertés de communication?

Une analyse constitutionnelle d'un principe idéologique conçu comme une règle du droit de la concurrence

Andrea Frattolillo, MLaw, assistant diplômé à l'Université de Lausanne^[1]

Zusammenfassung: Grundprinzip des Internets ist die Netzneutralität. Diese ist nicht nur als wettbewerbsrechtliche Regel konzipiert, sondern wirkt sich auch im Bereich der Kommunikationsverfassung (Art. 16 ff. BV) vor allem auf die Informations- und Medienfreiheit aus. Sie ist bereits in der Europäischen Union gesetzlich verankert, und wird demnächst auch in der Schweiz in Kraft treten. Die entsprechende Revision des Fernmeldegesetzes wird einerseits eine Regelungslücke schliessen und andererseits der Schweiz erlauben, eine positive Verpflichtung zu erfüllen, welche sich aus der Strassburger Rechtsprechung ableitet, aber ebenfalls von der Doktrin gestützt wird.

Résumé: Concept fondamental en matière d'Internet, la neutralité du net n'est pas seulement conçue comme une règle de droit de la concurrence, mais a aussi des répercussions sur les libertés de communication (art. 16 ss Cst.), en particulier sur la liberté d'information et la liberté des médias. Déjà ancrée dans la législation de l'Union européenne, elle entrera prochainement en vigueur également en Suisse.

Cette révision de la loi sur les télécommunications aura donc pour double conséquence de combler un vide législatif mais également de permettre à la Suisse de respecter une obligation positive qui semble se dégager de la jurisprudence de Strasbourg, mais également attestée par la doctrine.

Table des matières

I. Problématique N 1

II. Le fonctionnement de la neutralité du net

1. Le fonctionnement d'Internet N 4

2. Acteurs N 6

3. Le principe N 12

III. La garantie de la neutralité du net comme nouvel aspect des libertés fondamentales N 16

1. Le rattachement aux libertés de communication – La garantie de la neutralité du net

comme extension du droit d'accès à l'information N 17

A. Les libertés d'opinion et d'information (art. 16 Cst.) N 19

a) Liberté d'opinion N 20

b) Liberté d'information N 21

B. La liberté des médias (art. 17 Cst.) N 25

a) La neutralité du net comme condition essentielle au renouveau certains médias N 26

b) Et comme préalable nécessaire à l'existence des autres formes de diffusion de

productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques (les

«nouveaux médias») N 28

c) La neutralité du net comme garant des fonctions des médias N 31

C. La garantie de la neutralité du net comme obligation positive de l'État

a) Les débuts d'une consécration N 33

b) La situation en Suisse N 39

2. La tension avec la liberté économique (art. 27 Cst.)

N 42

3. Les atteintes admissibles à la neutralité du net N

47

IV. Conclusion N 49

I. Problématique

1

De tout temps, l'être humain a cherché à communiquer de la manière la plus rapide et la plus efficace possible. Si les interactions entre personnes se trouvant directement à proximité n'ont théoriquement jamais posé de problème, celles-ci devenaient plus compliquées lorsqu'il s'agissait de transmettre des informations à l'autre bout du monde. Avec la révolution numérique et la démocratisation d'Internet, aussi nommé le « réseau des réseaux », il est désormais possible de surmonter une grande partie des obstacles inhérents à la communication longue distance, qu'elle soit individuelle ou de masse.

2

Qualifié à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) d'« outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression »^[21], Internet est devenu d'une importance capitale dans le processus de communication contemporaine. Ce réseau contribue à la réalisation de certaines fonctions des médias, tel que le développement de l'opinion publique, mais permet également aux individus d'avoir accès à un nombre élevé de sources d'information. On

le constate d'autant plus dans le cadre de l'épidémie actuelle, avec le confinement pour maître-mot qui oblige les gens à rester chez eux et à repenser leur manière de travailler, enseigner, mais aussi communiquer à distance.

3

Expression par excellence du concept de « *market place of ideas* »^[31], la communication en ligne n'aurait certainement pas pu être la même si les utilisateurs d'Internet n'étaient pas traités de manière égale dans l'utilisation du réseau. Ce principe, qu'on appelle souvent « neutralité du net » ou « neutralité du réseau », a pendant longtemps été la règle en matière d'accès à Internet. Elle est cependant remise en question par les velléités de certains gouvernements qui souhaitent son abrogation^[41]. Un tel procédé aurait comme potentiels risques : le contrôle des activités des consommateurs, un accès limité à certains contenus, une connexion moins performante, ainsi qu'une augmentation des prix d'accès pour les acteurs de la communication de masse en ligne, tels que les médias et autres plateformes de partage, comme les réseaux sociaux et autres portails de vidéos^[51]. On imagine bien que les géants de l'informatique n'auraient pas trop de soucis à s'adapter à de nouvelles conditions, mais de telles répercussions pourraient s'avérer fatales pour certains projets ou *start-ups*. En outre, dans un contexte grandissant de mésinformation, il ne faut sous-estimer le risque de distorsion de l'opinion qui pourrait intervenir en cas de discrimination opérée par les fournisseurs d'accès en fonction de la source de l'information.

II. Le fonctionnement de la neutralité du net

1. Le fonctionnement d'Internet

4

Internet est un réseau qui se compose d'une interconnexion de plusieurs réseaux exploités par des fournisseurs de services de télécommunications, mais aussi d'autres entreprises^[6]. Cette mise en commun des différents serveurs permet plusieurs utilisations, que ce soit le World Wide Web, le transfert de fichiers, le courrier électronique ou encore la messagerie instantanée^[7].

5

La connexion d'un serveur à un autre peut intervenir de manière directe ou indirecte, et peut passer par différents relais, allant du point d'échange Internet au réseau de distribution de contenu (« *content distribution networks* », CDN), en fonction de la taille du réseau et du nombre d'appareils interconnectés^[8].

2. Acteurs

6

Pour bien comprendre la problématique, il est nécessaire de mentionner les différents acteurs qui interviennent dans le processus.

7

Parmi les divers participants, on peut citer en premier les fournisseurs d'accès à Internet (« *access provider* »). Leur but est de permettre la connexion au réseau, en donnant notamment l'opportunité aux entreprises et aux particuliers d'accéder aux contenus proposés par les hébergeurs et les fournisseurs de contenus sur Internet^[9]. Ils jouent un rôle central dans l'architecture d'Internet et dans la production médiatique, car en participant au financement de

l'infrastructure technique, et au traitement et à la diffusion des informations, ils stimulent l'innovation, la créativité et la diversité journalistique dans la société^[10].

8

Il faut distinguer ces premiers des fournisseurs d'hébergement (« *hosting provider* »)^[11]. Ceux-ci offrent à leurs clients un espace de stockage de contenus et programmes sur un serveur, notamment un CDN^[12]. Ils sont généralement mis à contribution lorsqu'il est question d'enlever (et non de bloquer) un contenu incriminé^[13].

