

# Contribution de la Fédération FDN sur le projet de rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'Internet

Fédération FDN

Le 20 juin 2012

Cette contribution à la consultation publique lancée par l'ARCEP est présentée par la Fédération des fournisseurs d'accès associatifs, dite Fédération FDN (FFDN), qui regroupe 14 fournisseurs d'accès Internet associatifs, présents sur l'ensemble du territoire métropolitain. Cette contribution représente donc la position de nos 14 associations.

## 1 Introduction

Le projet de rapport soumis à consultation publique par l'ARCEP sur le dossier de la neutralité du net présente, aux yeux de la Fédération FDN (FFDN), d'évidentes qualités. D'une part, il fait le point sur l'état des débats en France sur ce sujet. D'autre part, l'avancement de ces dossiers est lui-même très encourageant : l'ARCEP a pu solidement établir, par son travail, un état des lieux aussi clair que possible sur le dossier de la neutralité des réseaux.

Ce rapport présente cependant un biais très sérieux, qui le distingue d'une analyse parfaitement impartiale du dossier. L'ARCEP est contrainte, dans son mode de fonctionnement, et dans les positions qu'elle peut exprimer, par la définition du rôle de régulateur par les directives européennes et la législation française. En particulier, l'ARCEP ne peut traiter de problèmes que par "l'ouverture du marché". Il faut donc, quelle que soit la nature du problème à traiter, le faire rentrer dans cette grille de lecture imposée, tant pour son analyse que pour la recherche de solutions.

Ce biais tend à masquer certains enjeux clés des dossiers, ou à déformer leur lecture. Il devrait être rappelé plus clairement en introduction et en conclusion du rapport. En particulier, c'est parce que le débat est mené par l'ARCEP que la place prise par la dimension technico-économique semble si marquée. Si le débat était traité dans un autre cadre, la perspective changeant, d'autres dimensions prendraient de l'ampleur.

Cet élément de lecture est fourni en section 1.1.3, alors qu'il structure l'ensemble du rapport, il gagnerait à être placé en introduction et repris en conclusion.

## 2 Sur le chapitre 1 (Contexte et problématique)

### 2.1 Analyse générale

L'ensemble du chapitre 1 resitue le contexte et la problématique, pour le volet technico-économique du dossier. Il reprend, en très grande partie, et en les appuyant sur des argumentations difficilement contestables, la majeure partie de l'analyse habituellement présentée par FFDN : la légende de l'imminente saturation des réseaux est fautive, la croissance de trafic ne correspond pas à une croissance réelle de coûts (tout au

plus similaire à l'inflation, voire moins), le marché seul n'arrivera pas à faire converger l'ensemble des acteurs vers un point d'équilibre qui satisfasse l'intérêt général (page 26, section 1.4.1).

Cependant, en une contradiction qui pour nous semble évidente, l'ARCEP indique que les services gérés ont une forte utilité économique et sociale, et cette affirmation-là semble bien peu étayée. L'aspect innovant, au 21ème siècle, d'applications comme le téléphone et la télévision semble au moins devoir être justifié. Autant que FFDN puisse en juger, aucun des services innovants n'a jamais pris ses racines dans un service géré, nulle part sur Internet.

Les services gérés ne semblent représenter une innovation que par une offre intégrée de services historiquement séparés. C'est-à-dire une innovation commerciale, et non technique ou d'usage. Et on peut se poser la question : le modèle économique retenu pour le service géré typique (intégration de la téléphonie fixe, de la télévision, et de services de vidéos à la demande), représente-t-il véritablement une innovation notable ?

Ces services sont, au mieux, un mal nécessaire pour garantir une qualité de service suffisante pour les consommateurs, si on accepte le point de vue des opérateurs concernés. Au pire, ils sont un moyen d'assurer une emprise plus grande sur les utilisateurs finals (par les difficultés de la portabilité du numéro de ligne fixe, par exemple), tout en usant de la position de FAI pour s'assurer une place enviable sur un marché autre, empêchant des opérateurs alternatifs et/ou spécialisés de se faire une place sur le marché "over the top". Que ce soit pour le marché de la téléphonie fixe, de la télévision payante, ou de la vidéo à la demande.

