



Juillet 2010

Réponse à la consultation de l'Arcep sur ses premières orientations relatives à la neutralité du Net

Le 20 mai dernier, l'Arcep a lancé une consultation relative à ses réflexions et première orientations relatives à la neutralité du Net.

Ce document propose de rappeler la proposition de La Quadrature sur cet enjeu crucial pour l'avenir d'Internet, et revient notamment sur la nécessité d'encadrer par la loi le principe de neutralité.

Question n° 1 relative aux définitions proposées.

Les définitions proposées dans le texte de la consultation nous semblent pertinentes. Soulignons toutefois que la neutralité du Net est le principe fondateur d'Internet qui garantit une séparation forte entre le réseau (dont le rôle unique est de transporter les données) et les applications en périphérie (qui seules sont en mesure de « gérer » ces données).

La neutralité du réseau **exclut donc toute discrimination par le réseau des données transmises, que ce soit en fonction de la source, de la destination ou du contenu des ces données.** Elle est la conséquence directe des choix techniques qui ont présidé au développement d'Internet, et lui est par là même consubstantielle.

Quant à la distinction proposée entre Internet et services gérés, elle semble également utile pour éviter toute confusion entre la nature du service offert à l'utilisateur du réseau.

Question n°2 relative à la présentation du contexte et des enjeux relatifs à la neutralité de l'internet et des réseaux

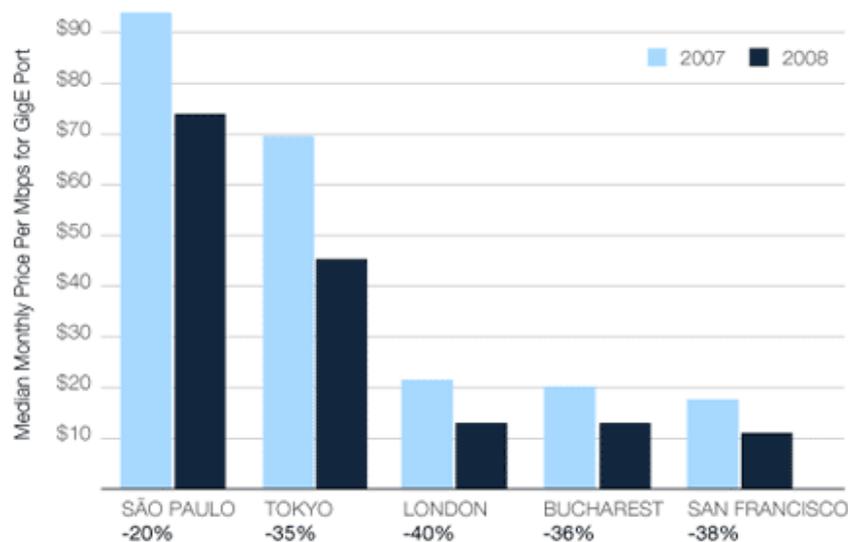
a. Sur la question du contexte juridique existant. Comme le souligne l'Arcep, il est en effet insuffisant. Certes, le principe de neutralité à l'égard du contenu des messages a été inscrit comme un principe général a été inscrit dans le Codes des Postes et des Communications Électronique. Mais aucun débat sérieux n'avait eu lieu à l'époque sur la portée de ce principe en matière d'Internet et des divers réseaux physiques physiques liés, et aucun pouvoir d'encadrement des pratiques de gestion du réseau n'avait été prévu pour garantir ce principe. Quant au droit de la consommation, qui vise notamment à garantir un minimum de transparence, et aux obligations d'interconnexions d'accès qui encadrent les relations entre opérateurs de téléphonie, il sont également trop peu spécifiques et donc inadaptés à l'enjeu.

b. Sur l'évolution du prix de la bande passante. L'Arcep souligne en s'appuyant sur des études Cisco et de Pyramid Research et Light Reading , les prévisions de « très forte » croissance du trafic, tant sur l'Internet fixe que sur le mobile son très élevées. Dans l'Internet fixe notamment, les acteurs anticipent une croissance du trafic de 131% entre 2010 et 2013¹.

S'il est certain que les usages continuent de se développer, poussant à l'investissement dans de plus grandes capacité de réseau, il faut également s'intéresser au coût de la bande passante. La bande passante constitue une ressource essentielle que plusieurs fournisseurs d'accès entendent valoriser, en arguant de sa rareté. Il importe donc de s'interroger sur les coût réel de celle-ci. Depuis des années, les prix continuent de s'effondrer.