9

Comme leur nom l'indique, les fournisseurs de contenus (« *content provider* ») utilisent les structures présentes en ligne pour proposer leurs propres contenus ou ceux de tiers, comportant potentiellement un caractère éditorial^[14].

10

Enfin, on trouve les consommateurs/utilisateurs, qui vont chercher le contenu mis à disposition en ligne par les fournisseurs de contenus^[15].

11

Distinguer strictement les différents acteurs devient toutefois de plus en plus compliqué, car ils peuvent endosser plusieurs rôles à la fois^[16]. En effet, il n'est pas rare de voir des fournisseurs d'hébergement produire du contenu ou encore des fournisseurs de contenus aller utiliser d'autres idées en ligne.

3. Le principe

12

Principe idéologique fondamental dans le développement du

réseau des réseaux, la neutralité du net implique, pour les fournisseurs d'accès à Internet, de garantir l'égalité de traitement de tous les flux de données indépendamment de la source de ces derniers^[17]. L'idée derrière est de leur empêcher de sélectionner, favoriser ou dégrader le contenu à disposition des clients, ou encore de ralentir l'accès à un concurrent^[18].

13

Le traitement des données fonctionne selon les règles dites de « bout-à-bout » (« *End-to-end* ») et du « meilleur effort » (« *Best-Effort-Basis* »)^[19]. Selon la première, Internet, en tant que réseau, a pour objectif de faire circuler le plus rapidement possible les paquets de données d'un serveur à un autre^[20]. En plus du traitement automatique et sans discrimination des paquets de données, les fournisseurs offrent la capacité maximale disponible (directement ou via à une station intermédiaire qu'on appelle routeur), en fonction du volume de données envoyé. Ainsi, lorsque la quantité de données transférée via cet intermédiaire excède la capacité à disposition (« meilleur effort »), il est nécessaire d'éliminer certains paquets de données (« perte de données »)^[21].

14

Sans ces règles, l'accès à Internet pourrait être plus compliqué pour les fournisseurs d'hébergement et de contenu, qui seraient confrontés à des prix ou conditions défavorables. L'augmentation des prix pour ces acteurs auraient non seulement des répercussions directes sur leurs produits, mais également sur les utilisateurs. En effet, si les fournisseurs susmentionnés sont obligés de payer davantage pour pouvoir bénéficier de la même qualité de connexion, il est probable que cette hausse soit répercutée sur les consommateurs finaux^[22]. En plus des prix, les fournisseurs d'hébergement et

contenus n'auraient aucune garantie de pouvoir proposer leurs services, les fournisseurs d'accès pouvant décider de vouloir privilégier leur offre.

15

Si l'on compare le trafic de données à une route, on constate que lorsque la neutralité du net est garantie, Internet ressemble à une route appartenant aux fournisseurs d'accès sur laquelle toutes les voitures roulent à la même vitesse, sans pouvoir se dépasser. Sans la neutralité du net, cette route ressemblerait plutôt à une autoroute, sur laquelle il serait admissible de créer une ou plusieurs voies rapides réservées aux voitures pouvant se le permettre financièrement^[23]. Celles ne pouvant pas se le permettre, resteraient bloquées sur des files plus lentes, et avec plus de trafic. Nous aurions donc un accès à Internet à plusieurs vitesses^[24].

III. La garantie de la neutralité du net comme nouvel aspect des libertés fondamentales

16

Comme mentionné en introduction, Internet est d'une importance capitale dans le monde contemporain de la communication et, à cet égard, le principe de la neutralité du net joue un rôle tout autant primordial. Il est donc nécessaire de se demander comment protéger le réseau des réseaux comme institution et la neutralité de celui-ci comme principe essentiel. Nous allons donc revenir aux bases et nous intéresser aux droits fondamentaux, en particulier ceux de la communication.

1. Le rattachement aux libertés de

communication –

La garantie de la neutralité du net comme extension du droit d'accès à l'information

17

Conçu principalement comme une règle de droit de la concurrence^[25], ce principe est toutefois fortement lié aux libertés de communication^[26]. En effet, en tant qu'il garantit l'accès au net, il contribue « *grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information* »^[27].

18

Ainsi, si le rattachement à la liberté d'expression garantie à l'art. 10 CEDH^[28] est admis par la CourEDH, il est toutefois intéressant de déterminer à quelles libertés ce principe se réfère dans le cadre de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.)^[29], pour deux raisons. Premièrement, et à la différence de la CEDH, le texte fondateur suisse ne contient pas qu'une seule disposition traitant de la communication (art. 16 ss Cst.)^[30]. Deuxièmement, l'art. 10 CEDH a un champ d'application plus large, car il recouvre également les contenus de nature commerciale, qui sont protégés uniquement par la liberté économique dans la Constitution suisse (art. 27 Cst.)^[31].

A. Les libertés d'opinion et d'information (art. 16 Cst.)

19

À la fois norme de référence et clause générale en matière de communication^[32], l'art. 16 Cst. garantit la liberté d'opinion

et la liberté d'information (al. 1). Il s'étend ainsi à toutes les expressions d'opinion et s'applique lorsque les autres libertés plus spécifiques ne le sont pas^[33].

a) Liberté d'opinion

20

Dans sa dimension « liberté d'opinion », l'art. 16 al. 2 Cst. garantit le droit de toute personne de former, d'exprimer et de répandre son opinion, quelle qu'elle soit, par n'importe quel moyen disponible et licite^[34]. En qualité de principe permettant l'accès égalitaire à Internet, la garantie de la neutralité du net contribue non seulement à la libre formation de l'opinion des personnes, mais aussi à la propagation de celle-ci.

b) Liberté d'information

21

Cette neutralité touche cependant de manière plus importante l'aspect liberté d'information. Ce comportement avant tout passif n'en est pas moins essentiel dans le cadre de la communication, car, comme l'a souligné le Tribunal fédéral, « *la protection juridique d'une opinion exprimée dans le vide n'aurait aucun sens* »^[35]. Dès lors, conformément à l'art. 16 al. 3 Cst., la liberté d'information garantit le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser.

22

Pour l'État, il est notamment question d'assurer le droit de recevoir toutes les nouvelles et les programmes diffusés dans l'espace électromagnétique et de se procurer les appareils indispensables pour le faire^[36]. Une telle composante fondamentale n'implique toutefois pas l'obligation de fournir personnellement aux citoyens les instruments nécessaires à l'accès à l'information, tel qu'un téléviseur ou un

ordinateur^[37].

