

**Lignes directrices de l'ORECE
pour la mise en œuvre par les régulateurs
nationaux
des règles européennes en matière de
neutralité de l'internet**

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes met à votre disposition une traduction de courtoisie en langue française des lignes directrices de l'ORECE. La traduction de ce texte européen est dépourvue de toute portée normative. Seule la version anglaise du document BoR (16) 127 fait foi.

Table des matières

Contexte et aspects généraux.....	3
Article 1 Objet et champ d'application.....	4
Article 2 Définitions.....	5
Article 3 Garantir l'accès à un internet ouvert.....	7
Article 3(1)	8
Article 3(2)	10
Article 3(3) premier alinéa	15
Article 3(3) deuxième alinéa	17
Article 3(3) troisième alinéa	21
Article 3(3) (a).....	22
Article 3(3) (b).....	23
Article 3(3) (c).....	25
Article 3(4)	26
Article 3(5) premier alinéa	27
Article 3(5) second alinéa.....	30
Article 4 Mesures de transparence garantissant l'accès à un internet ouvert.....	34
Article 4(1)	34
Article 4(1) (a).....	36
Article 4(1) (b).....	37
Article 4(1) (c).....	37
Article 4(1) (d).....	37
Article 4(1) (e).....	40
Article 4(2)	40
Article 4(3)	41
Article 4(4)	41
Article 5 Surveillance et exécution.....	43
Article 5(1)	43
Article 5(2)	49
Article 5(3)	50
Article 5(4)	50
Article 6 Sanctions	50
Article 10 Entrée en vigueur et dispositions transitoires	51
Article 10(1)	51
Article 10(2)	51
Article 10(3)	51

Contexte et aspects généraux

1. Les présentes lignes directrices de l'ORECE, rédigées conformément à l'article 5(3) du règlement¹, visent à fournir des orientations pour la mise en œuvre des obligations des Autorités de régulation nationales (ARN). Cela inclut en particulier l'obligation de surveiller étroitement et d'assurer le respect des règles visant à garantir le traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet et les droits connexes des utilisateurs finals, tels qu'établis aux articles 3 et 4. Les présentes lignes directrices constituent des recommandations faites aux ARN, dont elles devraient tenir le plus grand compte². Ces lignes directrices devraient contribuer à l'application cohérente du règlement et, par là même, à la sécurité réglementaire pour les parties prenantes.

Terminologie

2. Dans le cadre des présentes lignes directrices, l'ORECE a utilisé les termes suivants afin d'en faciliter la lecture³.

Application	Dans ces lignes directrices, l'ORECE utilise le terme « application » comme une expression simplifiée d'expressions plus longues provenant du règlement, telles que « applications et services » ou « contenu, application et service ».
FAI (Fournisseur d'accès à l'internet)	Dans les présentes lignes directrices, l'ORECE utilise le terme « FAI » pour désigner les fournisseurs de services d'accès à l'internet. Les FAI peuvent également être des fournisseurs de services spécialisés.
FCA (Fournisseur de contenus et d'applications)	Les FCA fournissent du contenu (par ex. pages web, blogs, vidéos) et/ou des applications (par ex. moteurs de recherche, applications de VoIP) et/ou des services sur l'internet. Les FCA peuvent également fournir du contenu, des services et des applications via des services spécialisés.
Services spécialisés	Dans les présentes lignes directrices, l'ORECE utilise le terme « services spécialisés » comme un moyen plus concis de désigner « des services autres que les services d'accès à l'internet qui sont optimisés pour des contenus, des applications ou des services spécifiques, ou une combinaison de ceux-ci, lorsque l'optimisation est nécessaire pour que les contenus, les applications ou les services satisfassent aux exigences correspondant à un niveau de qualité

¹ Règlement (UE) 2015/2120 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) no 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120&from=EN>

² Comme énoncé à l'article 3(3) du règlement (CE) N° 1211/2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques ainsi que l'Office, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0001:0010:FR:PDF> et au considérant 19 du règlement (UE) 2015/2120

³ Les définitions des termes utilisés dans le règlement sont données dans les sections pertinentes des lignes directrices

spécifique » (voir l'article 3(5)).

Article 1

Objet et champ d'application

Le présent règlement établit des règles communes destinées à garantir le traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet et les droits connexes des utilisateurs finals.

Considérant 1

Le présent règlement vise à établir des règles communes destinées à garantir un traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet et les droits correspondants des utilisateurs finals. Il vise à protéger les utilisateurs finals et à garantir, en même temps, la continuité du fonctionnement de l'écosystème de l'internet en tant que moteur de l'innovation.

Considérant 2

Les mesures prévues par le présent règlement respectent le principe de la neutralité technologique, c'est-à-dire qu'elles n'imposent ni ne favorisent l'utilisation d'aucun type particulier de technologie.

Considérant 3

Au cours des dernières décennies, l'internet est devenu une plateforme ouverte d'innovation facile d'accès pour les utilisateurs finals, les fournisseurs de contenus, d'applications et de services et les fournisseurs de services d'accès à l'internet. Le cadre réglementaire existant vise à favoriser la capacité des utilisateurs finals à accéder aux informations de leur choix et à les diffuser, ou à utiliser les applications et les services de leur choix. Néanmoins, des pratiques de gestion du trafic qui bloquent ou ralentissent des applications ou des services spécifiques ont une incidence sur un nombre important d'utilisateurs finals. Au vu de ces évolutions, il est nécessaire d'adopter, au niveau de l'Union, des règles communes pour garantir le caractère ouvert de l'internet et éviter une fragmentation du marché intérieur due aux mesures prises individuellement par les États membres.

3. L'article 1 énonce l'objet et le champ d'application du règlement : établir des règles communes pour garantir « *le traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet* » et « *les droits connexes des utilisateurs finals* ».
4. D'après la directive cadre⁴, l'« *utilisateur final* » désigne un utilisateur qui ne fournit pas de réseaux de communications publics ou de services de communications électroniques accessibles au public. Le terme « *utilisateur* » désigne quant à lui une personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public. Sur cette base, l'ORECE considère que le concept d'« *utilisateur final* » englobe les individus et les entreprises, y compris les consommateurs et les FCA.
5. Les FCA sont protégés en tant qu'utilisateurs finals par le règlement, dans la mesure où ils utilisent un service d'accès à l'internet pour atteindre d'autres utilisateurs finals. Cependant, certains FCA peuvent également exploiter leurs propres réseaux et, dans

⁴ Article 2 de la directive cadre (2002/21/CE), voir points (n) et (h). La directive a été modifiée par le règlement 717/2007/CE, le règlement 544/2009/CE et la directive 2009/140/CE (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002L0021:20091219:FR:PDF>)

ce cadre, avoir des accords d'interconnexion avec des FAI ; la fourniture de l'interconnexion est un service distinct de la fourniture de services d'accès à l'internet.

6. Les ARN peuvent prendre en compte les politiques et pratiques d'interconnexion des FAI dans la mesure où elles ont pour effet de limiter l'exercice des droits des utilisateurs finals énoncés à l'article 3(1). Cela peut par exemple être pertinent dans certains cas, par exemple lorsque l'interconnexion est mise en œuvre de manière à chercher à contourner le règlement.⁵

Article 2

Définitions

Aux fins du présent règlement, les définitions figurant à l'article 2 de la directive 2002/21/CE s'appliquent. En outre, on entend par :

7. Les définitions de l'article 2 de la Directive 2002/21/CE s'appliquent également aux fins des présentes lignes directrices. Cela inclut les termes « *utilisateur final* », « *consommateur* », « *services de communications électroniques* », « *réseau de communications électroniques* » et « *point de terminaison du réseau* » (PTR).

« Fournisseur de communications électroniques au public »

(1) « fournisseur de communications électroniques au public », une entreprise qui fournit des réseaux de communications publics ou des services de communications électroniques accessibles au public ;

8. Le terme « *fournisseur de communications électroniques au public* » (FCEP) englobe à la fois les « *réseaux de communications publics* » et les « *services de communications électroniques* » (SCE), lesquels sont définis à l'article 2 de la directive cadre.⁶
9. À l'inverse, la définition de FCEP n'inclut pas les fournisseurs de réseaux de communications ou de services de communications électroniques qui ne sont *pas* accessibles au public, lesquels ne relèvent donc pas de ce règlement.
10. Les réseaux ou services de communications électroniques qui ne sont pas seulement proposés à un groupe prédéterminé d'utilisateurs finals, mais en principe à tout client souhaitant s'abonner au service ou au réseau, devraient être considérés comme accessibles au public. Les réseaux ou services de communications électroniques qui ne sont proposés qu'à un groupe *prédéterminé* d'utilisateurs finals pourraient être considérés comme non accessibles au public.
11. Les services de réseau privé virtuel (VPN) sont généralement fournis par les FCEP à quiconque souhaite conclure un contrat concernant la fourniture d'un tel service. Par conséquent, ceux-ci pourraient généralement être considérés comme accessibles au public, tandis que l'exploitation d'un VPN spécifique constituerait un réseau privé. Le

⁵ Considérant 7 : « Ces accords, ainsi que les pratiques commerciales des fournisseurs de services d'accès à l'internet, ne devraient pas limiter l'exercice de ces droits, ni, par conséquent, permettre de contourner les dispositions du présent règlement en matière de garantie d'accès à un internet ouvert. »

⁶ Voir article 2 (d) pour « *réseau de communications public* » et (c) pour « *service de communications électroniques* »

terme « privé » décrit l'usage d'un service qui se limite généralement aux points terminaux de l'entreprise concluant le contrat et est sécurisé pour les communications internes. Les VPN sont abordés plus avant au paragraphe 115.

12. Les exemples suivants pourraient être considérés comme des services ou des réseaux non accessibles au public, sous réserve d'une appréciation au cas par cas par les ARN, prenant en considération les pratiques nationales :

- l'accès à l'internet fourni par des cafés et des restaurants ;
- les réseaux internes des entreprises.

La relation contractuelle dans le cadre de laquelle le service est fourni, le périmètre des utilisateurs et le caractère prédéterminé ou non de celui-ci sont des exemples de critères susceptibles d'être utilisés pour apprécier la qualification de ces services.

« Service d'accès à l'internet »

(2) « service d'accès à l'internet », un service de communications électroniques accessible au public, qui fournit un accès à l'internet et, partant, une connectivité entre la quasi-totalité des points terminaux de l'internet, quels que soient la technologie de réseau ou les équipements terminaux utilisés.

Considérant 4

Un service d'accès à l'internet fournit un accès à l'internet et, en principe, à tous ses points terminaux, quels que soient la technologie de réseau et les équipements terminaux utilisés par les utilisateurs finals. Toutefois, pour des raisons échappant au contrôle des fournisseurs de services d'accès à l'internet, il se peut que certains points terminaux connectés à l'internet ne soient pas toujours accessibles. En conséquence, de tels fournisseurs devraient être réputés avoir satisfait à leurs obligations de fourniture d'un service d'accès à l'internet au sens du présent règlement lorsque ce service fournit une connectivité entre la quasi-totalité des points terminaux connectés à l'internet. Il convient donc que les fournisseurs de services d'accès à l'internet ne limitent pas la connectivité aux points terminaux accessibles connectés à l'internet.

13. L'article 2(2) définit un « *service d'accès à l'internet* » comme un service de communications électroniques fournissant un accès à l'internet et, partant, une connectivité entre la quasi-totalité des points terminaux de l'internet, quels que soient la technologie de réseau et les équipements terminaux utilisés.
14. Aux fins du règlement, l'ORECE comprend le terme « *internet* » comme renvoyant à un système global de réseaux interconnectés qui permet aux utilisateurs finals qui y sont connectés de se connecter entre eux. Un service d'accès à l'internet permet un tel accès à l'internet.
15. L'ORECE entend l'expression « *connectivité entre la quasi-totalité des points terminaux de l'internet* » comme une conséquence du fait que l'internet est un système distribué dont un FAI seul ne contrôle qu'une partie assez limitée. Pour des raisons indépendantes de la volonté d'un FAI particulier (comme des limitations techniques, la politique d'autres FAI ou la réglementation dans certains pays), il est possible que tous les points terminaux ne soient pas accessibles en permanence. Toutefois, un tel manque d'accessibilité ne devrait pas empêcher de définir le service comme un service d'accès à l'internet.
16. Lorsque des restrictions d'accès à des points terminaux résultent de l'utilisation de deux systèmes d'adressage internet différents, IPv4 et IPv6, cela ne signifie généralement pas que les services ne peuvent pas être définis comme services d'accès à l'internet.

Bien qu'il ne soit pas possible de connecter deux points différents avec deux types d'adresses différents sans fonctionnalité de traduction, l'ORECE considère que l'expression « *quasi-totalité des points terminaux* » ne devrait pas, pour l'instant, être comprise comme une obligation pour les FAI de proposer une connectivité à la fois en IPv4 et en IPv6.

17. L'ORECE considère un service sub-internet comme un service qui limite l'accès aux services ou applications (par exemple, interdisant l'utilisation de la VoIP ou de la vidéo en continu) ou qui donne accès uniquement à une partie prédéfinie de l'internet (par exemple, seulement certains sites web). Les ARN devraient tenir compte du fait qu'un FAI pourrait facilement contourner le règlement en proposant de telles offres sub-internet. Ces services devraient donc être considérés comme relevant du champ d'application du règlement et le fait qu'ils fournissent un accès limité à l'internet devrait constituer une violation des articles 3(1), 3(2), 3(3) du règlement. L'ORECE utilise l'expression « *services sub-internet* » pour désigner ces services, comme détaillé plus avant aux paragraphes 38 et 55.
18. Les services où le nombre de points terminaux accessibles est limité par la nature de l'équipement terminal utilisé avec de tels services (autrement dit des services conçus pour la communication avec des appareils individuels, tels que des liseuses d'*e-books* ou des appareils de communication entre machines⁷ comme les compteurs intelligents etc.) sont considérés comme ne relevant pas du règlement, à moins qu'ils ne soient utilisés pour contourner celui-ci. Il leur est possible d'utiliser un service d'accès à l'internet (sans fournir pour autant de service d'accès à l'internet ou constituer un substitut à un service d'accès à l'internet), d'utiliser un réseau privé ou de constituer un service spécialisé. Si ces services utilisent un service d'accès à l'internet ou constituent un service spécialisé, le service de connectivité sera soumis aux règles pertinentes en vigueur pour les services d'accès à l'internet et les services spécialisés dans le règlement⁸.

Article 3

Garantir l'accès à un internet ouvert

19. L'article 3 comprend des mesures visant à garantir l'accès à un internet ouvert, englobant les droits des utilisateurs finals des services d'accès à l'internet ainsi que les pratiques autorisées et les obligations pour les FAI :
 - L'article 3(1) définit les droits des utilisateurs finals des services d'accès à l'internet ;

⁷ Toutefois, certains services de communication entre machines (M2M) peuvent également constituer un service spécialisé selon l'article 3(5) du règlement (voir le considérant 16 et le paragraphe 113 de ces lignes directrices). En outre, le fournisseur d'un appareil M2M ou d'un service M2M (par exemple un constructeur automobile, un fournisseur d'énergie comprenant le compteur intelligent) ne semble généralement pas fournir de service de communications électroniques au sens du présent cadre réglementaire, alors que le fournisseur de services de connectivité qui fournit la connectivité sur un réseau public contre rémunération est généralement le fournisseur d'un service de communications électroniques dans la chaîne de valeurs IoT (voir le rapport de l'ORECE sur l'internet des objets, BoR (16) 39, pages 21-23).

⁸ Les dispositions relatives aux services spécialisés sont applicables – voir aux paragraphes 99-127.

- L'article 3(2) définit les limites aux conditions contractuelles qui peuvent s'appliquer aux services d'accès à l'internet et aux pratiques commerciales des FAI fournissant des services d'accès à l'internet. Celles-ci ne devraient pas limiter l'exercice par les utilisateurs finals des droits définis au paragraphe 1. Dans le cadre de l'évaluation des pratiques commerciales, il est nécessaire de prendre également en compte l'article 3(3) ;
- L'article 3(3) limite les pratiques de gestion du trafic des FAI, en mettant en place l'obligation pour ces derniers de traiter tout le trafic de données de façon égale et en définissant dans quelles circonstances ils peuvent s'écarter de cette règle ;
- L'article 3(4) définit les conditions dans lesquelles les mesures de gestion du trafic peuvent donner lieu au traitement de données à caractère personnel ;
- L'article 3(5) dispose que les FAI et les FCA sont libres de proposer des services spécialisés et définit les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire.

20. Le règlement respecte les droits fondamentaux de la Charte ainsi que les principes qu'elle consacre, notamment la protection des données à caractère personnel, la liberté d'expression et d'information, la liberté d'entreprise, la non-discrimination et la protection des consommateurs (cf. considérant 33).

21. L'ORECE considère que le règlement n'impose pas d'autorisation ex ante concernant les pratiques commerciales (article 3(2)), les pratiques de gestion du trafic (article 3(3)) et les services spécialisés (article 3(5)). Toutefois, cela ne devrait pas empêcher les échanges entre les ARN et les acteurs du marché au sujet de ces points, ni empêcher les ARN de se conformer à leurs obligations ou de mettre en œuvre leurs pouvoirs en vertu de l'article 5.

Article 3(1)

Les utilisateurs finals ont le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, d'utiliser et de fournir des applications et des services et d'utiliser les équipements terminaux de leur choix, quel que soit le lieu où se trouve l'utilisateur final ou le fournisseur, et quels que soient le lieu, l'origine ou la destination de l'information, du contenu, de l'application ou du service, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet.