Même s'il existe peu d'études disponibles permette analyse précise sur le long terme, la comparaison des prix de gros sur la période 2007-2008 est révélatrice, puisqu'on observe une baisse de l'ordre de 35%.

¹ Chiffres publiés par l'Arcep, et repris d'une présentation d'Alcatel présentation lors du congrès mondial de Barcelone en février 2010 : <http://www.alcatel-lucent.com>



Source : TeleGeography².

Si les investissements dans les réseaux de très haut débit³ représentent un réel investissement, l'augmentation du trafic ne saurait justifier l'abandon de la neutralité. Les méthodes de financement – éventuellement fondés sur la diversification des services offerts aux côtés d'Internet (« services gérés ») – qui ne remettent pas en cause la neutralité du Net et la qualité d'accès à Internet doivent absolument être privilégiées.

c. Sur l'évolution de la structure du trafic. Comme le remarque l'Arcep, la structure d'Internet est paradoxalement de plus en plus caractérisée par la concentration. En 2007, une majorité du trafic provenait de quelques 30 000 blocs de serveurs distribués en différents points du réseau. En 2009, plus de 50% du trafic provenait de seuls 150 blocs, et la tendance ne fait que se renforcer⁴, créant inévitablement de fortes tensions certains points du réseau. Cela est dû en grande partie au modèle choisi par certains gros fournisseurs de contenus en ligne, parmi lesquels Google.

Il faut encourager la collaboration entre fournisseurs d'accès Internet et fournisseurs de services Internet pour favoriser des architectures du trafic plus distribuées, profitant au maximum des technologies de type peer-to-peer. Certes, cela suppose de renoncer aux entraves à la liberté de communication qui encouragent dans une certaine mesure la centralisation (en matière de propriété intellectuelle notamment, mais plus globalement la réglementation reposant sur une responsabilisation accrue des intermédiaires techniques, en ce qu'elles peuvent décourager la circulation des données sur le réseau). Un tel lissage du trafic permettrait, à l'image de l'expérience menée par la BBC avec son iPlayer⁵, de réduire les coûts de diffusion des contenus et de faire baisser le coût global généré par le trafic.

² <http://www.telegeography.com>

³ Fibre optique en matière de réseau filaire, 4G dans le mobile.

⁴ Ryan Spingel, *YouTube's Bandwidth Bill Is Zero. Welcome to the New Net*, Wired, 16 octobre 2009. <http://www.wired.com/epicenter/2009/10/youtube-bandwidth/#ixzzorzpZagr3>

⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/BBC_iPlayer

Question n°3 relative à l'approche générale de l'Arcep des conditions d'accès Internet

La Quadrature du Net se félicite de l'approche pro-active privilégiée par l'Arcep dans la consultation. Le régulateur propose en effet que les pouvoirs publics (1) *identifient les pratiques acceptables ou souhaitables à tous les niveaux de chaîne des réseaux et de l'interne, et (2) se dotent des outils nécessaires pour assurer l'application effective de ces règles du jeu.*

Tirant les leçons de la jurisprudence constitutionnelle consacrant l'accès Internet comme essentiel à l'exercice de la liberté d'expression et de communication⁶, l'approche de l'Arcep montre son attachement à protéger l'intérêt général, et témoigne d'une conception pleine et entière de sa fonction de régulateur du secteur des communications électroniques.

Question n°4 relative à l'approche générale de l'Arcep des conditions d'accès Internet

Sur la première orientation.

Suite à la publication du projet de transposition du Paquet Télécom par la Direction Générale de la Compétitivité, de l'Industrie et des Services, rattachée au Ministère de l'Économie, et aux commentaires de l'Arcep sur les cadre réglementaire français et européen, nous soulignons la pertinence du recours à la loi pour protéger la neutralité.