23

Le droit de recevoir librement des informations est cependant limité aux sources généralement accessibles. Pour comprendre ce qu'il y a derrière cette « accessibilité », il convient de se référer aux dispositions légales et constitutionnelles applicables^[38]. Parmi les différentes sources généralement accessibles admises, nous trouvons les débats parlementaires, les registres publics, les débats judiciaires, mais aussi les programmes de radio et télévision, le cinéma et Internet^[39].

24

Qu'il s'agisse du Tribunal fédéral ou de la CourEDH, les plus hautes instances suisses et européennes ont eu l'occasion de se prononcer sur le lien intrinsèque entre accès à Internet et liberté d'information. Pour ce qui est du droit interne, les juges de Mon Repos ont mis en exergue le fait qu'il paraissait peu probable que le passage d'une publication papier à une publication exclusivement numérique puisse être considérée comme une violation de l'art. 16 al. 3 Cst.^[40] Au contraire, il a été soutenu que ce procédé facilitait grandement l'accès de la population à l'information officielle^[41]. Le Tribunal fédéral n'a certes pas explicitement consacré le droit d'accès à Internet, mais ce dernier devient une composante essentielle pour la liberté d'information. En revanche, ce droit semble avoir été entériné par les juges de Strasbourg. En effet, ils ont récemment admis que le droit d'accéder à Internet était inhérent au droit d'accéder à l'information^[42].

B. La liberté des médias (art. 17 Cst.)

25

En tant que corollaire nécessaire à l'accomplissement de la liberté d'information, la liberté des médias (art. 17 Cst.)

joue également un rôle important dans l'accès à Internet^[43].

a) La neutralité du net comme condition essentielle au renouveau certains médias

26

Selon l'art. 17 al. 1 Cst., la liberté de la presse, de la radio et de la télévision, ainsi que des autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques est garantie. Qu'on estime cette disposition unitaire ou non^[44], il est certain qu'elle a pour but de protéger tous les médias de masse^[45].

27

Avec la révolution numérique, la presse papier, une composante historique de cette liberté, peine à survivre dans le panorama médiatique actuel. Grâce aux possibilités offertes par Internet, les différentes agences de presse et autres entreprises de la branche ont cependant développé une nouvelle offre numérique en ligne (PDF, sites internet, blogs, etc.), à tel point qu'on peut désormais parler d'une extension du concept de presse, dans une forme électronique cette fois^[46]. Ainsi, l'accès à Internet permet à des médias originellement non numériques de pouvoir continuer à exister sous une nouvelle forme, et donne une nouvelle dimension à la liberté de diffusion dont ont toujours bénéficié les titulaires de la liberté de la presse^[47].

b) Et comme préalable nécessaire à l'existence des autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques (les « nouveaux médias »)

28

Parmi les composantes de l'art. 17 al. 1 Cst., on trouve les autres formes de diffusion de productions et d'informations

ressortissant aux télécommunications publiques. Cette « catégorie » de médias a principalement été pensée comme une clause générale et avec une fonction évolutive. En effet, elle entre en considération uniquement lorsqu'un rattachement aux trois autres catégories (presse, radio, télévision) n'est pas possible^[48], et vise à protéger toutes les avancées techniques en matière de communication de masse^[49].

29

Bien qu'il soit, à notre sens, erroné de considérer Internet ou son utilisation la plus répandue, le World Wide Web, comme des médias^[50], ou de voir dans cette clause une consécration de la liberté d'Internet ou des télécommunications^[51], il est toutefois indéniable que les nouveaux médias apparaissent principalement en ligne. Ainsi, qu'il s'agisse des chaînes audiovisuelles, de vidéoblogs ou encore du phénomène des « *stories* »^[52], l'information de masse aujourd'hui se consomme principalement sur la toile.

30

Grâce à l'idée de traitement égalitaire et sans discrimination dans l'accès au réseau, le principe de neutralité du net contribue à faciliter la création de nouveaux médias ou des plateformes médiatiques^[53]. Garantir cette neutralité aurait donc pour conséquence supplémentaire de garantir l'effectivité de la clause générale de l'art. 17 al. 1 Cst.

c) La neutralité du net comme garant des fonctions des médias

31

En tant que « chiens de garde »^[54] de la démocratie, les médias remplissent différentes fonctions. Parmi les plus importantes, on peut mentionner celles d'information et de développement de l'opinion publique^[55]. À cet égard, les médias se doivent de

faire le lien entre l'État et le grand public, notamment en contrôlant et critiquant les activités étatiques^[56]. De plus, avec les problèmes actuels de mésinformation, voire de désinformation, on peut également estimer que les médias jouent un rôle dans le tri et le compte rendu des informations.

32

Pour accomplir ces devoirs, il est nécessaire de garantir aux médias l'accès aux informations le plus étendu possible^[57], et de leur permettre de pouvoir activement participer au débat public^[58]. Ces deux aspects passent aujourd'hui principalement par la communication en ligne, c'est pourquoi il convient d'admettre que le principe de la neutralité du net peut apporter une contribution importante à la réalisation des fonctions des médias.

C. La garantie de la neutralité du net comme obligation positive de l'État

a) Les débuts d'une consécration

33

Nous l'avons vu dans les paragraphes qui précèdent ; que ce soit la Constitution fédérale ou la CEDH, la garantie de la neutralité du net ne ressort pas expressément de ces textes. Nous avons cependant montré qu'elle contribue à la réalisation des libertés d'opinion et d'information (art. 16 Cst.) et surtout de la liberté des médias (art. 17 Cst.). Cet avis est d'ailleurs partagé par plusieurs auteurs de doctrine^[59]. Vu le manque d'intervention directe des autorités dans le processus, un devoir d'abstention de l'État en la matière serait difficilement envisageable^[60]. En revanche, il paraît concevable d'établir une obligation positive en la matière^[61], soit un devoir d'agir à l'égard des citoyens pour assurer la

mise en œuvre d'une liberté fondamentale^[62].

34

Lorsque le texte d'une disposition constitutionnelle est muet à propos d'une obligation positive, il convient de s'intéresser à la jurisprudence pour trouver des potentiels approfondissements sur le sujet^[63]. Au niveau suisse, les tribunaux n'ont pas encore eu à se prononcer sur le sujet. Il est donc difficile de pouvoir en tirer des conclusions. Au niveau européen, en revanche, les récentes affaires soumises à l'appréciation de la CourEDH nous donnent des indications importantes sur l'avis des juges de Strasbourg.