Le présent paragraphe s'entend sans préjudice du droit de l'Union ou du droit national qui est conforme au droit de l'Union, en ce qui concerne la légalité des contenus, des applications et des services.

Considérant 5

Pour accéder à l'internet, les utilisateurs finals devraient être libres de choisir entre différents types d'équipements terminaux tels qu'ils sont définis dans la directive 2008/63/CE de la Commission (1). Les fournisseurs de services d'accès à l'internet ne devraient pas imposer de restrictions à l'utilisation des équipements terminaux connectés au réseau en plus de celles imposées par les producteurs ou les distributeurs d'équipements terminaux conformément au droit de l'Union.

Considérant 6

Les utilisateurs finals devraient avoir le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, et d'utiliser et de fournir les applications et les services sans discrimination, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet. L'exercice de ce droit devrait être sans préjudice du droit de l'Union ou du droit national qui est conforme au droit de l'Union, en ce qui concerne la légalité des contenus, des applications ou des services.

Le présent règlement ne vise pas à réglementer la légalité des contenus, des applications ou des services, pas plus qu'il ne cherche à réglementer les procédures, exigences et garanties y afférentes. Ces questions continuent donc de relever du droit de l'Union, ou du droit national qui est conforme au droit de l'Union.

22. L'article 3(1) définit les droits des utilisateurs finals en ce qui concerne l'internet ouvert. La notion d'utilisateur final est expliquée au paragraphe 4 de ces lignes directrices.

« Accéder aux informations et aux contenus et les diffuser »

23. Premièrement, les utilisateurs finals ont le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser. « *Accéder et diffuser* » signifie que les dispositions de ce règlement s'appliquent à la fois à l'émission et à la réception de données via le service d'accès à l'internet. Les termes « *informations et contenus* » sont destinés à couvrir tous les types de données pouvant être envoyés ou reçus via le service d'accès à l'internet.

« Utiliser et fournir des applications et des services »

24. Deuxièmement, les utilisateurs finals ont le droit d'utiliser et de fournir des applications et des services. « *Utiliser et fournir* » signifie que ce droit s'applique aussi bien à la consommation qu'à la fourniture d'applications et de services. Les termes « *Applications et services* » renvoient à la fois aux applications (y compris les logiciels clients et serveurs) et aux services.

« Utiliser les équipements terminaux de leur choix »

25. Troisièmement, les utilisateurs finals ont le droit d'utiliser les équipements terminaux de leur choix. La directive 2008/63/CE définit « *l'équipement terminal* » comme « *tout équipement qui est connecté directement ou indirectement à l'interface d'un réseau public de télécommunications* ». Le droit de choisir les équipements terminaux porte donc sur les équipements qui se connectent à l'interface du réseau public de télécommunications. Cette interface, le point de terminaison du réseau (PTR), est définie à l'article 2 (d bis) de la directive cadre (2002/21/CE) comme le point physique par lequel un abonné obtient l'accès à un réseau de communications public.
26. Lorsqu'elles examinent si les utilisateurs finals peuvent utiliser les équipements terminaux de leur choix, les ARN devraient évaluer si un FAI fournit un équipement à ses abonnés et limite la capacité des utilisateurs finals à remplacer cet équipement par leur propre équipement, autrement dit s'il fournit un « *équipement obligatoire* ».
27. De plus, les ARN devraient examiner s'il y a une nécessité technologique objective à ce que l'équipement obligatoire soit considéré comme faisant partie du réseau du FAI. S'il n'y en a pas et si le choix d'un équipement terminal est limité, la pratique serait en contradiction avec le règlement. Par exemple, la pratique consistant à limiter le partage de connexion⁹ est probablement constitutive d'une restriction du choix de l'équipement terminal parce que les FAI « *ne devraient pas imposer de restrictions à l'utilisation des équipements terminaux connectés au réseau en plus de celles imposées par les producteurs ou les distributeurs d'équipements terminaux conformément au droit de l'Union* » (considérant 5).

⁹ Le « *tethering* » permet à l'utilisateur final de partager la connexion Internet d'un téléphone ou d'une tablette avec d'autres appareils, comme les ordinateurs portables.

Actes législatifs relatifs à la légalité des contenus, des applications ou des services

28. Le second alinéa de l'article 3(1) précise que le droit de l'Union européenne (et le droit national qui est conforme au droit de l'Union) relatif à la légalité des contenus, applications ou services est toujours d'application. Le règlement ne vise pas à réglementer la légalité des contenus, applications ou services (voir le considérant 6).
29. Bien que le second alinéa de l'article 3(1) contienne une clarification concernant l'applicabilité d'une telle législation, l'article 3(3) (a) offre une exception aux FAI pour mettre en œuvre des mesures allant au-delà des mesures raisonnables de gestion du trafic afin de se conformer aux actes législatifs ou aux mesures visées par cette exception.

Article 3(2)

Les accords entre les fournisseurs de services d'accès à l'internet et les utilisateurs finals sur les conditions commerciales et techniques et les caractéristiques des services d'accès à l'internet telles que les prix, les volumes de données ou le débit, et toutes pratiques commerciales mises en œuvre par les fournisseurs de services d'accès à l'internet, ne limitent pas l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés au paragraphe 1.

Considérant 7

Afin d'exercer leurs droits d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, et d'utiliser et de fournir des applications et des services de leur choix, les utilisateurs finals devraient être libres de convenir avec les fournisseurs de services d'accès à l'internet des tarifs du service d'accès à l'internet pour des volumes de données et des débits déterminés. Ces accords, ainsi que les pratiques commerciales des fournisseurs de services d'accès à l'internet, ne devraient pas limiter l'exercice de ces droits, ni, par conséquent, permettre de contourner les dispositions du présent règlement en matière de garantie d'accès à un internet ouvert. Les autorités réglementaires nationales et les autres autorités compétentes devraient être habilitées à prendre des mesures à l'encontre d'accords ou de pratiques commerciales qui, en raison de leur ampleur, donnent lieu à des situations où le choix des utilisateurs finals est largement réduit dans les faits. À cette fin, il convient, entre autres, de tenir compte, dans le cadre de l'évaluation des accords et des pratiques commerciales, des positions respectives sur le marché de ces fournisseurs de services d'accès à l'internet ainsi que des fournisseurs de contenus, d'applications et de services qui sont concernés. Les autorités réglementaires nationales et les autres autorités compétentes devraient être tenues, dans le cadre de leur mission de contrôle et de respect de la réglementation, d'intervenir lorsque les accords ou les pratiques commerciales auraient pour effet de porter atteinte à l'essence des droits des utilisateurs finals.

30. L'article 3(2) précise que les accords entre les FAI et les utilisateurs finals sur les conditions commerciales et techniques et les caractéristiques des services d'accès à l'internet telles que les prix, les volumes de données ou le débit, et toutes pratiques commerciales mises en œuvre par les FAI sont autorisées mais ne doivent pas limiter l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3(1).
31. Selon la lecture de l'ORECE, l'article 3(2) comprend deux aspects pertinents :
 - la liberté de conclure des accords entre les FAI et les utilisateurs finals sur les conditions commerciales et techniques et les caractéristiques des services d'accès à l'internet ;
 - la disposition selon laquelle de tels accords et pratiques commerciales ne doivent pas limiter l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3(1).

Accords sur les conditions commerciales et techniques et les caractéristiques des services d'accès à l'internet

32. La notion d'accord vise ici les relations contractuelles entre les FAI et les utilisateurs finals qui peuvent inclure, comme l'énonce le règlement, des conditions commerciales (comme la tarification), des conditions techniques (comme les volumes de données et le débit), et toute autre caractéristique des services d'accès à l'internet. Il convient de noter qu'il adviendra fréquemment que les conditions commerciales et techniques soient imbriquées.

Pratiques commerciales

33. Les pratiques commerciales peuvent consister en l'ensemble des aspects pertinents du comportement commercial des FAI, y compris les pratiques unilatérales du FAI¹⁰.

Ne doivent pas limiter l'exercice des droits des utilisateurs finals

34. En ce qui concerne les caractéristiques des services d'accès à l'internet, s'accorder sur les tarifs de volumes de données et les débits spécifiques du service d'accès à l'internet ne représenterait pas une limitation de l'exercice des droits des utilisateurs finals (voir le considérant 7). L'ORECE considère que les droits des utilisateurs finals ne seront probablement pas affectés du moins lorsque les caractéristiques relatives au volume de données et au débit sont appliquées de manière « agnostique » (s'appliquant de la même manière à toutes les applications).

35. Sont probablement acceptables les exemples de pratiques commerciales suivants :

- les offres « agnostiques à l'égard des applications » (c'est à dire ne faisant pas de différence entre les applications), où un utilisateur final obtient un accès non plafonné¹¹ à l'internet (et pas uniquement pour certaines applications) pendant une durée limitée, par exemple pendant la nuit ou les week-ends (lorsque le réseau est moins occupé) ;
- la capacité pour un utilisateur final d'accéder au service client du FAI lorsque sa limite d'utilisation des données est atteinte afin d'acheter un accès à un volume de données supplémentaires.

36. Un FAI peut associer la fourniture du service d'accès à l'internet à une application. Par exemple, un opérateur mobile peut offrir un abonnement gratuit à une application de streaming musical pour une certaine durée à tous les nouveaux abonnés (par opposition à des pratiques telles que le *zero rating*, qui est traité aux paragraphes 40 à

¹⁰ Pour apprécier cette notion, les ARN pourraient examiner s'il est utile de se référer à la définition de « *pratiques commerciales* » telle que prévue à l'article 2(d) de la Directive relative aux pratiques commerciales déloyales, à savoir « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* », <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:FR:PDF>.

Il convient toutefois de noter que l'objectif de cette directive diffère de l'objectif du règlement 2015/2120, dans la mesure où la première traite principalement des pratiques commerciales directement liées à la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit (soit principalement la publicité et le marketing), alors que le second établit des règles communes visant à garantir le traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet et les droits connexes des utilisateurs finals.

¹¹ Autrement dit, qui n'est pas comptabilisé vis-à-vis d'un plafond d'utilisation de données.

- 43). Lorsque le trafic associé à cette application ne fait pas l'objet d'une quelconque pratique préférentielle de gestion de trafic et que son acheminement n'est pas facturé différemment de celui du reste du trafic, de telles pratiques commerciales ne sont pas considérées comme limitant l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3(1).
37. Lorsqu'elles évaluent les accords ou les pratiques commerciales, les ARN devraient également prendre en compte l'article 3(3) étant donné que, généralement, les violations de l'article 3(3) (c'est-à-dire les pratiques techniques, telles que le fait de bloquer l'accès à des applications ou à des types d'applications) limiteront l'exercice des droits des utilisateurs finals, et constitueront une infraction aux articles 3(2) et 3(1). Les détails concernant cette évaluation figurent aux paragraphes 49 à 93.
38. Si un FAI interdisait contractuellement (par opposition à techniquement) l'utilisation d'un contenu spécifique, ou d'un(e) ou de plusieurs applications/services ou de catégories d'applications ou de services (par exemple, l'interdiction de l'utilisation de la VoIP), cela limiterait l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3(1). Cela serait considéré comme une offre de service sub-internet (voir le paragraphe 17).
39. Cependant, certaines conditions ou pratiques commerciales, en particulier celles impliquant des différenciations tarifaires appliquées à des catégories d'applications, sont plus susceptibles d'influencer l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3(1) sans toutefois nécessairement limiter ceux-ci.
40. Il existe une pratique commerciale spécifique désignée sous le terme de « *zero rating* ». Elle consiste pour le FAI à appliquer un prix nul au trafic de données associé à une application spécifique ou à une catégorie spécifique d'applications (et les données ne sont pas décomptées d'une limite d'utilisation des données dans le cadre du service d'accès à l'internet). Il existe différentes pratiques de *zero rating* susceptibles d'avoir des effets différents sur les utilisateurs finals et l'internet ouvert, et, par conséquent, sur les droits des utilisateurs finals protégés par le règlement.
41. Une offre de *zero rating* dans laquelle toutes les applications sont bloquées (ou ralenties) une fois la limite d'utilisation des données atteinte, à l'exception de la ou des applications faisant l'objet du *zero rating*, violerait l'article 3(3), premier (et troisième) alinéa (voir le paragraphe 55).
42. Le FAI pourrait appliquer ou offrir du *zero rating* soit pour toute une catégorie d'applications – par exemple toutes les applications de *streaming* vidéo ou audio – soit pour seulement certaines applications – par exemple ses propres services, une application spécifique de médias sociaux ou les applications vidéos ou musicales les plus populaires. Dans ce dernier cas, l'utilisateur final n'est pas empêché d'utiliser d'autres applications musicales. Néanmoins, le prix nul appliqué au trafic de données de l'application musicale bénéficiant du *zero rating* (et le fait que le trafic des données de l'application musicale bénéficiant du *zero rating* ne soit pas comptabilisé dans la limite d'utilisation des données dans le cadre du service d'accès à l'internet) crée une incitation économique à l'utilisation de cette application musicale en particulier au détriment de ses concurrentes. Les effets d'une telle pratique appliquée à une application spécifique sont davantage susceptibles de « *porter atteinte à l'essence des droits des utilisateurs finals* » ou de donner lieu à « *des situations où le choix des*

utilisateurs finals est largement réduit dans les faits » (considérant 7) que lorsqu'elle est appliquée à une catégorie entière d'applications.

43. L'évaluation des accords ou pratiques commerciales comme le *zero rating* au regard de l'article 3(2) devrait prendre en compte l'objectif du règlement de « *garantir le traitement égal et non discriminatoire du trafic* » (article 1) et de « *garantir la continuité du fonctionnement de l'écosystème de l'internet en tant que moteur de l'innovation* » (considérant 1) ainsi que le considérant 7, qui vise une intervention contre des accords ou des pratiques commerciales qui, « *en raison de leur ampleur, donnent lieu à des situations où le choix des utilisateurs finals est largement réduit dans les faits* », ou qui auraient pour effet « *de porter atteinte à l'essence des droits des utilisateurs finals* ».
44. Le considérant 7 indique également que l'évaluation devrait prendre en compte les « *positions respectives sur le marché de ces fournisseurs de services d'accès à l'internet ainsi que des fournisseurs de contenus, d'applications et de services qui sont concernés* ».
45. Lorsqu'elles évaluent si un FAI limite l'exercice des droits des utilisateurs finals, les ARN devraient apprécier dans quelle mesure le choix des utilisateurs finals est restreint par les conditions commerciales et techniques convenues ou par les pratiques commerciales du FAI. Tout facteur qui affecte les choix des utilisateurs finals ne doit pas nécessairement être considéré comme limitant l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3(1). Le règlement prévoit également une intervention du régulateur si de telles restrictions entraînent une large réduction du choix, mais aussi dans d'autres situations qui pourraient être qualifiées de limitation de l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3(1).
46. À la lumière des considérations ci-dessus, l'ORECE considère qu'une évaluation exhaustive de telles conditions commerciales et techniques peut être requise, en prenant notamment en compte :
 - les objectifs du règlement et le fait de savoir si les accords et/ou les pratiques commerciales en question contournent ces objectifs généraux ;
 - les positions sur le marché des FAI et des FCA impliqués : une limitation de l'exercice des droits de l'utilisateur final est plus probable lorsque le FAI ou le FCA a une position « forte » sur le marché (toutes choses étant égales par ailleurs) que lorsque le FAI ou le FCA a une position « faible » sur le marché. Les positions sur le marché devraient être analysées conformément aux principes du droit de la concurrence ;
 - les effets sur les droits des consommateurs et des clients non résidentiels, ce qui implique d'évaluer entre autres :
 - s'il y a un effet sur l'étendue et la diversité des contenus et des applications que les consommateurs utilisateurs finals peuvent utiliser¹² et, le cas échéant, si l'étendue et la diversité des applications parmi lesquelles les utilisateurs finals peuvent choisir sont réduites en pratique ;

¹² Ce point peut concerner également l'effet sur la liberté d'expression et d'information, y compris le pluralisme des médias.

- si l'utilisateur final est incité à utiliser, par exemple, certaines applications ;
 - si l'abonnement à un service d'accès à l'internet présente des caractéristiques qui réduisent largement le choix de l'utilisateur final (voir de manière plus détaillée le paragraphe 48).
- les effets sur les droits des utilisateurs finals FCA, ce qui implique d'évaluer entre autres :
 - s'il y a un effet sur l'étendue et la diversité des contenus et des applications que les FCA fournissent¹³, et dans quelle mesure il ne peut pas être accédé à la pleine étendue et diversité des applications de manière effective ;
 - si les FCA sont fortement découragés d'entrer sur le marché ou forcés de quitter le marché, ou s'il y a d'autres obstacles significatifs à la concurrence sur le marché concerné (pour plus de détails, voir le quatrième point du paragraphe 48 concernant les offres) ;
 - si la continuité de l'écosystème internet en tant que moteur de l'innovation est affectée, par exemple si c'est le FAI qui choisit les gagnants et perdants, et s'il existe des barrières administratives et/ou techniques qui empêchent les FCA de conclure des accords avec les FAI.
 - l'ampleur de la pratique et la présence d'alternatives : une pratique est plus susceptible de limiter l'exercice des droits des utilisateurs finals dans une situation où, par exemple, de nombreux utilisateurs finals sont concernés et/ou il y a peu d'offres alternatives et/ou de FAI concurrents parmi lesquels les utilisateurs finals peuvent choisir.
47. Chacun de ces facteurs peut contribuer à une réduction significative du choix de l'utilisateur final et par conséquent à limiter l'exercice des droits des utilisateurs finals au regard de l'article 3(2). Dans chaque cas spécifique, la présence d'un ou de plusieurs de ces facteurs peut de fait constituer une limitation de l'exercice des droits des utilisateurs finals.
48. Une évaluation exhaustive peut également prendre en compte les considérations suivantes :
- Tout accord ou toute pratique ayant un effet équivalent au blocage technique de l'accès (voir le paragraphe 55) est susceptible d'enfreindre les articles 3(1) et 3(2), en raison de son fort impact sur les droits des utilisateurs finals.
 - Les pratiques commerciales qui appliquent un prix *supérieur* aux données associées à une application spécifique ou à une classe spécifique d'applications sont susceptibles de limiter l'exercice des droits des utilisateurs finals à cause de l'effet dissuasif potentiellement fort que cela crée pour l'utilisation de l'application ou des applications affectées et de la limitation de choix qui en découle. De même, la possibilité que des tarifs plus élevés puissent être appliqués à une application ou à une catégorie d'applications peut freiner le développement de nouvelles applications.

