

EYB2016REP2023

Repères, Août, 2016

Pierre TRUDEL *

Chronique – La neutralité d'Internet en droit canadien

Indexation

COMMUNICATIONS ET TECHNOLOGIES ; TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ; INTERNET

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)[I- LE PRINCIPE](#)[II- UN PRINCIPE BALISÉ](#)[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteur explique la portée du principe de neutralité d'Internet. En droit canadien, ce principe selon lequel le réseau ne fait que transporter et non gérer des données n'est pas un absolu. La neutralité du réseau ne confère pas l'immunité à une activité du seul fait qu'elle se déroule sur Internet. Dans sa formulation même et dans son étendue, le principe de neutralité du net a toujours été l'objet de dérogations, notamment aux fins d'assurer l'application des lois.

INTRODUCTION

La neutralité du Net est un principe fondateur d'Internet. Il évoque une séparation entre le réseau, dont le rôle est de transporter les paquets de données, et les applications qui seules sont en mesure de gérer ces données. La neutralité suppose l'exclusion de la discrimination par le réseau en fonction de la source, de la destination ou du contenu des données transmises.

La neutralité d'Internet est un principe. À ce titre, il n'est pas et n'a jamais été envisagé comme une règle absolue. C'est plutôt un point de départ à partir duquel s'évaluent les limites qui y sont nécessairement apportées¹.

En droit canadien, le principe de neutralité du réseau découle de l'article 27(2) de la *Loi sur les télécommunications*² qui prohibe la discrimination injuste par des entreprises de télécommunications.

Mais les interventions sur le réseau résultant des pratiques raisonnables de gestion du trafic et des exigences découlant des lois ne sont pas considérées comme de la discrimination injuste. De plus, à l'égard de la transmission d'émissions au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*, l'article 28(1) de la *Loi sur les télécommunications* impose de tenir compte de la politique de radiodiffusion dans l'évaluation du caractère discriminatoire ou injuste d'un procédé.

Par conséquent, le droit canadien permet de baliser la portée du principe de neutralité d'Internet lorsque cela s'inscrit dans une démarche de mise en oeuvre de la politique canadienne de radiodiffusion.

I- LE PRINCIPE

Tim Wu, celui qui est souvent présenté comme le père de la notion de neutralité du Net, explique que pour procurer une utilité maximale, un réseau public d'information comme Internet doit tendre à un traitement équivalent de tous les contenus, de toutes les plateformes de façon à transporter tout type d'information et accepter tout type d'application³.

Curien et Maxwell observent que la neutralité du Net constitue un « point limite », « une vision épurée d'Internet, selon laquelle les différents fournisseurs et consommateurs de contenus, d'applications et de services interagissent librement dans la couche usages, sans interférence des acteurs de la couche réseau »⁴.

En somme, expliquent ces auteurs, « dans un Internet parfaitement neutre, chaque utilisateur, qu'il soit simple consommateur ou fournisseur d'envergure mondiale, se connecte au point du réseau qui lui convient le mieux et y achète de la capacité qu'il souhaite »⁵. La connexion au réseau constitue la condition nécessaire et en principe suffisante pour avoir accès à Internet.

La neutralité d'Internet est généralement comprise comme s'opposant aux mesures que peuvent prendre les opérateurs en vue de limiter l'accès aux contenus, applications ou services en ligne.

Une telle ouverture est inhérente à la conception ayant présidé au développement initial d'Internet. Dès les débuts du réseau, ses fondateurs mettent en place des processus de collaboration impliquant des choix fondamentaux quant au fonctionnement de celui-ci. Ainsi, les protocoles mis en place, fondés sur la commutation de paquets, excluent toute réservation de ressource, garantie de service ou de connaissance de la topologie globale. De bout en bout du réseau, chacun peut émettre de l'information, et toutes les formes d'informations doivent pouvoir être transmises et reçues sans discrimination. Une telle approche permet de disposer d'un réseau à caractère universel et adaptable. Cette universalité a permis le développement d'un réseau fondé sur des accords d'interconnexion entre opérateurs. Ces interconnexions sont possibles dès lors que sont respectées certaines caractéristiques techniques.

La neutralité du réseau est donc envisagée comme inhérente à la nature d'Internet. Le caractère non discriminatoire du réseau constitue une condition des bénéfices économiques, sociaux et culturels qu'il génère. La nature ouverte et libre d'Internet fait en sorte que les barrières à l'accès sont réduites. Cela permet la circulation d'informations moyennant un minimum d'entraves.