35

Effectivement, dans l'affaire *Ahmet Yildirim c. Turquie*, la Cour a dû statuer sur la conformité d'une mesure étatique de blocage d'un site Internet en lien avec l'art. 10 CEDH. Que ce soit sur le bienfondé de la restriction ou sur la résolution même du conflit, cette affaire n'a pas apporté de nouveauté en la matière. Dans la détermination du droit applicable cependant, la Cour opère une analyse de droit comparé sur la question de l'accès à Internet qui mérite d'être mentionnée. Ainsi, selon cette juridiction, « [e]u égard au fait que la législation sur l'Internet, qui s'inscrit dans un contexte d'évolution rapide des nouvelles technologies, est particulièrement dynamique et fragmentée, il paraît difficile de dégager des normes communes à partir des éléments de droit comparé concernant les pays membres du Conseil de l'Europe. Les recherches menées par la Cour sur les législations de vingt Etats membres du Conseil de l'Europe (Allemagne, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Espagne, Estonie, Finlande, France, Irlande, Italie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Slovénie et Suisse) montrent que le droit d'accès à l'Internet est protégé en théorie par les garanties constitutionnelles applicables en matière de liberté d'expression et de liberté

de recevoir des idées et des informations, qu'il est considéré comme inhérent au droit d'accéder à l'information et à la communication protégé par les constitutions nationales, et qu'il inclut le droit de chacun de participer à la société de l'information et l'obligation pour les Etats de garantir l'accès des citoyens à Internet. On peut donc déduire de l'ensemble des garanties générales protégeant la liberté d'expression qu'il y a lieu de reconnaître également un droit d'accès sans entraves à Internet^[64].»^[65]

36

Dans ce passage, la Cour ne fait certes pas textuellement référence au principe de la neutralité du net, mais celui-ci semble pourtant être nécessaire dans les obligations que les juges européens mettent à la charge des États. On voit mal comment un État pourrait garantir un accès sans entrave à Internet, s'il est permis aux fournisseurs d'accès de pratiquer une politique discriminatoire envers leurs clients. De plus, le fait que le jugement en question parle de garantir l'accès aux « citoyens » ne peut, selon nous, être interprété comme s'adressant uniquement aux particuliers à l'exclusion des autres acteurs du marché. Ce principe est également réputé nécessaire à la réalisation de plusieurs recommandations émises par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en lien avec la liberté d'expression^[66].

37

À cet égard, on peut mentionner que la Cour avait utilisé une formulation similaire dans deux affaires où elle avait admis des obligations positives en matière de médias audiovisuels. Ainsi, que ce soit dans l'affaire *Manole et autres c. Moldova*^[67] ou *Frăsilă et Ciocîrlan c. Roumanie*^[68], les juges de Strasbourg ont arrêté qu'il était du devoir des États de garantir le pluralisme et l'accès du public à l'information via la radio et la télévision et qu'il leur incombe d'assurer

l'indépendance des médias^[69]. L'obligation de garantir la concurrence dans le paysage médiatique audiovisuel ressort également de la décision *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie*^[70], dans laquelle la Grande Chambre a estimé que le simple accès théorique au marché de l'audiovisuel ne suffisait pas pour garantir un véritable pluralisme ; « [e]ncore faut-il permettre un accès effectif à ce marché, de façon à assurer dans le contenu des programmes considérés dans leur ensemble une diversité qui reflète autant que possible la variété des courants d'opinion qui traversent la société à laquelle s'adressent ces programmes. »^[71]

38

Nous estimons donc que, au vu de la jurisprudence de la CourEDH, de la position du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, mais aussi de la doctrine, la liberté d'expression au sens de l'art. 10 CEDH implique désormais une obligation positive de mise en œuvre de la neutralité du net de la part des pays membres.

b) La situation en Suisse

39

Sous l'angle législatif, la Suisse ne réglemente, actuellement, que partiellement la question. La loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC)^[72] protège uniquement les fournisseurs de services de télécommunications contre les entraves au marché pratiquées par les fournisseurs ayant une position dominante (art. 11 LTC^[73]). Une telle restriction à la concurrence est nécessaire notamment pour permettre aux entreprises d'entrer sur un marché précédemment aux mains de l'État^[74]. Pour ce qui est des utilisateurs, ou des autres acteurs sur Internet, la législation suisse est, pour l'instant, insuffisante et ne prévoit rien en matière de neutralité des réseaux^[75].

La situation helvétique va toutefois prochainement changer. En effet, la LTC fait l'objet d'une révision partielle, qui devrait bientôt entrer en vigueur^[76], et qui prévoit désormais expressément un « Internet ouvert » à son nouvel art. 12e^[77]. Cette disposition, non prévue dans le projet du Conseil fédéral^[78] et introduite par la commission du Conseil national^[79], va désormais instaurer le principe du traitement non discriminatoire (al. 1) et du « meilleur effort » (al. 3)^[80]. Les conséquences en cas de non-respect de cette disposition restent toutefois peu claires, et il est difficile de tirer une conclusion sur la base des débats parlementaires, ou sur les modifications projetées^[81] de l'ordonnance sur les services de télécommunication.

À la différence de la Suisse, l'Union européenne s'est déjà récemment dotée d'un règlement en la matière^[82]. Ainsi, à l'art. 3 dudit règlement, on retrouve la consécration des droits des utilisateurs à un Internet ouvert. Il est notamment disposé que dans « *le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet, les fournisseurs de services d'accès à l'internet traitent tout le trafic de façon égale et sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'expéditeur et le destinataire, les contenus consultés ou diffusés, les applications ou les services utilisés ou fournis ou les équipements terminaux utilisés* » (ch. 3). La réglementation prévoit également un régime de sanctions envisageables en cas de non-respect des obligations des fournisseurs d'accès, mais la définition des mesures est laissée aux États membres (art. 6).

2. La tension avec la liberté économique (art. 27 Cst.)

42

En imposant un certain comportement économique aux fournisseurs d'accès à Internet, le principe de la neutralité du net vient toucher leur liberté économique (art. 27 Cst.). Parmi les différents aspects couverts par cette garantie, celui qui ressort majoritairement est le libre exercice d'une activité économique (art. 27 al. 2 Cst.). Il vise de manière générale la faculté de choisir librement toutes les modalités d'exercice de l'activité, dont le choix des partenaires commerciaux et des conditions commerciales fait partie^[83].

43

En demandant aux fournisseurs d'accès à Internet de garantir le traitement de données de manière automatique, sans discrimination en fonction de la source, et selon le principe du meilleur effort, on porte donc atteinte au libre exercice d'une activité économique^[84].

44

La portée institutionnelle de la liberté économique ne devrait pas être remise en cause par la garantie de la neutralité du net (art. 94 al. 4 Cst.)^[85], les fournisseurs d'accès à Internet ayant par exemple toujours la possibilité de limiter de manière neutre le débit maximal ou le volume de données compris dans certains abonnements^[86]. Une telle atteinte devrait donc plutôt être analysée conformément à l'art. 36 Cst.