Il nous semble donc au minimum nécessaire de préciser en quoi ces services seraient innovants, quelle serait leur utilité sociale, et de rappeler que ces gains supposés sont obtenus au prix d'une fermeture du marché, d'une perte de concurrence, et que donc même s'ils ont peut-être représenté une innovation par le passé, ils sont une garantie d'absence d'innovation future, et entrent en contradiction avec les pratiques habituelles de l'ARCEP.

Par ailleurs, il nous semblerait utile qu'une action soit menée pour définir ce qui peut légitimement être un service géré, et ce qui ne peut pas l'être. FFDN a eu l'occasion d'énoncer quelques principes simples : si le service géré est par sa nature technique, très proche d'un service existant "over the top", alors il doit être vu comme une mesure de gestion de trafic injustifié.

Cette approche exclu d'emblée la téléphonie et la vidéo à la demande, et ne laisse plus en suspend que la question de savoir si une offre de télévision broadcast peut voir le jour dans de bonnes conditions (par exemple par l'ouverture de points de peering multicast s'appuyant sur un plan d'adressage public), ou si le service géré reste nécessaire.

## 2.2 Notes et détails

La figure 1, page 12, section 1.2.1/1.2.2 introduit des idées fausses, qu'on ne retrouve pas dans le texte du rapport. Elle laisse croire, par exemple, qu'il existe différentes typologies d'accès au réseau Internet, certains types d'accès semblant réservés à des FCA (fournisseurs de contenus et d'applications), d'autres étant destinés à des consommateurs passifs (particuliers et entreprises).

La réalité de ce qu'est Internet est bien plus complexe, et chacun le sent bien quand il essaye de classifier les différents intervenants, chacun joue tous les rôles, à un moment ou à un autre. Cette figure est au mieux une représentation fragmentaire de l'état du marché : de grands acteurs tant côtés FCA que FAI, et des consommateurs qu'on tente de rendre passifs par force de marché et par force de loi. L'erreur d'interprétation qu'introduit cette figure n'est pas confirmée par le texte du rapport, c'est donc probablement une maladresse de représentation.

Le dernier paragraphe de la section 1.4.1, page 27, présentant l'ARCEP comme le « régulateur technico-économique de l'Internet » nous semble maladroit et bien ambigüeux...

## 3 Sur le chapitre 2, Travaux engagés par l'ARCEP

### 3.1 Analyse générale

Les travaux menés par l'ARCEP sont, dans les grandes lignes, repris par le projet de rapport, mais certains éléments clefs dans les grilles de lecture nous semblent manquer. FFDN souhaite en reprendre deux ici : le filtrage du port 25, et la priorisation avec offre commerciale.

Petit rappel sur le filtrage du port 25 : ce port, servant à transporter le courrier électronique entre serveurs, est filtré par la majorité des grands opérateurs français, pour empêcher les virus infectants nombre de systèmes informatiques d'inonder de spam le réseau mondial. Deux grandes écoles existent dans la mise en œuvre de ce filtrage : l'école dite « Free », où le filtrage est effectué sur la box — en périphérie du réseau — et désactivable par l'abonné ; et l'école dite « Orange » où le filtrage est effectué en cœur de réseau, et donc ne peut pas être désactivé par l'abonné.

Ce filtrage satisfait les critères retenus pour l'ARCEP pour être considéré comme légitime : il est légitime techniquement (lutter contre le spam), il est proportionné (une minorité d'utilisateurs se déclarent gênés ; mais les autres ne sont peut-être pas conscients du problème et des enjeux), mais il a cependant des conséquences sur des marchés annexes, et sur les choix offerts aux utilisateurs finals. L'approche par un filtrage effectué en cœur de réseau pose différents problèmes, par exemple en forçant des entreprises à faire transiter leur correspondance par les serveurs d'Orange dans un contexte d'une légalité douteuse (on pense en particulier aux cabinets d'avocats), alors que ces TPE sont à même de faire appel à un prestataire en mesure de garantir la bonne tenue de leurs systèmes informatiques, y compris leurs systèmes de messagerie.