¹³ Ce point peut concerner également l'effet sur la liberté et le pluralisme des médias.

- Les utilisateurs finals d'un service d'accès à l'internet dont les conditions comprennent un prix inférieur (ou nul) pour les données associées à une application spécifique ou à une catégorie spécifique d'applications seront incités à utiliser l'application ou la catégorie d'applications bénéficiant du *zero rating* et pas les autres. En outre, plus la limite d'utilisation des données sera basse, plus cette influence sera forte.
- La différenciation tarifaire entre les applications *individuelles* au sein d'une catégorie a un impact sur la concurrence entre les fournisseurs de cette même catégorie. Cela peut donc être susceptible d'avoir un impact plus fort sur « *la continuité du fonctionnement de l'écosystème de l'internet en tant que moteur de l'innovation* » et, partant, de porter atteinte aux objectifs du règlement, qu'une différenciation tarifaire entre des *catégories* d'applications.

Article 3(3) premier alinéa

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.

Considérant 8

Dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet, les fournisseurs de ces services devraient traiter l'ensemble du trafic de façon égale, sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'expéditeur, le destinataire, le contenu, l'application, le service ou les équipements terminaux. En vertu des principes généraux du droit de l'Union et de la jurisprudence constante, il convient de ne pas traiter différemment des situations comparables et de ne pas traiter de la même manière des situations différentes, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié.

49. Un principe de base du règlement porte sur la gestion du trafic et prévoit l'obligation pour les FAI de traiter de façon égale l'ensemble du trafic dans le cadre de la fourniture d'un service d'accès à l'internet. Typiquement, les violations de ce principe qui ne sont pas justifiées conformément à l'article 3(3) constitueraient également une atteinte aux droits des utilisateurs finals énoncés à l'article 3(1).
50. Du fait que l'article 3(3) porte sur l'égalité de traitement de tout trafic « *dans le cadre de la fourniture d'un service d'accès à l'internet* », la portée de ce paragraphe exclut les pratiques d'interconnexion IP.
51. Lorsqu'elles évaluent si un FAI se conforme à ce principe, les ARN devraient appliquer une évaluation en deux étapes :
 - dans un premier temps, elles devraient évaluer si l'intégralité du trafic est traitée de façon égale.
 - dans un second temps, elles devraient évaluer si les situations sont comparables ou non, et s'il existe des raisons objectives qui pourraient justifier une différence de traitement de situations différentes (en vertu du deuxième alinéa de l'article 3(3) – voir les paragraphes 57 à 75 ci-dessous).
52. De plus, les ARN devraient s'assurer que le trafic d'un service d'accès à l'internet est géré :

- « 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 ».
53. Les ARN devraient prendre en compte le fait qu'un traitement égal n'implique pas forcément que chaque utilisateur final connaisse les mêmes performances de réseau ou la même qualité de service. C'est pourquoi, même si les paquets peuvent connaître des performances de transmission variables (par exemple sur des paramètres tels que la latence ou la gigue), les paquets peuvent normalement être considérés comme traités de manière égale tant qu'ils sont tous traités indifféremment de l'expéditeur et du destinataire, du contenu consulté ou distribué, et de l'application ou du service utilisé ou fourni.
54. Le contrôle de congestion effectué au niveau des points terminaux¹⁴ (un exemple typique est le contrôle de congestion du *transmission control protocol* (TCP)) ne contrevient pas au premier alinéa de l'article 3(3) car, par définition, il a lieu au niveau d'un équipement terminal et que l'équipement terminal n'est pas couvert par le règlement.¹⁵ Les ARN devraient examiner les mécanismes internes aux réseaux des FAI qui contribuent au contrôle de la congestion fondée sur les points terminaux¹⁶ comme respectant l'égalité de traitement, et donc comme étant admissibles, tant que ces mécanismes internes aux réseaux sont « agnostiques aux applications » fonctionnant aux extrémités du réseau et que le règlement n'est pas contourné.
55. Un accord ou une pratique impliquant une discrimination technique constituerait un traitement inégal incompatible avec l'article 3(3). C'est particulièrement le cas pour les exemples suivants :
- Une pratique par laquelle un FAI bloque, ralentit, restreint, perturbe, dégrade ou traite de manière discriminatoire l'accès à des contenus spécifiques, à une ou plusieurs applications spécifiques (ou des catégories spécifiques), sauf lorsque cela se justifie en référence aux exceptions du troisième alinéa de l'article 3(3).
 - Les offres de service d'accès à l'internet dans lesquelles l'accès à l'internet est restreint à un nombre limité d'applications ou de points terminaux par le FAI (offres de services sub-internet) enfreignent le premier alinéa de l'article 3(3), étant donné que de telles offres impliquent le blocage d'applications et/ou une discrimination, une restriction ou une perturbation selon l'origine ou la destination de l'information.
 - Une offre de *zero rating* dans laquelle toutes les applications sont bloquées (ou ralenties) une fois la limite d'utilisation des données atteinte, à l'exception de l'application ou des applications faisant l'objet du *zero rating*, étant donné que cela violerait l'article 3(3), premier (et troisième) alinéa.

¹⁴ À ne pas confondre avec la gestion de congestion interne au réseau telle que décrite à l'article 3(3) (c). IETF, RFC 5783, *Congestion Control in the RFC Series*.

¹⁵ Voir les détails concernant les équipements terminaux à l'article 3(1)

¹⁶ Active Queue Management, voir IETF, RFC 7567

56. Les ARN devraient réaliser une évaluation exhaustive de la compatibilité avec le règlement de toutes les offres de services d'accès à l'internet qui ne sont pas aussi claires que les exemples mentionnés au paragraphe 55.

Article 3(3) deuxième alinéa

Le premier alinéa n'empêche pas les fournisseurs de services d'accès à l'internet de mettre en œuvre des mesures raisonnables de gestion du trafic. Pour être réputées raisonnables, les mesures sont transparentes, non discriminatoires et proportionnées, et elles ne sont pas fondées sur des considérations commerciales, mais sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic. Ces mesures ne concernent pas la surveillance du contenu particulier et ne sont pas maintenues plus longtemps que nécessaire.

Considérant 9

L'objectif d'une gestion raisonnable du trafic est de contribuer à une utilisation efficace des ressources du réseau et à une optimisation de la qualité de transmission globale répondant aux différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service propres à des catégories spécifiques de trafic et, donc, aux contenus, applications et services transmis. Les mesures raisonnables de gestion du trafic appliquées par les fournisseurs de services d'accès à l'internet devraient être transparentes, non discriminatoires et proportionnées, et ne devraient pas se fonder sur des considérations commerciales. L'obligation relative au caractère non discriminatoire des mesures de gestion du trafic n'empêche pas les fournisseurs de services d'accès à l'internet, pour optimiser la qualité de transmission globale, de mettre en œuvre des mesures de gestion du trafic qui établissent une distinction entre des catégories de trafic objectivement différentes. Pour optimiser la qualité globale et l'expérience des utilisateurs, une telle distinction ne devrait être autorisée que sur la base d'exigences techniques objectivement différentes en matière de qualité de service (par exemple, en termes de latence, de gigue, de pertes de paquets et de largeur de bande) relatives aux catégories spécifiques de trafic, et non sur la base de considérations commerciales. Ces mesures différenciées devraient être proportionnées par rapport à l'objectif d'optimisation de la qualité globale et devraient donner lieu à un traitement égal des catégories de trafic équivalentes. Ces mesures ne devraient pas être appliquées plus longtemps que nécessaire.

Considérant 10

Une gestion raisonnable du trafic ne nécessite pas de techniques qui surveillent le contenu spécifique du trafic des données transmises par l'intermédiaire du service d'accès à l'internet.

Mesures de gestion du trafic¹⁷

57. Lorsqu'elles évaluent si un FAI se conforme au principe d'égalité de traitement énoncé au premier alinéa de l'article 3(3), les ARN devraient apprécier si une mesure constitue une mesure raisonnable de gestion du trafic. Le principe d'égalité de traitement du trafic n'empêche pas les FAI de mettre en œuvre des mesures raisonnables de gestion du trafic conformément au deuxième alinéa de l'article 3(3).

« Transparentes, non discriminatoires et proportionnées »

58. Lorsqu'elles évaluent si une mesure de gestion du trafic est raisonnable, les ARN devraient dans un premier temps évaluer si la mesure de gestion du trafic est transparente, non discriminatoire et proportionnée. Ces termes correspondent à des

¹⁷ Une définition des mesures de gestion du trafic figure à la page 18 du rapport BEREC 2011 Net Neutrality QoS Framework (BoR (11) 53)

principes légaux qui sont déjà utilisés dans la pratique réglementaire courante dans le cadre de l'application de la législation européenne et des lois nationales respectives.

59. Conformément à l'article 3(3), les ARN devraient demander aux FAI de fournir une information *transparente* sur les pratiques de gestion du trafic et l'impact de ces pratiques (voir aussi les articles 4 et 5).
60. Lorsqu'elles évaluent si une mesure de gestion du trafic est non discriminatoire, les ARN devraient tenir compte des éléments suivants :
 - L'obligation relative au caractère non discriminatoire des mesures de gestion du trafic n'empêche pas les FAI, en vue d'optimiser la qualité de transmission globale et l'expérience de l'utilisateur, de mettre en œuvre des mesures de gestion du trafic qui établissent une distinction entre des catégories de trafic objectivement différentes (voir le considérant 9 et les paragraphes 62 à 67 ci-dessous).
 - Des situations similaires en termes d'exigences techniques en matière de qualité de service devraient recevoir un traitement similaire.
 - Des situations différentes en termes d'exigences techniques objectives en matière de qualité de service peuvent être traitées de manières différentes si ce traitement est justifié objectivement.
 - En particulier, le simple fait que le trafic sur le réseau soit chiffré ne devrait pas être considéré par les ARN comme une justification objective d'un traitement différent de la part des FAI.
61. Lorsqu'elles évaluent si une mesure de gestion du trafic est proportionnée, les ARN devraient tenir compte des éléments suivants :
 - Cette mesure doit avoir un objectif légitime, comme précisé à la première phrase du considérant 9, à savoir de contribuer à une utilisation efficace des ressources du réseau et à une optimisation de la qualité de transmission globale.
 - La mesure de gestion du trafic doit permettre d'atteindre cet objectif (à condition de démontrer qu'elle a cet effet et qu'elle n'est pas manifestement inappropriée).
 - La mesure de gestion du trafic doit être nécessaire pour atteindre cet objectif.
 - Il n'y a pas de mesure alternative de gestion du trafic moins intrusive et aussi efficace pour atteindre cet objectif (par exemple un traitement égal sans catégories de trafic) compte tenu des ressources du réseau disponibles.
 - La mesure de gestion du trafic doit être appropriée, par exemple pour équilibrer les exigences contradictoires de différentes catégories de trafic ou les intérêts contradictoires de différents groupes.

« Différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service des catégories de trafic »

62. Lorsqu'elles évaluent si une mesure de gestion du trafic est raisonnable, les ARN devraient analyser la justification avancée par le FAI. Afin d'être considérée comme raisonnable, une mesure de gestion du trafic doit être fondée sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de catégories spécifiques de trafic. Les exigences techniques en matière de qualité de

service peuvent porter par exemple sur des paramètres comme la latence, la gigue, la perte de paquets et le débit.

63. Les catégories de trafic devraient typiquement être définies en fonction d'exigences en matière de qualité de service, étant entendu qu'une catégorie de trafic contiendra un flux de paquets d'applications avec des exigences similaires. Par conséquent, si des FAI mettent en œuvre des exigences techniques différentes en matière de qualité de service pour des catégories spécifiques de trafic, cela devrait être fait objectivement en les basant sur la sensibilité des applications aux paramètres de qualité de service (soit la latence, la gigue, la perte de paquets et le débit). Par exemple, une telle catégorie peut être constituée d'applications en temps réel nécessitant un délai de transmission court entre l'expéditeur et le destinataire.¹⁸
64. De plus, comme expliqué au considérant 9, les mesures de gestion du trafic des FAI « *répondent* » aux exigences en matière de qualité de service des catégories de trafic afin d'optimiser la qualité de transmission globale et d'améliorer l'expérience de l'utilisateur. Pour identifier les différentes catégories de trafic, les FAI se fondent sur les informations fournies par l'application lorsque des paquets sont transmis au réseau (voir également le paragraphe 70 concernant les informations pouvant légitimement être prises en compte par les FAI). Le trafic chiffré ne devrait pas être traité moins favorablement du simple fait de son chiffrement.
65. Lorsque les ARN analysent les mécanismes internes aux réseaux des FAI qui contribuent au contrôle de la congestion fondée sur les points terminaux (voir le paragraphe 54) dans le contexte du deuxième alinéa de l'article 3(3), la gestion de la file d'attente des différentes catégories de trafic¹⁹ devrait être considérée selon les mêmes critères que ceux décrits de manière générale au deuxième alinéa de l'article 3(3).
66. Sur cette base, une gestion raisonnable du trafic peut être appliquée pour établir une distinction entre des « *catégories de trafic* » objectivement différentes, par exemple en référence à un protocole de couche d'application ou à des types d'applications génériques (comme le partage de fichiers, la VoIP ou la messagerie instantanée), uniquement dans la mesure où :
 - le protocole de la couche application ou des types d'applications génériques sont liés à des exigences techniques en matière de qualité de service objectivement différentes ;
 - les applications ayant des exigences équivalentes en matière de qualité de service sont traitées de la même façon dans la même catégorie de trafic ; et
 - les justifications sont spécifiques aux objectifs poursuivis en mettant en œuvre des mesures de gestion du trafic fondées sur des catégories différentes de trafic.
67. Les FAI peuvent donner la priorité au trafic relatif à la gestion et au contrôle du réseau sur le reste de leur trafic. De telles pratiques de gestion du trafic devraient être considérées comme raisonnables, à condition qu'elles soient transparentes et qu'elles soient destinées à configurer et à sécuriser convenablement le réseau et son

¹⁸ IETF, RFC 7657, *Differentiated Services and Real-Time Communication*.

¹⁹ Voir la section 2.1 « *AQM and Multiple Queues* » dans IETF RFC 7567.

équipement en équilibrant efficacement la charge, par exemple en réagissant aussi vite que possible en cas de congestion, pannes, surcharges, etc.

« Non fondées sur des considérations commerciales »

68. Dans l'hypothèse où les mesures de gestion du trafic sont fondées sur des considérations commerciales, la mesure de gestion du trafic n'est pas raisonnable. Un exemple évident pourrait être un FAI faisant payer l'utilisation de différentes catégories de trafic, ou une mesure de gestion du trafic reflétant les intérêts commerciaux d'un FAI qui fournit ou s'associe à un fournisseur de certaines applications. Cependant, les ARN n'ont pas besoin de prouver que les mesures de gestion du trafic sont fondées sur des considérations commerciales ; il suffit d'établir que la mesure de gestion du trafic n'est pas fondée sur des exigences techniques en matière de qualité de service objectivement différentes.

« Ne concernent pas la surveillance du contenu particulier »

69. Lorsqu'elles évaluent les mesures de gestion du trafic, les ARN devraient s'assurer que de telles mesures ne surveillent pas le contenu spécifique (c'est-à-dire la « charge utile » ou « payload » du protocole de couche transport).
70. Inversement, les mesures de gestion du trafic qui surveillent des aspects autres que le contenu spécifique, c'est-à-dire le contenu générique, devraient être présumées autorisées. Les techniques de surveillance utilisées par les FAI qui dépendent des informations contenues dans l'en-tête du paquet IP et l'en-tête du protocole de couche transport (par exemple TCP) peuvent être considérées comme du contenu générique, contrairement au contenu spécifique fourni par les utilisateurs finals eux-mêmes (comme du texte, des images et de la vidéo).

« Ne sont pas maintenues plus longtemps que nécessaire »

71. Lorsqu'elles évaluent les mesures de gestion du trafic, les ARN devraient tenir compte du fait que de telles mesures ne sont pas maintenues plus longtemps que nécessaire.
72. L'ORECE comprend cette expression comme ayant trait à la proportionnalité des mesures raisonnables de gestion du trafic en termes de durée, parallèlement à la condition préalable explicite selon laquelle de telles mesures « sont proportionnées » quant à leur champ (type et proportion du trafic affecté, impact sur le reste du trafic, traitement identique de situations comparables etc.).
73. Cela n'empêche pas, en soi, qu'une fonction de déclenchement soit mise en œuvre et opérationnelle (sans que la mesure de gestion du trafic ne soit encore effective) de manière continue, dès lors que la mesure de gestion du trafic ne devient effective que si nécessaire. Une telle nécessité peut se présenter plusieurs fois, voire régulièrement, sur une période donnée. Cependant, lorsque les mesures de gestion du trafic sont effectives de manière permanente ou récurrente, leur nécessité pourrait être discutable et les ARN devraient, dans de tels scénarios, examiner si les mesures de gestion du trafic peuvent toujours être qualifiées de raisonnables au sens du deuxième alinéa de l'article 3(3).