Objectif général. A cette fin, nous recommandons au législateur de modifier le point 15 du L-32-1 CPCE, tel que proposé par la DGCIS, pourrait être amendé pour s'assurer que les autorités compétentes veillent à « À **garantir** l'accès des utilisateurs finals à l'information et à **préserver** leur capacité à diffuser ainsi qu'à utiliser les applications et les services de leur choix. »

Définition du principe de neutralité. Au delà de cet article à caractère général, une autre disposition législative doit venir protéger les conditions de l'accès Internet tel que les définit l'Arcep. Cet article consacré à la protection de la « neutralité du Net » pourrait être rédigé comme suit :

« Les fournisseurs d'accès Internet sont tenu, dans le respect des dispositions législatives en vigueur au principe de neutralité au regard de l'émetteur, du destinataire, et du contenu des messages transmis. À ce titre, ils offrent à l'utilisateur final la possibilité :

- d'envoyer et de recevoir le contenu de son choix ;
- d'utiliser les services ou faire fonctionner les applications de son choix ;
- de connecter le matériel et d'utiliser les programmes de son choix, dès lors

⁶ Décision 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>

qu'ils ne nuisent pas au réseau. ».

Exceptions. Cet article pourrait être utilement complété afin de préciser qu'il peut être fait entorse au principe de neutralité dans le but d'assurer le bon fonctionnement du réseau, et selon des modalités devant être précisées par voie réglementaire (voir nos observations sur la deuxième orientation proposée par l'Arcep).

Sanctions. Enfin, tout manquement aux règles ainsi définies doit pouvoir faire l'objet de recours de la part de fournisseurs de contenus et de tout consommateur. Selon la gravité de l'infraction, les opérateurs devraient encourir soit des **sanctions** administratives adaptées à la gravité de l'infraction (sanction pécuniaire, suspension ou même retrait de licence).

Sur la deuxième orientation.

L'Autorité recommande que les pratiques de gestion de trafic mises en place par les FAI demeurent exceptionnelles et respectent les principes généraux de pertinence, proportionnalité, efficacité, transparence et non discrimination.

Ce principe peut légitimement être inscrit dans la loi. Pour être opérationnels, et pour garantir aux opérateurs un maximum de sécurité juridique, les pratiques de gestion de trafic devront être définies lors d'une consultation menées par l'Arcep. Elle pourront bien entendu évoluer, en fonction des besoins et des innovations en la matière. Il ne s'agit en aucun de les graver dans le marbre. Simplement de réfléchir collectivement aux pratiques de gestion qui peuvent mettre à mal les libertés fondamentales (la liberté de communication et la protection de la vie privée en particulier), et compromettre le bon fonctionnement de l'écosystème du réseau. Pour rappeler, La Quadrature estime que ces pratiques seront notamment légitimes pour faire face à des situations de :

- **Congestion temporaire :** Lorsqu'un réseau fixe ou mobile connaît une période de congestion non prévue (par exemple, la défaillance d'un équipement), il doit être possible pour l'opérateur de mettre en place certains types de pratiques permettant d'assurer le transport de données, et ce à titre temporaire. **Dans ces cas précis, qui devront être définis par le régulateur, les opérateurs de réseau devr~~ont~~ être en mesure de prouver, le cas échéant vis-à-vis du au régulateur, que la congestion de son réseau n'était pas prévisible et que le nécessaire a été fait pour la corriger.**
- **Menace sur la sécurité :** La mise en danger du réseau par une attaque ou tout autre événement susceptible de compromettre son intégrité peut également justifier la mise en place de pratiques de gestion discriminatoires.

Les aléas ponctuels doivent être traités par des **solutions ponctuelles**. Elles peuvent être mises en œuvre soit manuellement, lors de la détection de trafic anormal, soit automatiquement en cas de détection de certaines formes d'attaques connues.

Enfin, **ces incidents doivent être répertoriés**, probablement sur plusieurs années, pour servir de base d'information sur la récurrence des attaques. Enfin, pour le traitement des accidents de routage ou leur détection, la communication la plus ouverte doit être respectée via l'information directe ou indirecte des clients de l'opérateur et l'information de l'ensemble des opérateurs sur les mesures retenues, et ce en vue d'améliorer les méthodes utilisées (dans ce cas, l'opérateur doit engager une démarche scientifique : publication des méthodes et des résultats pour permettre à la communauté de s'approprier les améliorations et d'en apporter de nouvelles).

Sur la différence entre accès Internet fixe et mobile :

L'Arcep souligne à juste titre que, si des différences dans la mise en œuvre du principe sont légitimes afin de tenir compte des contraintes techniques, les opérateurs mobiles doivent également être tenus au principe de neutralité. À l'heure où l'accès à Internet va se faire de façon croissante à partir de terminaux mobiles, la situation existante de non-neutralité risque de bloquer le développement de l'économie et des usages sociaux de l'information si on ne fait pas rentrer les réseaux de télécommunication mobile dans le droit commun de la neutralité.