45

Vu que la condition de la base légale sera remplie avec la révision de la LTC et qu'on peut aisément admettre un intérêt public, nous proposons quelques pistes de réflexions

concernant le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.). Tout d'abord, au niveau de la nécessité d'une telle mesure, on pourrait estimer qu'il existe déjà un système en place permettant d'empêcher les problèmes structurels en matière de concurrence. La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart)^[87] n'offre toutefois qu'un cadre partiellement satisfaisant en matière d'accès à Internet^[88]. En effet, le nouvel arrivant sur le marché, qui propose une nouvelle application en ligne dont le potentiel économique reste indéterminé, ne pourrait rien entreprendre, ou presque, via la LCart pour empêcher une discrimination, voire un blocage de son application^[89]. Ainsi, pour pouvoir garantir efficacement l'accès sans entraves à Internet, il n'y aurait pas d'autres mesures moins lésionnaires de la liberté économique que d'inscrire la neutralité du net dans la loi^[90].

46

Au niveau de la balance des intérêts, il convient de noter que ce principe met principalement en opposition l'intérêt des fournisseurs à pouvoir définir librement l'accès à Internet au devoir de l'État de garantir le pluralisme de la communication^[91]. Dans ce cadre, l'argument de la libre concurrence part de l'idée qu'une réglementation en la matière aurait des conséquences négatives pour l'innovation technologique^[92]. À l'inverse, l'évolution du marché semble plutôt montrer qu'on tend vers des situations monopolistiques potentiellement problématiques^[93]. Parmi les autres arguments qui plaident en faveur de la neutralité du net, il faut également mentionner qu'un code de conduite non contraignant existe déjà entre les principaux opérateurs de télécommunications^[94], l'art. 12e nLTC venant entériner une pratique censée déjà être appliquée. Pour finir, la CourEDH a toujours accordé un poids important au rôle que joue Internet

dans le cadre de la liberté d'expression^[95]. Si un tribunal, qu'il soit suisse ou européen, venait à juger de la question, nous pensons donc qu'il donnerait la primauté aux libertés de la communication.

3. Les atteintes admissibles à la neutralité du net

47

Bien que ce principe demande le traitement égalitaire des flux de données, il est nécessaire de préciser que certaines restrictions à ce principe sont légalement admises. Ainsi, il existe des mesures techniques de blocage, tels que le blocage des adresses IP (« *Internet Protocol* »), des noms de domaine ou encore l'utilisation de serveur proxy^[96]. Sans aller dans les détails techniques de ces mécanismes, il convient de mentionner qu'ils sont surtout utilisés pour prévenir la diffusion de contenus à caractère pédopornographique, terroriste, extrémiste, ou en violation de la législation sur les droits d'auteur^[97].

48

De plus, l'art. 12e al. 2 nLTC prévoit également une série d'exceptions à l'Internet ouvert, qui sont cependant strictement encadrées. Ainsi, dans le prolongement des mesures déjà admises ci-dessus, il sera possible d'y déroger que si cela découle de la loi ou d'une demande d'un tribunal (lit. a), qu'il faut garantir l'intégrité et la sécurité du réseau (lit. b), qu'un client le demande expressément (lit. c) ou que cela soit nécessaire pour lutte contre une congestion temporaire et exceptionnelle du réseau (lit. d)^[98]. Il est notamment prévu de prendre en compte quatre éléments pour évaluer les risques en matière de sécurité et un respect général du principe de proportionnalité^[99].

IV. Conclusion

49

Dans le cadre de cette contribution, nous étions parti du constat que, de nos jours, la communication en ligne, qu'elle soit individuelle ou de masse, faisait face à des risques importants (surveillance potentielle, accès à l'information limité, distorsion de l'information, etc.). Nous avons également vu qu'une des solutions pour prévenir ces inconvénients était de garantir le principe qui, jusqu'à présent, a été la règle en la matière : la neutralité du net.

50

D'un point de vue juridique, l'analyse a montré que tant qu'il est lié à la communication, ce principe découle naturellement des différentes libertés y relatives. Qu'il s'agisse de la liberté d'opinion, d'information, ou encore de celle des médias, la neutralité du net contribue grandement à garantir leur effectivité.

51

Une protection ne peut cependant prendre que la forme d'une obligation positive de l'État, vu le manque d'intervention de ce dernier dans le processus. Ce devoir d'action n'a pour l'instant jamais été explicitement formulé en lien avec la garantie de la neutralité du net, mais il nous paraît résulter logiquement de la jurisprudence de la CourEDH en matière d'accès à Internet.

52

En conclusion, nous nous permettons de répondre à la question posée dans le titre ; la garantie de la neutralité du net constitue bel et bien une composante des libertés de la communication. Il est d'autant plus important de le souligner dans le contexte actuel, avec le confinement presque mondial, et une nécessité de pouvoir communiquer à distance, tout en restant proches. Toutefois, si cette garantie permet dans une

certaines mesures de prévenir les différents risques mentionnés en introduction, elle ne semble pas suffisante pour faire face à tous les problèmes que pose, ou pourrait poser, la communication en ligne (abondance des flux, mécanisme de filtrage, robots informatiques, etc.). Elle en reste néanmoins une étape nécessaire pour la discussion autour de ces questions.

Fussnoten:

1. Doctorant sous la direction des Prof. Vincent Martenet (Université de Lausanne) et Urs Saxer (Université de Zurich). Contribution présentée lors du séminaire annuel 2019 de la Conférence universitaire de Suisse occidentale (CUSO). [↑](#)
2. CourEDH, arrêt *Delfi c. Estonie*[GC], du 16 juin 2015, § 110 ; arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie* du 18 décembre 2012, § 48 ; arrêt *Times Newspaper Ltd c. Royaume-Uni* (N° 1 et 2) du 10 mars 2009, § 27. [↑](#)
3. Utilisé pour la première fois par la Cour Suprême des États-Unis en 1953 (Cour Suprême US, États-Unis contre Rumely 345 U.S. 41, N° 41, du 9 mars 1953, p. 56), cette idée de marché des idées a des origines plus lointaines. Elle s'inspire en effet du plaidoyer « Aeropagitica » pour la liberté de la presse de John Milton publié au xvii^{ème} siècle. [↑](#)
4. Il s'agit notamment des États-Unis qui ont adopté une ordonnance « rétablissant la liberté sur Internet » (« *Restoring Internet Freedom Order* ») permettant notamment aux fournisseurs de services Internet de pouvoir taxer des plateformes vidéo demandant une grande quantité de bande passante (*La neutralité d'Internet est morte cette semaine*, Le Temps du 18 juin 2018, p. 15.).