Différence avec les mesures exceptionnelles de gestion du trafic

74. Le troisième alinéa de l'article 3(3) clarifie le fait que, selon le deuxième alinéa de l'article 3(3), sont interdites entre autres les mesures de gestion du trafic suivantes : le

blocage, le ralentissement, la modification, la restriction, la perturbation, la dégradation et le traitement discriminatoire de contenus, d'applications ou de services spécifiques, ou de catégories spécifiques de ceux-ci.

Différence avec les services spécialisés

75. L'ORECE comprend que les « *catégories de trafic* » devraient être clairement distinguées des services spécialisés. L'article 3(5) clarifie le fait que des services spécialisés peuvent être fournis pour des raisons d'optimisation afin de satisfaire aux exigences correspondant à un niveau de qualité spécifique. À l'inverse, toute utilisation de « *catégories de trafic* » selon le deuxième alinéa de l'article 3(3) est autorisée pour l'optimisation de la qualité de transmission globale (voir le considérant 9).

Article 3(3) troisième alinéa

Les fournisseurs de services d'accès à l'internet n'appliquent pas de mesures de gestion du trafic qui vont au-delà de celles visées au deuxième alinéa et, en particulier, s'abstiennent de bloquer, de ralentir, de modifier, de restreindre, de perturber, de dégrader ou de traiter de manière discriminatoire des contenus, des applications ou des services spécifiques ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services, sauf si nécessaire et seulement le temps nécessaire, pour :

Considérant 11

Toutes les pratiques de gestion du trafic qui vont au-delà de telles mesures raisonnables de gestion du trafic, en bloquant, en ralentissant, en modifiant, en restreignant, en perturbant, en dégradant ou en traitant de manière discriminatoire des contenus, des applications ou des services spécifiques ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services, devraient être interdites, sous réserve des exceptions justifiées et définies prévues par le présent règlement. Ces exceptions devraient faire l'objet d'une interprétation stricte et être soumises à des exigences de proportionnalité. Les contenus, applications et services spécifiques, de même que les catégories spécifiques de contenus, d'applications et de services, devraient être protégés en raison de l'incidence négative de mesures de blocage, ou d'autres mesures restrictives ne relevant pas des exceptions justifiées, sur le choix offert aux utilisateurs finals et sur l'innovation. Les règles interdisant la modification des contenus, des applications ou des services concernent les modifications du contenu de la communication, mais n'interdisent pas les techniques de compression de données non discriminatoires qui réduisent la taille des fichiers de données sans en modifier le contenu. Une telle compression permet une utilisation plus efficace de ressources limitées et sert l'intérêt des utilisateurs finals en réduisant les volumes de données, en augmentant la vitesse et en améliorant l'expérience concernant l'utilisation des contenus, des applications ou des services en question.

Considérant 12

Des mesures de gestion du trafic qui vont au-delà de ces mesures raisonnables de gestion du trafic ne peuvent être appliquées que dans la mesure nécessaire et aussi longtemps qu'elles sont nécessaires pour se conformer aux trois exceptions justifiées prévues par le présent règlement.

76. Le troisième alinéa de l'article 3(3) comprend deux aspects :

- une interdiction pour les FAI d'appliquer des mesures de gestion du trafic allant au-delà des mesures raisonnables de gestion du trafic ; et
- une liste limitative de trois exceptions pour lesquelles les mesures de gestion du trafic allant au-delà d'une gestion raisonnable du trafic sont permises.

77. Afin de garantir l'internet ouvert, le troisième alinéa de l'article 3(3) décrit les pratiques de gestion du trafic qui sont interdites, sauf en cas d'exception spécifique. Il s'agit de

pratiques qui sont, entre autres, interdites à cet égard et qui peuvent être décrites par les sept principes de base suivants, qui devraient être utilisés par les ARN lorsqu'elles évaluent les pratiques des FAI :

- pas de blocage,
- pas de ralentissement,
- pas de modification,
- pas de restriction,
- pas de perturbation,
- pas de dégradation et
- pas de discrimination

des contenus, applications ou services spécifiques, ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services. Il s'agit d'une liste non exhaustive des mesures de gestion du trafic qui sont interdites ; toute autre mesure allant au-delà d'une gestion raisonnable du trafic est également interdite. Les pratiques ne respectant pas les sept principes de base, ou qui d'une autre manière vont au-delà d'une gestion raisonnable du trafic, peuvent être mises en œuvre par les FAI seulement dans le cadre des trois exceptions spécifiques développées ci-dessous aux points (a), (b) et (c) de l'article 3(3).

78. À titre d'exemple, les FAI ne devraient pas bloquer, ralentir, modifier, restreindre, perturber, dégrader ou traiter de manière discriminatoire la publicité en fournissant un service d'accès à l'internet, sauf si les conditions des exceptions a), b) ou c) sont remplies pour un cas spécifique. À la différence d'un blocage interne au réseau mis en place par le FAI, les restrictions fondées sur les équipements terminaux mises en place par l'utilisateur final ne sont pas visées par le règlement.
79. Les trois exceptions exposées au troisième alinéa de l'article 3(3) sont soumises aux mêmes conditions préalables suivantes : la mesure de gestion du trafic doit être nécessaire à la réalisation de l'exception respective (« *sauf si nécessaire* ») et elle peut être appliquée « *seulement le temps nécessaire* ». Ces exigences découlent du principe de proportionnalité²⁰. De plus, en tant qu'exceptions, elles devraient être interprétées de manière stricte²¹.
80. L'interdiction de surveillance du contenu spécifique ne s'applique pas à la gestion du trafic *allant au-delà d'une gestion raisonnable du trafic* (c'est-à-dire une gestion du trafic respectant les exceptions des points (a), (b) ou (c)). Il convient de noter que, en vertu de l'article 3(4), tout traitement de données à caractère personnel doit être effectué conformément à la directive 95/46/CE et à la directive 2002/58/CE.

Article 3(3) (a)

a) se conformer aux actes législatifs de l'Union ou à la législation nationale qui est conforme au droit de l'Union, auxquels le fournisseur de services d'accès à l'internet est soumis, ou aux mesures,

²⁰ Voir le considérant 11

²¹ Voir le considérant 11

conformes au droit de l'Union, donnant effet à ces actes législatifs de l'Union ou à cette législation nationale, y compris les décisions d'une juridiction ou d'une autorité publique investie des pouvoirs nécessaires ;

Considérant 13

Premièrement, des situations peuvent se présenter dans lesquelles des fournisseurs de services d'accès à l'internet sont soumis à des actes législatifs de l'Union ou de la législation nationale qui est conforme au droit de l'Union (par exemple, en ce qui concerne la légalité des contenus, applications ou services, ou la sécurité publique), y compris le droit pénal exigeant, par exemple, le blocage de contenus, d'applications ou de services spécifiques. En outre, des situations peuvent se présenter où ces fournisseurs sont soumis à des mesures conformes au droit de l'Union mettant en œuvre ou appliquant des actes législatifs de l'Union ou de la législation nationale, telles que des mesures d'application générale, des décisions de justice, des décisions d'autorités publiques investies des pouvoirs pertinents ou d'autres mesures visant à garantir le respect de ces actes législatifs de l'Union ou de cette législation nationale (par exemple, des obligations de respecter des décisions de justice ou des décisions d'autorités publiques exigeant le blocage de contenus illégaux). L'obligation de respect du droit de l'Union concerne, entre autres, le respect des exigences contenues dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée « Charte ») pour ce qui est des limitations de l'exercice des droits et libertés fondamentaux. Comme le prévoit la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil toute mesure qui serait susceptible de limiter ces libertés et droits fondamentaux ne doit être instituée que si elle est appropriée, proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, et si sa mise en œuvre est subordonnée à des garanties procédurales adéquates conformes à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, y compris ses dispositions relatives à une protection juridictionnelle effective et à une procédure régulière.

81. Si un FAI applique des mesures de gestion du trafic qui ne peuvent pas être qualifiées de raisonnables, les ARN devraient évaluer si le FAI le fait parce qu'il y est contraint pour des raisons légales, c'est-à-dire pour se conformer à la législation ou à des mesures adoptées par les autorités publiques spécifiées par cette exception.
82. Comme expliqué au considérant 13, cette législation ou ces mesures doivent respecter les exigences contenues dans la Charte des droits fondamentaux, et notamment à l'article 52, qui impose que toute limitation des droits et libertés reconnus par la Charte soit prévue par la loi et en respecte le contenu essentiel.

Article 3(3) (b)

b) préserver l'intégrité et la sûreté du réseau, des services fournis par l'intermédiaire de ce réseau et des équipements terminaux des utilisateurs finals ;

Considérant 14

Deuxièmement, des mesures de gestion du trafic allant au-delà de telles mesures raisonnables de gestion du trafic pourraient être nécessaires pour protéger l'intégrité et la sécurité du réseau, par exemple en prévenant les cyberattaques qui se produisent par la diffusion de logiciels malveillants ou l'usurpation d'identité des utilisateurs finals qui résulte de l'utilisation de logiciels espions.

83. Les types d'attaques et de menaces qui déclencheront des mesures de protection de l'intégrité et de la sécurité du réseau comprennent :

- la saturation des composants d'un réseau ou des équipements terminaux avec un trafic cherchant à les déstabiliser (par exemple une attaque de type « déni de service ») ;
 - l'usurpation d'adresses IP visant à reproduire des dispositifs du réseau ou à permettre des communications interdites ;
 - les cyber-attaques contre des équipements d'un réseau ou des terminaux ;
 - la diffusion de logiciels malveillants, de virus, etc.
84. La mise en œuvre de mesures de gestion du trafic visant à préserver l'intégrité et la sécurité du réseau pourrait essentiellement consister à limiter la connectivité ou à bloquer le trafic vers et depuis des points terminaux spécifiques. Des exemples typiques de telles mesures de gestion du trafic incluent :
- le blocage d'adresses IP, ou de plages d'adresses IP, parce qu'elles sont des sources d'attaque connues ;
 - le blocage d'adresses IP d'où provient une attaque avérée ;
 - le blocage d'adresses IP/de services d'accès à l'internet ayant un comportement suspect (par exemple une communication interdite avec les équipements d'un réseau, l'usurpation d'adresses) ;
 - le blocage d'adresses IP lorsqu'il y a des indications claires qu'elles font partie d'un *botnet* ;
 - le blocage de numéros de port spécifiques qui constituent une menace pour la sécurité et l'intégrité.
85. Les ARN devraient considérer que, afin d'identifier les attaques et d'activer des mesures de sécurité, le recours à des systèmes de surveillance par les FAI est souvent justifié. Dans de tels cas, la surveillance du trafic visant à détecter des menaces pour la sécurité (telles que celles énumérées au paragraphe 84) peut être mise en œuvre en arrière-plan de manière continue²², dès lors que la mesure réelle de gestion du trafic visant à préserver l'intégrité et la sécurité n'est activée que lorsque des menaces concrètes pour la sécurité sont détectées. Par conséquent, la condition préalable « *seulement le temps nécessaire* » n'empêche pas la mise en œuvre d'une telle surveillance de l'intégrité et de la sécurité du réseau.
86. Outre la surveillance de l'intégrité et de la sécurité du réseau, des menaces possibles pour la sécurité peuvent également être détectées grâce à des rapports ou des réclamations provenant d'utilisateurs finals ou grâce aux listes de blocage provenant d'organisations de sécurité reconnues.
87. Cette exception pourrait être utilisée comme moyen de contournement du règlement, la sécurité étant un concept large. Les ARN devraient par conséquent évaluer attentivement si les conditions de cette exception sont remplies et demander aux FAI de fournir les justifications²³ appropriées lorsque cela est nécessaire.

²² Une telle surveillance devrait être sujette à une stricte interprétation et au principe de proportionnalité, et devrait être évaluée par les ARN au regard du paragraphe 87.

²³ Ces justifications devraient également respecter les articles 13(a) et 13(b) de la directive cadre.

Article 3(3) (c)

c) prévenir une congestion imminente du réseau et atténuer les effets d'une congestion exceptionnelle ou temporaire du réseau, pour autant que les catégories équivalentes de trafic fassent l'objet d'un traitement égal.

Considérant 15

Troisièmement, des mesures allant au-delà de telles mesures raisonnables de gestion du trafic pourraient également être nécessaires pour éviter une congestion imminente du réseau, à savoir des situations où une congestion est sur le point de se produire, ainsi que pour atténuer les effets d'une congestion du réseau, lorsque celle-ci ne se produit que temporairement ou dans des circonstances exceptionnelles. Le principe de proportionnalité exige que les mesures de gestion du trafic fondées sur cette exception traitent de manière égale des catégories de trafic équivalentes. Par congestion temporaire, on devrait entendre des situations spécifiques de courte durée dans lesquelles une augmentation soudaine du nombre d'utilisateurs venant s'ajouter aux utilisateurs habituels, ou une augmentation soudaine de la demande de contenus, d'applications ou de services spécifiques, peut saturer la capacité de transmission de certains éléments du réseau et diminuer la capacité de réaction du reste du réseau. Une congestion temporaire pourrait notamment se produire sur les réseaux mobiles, qui sont soumis à des conditions plus variables, telles que des obstructions physiques, une moins bonne couverture en intérieur ou un nombre variable d'utilisateurs actifs qui se déplacent. Bien qu'il soit prévisible qu'une telle congestion temporaire puisse se produire de temps à autre à certains points du réseau, de sorte qu'elle ne peut être considérée comme exceptionnelle, elle ne pourrait pas se répéter si souvent ou durer assez longtemps pour justifier économiquement une augmentation de la capacité du réseau. Par congestion exceptionnelle, on devrait entendre des situations imprévisibles et inévitables de congestion, tant des réseaux mobiles que des réseaux fixes. Les causes possibles de ces situations, incluent une défaillance technique comme une panne due à une rupture de câbles ou la destruction d'autres éléments d'infrastructure, des modifications inattendues dans l'acheminement du trafic ou d'importantes augmentations du trafic sur le réseau dans des situations d'urgence ou d'autres situations échappant au contrôle des fournisseurs de services d'accès à l'internet. Il est probable que de tels problèmes de congestion soient peu fréquents, mais ils peuvent être graves et ne sont pas nécessairement de courte durée. La nécessité d'appliquer des mesures de gestion du trafic allant au-delà des mesures raisonnables de gestion du trafic afin d'éviter une congestion temporaire ou exceptionnelle du réseau ou d'en atténuer les effets ne devrait pas donner aux fournisseurs de services d'accès à l'internet la possibilité de contourner l'interdiction générale de bloquer, ralentir, modifier, restreindre, perturber, dégrader ou traiter de manière discriminatoire des contenus, applications ou services spécifiques, ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services. Les congestions répétées et plus longues du réseau, qui ne sont ni exceptionnelles ni temporaires, ne devraient pas bénéficier de cette exception, mais devraient plutôt être résolues en augmentant la capacité du réseau.

88. Dans des circonstances exceptionnelles, et pas plus longtemps que nécessaire, les FAI peuvent mettre en œuvre une gestion du trafic allant au-delà des limites du deuxième alinéa de l'article 3(3) afin de gérer certains types de congestion du réseau, à savoir des congestions imminentes du réseau (qui peuvent être empêchées) et des congestions temporaires ou exceptionnelles du réseau (dont les effets peuvent être atténués). Le considérant 15 fournit des informations détaillées sur l'identification des situations où une congestion temporaire et exceptionnelle a lieu. Une congestion imminente du réseau est définie comme une situation où une congestion est sur le point de se concrétiser.
89. Le considérant 15 se concentre sur la congestion temporaire et exceptionnelle du réseau ; ainsi, les actions de prévention d'une congestion imminente du réseau s'appliquent uniquement dans les cas d'une telle congestion.

90. Lorsqu'elles évaluent les exceptions liées à la gestion de la congestion au regard du point (c), les ARN devraient se référer aux critères généraux d'interprétation stricte et de proportionnalité établis à l'article 3(3), troisième alinéa. De plus, les ARN devraient vérifier que la gestion de la congestion n'est pas exploitée afin de contourner l'interdiction de bloquer, ralentir ou traiter de manière discriminatoire (voir le considérant 15).
91. En raison de l'exigence selon laquelle la gestion exceptionnelle du trafic peut seulement être appliquée si nécessaire et seulement le temps nécessaire, les ARN devraient considérer que dans les cas où la gestion de la congestion appliquée de manière « agnostique » vis-à-vis des applications (c'est-à-dire une gestion de la congestion qui ne vise pas des applications spécifiques ou des catégories spécifiques d'applications) n'est pas suffisante, la congestion peut être gérée dans le respect de l'article 3(3), point (c). De plus, dans de tels cas, les catégories équivalentes de trafic devraient être traitées de manière égale. Toute action de ralentissement devrait, si possible, être limitée à la portion du réseau où la congestion a lieu.
92. La gestion de la congestion peut être appliquée de façon générale, indépendamment des applications.²⁴ Les ARN devraient évaluer si une telle gestion pourrait être suffisante et aussi efficace pour gérer la congestion, au regard du principe de proportionnalité. Pour la même raison, les ARN devraient évaluer si le *ralentissement* du trafic, par opposition au *blocage* du trafic, pourrait être suffisant et aussi efficace pour gérer la congestion.
93. Dans le cadre de leur examen des pratiques de gestion de la congestion, les ARN peuvent surveiller le fait que les FAI dimensionnent correctement leur réseau, et tenir compte des éléments suivants :
- s'il existe une congestion répétée et plus durable du réseau d'un FAI, ce dernier ne peut pas invoquer l'exception de gestion de la congestion (voir le considérant 15) ;
 - une gestion de la congestion spécifique à une application ne devrait pas être appliquée ou acceptée comme un substitut à des solutions plus structurelles, telles que l'augmentation de la capacité du réseau.