Question n°5 sur l'analyse de l'Autorité relative aux autres dimensions de la neutralité.

Sur la neutralité des contenus

Si La Quadrature du Net partage l'essentiel l'analyse de l'Arcep, il semble néanmoins nécessaire de rappeler que le contrôle des contenus fait actuellement l'objet de nombreuses initiatives réglementaires (HADOPI, LOPPSI en France, Directive sur la protection de l'enfance au niveau de l'Union Européenne, ACTA au niveau international).

Or, contrairement à ce que semble dire l'Arcep, la constitutionnalité et la conventionnalité de ces mesures actuellement envisagées par les pouvoirs publics restent incertaines. La décision n° 2009-580 DC du Conseil constitutionnel a certes apporté une clarification importante, en élevant le libre accès Internet au rang de liberté fondamentale, et consacrant de ce fait le rôle de l'autorité judiciaire pour le prononcé de toute sanction ayant pour effet de restreindre ou d'empêcher un tel accès. Cependant, le débat parlementaire sur le projet de loi LOPPSI (qui prévoit le filtrage administratif des sites à caractères pédopornographique) est là pour nous rappeler que certaines zones grises subsistent, ou, en tous cas, que les pouvoirs publics n'ont pas tiré toutes les leçons de la décisions des sages de la rue de Montpensier. Qu'il s'agisse de droit d'auteur, de pédopornographie, de diffamation, de la publication de fausses nouvelles, d'incitation à la haine ou à la violence, de sites de jeux dangereux et violents,

imposer aux fournisseurs d'accès de filtrer à titre préventif les contenus considérés comme illégaux expose nos sociétés à de dangereuses dérives. Dans tout État de droit, **seul un juge est en mesure de prononcer l'illégalité d'une situation juridique donnée**. Confier ce pouvoir à des opérateurs de réseau revient à mettre en place une « justice » privée et automatisée, échouant à garantir le droit à un procès équitable prévu à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Aussi, il apparaît clairement que le critère de légalité du contenu ne doit pas être pris en compte lorsqu'il s'agit de faire appliquer la neutralité du Net. **Internet est un espace public dans lequel les principes de l'État de droit doivent s'appliquer comme ailleurs**.

Par ailleurs, quelque soit la nature de l'autorité en charge du contrôle des contenus sur Internet, le danger est grand de voir les nouvelles technologies utilisées pour instaurer des **modes de régulation profondément attentatoires aux libertés fondamentales**. Par exemple, grâce aux technologies de Deep Packet Inspection (DPI), chaque message transmis peut désormais être analysé et éventuellement bloqué s'il est estimé qu'il contrevient à la législation en vigueur. Or, comme le relève l'Arcep, de tels dispositifs de filtrage préventif comportent plusieurs problèmes sur le plan juridique, tant du point de vue de la liberté de communication que du respect de la vie privée. En particulier, ces systèmes automatisés de filtrage ne permettent en aucun cas **d'appréhender la complexité des situations juridiques** qu'ils sont sensés résoudre. C'est typiquement le cas en matière de droit d'auteur : la transmission d'une œuvre soumise à droit d'auteur sur les réseaux ne constitue pas en soi une contrefaçon. En effet, dans bien des cas, la transmission d'une œuvre protégée peut relever d'utilisations permises par les législations nationales, qui prévoient de nombreuses exceptions au droit d'auteur (par exemple à des fins d'information, de citation ou de copie privée)⁷. Qu'ils soient ou non basés sur des technologies DPI, ces systèmes de filtrage préventif, à l'image de celui adopté par l'hébergeur de contenus vidéos Youtube⁸, sont incapables d'apprécier concrètement si une utilisation donnée constitue ou non une infraction. Par mesure de sécurité juridique, le dispositif va considérer tous les fichiers correspondant à une œuvre soumise à droit d'auteur comme illégaux et, le cas échéant, bloque ces derniers⁹.

7 Liste des exceptions au droit d'auteur: http://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_d_%27auteur#Exceptions_au_droit_d'auteur

8 Ce système est dénommé ContentID : <http://www.youtube.com/t/contentid>

9 Voir, en ce qui concerne la technologie employée par Youtube, les critiques de l'Electronic Frontier Foundation : <http://www.eff.org/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-c-ensorship-problem>
<http://www.chillingeffects.org/weather.cgi?WeatherID=634&>