[↑](#)

5. CNet – *The net neutrality battle lives on: What you need to know after the appeals court decision*, <https://www.cnet.com/news/net-neutrality-battle-lives-on-what-you-need-to-know-after-the-appeals-court-decision/>, consultée pour la dernière fois le 7 avril 2020. [↑](#)
6. Sylvain Métille, *Internet et droit – Protection de la personnalité et question pratiques*, Genève – Zurich – Bâle, 2017, p. 3 ss ; Département fédéral de l'environnement des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), *Neutralité des réseaux – Rapport sur les travaux*, Berne 2014, p. 6. [↑](#)
7. Métille (n. 5), p. 4. [↑](#)
8. *Rapport neutralité des réseaux* (n. 5), p. 6 s. [↑](#)
9. Andrea Lohri-Kerekes, *Grenzen der Urheberrechtsdurchsetzung in der Schweiz mittels Filtern und Sperren im Internet unter Berücksichtigung des EU-Rechts*, LBR – Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 118 2017, p. 61 ss, 65 ; Roberto Peduzzi, *Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz*, Thèse Zurich, Zurich – Bâle – Genève 2004, p. 153. [↑](#)
10. Lohri-Kerekes (n. 8), p. 67. À la différence, par exemple, des imprimeries en matière de presse, les fournisseurs d'accès à Internet prennent ainsi une plus grande importance en tant qu'intermédiaires dans le processus de distribution de l'information (Organisation de Coopération et de Développement Économiques, DSTI/ICCP/IE(2009)14/FINAL – Working Party on the Information Economy – The evolution of news and the Internet, 2010, p. 53). [↑](#)
11. L'introduction de la notion de fournisseurs de services

de communication dérivés dans la législation sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication devrait cependant progressivement remplacer cette terminologie (Métille (n. 5), p. 19). [↑](#)

12. Lohri-Kerekes (n. 8), p. 66 ; Peduzzi (n. 8), p. 154 ; *Rapport neutralité des réseaux* (n. 5), p. 7. [↑](#)
13. Lohri-Kerekes (n. 8), p. 66. [↑](#)
14. Lohri-Kerekes (n. 8), p. 66 s. ; Peduzzi (n. 8), p. 153 s. [↑](#)
15. Peduzzi (n. 8), p. 153. [↑](#)
16. *Rapport neutralité des réseaux* (n. 5), p. 7. Aux débuts d'Internet, il n'y avait d'ailleurs qu'un seul opérateur qui recouvrait tous ces rôles en un (Métille (n. 5), p. 18). [↑](#)
17. Lohri-Kerekes (n. 8), p. 68 ; Métille (n. 5), p. 20 s. ; Matthias Amgwerd/Simon Schlauri, Telekommunikationsrecht, in : Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Éd.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht : Expertenwissen für die Praxis, Zurich – Bâle – Genève, 2015, p. 201 ss, 271 ; Simon Schlauri/Michael Vlcek, Netzneutralität – Eine Analyse mit Schwerpunkt auf dem geltenden Schweizer Kartell- und Telekommunikationsrecht in : sic ! 2010, p. 137 ss, 137 s. ; Adrien Boxler/Noemi Bhalla, Öffentliches Recht/Netzneutralität in der Schweiz in : Alexandra Dal Molin-Kraänzlin/Anne Mirjam Schneuwly/Jasna Stojanovic (Éd.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht – APARIUZ 2019, p. 101 ss, 104 s. [↑](#)
18. Métille (n. 5), p. 20. [↑](#)
19. Boxler/Bhalla (n. 16), p. 106 ; Simon Schlauri, Network Neutrality: Netzneutralität als neues

Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts, Habilitation Zurich, Zurich 2010, p. 28 ; *Rapport neutralité des réseaux* (n. 5), p. 10 s. [↑](#)

20. Schlauri (n. 18), p. 28 ; *Rapport neutralité des réseaux* (n. 5), Avis Société numérique Suisse. [↑](#)
21. Lohri-Kerekes (n. 5), p. 68 ; *Rapport neutralité des réseaux* (n. 5), p. 10. [↑](#)
22. Schlauri (n. 18), p. 161 s. [↑](#)
23. Certaines nouvelles méthodes permettent de traiter de manière « intelligente » les points d'échange Internet, c'est-à-dire en analysant les paquets de données entrants pour déterminer leur type de données en quelques fractions de seconde avant de les acheminer. Cette méthode, appelée « *Deep Packet Inspection* », implique donc une possible priorisation des données et une dégradation de certains paquets, en dérogation du principe du « meilleur effort » (Boxler/Bhalla (n. 16), p. 108). [↑](#)
24. Nous nous sommes permis de reprendre l'excellent exemple proposé par la BBC (*BBC News – What is net neutrality and how it could affect you ?*, <https://www.bbc.com/news/av/42341736/what-is-net-neutrality-and-how-could-it-affect-you>, consulté pour la dernière fois le 7 avril 2020). [↑](#)
25. Markus Schefer, Kommunikationsgrundrechte in : Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse – Volume II: État de droit Droits fondamentaux et droits humains*, Zurich 2020, p. 1413 ss, 1427. *Rapport neutralité des réseaux* (n. 5), p. 14. Il est toutefois difficile d'admettre l'application du droit de la concurrence à ce cas (Schlauri/Vleck (n. 16), p. 150). [↑](#)

26. Schefer (n. 24), p. 1426. [↑](#)
27. CourEDH, arrêt *Times Newspaper Ltd c. Royaume-Uni* (N° 1 et 2) du 10 mars 2009, § 27 ; arrêt *Cengiz et autres c. Turquie* du 1^{er} décembre 2015, § 52. [↑](#)
28. Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101). [↑](#)
29. RS 101. [↑](#)
30. Jörg Paul Müller/Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^{ème} édition, Berne 2008, p. 345 ss. [↑](#)
31. Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wyttenbach, *Grundrechte*, 3^{ème} édition, Berne, 2018, p. 368 ; Müller/Schefer (n. 29), p. 368 ss. [↑](#)
32. Jacques Dubey, *Droits fondamentaux – Volume II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle 2018, p. 271 ss. La doctrine n'est cependant pas unanime à ce sujet. Certains estiment qu'il faut la considérer comme une norme de référence (Andreas Kley, *Die Medien im neuen Verfassungsrecht* in Ulrich Zimmerli (Éd.), *Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Berner Tage für juristische Praxis, BTJP 1999, Berne 2000, p. 183 ss, 184 ; Peduzzi (n. 8), p. 112 ss), alors que d'autres y voient plus une clause générale et subsidiaire (Peter Nobel/Rolf H. Weber, *Medienrecht*, 3^{ème} édition, Berne 2007, p. 52 ; Kiener/Kälin/Wyttenbach (n. 30), p. 231 s. ; Frank Zeller, *Öffentliches Medienrecht – Mit einer Kurzeinführung in die Rechtswissenschaft*, Berne 2004, p. 90). La jurisprudence fédérale semble également suivre ce deuxième courant (ATF 137 I 209, c. 4.2). [↑](#)
33. Kley (n. 31), p. 184 ; Peter Studer, *Medienrecht der*

Schweiz – in a nutshell, Zurich – St. Gall 2013, p. 10.