Article 3(4)

Les mesures de gestion du trafic ne peuvent donner lieu au traitement de données à caractère personnel que si ce traitement est nécessaire et proportionné à la réalisation des objectifs fixés au paragraphe 3. Ce traitement est effectué conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil. Les mesures de gestion du trafic respectent également la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil.

94. Dans le cadre de la gestion du trafic, des données à caractère personnel peuvent être traitées. L'article 3(4) dispose que de telles mesures ne peuvent traiter des données à caractère personnel qu'à certaines conditions et que si certaines exigences sont remplies.

²⁴ IETF, RFC 6057, *Comcast's Protocol-Agnostic Congestion Management* et IETF, RFC 6789, *Congestion Exposure (Conex) Concepts and Use Cases*.

95. L'article 3(3) distingue les mesures raisonnables de gestion du trafic des mesures de gestion du trafic allant au-delà des mesures raisonnables de gestion du trafic. L'article 3(4) s'applique à ces deux types de gestion du trafic (« *toute mesure de gestion du trafic* »). En ce qui concerne les mesures raisonnables de gestion du trafic, ces exigences sont en outre précisées à l'article 3(3), deuxième alinéa, qui dispose que « *ces mesures ne concernent pas la surveillance du contenu particulier* ».

96. Les objectifs auxquels renvoie l'article 3(4) sont ceux formulés à l'article 3(3).

« Nécessaire et proportionné »

97. Le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la gestion du trafic est également soumis à l'exigence de proportionnalité. Les ARN devraient évaluer si le traitement de données à caractère personnel réalisé par les FAI est nécessaire et proportionné à la réalisation des objectifs fixés à l'article 3(3).

« Respect du droit de l'Union en matière de protection des données »

98. L'autorité nationale compétente devrait évaluer si le traitement de données à caractère personnel respecte le droit de l'Union en matière de protection des données.²⁵

Article 3(5) premier alinéa

Les fournisseurs de communications électroniques au public, y compris les fournisseurs de services d'accès à l'internet et les fournisseurs de contenus, d'applications et de services, sont libres de proposer des services autres que les services d'accès à l'internet qui sont optimisés pour des contenus, des applications ou des services spécifiques, ou une combinaison de ceux-ci, lorsque l'optimisation est nécessaire pour que les contenus, les applications ou les services satisfassent aux exigences correspondant à un niveau de qualité spécifique.

Considérant 16

Il existe une demande de la part des fournisseurs de contenus, d'applications et de services, de pouvoir fournir des services de communications électroniques autres que des services d'accès à l'internet, qui nécessitent des niveaux de qualité spécifiques, qui ne sont pas garantis par les services d'accès à l'internet. De tels niveaux de qualité spécifiques sont nécessaires, par exemple, pour certains services d'intérêt public ou pour certains nouveaux services de communications de machine à machine. Par conséquent, les fournisseurs de communications électroniques au public, y compris les fournisseurs de services d'accès à l'internet, et les fournisseurs de contenus, d'applications et de services devraient être libres de proposer des services qui ne sont pas des services d'accès à l'internet et qui sont optimisés pour des contenus, des applications ou des services spécifiques, ou une combinaison de ceux-ci, lorsque l'optimisation est nécessaire pour que les contenus, les applications ou les services satisfassent aux exigences correspondant à un niveau de qualité spécifique. Il convient que les autorités réglementaires nationales vérifient si et dans quelle mesure une telle optimisation est objectivement nécessaire pour garantir une ou plusieurs caractéristiques spécifiques et essentielles du contenu, des applications ou des services, et pour faire en sorte qu'une garantie de qualité correspondante soit offerte aux utilisateurs finals, plutôt que d'accorder simplement une priorité générale par rapport aux contenus, applications

²⁵ Alors que les ARN ne sont pas compétentes pour mettre en vigueur la Directive Vie privée (Directive 95/46/CE telle qu'amendée par le Règlement (CE) 1882/2003 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=URISERV:114012&from=EN>), elles sont chargées dans de nombreux pays de veiller à l'application de la Directive Vie privée et communications électroniques (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002L0058:20091219:FR:PDF>)

ou services comparables disponibles par l'intermédiaire du service d'accès à l'internet et de contourner ainsi les dispositions relatives aux mesures de gestion du trafic applicables aux services d'accès à l'internet.

99. Au-delà de la fourniture d'applications par le biais du service d'accès à l'internet, il peut exister une demande pour des services qui doivent être acheminés avec un niveau de qualité spécifique, ne pouvant pas être assuré par l'acheminement standard réalisé selon le principe du « best effort ».
100. Ces services peuvent être offerts par des fournisseurs de communications électroniques au public (FCEP), y compris par des fournisseurs de services d'accès à l'internet (FAI), mais aussi par des fournisseurs de contenu, d'applications et de services (FCA).
101. Ces fournisseurs sont libres de proposer les services auxquels renvoie l'article 3(5), que l'ORECE appelle « services spécialisés »²⁶, à condition que différents critères soient remplis. L'article 3(5) fournit les garanties pour la fourniture de services spécialisés, services définis comme suit au premier alinéa de l'article 3(5) :
- il s'agit de services autres que les services d'accès à l'internet ;
 - ils sont optimisés pour des contenus, des applications ou des services spécifiques, ou une combinaison de ceux-ci ;
 - l'optimisation est objectivement nécessaire pour satisfaire à son besoin d'un niveau de qualité spécifique.
102. La fourniture de ces services est soumise à une série de conditions énoncées au second alinéa de l'article 3(5), à savoir :
- la capacité du réseau est suffisante pour fournir le service spécialisé en plus de tout service d'accès à l'internet fourni ;
 - les services spécialisés ne sont pas utilisables comme services d'accès à l'internet ni proposés en remplacement de ces derniers ;
 - les services spécialisés ne sont pas proposés au détriment de la disponibilité ou de la qualité générale des services d'accès à l'internet pour les utilisateurs finals.
103. Selon le considérant 16, le service ne sera pas utilisé pour contourner les dispositions relatives aux mesures de gestion du trafic applicables aux services d'accès à l'internet.
104. Toutes ces garanties visent à assurer la disponibilité permanente et la qualité générale d'un service d'accès à l'internet fourni selon le principe du « best effort ».
105. Les ARN devraient vérifier si l'application pourrait être fournie par l'intermédiaire du service d'accès à l'internet aux niveaux de qualité spécifiques qui sont objectivement nécessaires pour cette application, ou si ces niveaux de qualité sont au contraire définis pour contourner les dispositions relatives aux mesures de gestion du trafic applicables aux services d'accès à l'internet, ce qui ne serait pas autorisé.

²⁶ Le découpage réseau en réseaux 5G peut être utilisé pour fournir des services spécialisés.

Évaluation selon le premier alinéa de l'article 3(5)

106. Les exigences techniques d'une application peuvent être définies par le fournisseur du service spécialisé, mais ces exigences peuvent également être inhérentes à l'application elle-même. Par exemple, des applications vidéo pourraient utiliser une définition standard avec un faible débit ou une ultra-haute définition avec un débit élevé et celles-ci auront évidemment des exigences différentes en matière de qualité de service. La latence faible pour les applications en temps réel est un exemple typique d'exigences inhérentes aux applications.
107. Lorsqu'elles évaluent si les pratiques utilisées pour fournir des services spécialisés respectent le premier alinéa de l'article 3(5), les ARN devraient appliquer l'approche définie aux paragraphes 108 à 115).
108. Les ARN peuvent demander aux fournisseurs les informations pertinentes relatives à leurs services spécialisés, en recourant aux pouvoirs conférés par l'article 5(2). Dans leurs réponses, les fournisseurs de services devraient donner des informations au sujet de leurs services spécialisés, y compris les exigences pertinentes en matière de qualité de service (comme la latence, la gigue et la perte de paquets) et toute disposition contractuelle. De plus, le « *niveau de qualité spécifique* » devrait être précisé et il devrait être démontré que ce niveau de qualité spécifique ne peut pas être assuré par le biais du service d'accès à l'internet et que les exigences en matière de qualité de service sont objectivement nécessaires pour garantir une ou plusieurs caractéristiques essentielles de l'application.
109. Sur la base de ces informations, l'ARN devrait évaluer les exigences mentionnées au premier alinéa de l'article 3(5).
110. Si la garantie d'un niveau de qualité spécifique est objectivement nécessaire, elle ne peut pas être offerte en accordant simplement une priorité générale par rapport aux contenus comparables²⁷. Les services spécialisés ne fournissent pas de connectivité à l'internet et peuvent être offerts, par exemple, via une connexion qui est logiquement séparée du trafic du service d'accès à l'internet afin d'assurer de tels niveaux de qualité.
111. Les ARN devraient vérifier si, et dans quelle mesure, une optimisation est objectivement nécessaire pour garantir une ou plusieurs caractéristiques spécifiques et essentielles des applications, et pour faire en sorte qu'une garantie de qualité correspondante soit offerte aux utilisateurs finals. À cet effet, l'ARN devrait évaluer si un service de communications électroniques, autre que le service d'accès à l'internet, requiert un niveau de qualité qui ne peut être assuré par le biais d'un service d'accès à l'internet. Si ce n'est pas le cas, ces services de communications électroniques sont susceptibles de contourner les dispositions du règlement et ne sont dès lors pas autorisés.
112. L'internet et la nature des services d'accès à l'internet évolueront avec le temps. Un service qui est considéré comme un service spécialisé aujourd'hui ne sera pas

²⁷ Comme expliqué au considérant 16, il convient que les ARN « *vérifient si et dans quelle mesure une telle optimisation est objectivement nécessaire pour garantir une ou plusieurs caractéristiques spécifiques et essentielles du contenu, des applications ou des services, et pour faire en sorte qu'une garantie de qualité correspondante soit offerte aux utilisateurs finals, plutôt que d'accorder simplement une priorité générale par rapport aux contenus, applications ou services comparables disponibles par l'intermédiaire du service d'accès à l'internet et de contourner ainsi les dispositions relatives aux mesures de gestion du trafic applicables aux services d'accès à l'internet.* »

forcément qualifié de service spécialisé dans le futur, du fait que l'optimisation du service pourrait ne plus être objectivement nécessaire, dès lors qu'il est probable que les standards du service d'accès à l'internet se soient améliorés. D'un autre côté, des services additionnels nécessitant une optimisation pourraient apparaître, même si la norme du service d'accès à l'internet s'améliore. Compte tenu du fait que nous ignorons quels services spécialisés pourraient apparaître à l'avenir, les ARN devraient évaluer au cas par cas si un service peut être qualifié de service spécialisé.

113. Des exemples typiques de services spécialisés fournis aux utilisateurs finals sont les services de VoLTE et de télévision sur IP en diffusion linéaire qui ont des exigences spécifiques en matière de qualité de service, soumis au respect des exigences du règlement, en particulier du premier alinéa de l'article 3(5). En vertu des mêmes conditions préalables, d'autres exemples pourraient inclure des services de santé en temps réel (comme la téléchirurgie) ou « *certain services d'intérêt public ou [...] certains nouveaux services de communications de machine à machine* » (voir le considérant 16).
114. La qualité de service pourrait être particulièrement importante pour les clients non résidentiels ; ces clients pourraient avoir besoin de services spécialisés qui, puisqu'ils s'adressent aux entreprises, sont souvent désignés comme « services aux entreprises ». Ces « services aux entreprises » couvrent un large panel de services et doivent être évalués au cas par cas.
115. Les VPN peuvent être qualifiés de services spécialisés conformément à l'article 3(5) du règlement. Toutefois, conformément au considérant 17, dans le cas où les services aux entreprises tels que les VPN fournissent également l'accès à l'internet, la fourniture d'un tel accès à l'internet par un fournisseur de communications électroniques au public devrait être conforme à l'article 3(1) à (4) du règlement.

Article 3(5) second alinéa

Les fournisseurs de communications électroniques au public, y compris les fournisseurs de services d'accès à l'internet, ne peuvent proposer ou faciliter ce type de services que si les capacités du réseau sont suffisantes pour les fournir en plus de tous services d'accès à l'internet fournis. Ces services ne sont pas utilisables comme services d'accès à l'internet ni proposés en remplacement de ces derniers, et ils ne sont pas proposés au détriment de la disponibilité ou de la qualité générale des services d'accès à l'internet pour les utilisateurs finals.

Considérant 17

Afin d'éviter que la fourniture de tels autres services n'ait une incidence négative sur la disponibilité ou la qualité générale des services d'accès à l'internet offerts aux utilisateurs finals, il est nécessaire de garantir une capacité suffisante. Par conséquent, les fournisseurs de communications électroniques au public, y compris les fournisseurs de services d'accès à l'internet, ne devraient proposer ces autres services, ou conclure des accords correspondants avec des fournisseurs de contenus, d'applications ou de services qui facilitent ces autres services, que si la capacité du réseau est suffisante pour permettre de les fournir en plus de tous les services d'accès à l'internet fournis. Les dispositions du présent règlement en matière de garantie d'accès à un internet ouvert ne devraient pas être contournées par l'intermédiaire d'autres services utilisables ou proposés en remplacement des services d'accès à l'internet. Néanmoins, le simple fait que des services aux entreprises tels que des réseaux privés virtuels pourraient également donner accès à l'internet ne devrait pas avoir pour conséquence qu'ils soient considérés comme un remplacement des services d'accès à l'internet, à condition que la fourniture de cet accès à

l'internet par un fournisseur de communications électroniques au public respecte l'article 3, paragraphes 1 à 4, du présent règlement et ne puisse donc pas être considérée comme un contournement de ces dispositions. La fourniture de ces services autres que les services d'accès à l'internet ne devrait pas se faire au détriment de la disponibilité et de la qualité générale des services d'accès à l'internet offerts aux utilisateurs finals. Sur les réseaux mobiles, les volumes de données transitant dans une cellule radio déterminée sont plus difficiles à prévoir en raison du nombre variable d'utilisateurs finals actifs, et c'est pourquoi il pourrait y avoir une incidence sur la qualité des services d'accès à l'internet offerts aux utilisateurs finals dans des circonstances imprévues. Sur les réseaux mobiles, la qualité générale des services d'accès à l'internet offerts aux utilisateurs finals ne devrait pas être considérée comme subissant une atteinte lorsque les effets négatifs cumulés des services autres que les services d'accès à l'internet sont inévitables, minimaux et limités à une courte durée. Les autorités réglementaires nationales devraient veiller à ce que les fournisseurs de communications électroniques au public respectent cette exigence. À cet égard, il convient que les autorités réglementaires nationales évaluent l'incidence sur la disponibilité et la qualité générale des services d'accès à l'internet en analysant, entre autres, des paramètres de qualité de service (tels que latence, gigue, pertes de paquets, etc.), les niveaux et effets de la congestion du réseau, la différence entre les vitesses réelles et les vitesses annoncées, les performances des services d'accès à l'internet par rapport aux autres services et la qualité telle qu'elle est perçue par les utilisateurs finals.

Une capacité de réseau suffisante pour fournir les services spécialisés en plus du service d'accès à l'internet

116. Les services spécialisés ne doivent être offerts que lorsque la capacité du réseau est suffisante pour que le service d'accès à l'internet ne soit pas dégradé (par exemple du fait d'une augmentation de la latence, de la gigue ou d'une diminution du débit) par l'ajout des services spécialisés. Tant sur le court terme que sur le long terme, les services spécialisés ne doivent pas conduire à une détérioration de la qualité générale du service d'accès à l'internet pour les utilisateurs finals. Cela peut être obtenu par exemple *via* des investissements supplémentaires visant à renforcer l'infrastructure, qui permettent une augmentation de la capacité de sorte qu'il n'y ait pas d'impact négatif sur la qualité du service d'accès à l'internet.
117. Dans un réseau dont la capacité est limitée, les services d'accès à l'internet et les services spécialisés pourraient être en concurrence pour les ressources globales du réseau. Afin de garantir la disponibilité et la qualité générale des services d'accès à l'internet, le règlement n'autorise pas les services spécialisés si la capacité du réseau n'est pas suffisante pour pouvoir les fournir en plus de tout service d'accès à l'internet fourni, parce que cela conduirait à une dégradation du service d'accès à l'internet et contournerait ce faisant le règlement. Le règlement protège la qualité générale du service d'accès à l'internet de la dégradation, avant celle des services spécialisés.
118. Les ARN devraient évaluer si, afin de garantir la qualité des services spécialisés, les FAI ont assuré une capacité de réseau suffisante à la fois pour les services spécialisés et pour toute offre de service d'accès à l'internet fournie *via* leurs infrastructures. Si ce n'est pas le cas, la fourniture de services spécialisés ne serait pas conforme aux termes du règlement.
119. Les ARN pourraient demander des informations aux FAI sur la manière dont ils assurent une capacité suffisante et sur l'échelle à laquelle le service est offert (par exemple réseaux, couverture et utilisateurs finals). Les ARN pourraient ainsi évaluer comment les FAI ont estimé les capacités additionnelles requises pour leurs services spécialisés et comment ils se sont assurés que les éléments de réseau et les

connexions ont suffisamment de capacité disponible pour fournir des services spécialisés en plus de tout service d'accès à l'internet fourni.

120. Les ARN devraient évaluer s'il existe ou non une capacité suffisante pour le service d'accès à l'internet lorsque les services spécialisés sont fournis, par exemple, en effectuant des mesures concernant le service d'accès à l'internet²⁸. Les méthodologies de mesure ont été relativement bien développées lors des travaux de l'ORECE sur la qualité de service dans le contexte de la neutralité de l'internet menés ces dernières années et elles continueront à être améliorées.