Les acteurs sont ainsi libres de mener leurs activités informationnelles sur le réseau que celles-ci s'inscrivent dans des logiques commerciales ou hors marché. Ainsi comprise, la neutralité du réseau rend possibles de multiples externalités positives liées à Internet.

Mais des externalités positives peuvent également résulter de certains aménagements impliquant de limiter la portée du principe de neutralité. C'est ce qui explique que l'on reconnait la légitimité inhérente des balises au principe de neutralité.

II- UN PRINCIPE BALISÉ

La portée et la teneur du principe de neutralité du réseau sont donc essentiellement délimitées par le standard de raisonnabilité.

Tout comme l'idée selon laquelle il faut défendre le bien et combattre le mal, en tant que principe, la neutralité d'Internet fait l'unanimité. Le débat véritable porte toutefois sur ce qui doit être tenu pour constituer une limite raisonnable au principe de neutralité.

Personne ne soutient que la neutralité d'Internet est absolue. Dès 2005, la FCC publiait un énoncé de politique énonçant quatre principes qui sont généralement considérés comme exprimant les quatre libertés associées à Internet. Envisagé du point de vue du consommateur-usager, l'énoncé de 2005 reconnaît à tout internaute le droit sur Internet :

- d'accéder à tout contenu légal de son choix ;
- d'utiliser toute application ou tout service légal ;
- de connecter au réseau tout équipement terminal n'endommageant pas ce dernier ;
- de bénéficier d'un choix et d'une concurrence effective entre fournisseurs de services ⁶.

Ces libertés proclamées s'entendent sous réserve des « mesures raisonnables de gestion du réseau ». Car il est unanimement admis que les fournisseurs d'accès Internet ont la possibilité de mettre en place des mesures de lissage des pics de trafic ainsi que des précautions afin de protéger le réseau et les utilisateurs contre les menaces de virus et autres actions destructrices. Il est également universellement admis que des mesures peuvent être prises pour lutter contre la criminalité empruntant le réseau ou empêcher l'accès à des contenus illégaux.

Le principe de neutralité du Net ne prohibe pas l'exclusion des contenus contraires aux lois ou aux pratiques susceptibles d'entraver le bon fonctionnement du réseau.

Toutes ces limites au principe de la neutralité du Net sont assujetties à un standard de raisonnabilité. Les controverses autour de la neutralité d'Internet tournent souvent autour de la question de savoir si telle ou telle mesure limitant cette neutralité est légitime ou raisonnable.

Les mesures de gestion du réseau doivent, selon les autorités réglementaires de même que pour la plupart des auteurs et analystes, être des mesures « raisonnables ».

Dans le même esprit, au Canada, la neutralité du Net s'inscrit dans le principe plus large et plus classique énoncé à l'article 27(2) de la *Loi sur les télécommunications* et qui s'énonce comme suit :

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

Aux termes de cette disposition, une entreprise de télécommunications ne peut établir une discrimination « injuste ».

La détermination du caractère injuste d'une discrimination est effectuée selon les exigences des paragraphes 27(4) et (5) :

(4) Il incombe à l'entreprise canadienne qui a fait preuve de discrimination, accordé une préférence ou fait subir un désavantage d'établir, devant le Conseil, qu'ils ne sont pas injustes, indues ou déraisonnables, selon le cas.

(5) Pour déterminer si les tarifs de l'entreprise canadienne sont justes et raisonnables, le Conseil peut utiliser la méthode ou la technique qu'il estime appropriée, qu'elle soit ou non fondée sur le taux de rendement par rapport à la base tarifaire de l'entreprise.

De plus, à l'égard de la transmission d'émissions au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* ⁷, l'article 28 permettra de déterminer le caractère injuste de la discrimination :

28 (1) Le Conseil doit tenir compte de la politique canadienne de radiodiffusion exposée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* pour déterminer s'il y a eu discrimination, préférence ou désavantage injuste, induit ou déraisonnable, selon le cas, dans une transmission d'émissions — au sens du paragraphe 2(1) de cette loi — principalement destinée à être captée directement par le public et réalisée soit par satellite, soit au moyen des installations de distribution terrestre de l'entreprise canadienne, en liaison ou non avec des installations de l'entreprise de radiodiffusion.