[↑](#)

34. ATF 127 I 145, c. 4a ; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel – Volume II – Les droits fondamentaux, 3^{ème} édition, Berne 2013, p. 264. [↑](#)
35. La formule allemande exacte était la suivante :
« *Tatsächlich wäre der rechtliche Schutz einer ins Leere geäusserten Meinung sinnlos.* » (ATF 104 Ia 88, c. 4b). [↑](#)
36. Andreas Kley/Esther Tophinke, Art. 16 BV N 35 in : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Éd.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar – Band I und II, 3^{ème} édition, Zurich 2014. [↑](#)
37. Arrêt du TF, 1C_137/2018 du 27 novembre 2018, c. 4.2. [↑](#)
38. ATF 137 I 8, c. 2.3.1 ; Maya Hertig, Art. 16 BV N 25 in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Besler/Astrid Epiney (Éd.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015 ; St. Gall. Komm. – Kley/Tophinke (n. 35), Art. 16 N 36. [↑](#)
39. BSK BV – Hertig (n. 37), Art. 16 N 26. [↑](#)
40. Arrêt du TF, 1C_137/2018 du 27 novembre 2018, c. 4.2. [↑](#)
41. *Ibidem.* [↑](#)
42. CourEDH, arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie* du 18 décembre 2012, § 31. [↑](#)
43. Kiener/Kälin/Wyttenbach (n. 30), p. 250 s. [↑](#)
44. Pour plus de détails sur la question, voir Peduzzi (n. 8), p. 118 ss. [↑](#)
45. À part à quelques occasions, et de manière peu étendue,

le Tribunal fédéral ne s'est jamais réellement prononcé sur ce qu'il fallait comprendre par média (voir tout de même ATF 113 II 369, c. 3a). Si la doctrine s'est souvent exprimée sur différents aspects des médias, sans en traiter l'entièreté, Volz nous en donne une définition convaincante. Ainsi, selon elle, on parle de média lorsque la communication intervient par des moyens techniques permettant de surmonter une certaine distance, qu'elle suit le principe de l'émetteur-récepteur, qu'elle est destinée à un large public, et qu'elle émane d'une entité présentant une certaine organisation et durabilité (Stéphanie Volz, Trennungsgebot und Internet – Ein medienrechtliches Prinzip in Zeiten der Medienkonvergenz, Thèse Zurich, Zurich – Bâle – Genève 2013, p. 14 s.). [↑](#)

46. Sur l'assimilation de la presse électronique à la presse traditionnelle, voir la contribution Davide Cerutti/Andrea Frattolillo, La stampa oggi: una lettura numerica degli articoli 17 e 93 della Costituzione federale, dans la Rivista ticinese di diritto (RTiD) 2020/I (à paraître) et Volz (n. 44), p. 174 ss. [↑](#)
47. Dubey (n. 31), p. 285. [↑](#)
48. Dans ce contexte, l'emploi de l'adjectif « autre » nous en donne déjà une indication. En allemand, on parlerait de « *Auffangsnorm* » ou « *Auffangstatbestand* » (Denis Barrelet, Une nouvelle liberté : la liberté des télécommunications in : Le droit des télécommunications en mutation, Fribourg 2001, p. 35 ss, 37). [↑](#)
49. Ce caractère évolutif était notamment un point abordé lors des débats parlementaires sur la révision totale de la Constitution fédérale (B0 CN 1998 N 200). Cette vision est également partagée par la doctrine (Müller/Schefer (en collaboration avec Franz Zeller, n. 29), p. 444 ; Peduzzi (n. 8), p. 160 ; Franz

Zeller/Regina Kiener, Art. 17 BV N 15 in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Besler/Astrid Epiney (Éd.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015 ; Stephan C. Brunner/Herbert Burkert, Art. 17 BV N 3 in : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Éd.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar – Band I und II, 3^{ème} édition, Zurich 2014). [↑](#)

50. Du même avis Peduzzi (n. 8), p. 154 s. et Volz (n. 44), p. 26 s. ; semblent être d'un autre avis Zeller (n. 31), p. 98 et Studer (n. 32), p. 12. [↑](#)
51. Peduzzi (n. 8), p. 164 s. ; *contra* Barrelet (n. 47), p. 37 s. [↑](#)
52. Introduites en 2013 par la société Snap. Inc., ces *stories* constituent une collection de messages (images ou vidéos de courte durée) joués dans l'ordre chronologique de leur enregistrement, et disponibles pour une durée maximale de 24 heures (*Snapchat – À propos des Stories*, <https://support.snapchat.com/fr-FR/a/about-stories>, consultée pour la dernière fois le 7 avril 2020). [↑](#)
53. L'exemple souvent cité dans la doctrine est celui de la création de Google, qui n'aurait peut-être jamais vu le jour si une compagnie comme Yahoo! avait pu discriminer ce moteur de recherche (Schlauri/Vleck (n. 16), p. 139). Il s'agit d'ailleurs d'une des idées exprimées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa Recommandation CM/Rec(2011)7 du 21 septembre 2011 sur une nouvelle conception des médias, Annexe Ch. 74. [↑](#)
54. Expression utilisée notamment par la CourEDH dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], du 27 mars 1996, § 39. [↑](#)

55. Kiener/Kälin/Wyttenbach (n. 30), p. 246 s. ; Peduzzi (n. 8), p. 58 ss ; Müller/Schefer (en collaboration avec Zeller, n. 29), p. 438 s. Ces fonctions avaient d'ailleurs déjà été relevées par le Tribunal fédéral au début du siècle passé (ATF 37 I 381, c. 2). [↑](#)
56. ATF 143 I 194, c. 3.1. [↑](#)
57. ATF 137 I 209, c. 4.2. [↑](#)
58. Semble du même avis, Schefer (n. 24), p. 1426. [↑](#)
59. Lohri-Kerekes (n. 8), p. 70 s. ; Amgwerd/Schlauri (n. 16), p. 272 ; Schefer (n. 24), p. 1426 ; Peter Hettich/Thomas Steiner, Art. 92 BV N 14 in : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Éd.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar – Band I und II, 3^{ème} édition, Zurich 2014. [↑](#)
60. *Rapport neutralité des réseaux* (n. 5), p. 21 ; Lohri-Kerekes (n. 8), p. 70 s. [↑](#)
61. Lohri-Kerekes (n. 8), p. 70 s. ; Schefer (n. 24), p. 1426 s. [↑](#)
62. On parle également de « *droits subjectifs, justiciables devant des autorités judiciaires, à une action de l'Etat dans le domaine des droits fondamentaux garantis par la CEDH.* » (Nathanaël Pétermann, Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse, Thèse Lausanne, Berne 2014, p. 41). [↑](#)
63. Pétermann (n. 61), p. 34 s. Dans ce cadre, on parle aussi d'effet horizontal indirect (« *Drittwirkung* ») qui permet d'imputer à l'État la responsabilité de faire respecter un droit fondamental dans une relation

interindividuelle (p. 80). [↑](#)