« Ne sont pas proposés au détriment de la disponibilité ou de la qualité générale des services d'accès à l'internet »

121. Les services spécialisés ne sont pas acceptables s'ils dégradent la disponibilité et la qualité générale des services d'accès à l'internet. Il existe une corrélation entre la performance de l'offre du service d'accès à l'internet (c'est-à-dire sa disponibilité et sa qualité générale) et l'existence d'une capacité suffisante pour fournir des services spécialisés en plus du service d'accès à l'internet. Les mesures de qualité des services d'accès à l'internet peuvent être effectuées avec et sans les services spécialisés, sur une courte période pour les utilisateurs finals individuels (en effectuant les mesures avec les services spécialisés respectivement actifs et inactifs) et sur une longue période (ce qui suppose des mesures avant que les services spécialisés ne soient introduits sur le marché et après). Comme le considérant 17 le clarifie, il convient que les ARN *« évaluent l'incidence sur la disponibilité et la qualité générale des services d'accès à l'internet en analysant, entre autres, des paramètres de qualité de service (tels que latence, gigue, pertes de paquets, etc.), les niveaux et effets de la congestion du réseau, la différence entre les vitesses réelles et les vitesses annoncées [et] les performances des services d'accès à l'internet par rapport aux autres services [...] »*

122. Alors que les services d'accès à l'internet et les services spécialisés sont directement en concurrence pour la partie dédiée de la capacité réseau d'un utilisateur final, l'utilisateur final peut déterminer lui-même comment la répartir. Lorsqu'il est techniquement impossible de fournir le service spécialisé parallèlement au service d'accès à l'internet sans que cela ne se fasse au détriment de la qualité du service d'accès à l'internet de l'utilisateur final, les ARN ne devraient pas considérer cette concurrence pour la capacité comme une violation du second alinéa de l'article 3(5), tant que l'utilisateur final est informé, conformément à l'article 4(1)(c), de l'impact sur son service d'accès à l'internet et tant qu'il peut obtenir les vitesses convenues par contrat²⁹ pour tout service d'accès à l'internet qu'il a souscrit en parallèle. Les ARN ne devraient pas considérer que l'activation du service spécialisé par l'utilisateur final individuel dégrade la qualité générale du service d'accès à l'internet lorsqu'elle affecte seulement son propre service d'accès à l'internet. En revanche, des effets néfastes ne devraient pas être observés dans les parties du réseau où la capacité est partagée entre différents utilisateurs finals.

123. De plus, comme mentionné au considérant 17, dans le cas des réseaux mobiles, où le nombre d'utilisateurs actifs sur une cellule donnée et, par conséquent, les volumes de

²⁸ Voir les paragraphes 174 à 176

²⁹ Comme indiqué à l'article 4(1)(d)

trafic sont plus difficiles à prévoir que dans le cas des réseaux fixes, la qualité générale du service d'accès à l'internet pour les utilisateurs finals ne devrait pas être considérée comme subissant une atteinte lorsque les effets négatifs cumulés des services spécialisés sont inévitables, minimaux et limités à une courte durée. Par opposition, de telles circonstances imprévues liées au nombre d'utilisateurs et aux volumes de trafic ne devraient normalement pas être rencontrées sur les réseaux fixes.

124. Les ARN pourraient évaluer si la fourniture de services spécialisés réduit la qualité générale des services d'accès à l'internet en abaissant les débits mesurés pour le téléchargement descendant et ascendant ou, par exemple, en augmentant le délai, la variation du délai ou la perte de paquets. Les fluctuations temporelles normales de peu d'envergure du réseau ne devraient pas être considérées comme se faisant au détriment de la qualité générale. Les pannes et autres problèmes temporaires causés par des dysfonctionnements du réseau, par exemple, devraient être traités séparément.
125. Les ARN devraient intervenir si des baisses persistantes de la performance des services d'accès à l'internet sont détectées. Celles-ci pourraient être révélées par des mesures de performances constamment supérieures (pour des facteurs comme la latence, la gigue ou la perte de paquets) ou inférieures (pour des mesures comme le débit) au niveau moyen observé précédemment sur une période relativement longue (exprimée par exemple en heures ou en jours), ou si la différence entre les résultats des mesures avant et après l'introduction du service spécialisé est statistiquement significative. Dans le cas d'évaluations sur une courte période, la différence entre les résultats des mesures avec et sans le service spécialisé devrait être évaluée de la même manière.

« Ne sont pas utilisables comme services d'accès à l'internet ni proposés en remplacement de ces derniers »

126. Il est de la plus grande importance que les dispositions concernant les services spécialisés ne soient pas utilisées comme un contournement potentiel du règlement. Par conséquent, les ARN devraient évaluer si un service spécialisé est un potentiel substitut du service d'accès à l'internet et si la capacité nécessaire à leur fourniture nuit à la capacité disponible pour les services d'accès à l'internet.
127. Lorsqu'elles décident si un service spécialisé est considéré comme proposé en remplacement d'un service d'accès à l'internet, un aspect important que les ARN devraient évaluer est de savoir si le service fournit effectivement un accès à l'internet mais de façon limitée, à une qualité supérieure ou avec une gestion de trafic différenciée. Si c'est le cas, cela serait considéré comme un contournement du règlement.

Article 4

Mesures de transparence garantissant l'accès à un internet ouvert

Article 4(1)

Les fournisseurs de services d'accès à l'internet veillent à ce que tout contrat incluant des services d'accès à l'internet contienne, au moins, ce qui suit :

[...lettres (a) – (b) – (c) – (d) – (e)...]

Les fournisseurs de services d'accès à l'internet publient les informations visées au premier alinéa.

Considérant 18

Les dispositions en matière de garantie d'accès à un internet ouvert devraient être complétées par des dispositions effectives concernant les utilisateurs finals, qui portent sur des questions liées, en particulier, aux services d'accès à l'internet et qui permettent aux utilisateurs finals de faire des choix en connaissance de cause. Ces dispositions devraient s'appliquer en sus des dispositions applicables de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, et les États membres devraient avoir la possibilité de conserver ou d'adopter des mesures plus étendues. Les fournisseurs de services d'accès à l'internet devraient fournir des informations claires aux utilisateurs finals sur la manière dont les pratiques de gestion du trafic mises en œuvre pourraient avoir une incidence sur la qualité des services d'accès à l'internet, le respect de la vie privée des utilisateurs finals et la protection des données à caractère personnel, ainsi que sur l'incidence que les services autres que les services d'accès à l'internet auxquels ils souscrivent peuvent avoir sur la qualité et la disponibilité de leurs services d'accès à l'internet respectifs. Afin que les utilisateurs finals aient la possibilité d'agir dans de telles situations, les fournisseurs de services d'accès à l'internet devraient par conséquent informer les utilisateurs finals dans le contrat du débit qu'ils sont en mesure de fournir de façon réaliste. Par débit normalement disponible, on entend le débit qu'un utilisateur final pourrait s'attendre à recevoir la plupart du temps lorsqu'il accède au service. Les fournisseurs de services d'accès à l'internet devraient également informer les consommateurs des voies de recours disponibles conformément au droit national en cas de non-respect des performances. Tout écart important et permanent ou récurrent, lorsqu'il est établi par un mécanisme de contrôle agréé par l'autorité réglementaire nationale, entre les performances réelles du service et les performances indiquées dans le contrat, devrait être considéré comme une performance non conforme aux fins de la détermination des voies de recours ouvertes au consommateur conformément au droit national. La méthode de calcul devrait être définie dans les orientations de l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) et faire l'objet d'un réexamen et d'une mise à jour, si nécessaire, pour prendre en compte l'évolution des technologies et des infrastructures. Les autorités réglementaires nationales devraient faire respecter les règles du présent règlement sur les mesures de transparence garantissant l'accès à un internet ouvert.

128. Les ARN devraient s'assurer que les FAI intègrent les informations pertinentes mentionnées aux points (a) à (e) de l'article 4(1) de façon claire, compréhensible et exhaustive dans les contrats qui portent sur des services d'accès à l'internet et qu'ils publient ces informations, par exemple sur le site internet d'un FAI.
129. Les ARN devraient également noter que les exigences en matière de transparence établies aux articles 4(1) et 4(2) viennent s'ajouter aux mesures prévues par la directive 2002/22/CE (la directive « service universel »), notamment au chapitre IV de celle-ci. Le droit national peut également établir des exigences supplémentaires en matière de

surveillance, d'information et de transparence, y compris concernant le contenu, la forme et la méthode de publication des informations.

130. Les ARN devraient veiller à s'assurer que les FAI adhèrent aux pratiques suivantes afin de garantir des informations claires et compréhensibles :

- elles devraient être facilement accessibles et identifiables en tant que telles ;
- elles devraient être exactes et à jour ;
- elles devraient être compréhensibles pour les utilisateurs finals, c'est-à-dire être pertinentes, claires et présentées d'une manière utile ;
- elles ne devraient pas créer une perception inexacte du service fourni à l'utilisateur final ;
- elles devraient au moins être comparables à différentes autres offres, et de préférence également à des offres proposées par d'autres FAI, de manière à ce que les utilisateurs finals puissent comparer les offres et les FAI (y compris les clauses contractuelles utilisées par différents FAI), de manière à faire ressortir les différences et les similarités.

131. Les ARN devraient s'assurer que les FAI incluent au contrat et publient les informations mentionnées aux points (a) à (e) de l'article 4(1), de préférence en les présentant en deux parties (selon le niveau de détail)³⁰ :

- La première partie devrait fournir des informations générales. Les informations relatives au service d'accès à l'internet fourni devraient inclure, par exemple, une explication sur les débits, des exemples d'applications populaires qui peuvent être utilisées avec un niveau de qualité suffisant, et une explication de la manière dont ces applications sont influencées par les limitations du service d'accès à l'internet fourni. Cette partie devrait renvoyer à la seconde partie, où les informations requises par l'article 4(1) du règlement sont fournies de manière plus détaillée.
- La seconde partie devrait comporter des paramètres techniques plus détaillés et leurs valeurs, ainsi que les autres informations pertinentes requises par l'article 4(1) du règlement et les présentes lignes directrices.

132. Les lignes directrices de l'ORECE de 2011 sur la transparence en matière de neutralité de l'internet fournissent des exemples sur la manière dont les informations pourraient être fournies de manière transparente³¹.

133. Les termes du contrat qui excluraient ou limiteraient de manière inappropriée l'exercice des droits des utilisateurs finals vis-à-vis du FAI en cas de non-respect total ou partiel ou d'exécution inappropriée par le FAI de l'une des obligations contractuelles sont

³⁰ Les ARN devraient noter que les FAI sont également tenus de fournir des informations aux consommateurs avant qu'ils ne soient liés par le contrat en vertu d'autres instruments de l'UE : la Directive Droits des consommateurs (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&rid=1>), la Directive Pratiques commerciales déloyales (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:FR:PDF>) et la Directive e-Commerce (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>)

³¹ BEREC Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality, BoR (11) 67), http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11_67_transparencyguide.pdf

susceptibles d'être considérés comme abusifs par la législation nationale, y compris la transposition de la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs³².

134. Les articles 4(1), 4(2) et 4(3) s'appliquent à tous les contrats, quelle que soit la date à laquelle le contrat a été conclu ou reconduit. L'article 4(4) s'applique uniquement aux contrats conclus ou reconduits à partir du 29 novembre 2015. Les modifications apportées aux contrats sont soumises à la législation nationale mettant en œuvre l'article 20(2) de la directive « service universel ».

Article 4(1) (a)

(a) des informations sur la manière dont les mesures de gestion du trafic appliquées par le fournisseur concerné peuvent avoir une incidence sur la qualité des services d'accès à l'internet, sur le respect de la vie privée des utilisateurs finals et sur la protection de leurs données à caractère personnel ;

135. Les ARN devraient s'assurer que les FAI incluent au contrat et publient une explication claire et exhaustive des mesures de gestion du trafic appliquées conformément aux deuxième et troisième alinéas de l'article 3(3), y compris les informations suivantes :

- la manière dont les mesures pourraient affecter l'expérience de l'utilisateur final, en général mais également quant à des applications spécifiques (par exemple lorsque des catégories spécifiques de trafic sont traitées différemment conformément à l'article 3). Des exemples pratiques devraient être fournis à cette fin ;
- dans quelles circonstances et de quelle manière sont appliquées les mesures de gestion du trafic pouvant avoir une incidence, ainsi que le prévoit l'article 4(1) point a)³³ ;
- toute mesure appliquée dans le cadre de la gestion du trafic faisant usage de données à caractère personnel, les types de données à caractère personnel utilisées et la manière dont les FAI assurent le respect de la vie privée des utilisateurs finals et protègent leurs données à caractère personnel lorsqu'ils gèrent le trafic.

136. Les informations devraient être claires et exhaustives. Elles ne devraient pas se composer simplement de conditions générales établissant les possibles conséquences des mesures de gestion du trafic qui pourraient être appliquées conformément au règlement. Les informations devraient inclure également *a minima* une description des impacts possibles des pratiques de gestion du trafic dans le cadre du service d'accès à l'internet.

³² Voir l'Annexe, paragraphe 1(b) de la Directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:fr:HTML>). Les ARN peuvent, ou non, être habilités à surveiller le respect de ladite directive.

³³ La directive service universel (Directive 2002/22/CE, article 20(1)(b) second et quatrième tirets) peut également exiger que de telles informations soient spécifiées dans les contrats. Le deuxième tiret de l'article 20(1)(b) dispose que les contrats précisent les informations sur les conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées en vertu du droit national conformément au droit communautaire.

Article 4(1) (b)

(b) une explication claire et compréhensible en ce qui concerne la manière dont les éventuelles limitations de volume, le débit et d'autres paramètres de qualité de service peuvent avoir une incidence concrète sur les services d'accès à l'internet, et en particulier sur l'utilisation de contenus, d'applications et de services ;

137. Au-delà des débits, les principaux paramètres en matière de qualité du service sont le délai, la variation de délai (la gigue) et la perte de paquets. Ces autres paramètres de qualité du service devraient être décrits s'ils peuvent, en pratique, avoir une incidence concrète sur le service d'accès à l'internet et l'utilisation d'applications. Les ARN devraient s'assurer que les FAI fournissent aux utilisateurs finals des informations relatives aux effets. Les utilisateurs finals devraient être capables de comprendre les conséquences de ces paramètres sur l'utilisation d'applications et si certaines applications (par exemple, les communications vocales / en visioconférence, ou le streaming vidéo 4K) ne peuvent en réalité pas être utilisées en raison du long délai ou du faible débit du service d'accès à l'internet. Des catégories d'applications ou des exemples d'applications populaires affectées pourraient être indiqués.

138. Quant aux limitations de volume, les contrats devraient spécifier la « taille » de la limite d'utilisation (en termes quantitatifs, par ex. en GO ou giga-octets), ce que cela signifie en pratique et les conséquences de son dépassement (par exemple des frais supplémentaires, des limitations du débit, le blocage de l'ensemble du trafic, etc.). Si le débit est amené à décroître une fois la limite d'utilisation des données atteinte, cela devrait être précisé dans la spécification des débits du contrat et dans la communication des informations. Des informations et exemples pourraient également être fournis quant au type d'utilisation des données qui conduirait à une situation où la limite d'utilisation des données serait atteinte (par exemple une indication de la quantité de temps passé à utiliser des applications populaires, telles que la vidéo en basse ou en haute définition ou le streaming audio).

Article 4(1) (c)

(c) une explication claire et compréhensible en ce qui concerne la manière dont les services visés à l'article 3, paragraphe 5, auxquels l'utilisateur final souscrit, pourraient avoir une incidence concrète sur les services d'accès à l'internet fournis à cet utilisateur final ;

139. Les ARN devraient s'assurer que les FAI incluent dans le contrat, et publient de manière claire et compréhensible, les informations sur la manière dont les services spécialisés inclus dans l'abonnement de l'utilisateur final peuvent avoir une incidence concrète sur son service d'accès à l'internet. Ce point est détaillé plus avant au paragraphe 122.

Article 4(1) (d)

(d) une explication claire et compréhensible, pour les réseaux fixes, en ce qui concerne le débit minimal, normalement disponible, maximal et annoncé pour le téléchargement descendant et ascendant des services d'accès à l'internet ou, dans le cas des réseaux mobiles, le débit maximal estimé et annoncé pour le téléchargement descendant et ascendant des services d'accès à l'internet,

ainsi que la manière dont des écarts significatifs par rapport aux débits annoncés de téléchargement descendant et ascendant peuvent avoir une incidence sur l'exercice des droits des utilisateurs finals énoncés à l'article 3, paragraphe 1 ;

140. Afin que les utilisateurs finals aient la possibilité d'agir, les débits requis par l'article 4(1) (d) devraient être spécifiés dans le contrat et publiés de manière à pouvoir être vérifiés et utilisés pour déterminer toute divergence entre la performance réelle et ce qui a été convenu dans le contrat. Les débits de téléchargement montant et descendant devraient être fournis sous forme de valeurs numériques uniques et en bits/seconde (par exemple kbits/s ou Mbit/s). Les débits devraient être spécifiés sur la base de la charge utile de paquets IP ou de la charge utile du protocole de couche transport et non pas sur la base d'un protocole de couche inférieure.
141. Afin de rendre compréhensibles les valeurs de débit contractuelles, les contrats devraient spécifier les facteurs qui peuvent avoir un effet sur le débit, qu'ils soient sous le contrôle du FAI ou en dehors.
142. L'ORECE comprend que l'obligation imposée aux FAI d'inclure au contrat et de publier les informations sur les *vitesse* *annoncées* n'implique pas l'obligation d'annoncer ces vitesses ; elle se limite plutôt à l'inclusion au contrat et à la publication d'informations sur les débits qui sont annoncés par le FAI. L'obligation de spécifier la vitesse annoncée nécessite d'un FAI qu'il explique la vitesse annoncée de l'offre particulière de service d'accès à l'internet incluse au contrat, si sa vitesse a été annoncée. Naturellement, un FAI peut également annoncer d'autres offres de services d'accès à l'internet ayant des vitesses supérieures ou inférieures qui ne sont pas comprises dans le contrat que l'abonné a souscrit (que ce soit par choix ou du fait de l'indisponibilité du service à son emplacement), conformément aux lois qui régissent le marketing.