Les critères énoncés par l'ARCEP ne couvrent donc pas encore idéalement la description des cas de mesures de gestion de trafic légitimes : le fait que la solution doive se trouver le plus possible en périphérie du réseau et sous contrôle de l'utilisateur final nous semble essentiel. Une pure analyse de marché, en considérant que les utilisateurs concernés sont moins de 1%, donne une vision fautive. L'habitude de filtrer, sans possibilité de contrôle par l'utilisateur final, pose en premier lieu une question de principe assez grave (en dehors des compétences de l'ARCEP, ce qui ne veut pas dire que le régulateur doive l'ignorer) et en second lieu risque de figer les évolutions de marché : par principe une pratique innovante et disruptive concernera une fraction très faible du marché, et un filtrage trop brutal peut l'empêcher de progresser, et donc tuer dans l'oeuf l'innovation.

Par ailleurs, une seconde règle qui nous semble importante manque dans l'analyse des pratiques légitimes ou non dans la gestion du trafic : une mesure de gestion de trafic, par nature destinée à maintenir le bon fonctionnement du réseau, ne peut pas faire l'objet d'une offre commerciale.

Ce n'est que la transposition moderne du principe de droit ancien qui veut que *nul ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes*. Ainsi, l'incapacité alléguée par un opérateur de fournir le service, par exemple aux heures de pointe, ne saurait constituer un argument valable pour proposer une offre premium incluant de la priorisation.

Il n'est pas acceptable en effet qu'un opérateur propose une offre premium qui permette de contourner l'engorgement lié au sous dimensionnement de son réseau. Qu'il ait fait ses meilleurs efforts pour dimensionner le réseau et qu'il subsiste des problèmes (par exemple, l'accès data mobile au stade de France avec 80.000 personnes, c'est forcément saturé) n'est pas un motif suffisant. Des situations spécifiques comme le stade de France

suffisent à excuser des cas d'engorgement, mais elles ne suffisent pas à légitimer une offre commerciale basée sur l'incapacité de l'opérateur. Au contraire, cette offre aurait des conséquences délétères en rendant favorable pour l'opérateur le fait de ne pas investir dans les capacités nécessaires pour son réseau. Fournir un réseau qui ne soit pas saturé est une activité qu'il a déjà monétisée, par les abonnements qu'il perçoit.

## 3.2 Sur la gestion du trafic

Section 2.4.3, 4e alinéa, page 49. L'approche proposée par l'ARCEP de préciser son analyse par « jurisprudence » dans le cadre d'éventuels règlements de différends nous semble biaisée. Si cette approche est tout à fait valable pour des différends entre opérateurs d'envergures similaires (par exemple pour un conflit entre Orange et Facebook), elle devient irréaliste dans beaucoup d'autres cas. Par exemple pour le filtrage du port 25, quel est l'acteur économique lésé ? Soit la TPE cliente, soit la TPE fournissant la prestation informatique à l'utilisateur final. Qui peut alors porter une procédure devant l'ARCEP, longue et complexe, sans assistance ? Les particuliers ? Les associations de consommateurs ? Les associations professionnelles ? Cette approche nous semble très peu réaliste en l'état, il n'existe pas à notre connaissance de mécanisme assimilable à l'aide juridictionnelle pour les procédures devant l'ARCEP, ces procédures sont donc réservées aux acteurs qui en ont les moyens, et faire reposer sur les conclusions de ces procédures les analyses de l'ARCEP, c'est garantir que seuls les intérêts des grands groupes seront pris en compte pour arbitrer.

Le paragraphe suivant (5e alinéa) peut se résumer au fait que « si le marché ne proteste pas, c'est que tout va bien », ce qui nous semble un sophisme parfait. Ce n'est que la redite de l'hypothèse de départ. L'ARCEP n'utilise comme outil d'analyse et comme outil de régulation que le marché. Et donc ne détecte que les problèmes qui entraînent des contentieux entre acteurs du marché. Et donc par définition ne parvient pas à détecter les autres problèmes. Ce paragraphe, posé comme le résultat d'une analyse est en fait une tautologie.