64. Notre mise en évidence. [↑](#)
65. CourEDH, arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie*, du 18 décembre 2012, § 31. [↑](#)
66. Voir notamment les Recommandations CM/Rec(2011)7 du 21 septembre 2011 sur une nouvelle conception des médias, Annexe Ch. 74, CM/Rec(2011)8 du 21 septembre 2011 sur la protection et la promotion de l'universalité, de l'intégrité et de l'ouverture de l'internet, Exposé des motifs Ch. 64 ss et CM/Rec(2014)6 du 16 avril 2014 sur un Guide des droits de l'homme pour les utilisateurs d'internet, Exposé des motifs Ch. 36. [↑](#)
67. CourEDH, arrêt *Manole et autres c. Moldova*, du 17 septembre 2009, voir en particulier § 94 ss. [↑](#)
68. CourEDH, arrêt *Frăsilă et Ciocîrlan c. Roumanie*, du 10 mai 2012, voir en particulier § 61 ss. [↑](#)
69. CourEDH, arrêt *Manole et autres c. Moldova*, du 17 septembre 2009, § 107 ss ; arrêt *Frăsilă et Ciocîrlan c. Roumanie*, du 10 mai 2012, § 64. [↑](#)
70. CourEDH, arrêt *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie* [GC], du 7 juin 2012, § 130 ss. [↑](#)
71. CourEDH, arrêt *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie* [GC], du 7 juin 2012, § 130. Pour une analyse plus complète des obligations positives en matière de médias, voir aussi Pétermann (n. 61), p. 346 ss. [↑](#)
72. RS 784.10. [↑](#)
73. À cet égard, l'art. 15 al. 1 lit. d de l'ordonnance fédérale du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication (OST ; RS 784.101.1) prévoit un accès à Internet avec débit de transmission de 3000/300

kbit/s. [↑](#)

74. Barrelet (n. 47), p. 45. [↑](#)

75. *Rapport neutralité des réseaux* (n. 5), p. 12. [↑](#)

76. Le délai référendaire était fixé au 11 juillet 2019 et n'a pas été utilisé (FF 2019 2603 et 7954). [↑](#)

77. FF 2019 2589. [↑](#)

78. La position du Conseil fédéral était, à cet égard, plutôt modérée et attentiste. Selon lui, les devoirs d'information et de transparence en matière de traitement différencié prévus à l'art. 12a du projet étaient suffisants. De plus, « *il convient dans un premier temps de s'abstenir de toute réglementation détaillée* » (Message du Conseil fédéral du 6 septembre 2017 concernant la révision de la loi sur les télécommunications, FF 2017 6185, 6214 et 6221 s.). [↑](#)

79. Kurt Fluri, rapporteur pour la commission, BO CN 2018 1691, 1692. [↑](#)

80. FF 2019 2589. [↑](#)

81. Dans les modifications soumises à consultation, seules les exceptions à l'Internet ouvert de l'art. 12e al. 2 nLTC sont explicitées (DETEC, Révision des ordonnances relatives à la LTC – Rapport explicatif du 6 décembre 2019 en vue de l'ouverture de la procédure de consultation, p. 11 s.). [↑](#)

82. Règlement 2015/2120/UE du Parlement européen et du Conseil 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) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux

publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union. [↑](#)

83. Dubey (n. 31), p. 471 ; Kiener/Kälin/Wyttenbach (n. 30), p. 378 ; Müller/Schefer (n. 29), p. 1053 s. [↑](#)

84. On pourrait même y voir une atteinte à la liberté contractuelle, qui découle directement de la liberté économique (Dubey (n. 31), p. 475 ; ATF 131 I 33, c. 4). [↑](#)

85. Pour rappel, l'institution consacrée à l'art. 94 Cst. fait interdiction à l'État de prendre des mesures qui ont pour but ou pour effet d'empêcher la libre concurrence, à moins qu'une telle restriction ne soit prévue par la Constitution (Dubey (n. 31), p. 476). Même si on devait admettre qu'une telle restriction rentre effectivement dans le champ d'application de l'art. 94 Cst., l'art. 92 Cst. constituerait une base suffisante pour y déroger (Schlauri (n. 18), p. 119 s.). [↑](#)

86. Métille (n. 5), p. 21. [↑](#)

87. RS 251. [↑](#)

88. Sans une telle loi, on se trouverait dans une situation de « sous-réglementation » (« *Unterregulierung* »), avec un manque de réaction des autorités sur le marché (Schlauri (n. 18), p. 123 s.). [↑](#)

89. Schlauri/Vleck (n. 16), p. 150. D'un côté, il faudrait pouvoir établir avec certitude qu'il y a abus de position dominante et, de l'autre, rien n'empêche les fournisseurs de prioriser certains clients par rapport à d'autres, ou de fournir une qualité de service à géométrie variable (p. 146 ss). [↑](#)

90. Pour une analyse approfondie des conséquences économiques de la neutralité du net, voir Schlauri (n.

18), p. 129 ss. [↑](#)

91. Lohri-Kerekes (n. 8), p. 71. [↑](#)

92. *Rapport neutralité des réseaux* (n. 5), p. 24 ss. [↑](#)

93. Schlauri (n. 18), p. 161. [↑](#)

94. Métille (n. 5), p. 21 s. [↑](#)

95. Voir entre autres, CourEDH, arrêt *Delfi c. Estonie*[GC], du 16 juin 2015, § 110 ; arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie* du 18 décembre 2012, § 48 ; arrêt *Times Newspaper Ltd c. Royaume-Uni* (N° 1 et 2) du 10 mars 2009, § 27. [↑](#)

96. Florent Thouvenin/Burkhard Stiller/Peter Hettich/Thomas Bocek/Kento Reutimann, *Keine Netzsperrern im Urheberrecht in : sic!* 2017, p. 701 ss, 705 ss. [↑](#)

97. Thouvenin/Stiller/Hettich/Bocek/Reutimann (n. 95), p. 705 ss. Ces contenus sont communément admis comme ne contribuant pas au débat public et peu protégés sous l'angle constitutionnel (Schefer (n. 24), p. 1427 s.). [↑](#)

98. FF 2019 2589. [↑](#)

99. *Rapport ordonnance LTC* (n. 81), p. 11 s. [↑](#)