Il est donc fait obligation au Conseil de tenir compte de la politique canadienne de radiodiffusion afin de déterminer l'existence de discrimination de même que le caractère induit, injuste ou déraisonnable de celle-ci.

Le CRTC a précisé les critères qui devaient trouver application afin de déterminer le caractère raisonnable des dérogations au principe de la neutralité du Net.

Dans la décision « Examen des pratiques de gestion du trafic Internet des fournisseurs de services Internet », portant sur la gestion du trafic Internet par les fournisseurs de services Internet (FSI), le CRTC énonce des règles interdisant le blocage du contenu. Il exige un préavis suivi d'un délai d'attente avant le lissage du trafic. Le Conseil conditionne à l'obtention d'une approbation préalable, le lissage du trafic de gros de façon plus stricte que le trafic de détail et établit des moyens de contestation d'une pratique de gestion du trafic au motif qu'elle est inutile ou disproportionnée.

Dans cette décision, le CRTC reconnaît d'entrée de jeu que les mesures visant à réduire ou à éliminer ce qu'il désigne comme le « mauvais trafic » sont permises. Ces pratiques de gestion du trafic Internet sont envisagées comme étant de nature technique. Elles portent sur les pratiques visant à gérer les pourriels, à maîtriser les logiciels malveillants et à empêcher la « distribution de matériel illicite ». De telles mesures sont considérées comme relevant de la « gestion raisonnable du réseau » constituant en quelque sorte les limites évidentes à la neutralité du Net. Le Conseil explique à cet égard que : « ces activités ne déclencheront vraisemblablement pas de plaintes [en vertu de la *Loi sur les télécommunications* (n.d.l.r.)] ou ne susciteront pas de préoccupations en vertu de la Loi et sont un élément nécessaire de l'exploitation d'un réseau de FSI » ⁸.

Les mesures visant à prévenir des maux dont le caractère illicite paraît indiscutable tels que la pornographie juvénile, les pratiques frauduleuses ou attentatoires à la vie privée ou les menaces contre les enfants ne soulèvent pas beaucoup de doute : ce sont des limites tout à fait évidentes au principe de la neutralité du réseau.

Afin d'assurer la conformité aux lois et la sécurité du réseau, les technologies permettent l'inspection systématique des paquets de données circulant sur le réseau. Chaque message peut en théorie être analysé et éventuellement bloqué s'il est estimé qu'il contrevient à une législation. Mais il est vrai que ces dispositifs de filtrage préventifs du trafic Internet peuvent poser des problèmes de légitimité.

Si le caractère illégal d'un contenu filtré n'a pas été constaté par l'autorité judiciaire, il y a un important risque pour le respect des libertés fondamentales. Dans beaucoup d'États démocratiques, on tient pour acquis que seul un juge (ou une autre autorité indépendante) chargé d'analyser en toute indépendance un contenu dispose de la légitimité pour se prononcer à l'égard de mesures visant à restreindre ou empêcher l'accès à un contenu disponible sur Internet.

La légitimité des mesures venant baliser l'application du principe de neutralité tient donc largement aux conditions qui régissent les processus d'inspection des paquets de données aux fins d'appliquer des mesures excluant des contenus qui contreviendraient aux lois.

En ces matières, on considère que la transparence dans l'application des mesures de gestion du trafic constitue une garantie essentielle⁹.

Dans sa décision *Plainte contre Bell Mobilité inc. et Québecor Média inc., Vidéotron Itée et Vidéotron s.e.n.c. alléguant une préférence et un désavantage induit et déraisonnables concernant les pratiques en matière de facturation de leurs services de télé mobile Télé mobile de Bell et Illico.tv*¹⁰ portant sur le contenu audio et audiovisuel sur Internet, le CRTC a estimé qu'en l'espèce, compte tenu de la preuve disponible dans cette instance, la discrimination n'était pas justifiée selon l'article 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Il remarque que :

[...] la politique sur la radiodiffusion exposée dans la *Loi sur la radiodiffusion* n'est pas en elle-même déterminante dans ce cas. Les modalités favorables offertes par Bell Mobilité et Vidéotron pour le transport et la connectivité des données nécessaires à leurs propres services de télé mobile peuvent servir certains objectifs de la politique de radiodiffusion. Toutefois, ce n'est pas le cas du désavantage imposé aux consommateurs qui désirent accéder à d'autres émissions canadiennes sur leurs appareils mobiles. En conséquence, le Conseil estime que ni la préférence ni le désavantage ne peuvent être justifiés au regard de la politique de radiodiffusion établie au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

Compte tenu de cette analyse, une préférence justifiée en vertu de la politique canadienne de radiodiffusion ne saurait constituer une discrimination injuste ou une atteinte illicite à la neutralité du Net.