Un exemple simple montre les limites de cette approche. Les systèmes de filtrage anti-spam s'appuient, entre autres éléments, sur des listes de réputation des adresses IP (RBL), certaines étant réputées émettrices de SPAM, d'autres étant réputées au contraire « propres ». Certaines de ces RBLs servent à indiquer quelles adresses IP sont distribuées à des « résidentiels » et donc ne sont pas, a priori, supposées émettre de courrier électronique directement sur Internet.

Les FAIs ont pris l'habitude d'y inscrire l'ensemble des adresses qu'ils distribuent aux résidentiels. Cette approche peut sembler légitime dans la majorité des cas : le public résidentiel envoie en effet en général son courrier électronique via les serveurs du FAI. Mais ce n'est en rien une obligation technique, et peut poser question dans nombre de circonstances (pas de chiffrement de bout en bout, confidentialité douteuse sur les serveurs du FAI, etc). L'inscription sur ces listes crée, de fait, une obligation d'envoyer son courrier via les serveurs du FAI (surtout quand cette inscription est doublée d'un filtrage du port 25). C'est une atteinte au secret des correspondances privées.

Or il n'y a pas d'acteur économique directement lésé que l'ARCEP puisse identifier, c'est une mesure unilatérale prise par les opérateurs, qui crée un dommage global touchant tous leurs abonnés (au sens d'une restriction à leur liberté de gérer leur courrier électronique), et les laissant sans recours. Les méthodes de traitement techniques sont pourtant assez simples : les abonnés devraient pouvoir demander à disposer d'une adresse fixe, et pouvoir demander que cette adresse soit retirée des listes dites « résidentielles ». Cette approche revient à dire que certaines mesures de gestion de trafic (ici le filtrage du port 25, ou l'inscription d'une adresse sur une liste noire) sont légitimes si le contrôle est laissé à l'utilisateur final.

Le simple fait qu'aucun acteur économique ne puisse se valoir d'un préjudice en termes de marché ne suffit pas à montrer que la situation ne pose pas de difficulté.

### 3.3 Sur les propositions législatives

L'ARCEP propose, page 52, deux articles de loi symétriques. L'un interdisant à un équipementier de produire un terminal dont l'usage soit impossible ou limité sur un réseau donné (il protège l'ouverture du marché); l'autre visant les garanties à apporter sur le non-filtrage des services et sur les données personnelles de l'utilisateur final (il protège le consommateur).

Il est regrettable que le premier pose une interdiction claire, alors que le second fait l'hypothèse naïve que la simple transparence suffira à résoudre le problème. Les deux questions sont similaires et voisines, elles demandent des résolutions similaires. Et le raisonnement qui amène à considérer une interdiction d'un côté doit mener, en toute rigueur intellectuelle, à la même interdiction de l'autre côté.

Le principe de fond mis en avant par ces deux propositions nous semble cependant le bon : un équipement terminal ne peut pas pratiquer sans contrôle de l'utilisateur final de discrimination sur le réseau auquel il est connectable, de filtrage du type d'application ou de rétention de données personnelles.

### 3.4 Notes et détails

Section 2.2, conclusion, page 36. Il nous semble en effet évident que les mesures de qualité, si mesure il doit y avoir, ne peuvent pas être effectuées par les opérateurs eux-mêmes. Le régulateur et le régulé doivent être indépendants. Et les données servant de support à la régulation doivent être incontestables.

Section 2.4.2, paragraphe c, page 48, le concept de « durablement acceptable » nous semble profondément curieux. Ainsi des atteintes à la neutralité, qui sont considérées par nature par l'ARCEP comme illégitimes seraient acceptables temporairement, faute de capacité de réguler ou faute de volonté des opérateurs d'adopter un comportement vertueux.

Section 2.5, 3e alinéa, page 51. L'ARCEP indique que la concurrence est la première gardienne de l'équilibre de l'écosystème. D'une part c'est une affirmation qui gagnerait à être justifiée. D'autre part, c'est, on l'a déjà vu, le point de départ de tout raisonnement de l'ARCEP, de par les textes qui régissent son fonctionnement. La formulation, qui présente ce fait comme une conclusion alors que c'est une hypothèse est donc pour le moins malheureuse.