Spécifier les débits de services d'accès à l'internet pour les réseaux fixes

Débit minimal

143. Le débit minimal est le débit le plus faible que le FAI s'engage à fournir à l'utilisateur final, conformément au contrat qui comprend le service d'accès à l'internet. En principe, le débit réel ne devrait à aucun moment être inférieur au débit minimal, sauf en cas d'interruption du service d'accès à l'internet. Si le débit réel d'un service d'accès à l'internet est significativement, et continuellement ou régulièrement, inférieur au débit minimal, cela indiquerait une performance non conforme au regard du débit minimal convenu.
144. Les ARN³⁴ pourraient fixer des exigences sur la définition du débit minimal en vertu de l'article 5(1), par exemple le fait que le débit minimal représente une proportion raisonnable du débit maximal.

³⁴ Les autorités réglementaires nationales telles que mentionnées à l'article 2(g) de la directive cadre renvoient à l'organisme ou aux organismes chargé(s) par le droit national d'une quelconque des tâches de réglementation assignées dans le cadre pour les communications électroniques

Débit maximal

145. Le débit maximal correspond au débit qu'un utilisateur final pourrait s'attendre à recevoir au moins à certains moments (par exemple au moins une fois par jour). Un FAI n'est pas tenu de limiter techniquement le débit au débit maximal défini dans le contrat.

146. Les ARN pourraient fixer des exigences sur la définition de débits maximaux en vertu de l'article 5(1), par exemple qu'il soit possible de les atteindre un certain nombre de fois pendant une période donnée.

Débit normalement disponible

147. Le débit normalement disponible est le débit qu'un utilisateur final pourrait s'attendre à recevoir la plupart du temps lorsqu'il accède au service. L'ORECE considère que le débit normalement disponible revêt deux dimensions : la valeur numérique et la disponibilité (exprimée comme un pourcentage) de ce débit pendant une période donnée, telle que les heures pleines ou la journée entière.

148. Le débit normalement disponible devrait être atteignable pendant la période journalière déterminée. Les ARN pourraient fixer des exigences sur la définition de débits normalement disponibles en vertu de l'article 5(1). Par exemple :

- spécifier que les débits normalement disponibles devraient être disponibles au moins pendant les heures creuses et 90% du temps pendant les heures pleines, ou 95% du temps sur la journée entière ;
- exiger que le débit normalement disponible représente une proportion raisonnable du débit maximal.

149. Pour que cela soit significatif, l'utilisateur final devrait pouvoir évaluer la valeur du débit normalement disponible par rapport à la performance réelle du service d'accès à l'internet sur la base des informations fournies.

Débit annoncé

150. Le débit annoncé est le débit qu'un FAI utilise dans ses communications commerciales, y compris dans la publicité et le marketing, concernant la promotion d'offres de services d'accès à l'internet. Si les débits sont inclus dans le marketing d'une offre par un FAI (voir également le paragraphe 142), le débit annoncé devrait être précisé dans l'information publiée et dans le contrat pour chaque offre de service d'accès à l'internet.

151. Les ARN pourraient fixer des exigences en vertu de l'article 5(1), sur le rapport entre les débits définis dans le contrat et les débits annoncés, par exemple sur le fait que le débit annoncé ne devrait pas excéder le débit maximal défini dans le contrat.

Spécifier les débits de services d'accès à l'internet dans le cas des réseaux mobiles

152. Les débits maximaux estimés et annoncés pour le téléchargement descendant et ascendant devraient être décrits dans les contrats conformément aux paragraphes 153 à 157.

Débit maximal estimé

153. Le débit maximal estimé pour un service d'accès à l'internet mobile devrait être spécifié de manière à ce que les utilisateurs finals puissent comprendre le débit maximal qu'il est réaliste d'atteindre pour leur abonnement à différents endroits dans des conditions

d'utilisation réalistes. Le débit maximal estimé pourrait être spécifié séparément pour différentes technologies de réseau qui affectent le débit maximal disponible pour l'utilisateur final. Les utilisateurs finals devraient être en mesure de comprendre qu'ils sont susceptibles de ne pas atteindre ce débit maximal si leur terminal mobile ne supporte pas ce débit.

154. Les ARN pourraient fixer des exigences sur la définition des débits maximaux estimés en vertu de l'article 5(1).
155. Les débits maximaux estimés pour le téléchargement descendant et ascendant pourraient être mis à disposition de manière géographique en fournissant des cartes de couverture des services d'accès à l'internet mobile avec les valeurs de débit estimées/mesurées de la couverture des réseaux en tout endroit.

Débit annoncé

156. Le débit annoncé pour une offre d'accès à l'internet mobile devrait refléter le débit que le FAI est capable de fournir aux utilisateurs finals d'un point de vue réaliste. Bien que les exigences en matière de transparence concernant le débit des services d'accès à l'internet soient moins détaillées pour les services d'accès à l'internet mobile que pour les services d'accès à l'internet fixe, le débit annoncé devrait permettre aux utilisateurs finals de faire des choix informés, par exemple pour qu'ils soient capables d'évaluer la valeur du débit annoncé par rapport à la performance réelle du service d'accès à l'internet. Les facteurs importants de limitation des débits atteints par les utilisateurs finals devraient être spécifiés.
157. Les ARN pourraient fixer des exigences en vertu de l'article 5(1), sur le rapport entre les débits définis dans le contrat et les débits annoncés, par exemple sur le fait que le débit annoncé pour un service d'accès à l'internet tel que spécifié dans un contrat ne doit pas excéder le débit maximal estimé tel que défini dans le même contrat. Voir également le paragraphe 142.

Article 4(1) (e)

(e) une explication claire et compréhensible des voies de recours ouvertes au consommateur conformément au droit national en cas d'écart permanent ou récurrent entre les performances réelles des services d'accès à l'internet en matière de débit ou d'autres paramètres de qualité de service et les performances indiquées conformément aux points a) à d).

158. Les voies de recours ouvertes aux consommateurs telles que décrites à l'article 4(1) (e) sont définies dans le droit national. Les exemples de compensations possibles en cas d'écart sont la réduction de prix, la résiliation prématurée du contrat, les dommages et intérêts ou la rectification de la performance non conforme, ou une combinaison de ces compensations. Les ARN devraient s'assurer que les FAI fournissent aux consommateurs les informations spécifiant de telles voies de recours.

Article 4(2)

Les fournisseurs de services d'accès à l'internet établissent des procédures transparentes, simples et efficaces pour traiter les réclamations des utilisateurs finals concernant les droits et les obligations énoncés à l'article 3 et au paragraphe 1 du présent article.

159. Les ARN devraient s'assurer que les FAI adhèrent à certaines bonnes pratiques concernant les procédures de traitement des réclamations, telles que :

- informer les utilisateurs finals à la fois dans les contrats et sur leurs sites internet, d'une manière claire, des procédures mises en place, y compris le délai habituel ou maximal de traitement d'une réclamation ;
- fournir une description de la manière dont la réclamation sera traitée, y compris des démarches qu'entreprendra le FAI pour examiner la réclamation, et de la manière dont l'utilisateur final sera notifié de l'avancée ou de la résolution de la réclamation ;
- permettre aux utilisateurs finals d'introduire facilement une réclamation via plusieurs canaux, au moins en ligne (par exemple via un formulaire web ou par e-mail) et au point de vente, mais peut-être également en utilisant d'autres moyens, comme la poste ou le téléphone ;
- fournir un point de contact unique pour toutes les réclamations liées aux dispositions définies aux articles 3 et 4(1), indépendamment du sujet de la réclamation ;
- permettre aux utilisateurs finals de se renseigner quant au statut de leur réclamation par le même canal que celui par lequel la réclamation a été soulevée ;
- informer les utilisateurs finals du résultat de leurs réclamations dans un temps relativement court, en prenant en compte la complexité du problème ;
- informer l'utilisateur final des moyens de régler les différends non résolus conformément au droit national, si l'utilisateur final estime qu'une réclamation n'a pas été traitée avec succès par le FAI (selon la cause de la réclamation, l'autorité ou les autorités compétentes en vertu du droit national peuvent être l'ARN, un tribunal ou une entité de règlement des litiges, etc.).

Article 4(3)

Les exigences prévues aux paragraphes 1 et 2 s'ajoutent à celles prévues par la directive 2002/22/CE et n'empêchent pas les États membres de maintenir ou d'instaurer des exigences supplémentaires en matière de surveillance, d'information et de transparence, y compris celles qui concernent le contenu, la forme et la méthode de publication des informations. Les exigences précitées respectent le présent règlement et les dispositions pertinentes des directives 2002/21/CE et 2002/22/CE.

160. Cette disposition est destinée aux États membres et aucune orientation à destination des ARN n'est nécessaire.

Article 4(4)

Tout écart significatif, permanent ou récurrent, entre les performances réelles des services d'accès à l'internet en matière de débit ou d'autres paramètres de qualité de service et les performances indiquées par le fournisseur de services d'accès à l'internet conformément aux points a) à d) du paragraphe 1, est, lorsque les faits pertinents sont établis par un mécanisme de surveillance agréé par

l'autorité réglementaire nationale, réputé constituer une performance non conforme aux fins du déclenchement des voies de recours ouvertes au consommateur conformément au droit national.

Le présent paragraphe ne s'applique qu'aux contrats conclus ou reconduits à partir du 29 novembre 2015.

161. Les faits pertinents prouvant un écart significatif peuvent être établis par un quelconque mécanisme de surveillance agréé par l'ARN, qu'il soit utilisé par l'ARN ou par un tiers. Le règlement n'impose pas que les États Membres ou un ARN établissent ou certifient un mécanisme de surveillance. Le règlement ne définit pas les modalités de la certification. Si l'ARN fournit un mécanisme de surveillance mis en œuvre à cette fin, il devrait être considéré comme un mécanisme de surveillance agréé conformément à l'article 4(4).
162. Les droits garantis dans le règlement seraient plus efficaces si les ARN établissaient ou certifiaient un ou plusieurs mécanismes de surveillance permettant aux utilisateurs finals de déterminer si la performance est non conforme et d'obtenir les résultats des mesures connexes afin de les utiliser pour prouver que la performance de leur service d'accès à l'internet est non conforme. L'usage d'un mécanisme agréé quelconque ne devrait pas générer de coûts supplémentaires pour l'utilisateur final et devrait également être accessible aux utilisateurs finals handicapés.
163. Les méthodologies susceptibles d'être employées par des mécanismes de surveillance agréés sont détaillées plus avant dans la section suivante relative à la *Méthodologie de surveillance de la performance des services d'accès à l'internet*. L'objectif des présentes lignes directrices concernant les méthodologies est de contribuer à l'application cohérente du règlement. Cependant, les ARN devraient être en mesure d'utiliser leurs instruments de mesure existants et les présentes lignes directrices n'exigent pas des ARN qu'elles les modifient.

Méthodologie de surveillance de la performance des services d'accès à l'internet

164. Les ARN devraient tenir compte du document BoR(14) 117³⁵ lorsqu'elles mettent en œuvre une méthodologie de mesure. Les mesures devraient atténuer, dans la mesure du possible, les facteurs de confusion propres à l'environnement de l'utilisateur, tels que les utilisations parallèles du modem et l'interface sans-fil/filaire.
165. Lorsqu'elles mettent en œuvre des méthodologies de mesure, les ARN devraient tenir compte des orientations concernant les méthodologies développées lors des travaux de l'ORECE sur la qualité de service dans le contexte de la neutralité de l'internet, tout particulièrement celles qui figurent dans :
- le cadre de 2012 sur la qualité de service dans le contexte de la neutralité de l'internet³⁶ ;
 - le rapport de 2014 de l'ORECE sur la surveillance de la qualité des services d'accès à l'internet dans le contexte de la neutralité de l'internet³⁷ ;

³⁵ Voir le chapitre 4.8 *Conclusions and recommendations of BoR (14) 117 « Monitoring quality of Internet access services in the context of net neutrality »*.

³⁶ BoR (11) 53, http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/117-a-framework-for-quality-of-service-in-the-scope-of-net-neutrality

- l'étude de faisabilité sur la surveillance de la qualité dans le contexte de la neutralité de l'internet³⁸ ; et
- le projet ORECE prévu en 2016-2017 portant sur l'évaluation réglementaire de la qualité du service dans le contexte de la neutralité de l'internet³⁹.

166. Selon ces orientations existantes, le débit est calculé selon le volume de données divisé par la période. Ces mesures de débit devraient être réalisées à la fois dans le sens de téléchargement descendant et ascendant. En outre, le débit devrait être calculé sur la base de la charge utile de paquets IP, par exemple en utilisant le TCP comme protocole de couche transport. Les mesures devraient être réalisées au-delà du contrôle des FAI. Les détails de la méthodologie de mesure devraient être transparents.

Article 5

Surveillance et exécution

Article 5(1)

Les autorités réglementaires nationales surveillent étroitement l'application des articles 3 et 4 et veillent au respect de ces articles, et encouragent la disponibilité permanente de services d'accès à l'internet non discriminatoires à des niveaux de qualité qui correspondent à l'état d'avancement des technologies. À cette fin, les autorités réglementaires nationales peuvent imposer des exigences concernant des caractéristiques techniques, des exigences minimales de qualité du service et d'autres mesures adéquates et nécessaires à un ou plusieurs fournisseurs de communications électroniques au public, y compris les fournisseurs de services d'accès à l'internet.

Les autorités réglementaires nationales publient tous les ans des rapports sur la surveillance qu'elles exercent et sur leurs constatations, et remettent ces rapports à la Commission et à l'ORECE.

Considérant 19

Les autorités réglementaires nationales jouent un rôle essentiel pour garantir que les utilisateurs finals sont effectivement en mesure d'exercer leurs droits en vertu du présent règlement, et que les règles en matière de garantie d'accès à un internet ouvert sont respectées. À cette fin, les autorités réglementaires nationales devraient être soumises à des obligations de contrôle et de présentation de rapports, et elles devraient assurer le respect par les fournisseurs de communications électroniques au public, y compris les fournisseurs de services d'accès à l'internet, de leurs obligations en matière de garantie d'accès à un internet ouvert. Il s'agit notamment de l'obligation de garantir une capacité de réseau suffisante pour fournir des services d'accès à l'internet non discriminatoires de qualité élevée, dont la qualité générale ne devrait pas pâtir de la fourniture de services, autres que des services d'accès à l'internet, d'un niveau de qualité spécifique. Les autorités réglementaires nationales devraient également être habilitées à imposer des exigences concernant les caractéristiques techniques, des exigences minimales en matière de qualité de service et d'autres mesures appropriées à tous les fournisseurs de

³⁷ BoR (14) 117, http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/4602-monitoring-quality-of-internet-access-services-in-the-context-of-net-neutrality-berec-report

³⁸ BoR (15) 207, http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5576-feasibility-study-of-quality-monitoring-in-the-context-of-net-neutrality

³⁹ BoR (15) 213, section 11.2, http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/annual_work_programmes/5551-berec-work-programme-2016

communications électroniques au public, ou à certains d'entre eux, si cela est nécessaire pour garantir le respect des dispositions du présent règlement en matière de garantie d'accès à un internet ouvert ou pour éviter toute détérioration de la qualité du service générale des services d'accès à l'internet offerts aux utilisateurs finals. Ce faisant, les autorités réglementaires nationales devraient tenir le plus grand compte des lignes directrices pertinentes de l'ORECE.

L'approche générale de la surveillance

167. En ce qui concerne les obligations et les pouvoirs des ARN définis à l'article 5, trois types d'actions visent à contrôler et à assurer le respect des articles 3 et 4.

- La surveillance, qui englobe les actions de contrôle par les ARN listées à l'article 5(1) et est facilitée par les pouvoirs de collecte d'informations auprès des FAI prévus à l'article 5(2), des éléments suivants :
 - Contrôle des restrictions des droits des utilisateurs finals (article 3(1)) ;
 - Contrôle des conditions contractuelles et des pratiques commerciales (article 3(2)) ;
 - Contrôle de la gestion du trafic (article 3(3)) ;
 - Contrôle et évaluation de la performance des services d'accès à l'internet et de l'impact des services spécialisés sur la qualité générale des services d'accès à l'internet (article 3(5) et article 4) ;
 - Contrôle des exigences en matière de transparence imposées aux FAI (article 4) ;
- L'exécution, qui peut inclure une série d'interventions et de mesures telles qu'établies à l'article 5(1) ;
- La présentation par les ARN de rapports sur les constatations de leur surveillance, telle que définie à l'article 5(1).

168. L'ORECE devrait favoriser l'échange d'expériences par les ARN, de manière continue, sur leur mise en œuvre du règlement.

169. Afin de surveiller le respect du règlement, les ARN peuvent demander aux FAI et aux utilisateurs finals de fournir les informations pertinentes. Les informations qui peuvent être demandées aux FAI sont exposées à l'article 5(2) et les ARN peuvent recueillir les réclamations des utilisateurs finals et les inviter à compléter des enquêtes et des questionnaires.