Il est donc bien établi que la politique canadienne de radiodiffusion énoncée à l'article 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* doit être considérée lorsque vient le temps de déterminer si la neutralité du Net a subi une atteinte induite. Dès qu'il est démontré qu'une pratique est justifiée selon la politique canadienne de radiodiffusion, il est impossible de considérer qu'elle constitue une discrimination injuste au sens de l'article 27 de la *Loi sur les télécommunications*. On ne peut donc affirmer que les mesures prises en application de la politique canadienne de radiodiffusion sont des atteintes à la neutralité du réseau tel que le principe est reconnu en droit canadien.

CONCLUSION

Il a été montré dans ce texte que la neutralité d'Internet n'est pas une obligation absolue. En droit canadien, c'est plutôt un principe dérivé de l'obligation de traitement non discriminatoire incombant aux entreprises de télécommunications.

Il peut paraître de bonne guerre de brandir le principe de neutralité d'Internet pour tenter de couper court aux réflexions sur les meilleures façons d'assurer les équilibres que commandent le respect des lois de même que la mise en oeuvre de la politique de radiodiffusion. La réalité au Canada est que le principe de neutralité du Net est un principe balisé par d'autres impératifs que celui évoqué par le mythe d'un Internet sans lois. Lorsque les balises sont connues et transparentes, les limites qu'elles imposent à la neutralité du Net sont tout à fait valides en droit canadien.

À ce titre, le principe de neutralité du Net s'entend d'une interdiction des pratiques constituant de la discrimination interdite aux termes de la *Loi sur les télécommunications*.

Nous avons constaté que le CRTC reconnaît que les pratiques raisonnables de gestion du trafic, notamment afin de donner effet aux interdictions découlant des lois, ne constituent pas de la discrimination injuste.

De plus, l'article 28 de la *Loi sur les télécommunications* impose de considérer les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* énonçant la politique de radiodiffusion afin d'évaluer le caractère injuste de la discrimination. Par conséquent, les mesures justifiées en vertu de la politique canadienne de radiodiffusion constituent des balises licites au principe de la neutralité d'Internet.

* M^e Pierre Trudel est professeur au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. www.pierretrudel.net.

¹ Craig McTaggart, *Net Neutrality and Canada's Telecommunications Act*, Paper prepared for the Fourteenth Biennial National Conference on New Developments in Communications Law and Policy, Law Society of Upper Canada, Ottawa, 25-26 April 2008. En ligne, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127203> visité le 20 juin 2016. Voir aussi : Alex Guindon et Danielle Dennie, « Net Neutrality in Canada and what it Means for Libraries », (2010) 5(1) *Partnership; the Canadian Journal of Library and Information Practice and Research*, en ligne <<https://journal.lib.uoguelph.ca/index.php/perj/article/view/1133#.V2IX9qPhA1g>>, consulté le 20 juin 2016.

² L.C. 1993, ch. 38.

³ Tim Wu, « Network Neutrality, Broadband discrimination », [2003] 2 *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 141-179.

⁴ Nicolas Currien et Winston Maxwell, *La neutralité d'Internet*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 10.

⁵ *Ibid.*

⁶ N. Currien et W. Maxwell, précité, note 4, p. 20.

⁷ L.C. 1991, ch. 11.

⁸ CRTC, *Examen des pratiques de gestion du trafic Internet des fournisseurs de services Internet*, Politique réglementaire de télécom CRTC 2009-657, 21 octobre 2009, en ligne : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2009/2009-657.htm>>.

⁹ Voir notamment : Quadrature du Net, *Garantir la neutralité du net*, avril 2012, p. 11, en ligne : <<http://www.laquadrature.net/files/LQDN-20100412-RapportNN.pdf>>, consulté le 20 juin 2016.

¹⁰ Décision de radiodiffusion et de télécom CRTC 2015-26 du 29 janvier 2015, en ligne : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2015/2015-26.htm>>.

Date de dépôt : 31 août 2016