170. Des indications supplémentaires pour les articles spécifiques du règlement sont données aux paragraphes 171 à 183, et aux articles 3(2) et 3(5).

La surveillance des pratiques de gestion du trafic

171. Les ARN ont le pouvoir de collecter des informations sur la gestion du trafic, par exemple, en :

- évaluant les pratiques de gestion du trafic mises en œuvre par les FAI, y compris les exceptions (autorisées par l'article 3(3), troisième alinéa) ;
- demandant aux FAI une information plus complète sur les pratiques de gestion du trafic mises en œuvre, dont :

- une description des réseaux, applications ou services concernés, et les détails techniques concernant ceux-ci ;
 - la manière dont les réseaux sont affectés et toute spécificité dans la mise en œuvre de la pratique (par exemple si la pratique est mise en œuvre seulement à un moment spécifique ou dans une zone spécifique) ;
 - dans le cas de pratiques exceptionnelles de gestion du trafic allant au-delà de celles évoquées au deuxième alinéa (article 3(3)), une justification détaillée des raisons pour lesquelles la pratique est mise en œuvre et de la période pendant laquelle elle est appliquée.
- demandant des rapports sur les mesures/pratiques de gestion du trafic mises en œuvre ;
 - demandant aux FAI des informations relatives au suivi des réclamations reçues par les ARN ;
 - réalisant des enquêtes nationales similaires à celle réalisée en 2012 par l'ORECE sur la gestion du trafic ;⁴⁰
 - collectant les informations et réclamations reçues directement des utilisateurs finals ou d'autres sources d'information telles que les actualités, blogs, forums et autres groupes de discussion.

172. Les actions des ARN pourraient inclure la réalisation de mesures techniques de la gestion du trafic, par exemple pour détecter des violations telles que le blocage ou le ralentissement du trafic. Les ARN peuvent recourir à des outils disponibles,⁴¹ mais doivent adapter leurs programmes de mesures et installations techniques aux cas de mesures spécifiques. Les résultats des mesures doivent être appréciés avec soin.

173. Les ARN devraient développer des politiques de surveillance appropriées pour détecter les violations du règlement et déterminer les actions nécessaires afin de garantir le respect des droits et obligations établis par le règlement.

Contrôle et évaluation de la performance des services d'accès à l'internet

174. L'évaluation de la performance des services d'accès à l'internet peut être effectuée à l'échelle de l'utilisateur ou à l'échelle du marché :

- Évaluation à l'échelle de l'utilisateur : les mesures de performance des offres de services d'accès à l'internet à l'échelle des utilisateurs finals peuvent être effectuées pour vérifier si le FAI remplit son contrat. Les résultats des mesures sont comparés aux performances de l'offre de service d'accès à l'internet stipulées dans le contrat.
- Évaluation à l'échelle du marché : les résultats des mesures effectuées à l'échelle de l'utilisateur sont résumées en valeurs agrégées pour différentes catégories

⁴⁰ A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe (BoR (12) 30)
http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/45-berec-findings-on-traffic-management-pra_0.pdf

⁴¹ Il existe une multitude d'outils disponibles sur le marché

comme les offres de services d'accès à l'internet, les FAI, les technologies d'accès (DSL, câble, fibre, etc.), la zone géographique, etc. Les résultats agrégés des mesures peuvent être utilisés pour les évaluations à l'échelle du marché.

175. Les ARN peuvent utiliser les évaluations à l'échelle du marché dans le cadre de la supervision réglementaire prévue à l'article 5(1) afin de :

- vérifier par recoupement que les informations publiées correspondent aux résultats de la surveillance (voir paragraphe 177) ;
- vérifier que les services spécialisés ne sont pas fournis au détriment des services d'accès à l'internet ;
- vérifier que la performance des services d'accès à l'internet se développe suffisamment au fil du temps afin de refléter les avancées technologiques.

176. Les données d'évaluation à l'échelle du marché peuvent également être utilisées pour :

- des fins de transparence, en publiant des statistiques ainsi que des cartes interactives montrant la couverture des réseaux mobiles ou la performance moyenne dans une zone géographique pour les réseaux d'accès fixe ;
- examiner la disponibilité de différentes offres de services d'accès à l'internet ou gammes d'offres fournies par les FAI, ainsi que leur taux de pénétration auprès des utilisateurs finals ;
- évaluer la qualité d'un type spécifique de service d'accès à l'internet, par exemple sur la base d'une technologie d'accès (comme le DSL, le câble ou la fibre) ;
- la comparaison des offres de services d'accès à l'internet présentes sur le marché ;
- examiner les possibles dégradations causées par les services spécialisés.

Le contrôle des exigences en matière de transparence imposées aux FAI

177. Les ARN devraient contrôler les exigences en matière de transparence imposées aux FAI et pourraient le faire en :

- contrôlant que les FAI ont spécifié et publié les informations requises conformément à l'article 4(1) ;
- vérifiant que ces informations sont claires, précises, pertinentes et compréhensibles ;
- vérifiant par recoupement que les informations publiées reflètent fidèlement les résultats de la surveillance exercée au titre de l'article 3, concernant par exemple les pratiques de gestion du trafic, la performance des services d'accès à l'internet et les services spécialisés ;
- contrôlant que les FAI mettent en place des procédures transparentes, simples et efficaces pour traiter les réclamations, comme le prévoit l'article 4(2) ;
- collectant des informations sur les réclamations concernant les violations du règlement.

Exécution

178. Afin de veiller au respect du règlement et d'encourager la disponibilité permanente de services d'accès à l'internet non discriminatoires et à des niveaux de qualité qui correspondent à l'état d'avancement des technologies, les ARN pourraient décider de :

- demander à un FAI de prendre des mesures afin d'éliminer ou de retirer le facteur causant la dégradation ;
- fixer des exigences en matière de caractéristiques techniques afin de répondre à des violations du règlement, par exemple, pour obliger le retrait ou la modification de certaines pratiques de gestion du trafic ;
- imposer des exigences minimales en matière de qualité de service ;
- imposer d'autres mesures nécessaires et appropriées, par exemple, concernant l'obligation des FAI de garantir une capacité de réseau suffisante pour fournir des services d'accès à l'internet non discriminatoires de qualité élevée (considérant 19) ;
- enjoindre de mettre un terme à des violations, éventuellement en combinaison avec des pénalités périodiques (journalières/hebdomadaires), conformément au droit national ;
- enjoindre de mettre un terme à la fourniture de services spécialisés spécifiques à moins qu'il n'y ait suffisamment de capacité disponible pour les services d'accès à l'internet dans un calendrier raisonnable et efficace établi par l'ARN, éventuellement en combinaison avec des pénalités périodiques (journalières/hebdomadaires), conformément au droit national ;
- imposer des amendes en raison de violations du règlement, conformément au droit national.

179. Dans les cas de blocage et/ou de ralentissement, de discrimination, etc. d'applications individuelles ou de catégories d'applications, les ARN pourraient interdire les restrictions des ports concernés ou les limitations d'application(s) si aucune justification valable n'est donnée concernant le non-respect du règlement, en particulier en s'appuyant sur l'article 3(3) troisième alinéa. Les mesures prises au titre de l'article 5(1) peuvent être particulièrement utiles pour interdire les pratiques qui enfreignent clairement le règlement. Ces mesures pourraient être, entre autres :

- interdire le blocage et/ou le ralentissement d'applications spécifiques ;
- interdire une pratique de gestion de la congestion spécifique à des applications individuelles ;
- exiger que les performances d'accès, telles que les débits minimaux ou normalement disponibles, soient comparables aux débits annoncés/maximaux ;
- fixer des exigences qualitatives concernant la performance du trafic spécifique à une application.

180. Des exigences et mesures pourraient être imposées à un ou plusieurs FAI, et il peut, exceptionnellement, être raisonnable d'imposer de telles exigences en général à tous les FAI sur le marché.

181. L'imposition d'une de ces exigences et mesures devrait être évaluée au regard de leur efficacité, nécessité et proportionnalité :

- L'efficacité requiert que les exigences puissent être mises en œuvre par des entreprises et soient susceptibles de rapidement prévenir ou supprimer la dégradation de l'offre de service d'accès à l'internet disponible pour les utilisateurs finals ou d'autre violation du règlement.
- La nécessité requiert que, parmi les mesures ou exigences efficaces, ce soit la moins contraignante qui soit choisie, autrement dit les autres instruments de régulation devraient être considérés et réputés comme insuffisants, inefficaces ou n'étant pas en mesure d'être utilisés assez rapidement pour résoudre la situation.
- La proportionnalité implique que les exigences se limitent au champ adéquat, que l'obligation imposée par l'exigence poursuive un objectif légitime et approprié au but recherché et qu'il n'y ait pas d'autre mesure moins contraignante et aussi efficace d'atteindre cet objectif. Par exemple, si des FAI spécifiques offrent des services d'accès à l'internet dégradés ou enfreignent les règles du règlement relatives à la gestion du trafic, les exigences proportionnées peuvent alors se concentrer sur ces FAI en particulier.

Rapports annuels des ARN

182. Les rapports doivent être publiés tous les ans et les ARN devraient publier leurs rapports annuels avant le 30 juin pour les périodes allant du 1er mai au 30 avril. Le premier rapport doit être remis le 30 juin 2017 et couvrir la période allant du 30 avril 2016 au 30 avril 2017 (les 12 premiers mois suivant l'application des dispositions).

183. En plus d'être publiés, les rapports devraient être fournis à la Commission et à l'ORECE. Afin de permettre à la Commission et à l'ORECE de comparer plus facilement les rapports, l'ORECE recommande aux ARN d'inclure au moins les sections suivantes dans leurs rapports annuels :

- une description générale de la situation nationale en ce qui concerne le respect du règlement ;
- une description des activités de surveillance menées par les ARN ;
- le nombre et les types de réclamations et de violations liées au règlement ;
- les principaux résultats des études menées en matière de surveillance et d'exécution du règlement ;
- les principaux résultats et valeurs des mesures techniques et des évaluations réalisées concernant la surveillance et l'exécution du règlement ;
- une évaluation de la disponibilité permanente de services d'accès à l'internet non discriminatoires à des niveaux de qualité qui correspondent à l'état d'avancement des technologies ;
- les mesures adoptées/appliquées par les ARN en vertu de l'article 5(1).

Article 5(2)

À la demande de l'autorité réglementaire nationale, les fournisseurs de communications électroniques au public, y compris les fournisseurs de services d'accès à l'internet, mettent à la disposition de cette autorité réglementaire nationale, des informations relatives aux obligations énoncées aux articles 3 et 4, notamment des informations concernant la gestion de la capacité de leur réseau et du trafic, ainsi que des justifications de toute mesure de gestion du trafic appliquée. Ces fournisseurs fournissent les informations demandées dans les délais et selon le degré de précision exigés par l'autorité réglementaire nationale.

184. Les ARN peuvent demander aux FAI des informations relatives aux obligations énoncées aux articles 3 et 4 allant au-delà des informations fournies dans les contrats ou rendues publiques. Les informations demandées peuvent, sans s'y limiter, inclure les éléments suivants :

- davantage de détails et de clarifications à propos de quand, comment et à quel utilisateur final une pratique de gestion du trafic s'applique ;
- des justifications de toute pratique de gestion du trafic appliquée, y compris si ces pratiques se conforment aux exceptions de l'article 3(3) (a)-(c). En particulier,
 - en ce qui concerne l'article 3(3) (a), la loi, le décret ou l'acte législatif exact sur la base de laquelle ou duquel il s'applique ;
 - en ce qui concerne l'article 3(3) (b), une évaluation du risque pour la sécurité et l'intégrité du réseau ;
 - en ce qui concerne l'article 3(3) (c), une justification de la raison pour laquelle la congestion est caractérisée comme imminente, exceptionnelle ou temporaire, de même que des données antérieures concernant la congestion confirmant cette caractérisation, et de l'absence de mesures de gestion de la congestion moins intrusives et aussi efficaces.
- les exigences techniques qui sont nécessaires pour faire fonctionner des applications ou services spécifiques à un niveau de qualité spécifique ;
- des informations permettant aux ARN de vérifier si et dans quelle mesure l'optimisation de services spécialisés est objectivement nécessaire ;
- des informations sur les exigences en matière de capacité des services spécialisés et d'autres informations nécessaires pour déterminer s'il y a suffisamment de capacité disponible pour fournir des services spécialisés en plus de tout autre service d'accès à l'internet fourni et les démarches entreprises par un FAI pour garantir cela ;
- des informations démontrant que la fourniture d'un ou de tous les services spécialisés fournis ou facilités par un FAI ne se fait pas au détriment de la disponibilité ou de la qualité générale des services d'accès à l'internet pour les utilisateurs finals ;
- des détails sur la méthodologie dont dérivent les débits ou d'autres paramètres en matière de qualité de service définis dans des contrats ou publiés par le FAI ;

- des détails sur tout accord commercial ou toute pratique susceptible de limiter l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3(1), y compris les détails des accords commerciaux entre les FCA et les FAI ;
- des détails sur le traitement de données personnelles par les FAI ;
- des détails sur le type d'informations fournies aux utilisateurs finals par les FAI via leurs espaces clients, leurs services d'assistance ou leurs sites internet à propos de leurs services d'accès à l'internet ;
- le nombre et le type de réclamations des utilisateurs finals reçues sur une période donnée ;
- des détails sur les réclamations reçues d'un utilisateur final spécifique et les démarches entreprises pour les traiter.

Article 5(3)

Au plus tard le 30 août 2016, afin de contribuer à l'application cohérente du présent règlement, l'ORECE émet, après consultation des parties intéressées et en étroite coopération avec la Commission, des lignes directrices pour la mise en œuvre des obligations incombant aux autorités réglementaires nationales en vertu du présent article.

185. Les présentes lignes directrices répondent à cette disposition. L'ORECE examinera et actualisera les lignes directrices lorsqu'il estimera que cela sera approprié et de la manière qu'il jugera appropriée.

Article 5(4)

Le présent article s'entend sans préjudice des missions confiées par les États membres aux autorités réglementaires nationales ou à d'autres autorités compétentes conformément au droit de l'Union.

186. Les ARN et d'autres autorités compétentes peuvent également avoir d'autres missions de surveillance et d'exécution qui leur sont confiées par les États membres conformément au droit de l'Union. Ces missions peuvent provenir, par exemple, du droit de la concurrence et de la consommation, en plus du cadre réglementaire pour les communications électroniques. L'article 5 n'affecte pas les missions des ARN ou d'autres autorités nationales ou européennes compétentes émanant de telles réglementations, indépendamment du fait que de telles missions puissent se recouper avec les obligations des ARN (ou d'autres autorités compétentes), comme établi par cet article. Le règlement n'affecte pas les compétences des ARN ou d'autres autorités nationales en matière de surveillance et d'exécution de la directive 95/46/CE ou de la directive 2002/58/CE visées par l'article 3(4), du fait que ces missions continuent d'être confiées en vertu du droit national.

Article 6 **Sanctions**

Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des articles 3, 4 et 5 et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi

prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres notifient ce régime et ces mesures à la Commission au plus tard le 30 avril 2016 et toute modification ultérieure les concernant dans les meilleurs délais.

187. Cette disposition est destinée aux États membres et aucune orientation à destination des ARN n'est nécessaire.

Article 10

Entrée en vigueur et dispositions transitoires

Article 10(1)

Le présent règlement entre en vigueur le troisième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne.

188. Le règlement est entré en vigueur le 29 novembre 2015.

Article 10(2)

Il est applicable à partir du 30 avril 2016, à l'exception des dispositions suivantes :

[...]

(c) l'article 5, paragraphe 3), s'applique à partir du 29 novembre 2015 ;

[...]

189. Le règlement s'applique depuis le 30 avril 2016, à l'exception de l'article 5(3) qui oblige l'ORECE à définir les présentes lignes directrices et qui s'applique depuis le 29 novembre 2015.

190. Lorsqu'elles surveillent l'application des articles 3 et 4 et veillent au respect de ces articles, les ARN devraient prendre en compte le fait que les dispositions du règlement s'appliquent à tous les contrats existants et nouveaux, à l'exception de l'article 4(4), qui s'applique uniquement aux contrats conclus ou reconduits à partir du 29 novembre 2015.⁴² Par conséquent cela signifie que, pour une période transitoire, l'article 4(4) n'est pas applicable à un certain nombre de contrats. Néanmoins, l'article 4(4) deviendra applicable à un nombre croissant de contrats au fil du temps, une fois ceux-ci reconduits ou nouvellement conclus.

Article 10(3)

Les États membres peuvent maintenir jusqu'au 31 décembre 2016 des mesures nationales, y compris des systèmes d'autoréglementation, instaurées avant le 29 novembre 2015, qui ne respectent pas l'article 3, paragraphe 2 ou 3. Les États membres concernés notifient ces mesures à la Commission au plus tard le 30 avril 2016.

⁴² Voir le paragraphe 134 des présentes lignes directrices

191. L'article 10(3) s'adresse aux États membres. Néanmoins, lorsqu'elles évaluent le respect de l'article 3(2) et (3), les ARN devraient prendre en considération le fait que les mesures nationales, y compris les systèmes d'autorégulation, pourraient bénéficier d'une période transitoire allant jusqu'au 31 décembre 2016 lorsqu'elles peuvent être maintenues, à condition qu'elles aient été instaurées avant le 29 novembre 2015 et qu'elles aient été notifiées par l'État membre concerné à la Commission au plus tard le 30 avril 2016. Dans ce cas, aucune violation de l'article 3(2) et (3) ne pourrait être constatée pendant cette période transitoire.