

Réponse de FDN à la consultation de la Commission Européenne sur la neutralité du Net.

Jeudi 30 septembre 2010

1 Présentation de FDN

French Data Network (FDN¹) est une association sans but lucratif (association loi 1901 de droit français), déclarée comme opérateur au sens de l'article L. 33-1 du code des postes et communications électronique auprès de l'ARCEP, plus précisément, FDN est fournisseur d'accès à Internet.

Notre association a été créée en avril 1992, ce qui en fait le plus ancien fournisseur d'accès à Internet encore en exercice en France. Notre position est donc particulière pour trois raisons :

- nous sommes un des seuls acteurs du « marché » qui ne soit pas animé par une volonté de profit, ce qui implique des modes de raisonnement et des modes de fonctionnement différents ;
- nous sommes un des acteurs les plus anciens, si ce n'est le plus ancien, dans la fourniture d'accès à Internet au grand public en France, ce qui nous donne une position à la fois de recul sur notre activité, mais également une expertise technique puisque les bénévoles qui animent l'association sont amenés à exercer tous les rôles, et donc à avoir une vision très large de l'activité, allant de l'expertise technique aux connaissances des obligations et contraintes réglementaires ;
- nous sommes un des seuls fournisseurs d'accès en France, probablement le seul, à parler au nom de nos abonnés, en effet notre association est une structure démocratique relativement classique, dont les dirigeants bénévoles sont élus par les abonnés-adhérents, à l'opposé des entreprises commerciales plus classiques où les actionnaires votent, mais pas les abonnés, ainsi c'est au nom de l'ensemble des adhérents de l'association qu'est rendue cette réponse.

Dans le paysage français de l'accès à Internet, FDN occupe donc une position bien particulière, association de citoyens, qui n'entre pas dans le jeu de la concurrence avec les acteurs commerciaux, que ce soient ceux du contenu ou les autres opérateurs.

2 Les apports d'Internet

Le document de consultation de la Commission indique « The open character of the internet has enabled end users in general to access and distribute information or run applications of their choice. » et fait de cet élément un point crucial de la spécificité d'Internet.

Ce point précis est ce qui fait la particularité d'Internet. Les autres usages du réseau (avoir un large choix de produits sur des sites de commerce, accéder à des contenus,

¹<http://www.fdn.fr> et <http://blog.fdn.fr>

communiquer entre individus) étaient déjà rendus possibles, bien que de façon plus restreinte, par des services pré-existants à Internet, soit dans l'univers physique (centres commerciaux, médiathèques, location de DVD, etc) soit dans l'univers électronique (téléphone, télécopie, Minitel, etc).

C'est cet élément là qui fait d'Internet un réseau si particulier, et qui est à la racine de la majorité des externalités positives du réseau, tant sur l'innovation et la croissance, que sur le gain démocratique qu'il représente.

Nous ne pouvons à ce titre que souligner et approuver les prises de position récentes de N. Krooes sur ces différents sujets.

3 Points de principe

La question de la neutralité du Net est, en fait, indissociable de la question plus vaste de la neutralité des intermédiaires. On peut se faire une idée du problème en faisant une analogie douteuse avec les médias classiques : la même information factuelle, présentée par deux journaux différents, donnera deux perceptions très différentes au lecteur.

Reste que l'analogie ici n'est pas la bonne : la déformation de la réalité introduite par le journaliste serait équivalente, sur Internet, à la ligne éditoriale d'un blog. Si on veut transposer dans le monde physique la déformation qui correspond à une violation de la neutralité du réseau, on doit imaginer un poste de télévision qui déformerait certains programmes, ou du papier qui modifierait les articles de presse, ou l'air qui modifierait les propos des interlocuteurs.

Il faut donc garder en tête que le fournisseur d'accès à Internet, et de manière plus générale l'ensemble des opérateurs qui sont Internet, sont des intermédiaires techniques incontournables entre le citoyen-utilisateur et la réalité du monde numérique. Une altération, même relativement minime, peut s'avérer avoir des conséquences.

Le principe de neutralité du réseau peut donc être comparé à beaucoup d'autres principes précédents, comme le secret des correspondances privées, mais en gardant à l'esprit les limites de ces comparaisons, et la réalité de ce qu'est le rôle du fournisseur d'accès.

4 La barrière de la langue

Le texte de la consultation de la Commission n'est, à notre connaissance, disponible qu'en anglais. Il s'agit d'un document technique, complexe, rédigé dans un anglais très particulier, qui est celui du droit européen.

Il y a là, à notre grand regret, une double barrière. D'abord la barrière de la langue anglaise, qui n'est pas d'usage naturel dans la majorité des pays de l'Union, ensuite la barrière du vocabulaire particulier aux textes législatifs.

Ces deux barrières demandent un effort tout particulier pour pouvoir être franchies, et réservent donc, dans les faits, cette consultation essentiellement aux services juridiques des grands acteurs en place (opérateurs réseau, fournisseurs de contenu, fournisseurs de services, etc) et excluent de fait un bon nombre d'acteurs de moindre envergure (associations, petits opérateurs, citoyens, etc). Et ce alors même que le sujet n'a pas que des impacts économiques, mais également des impacts sociaux et politiques très forts.

Nous ne pouvons que regretter ce choix de la Commission.

5 Limites de la consultation de la Commission

Bien que les 15 questions posées par la Commission balayent un large éventail de la question de la neutralité du Net, il y a dans le texte de la consultation un biais très fort, compréhensible pour des raisons institutionnelles, mais qui n'en fausse pas moins l'orientation des questions, et donc inmanquablement des réponses.

Ce biais est simple : le principal outil d'analyse proposé par la Commission est le marché, son bon fonctionnement, sa contribution ou non à des effets positifs, etc. Si effectivement le marché peut jouer un rôle, il n'est ni un pré-requis, ni une fin en soi, et représente un non sens pour bien des débats autour de la neutralité du net.

Effectivement, certaines des questions liées à la neutralité peuvent être analysées de manière pertinente par l'angle du marché. Par exemple, la question de la facilitation ou non de l'innovation, les atteintes à la neutralité du réseau pouvant avoir comme effet de créer un handicap pour les nouveaux entrants, et donc pouvant empêcher certaines innovations. Ou la question de l'entrave à la concurrence, les atteintes à la neutralité pouvant être utilisées par un opérateur pour privilégier ses services au détriment de ceux de ses concurrents.

Mais ce prisme empêche de voir d'autres éléments, pourtant aussi importants. Quand une atteinte à la neutralité du réseau a pour effet de rendre inaccessible un site web à certains abonnés, si c'est un site de commerce électronique, alors le marché est un bon outil d'analyse, mais si c'est le blog d'un citoyen, alors l'outil est stérile. Il n'y a pas de perte de chiffre d'affaire, il est ridicule de vouloir chiffrer le préjudice en euros, etc. La question se pose alors, en fait, en terme d'atteinte acceptable ou non à une liberté fondamentale, la liberté d'expression.

Mais on peut encore complexifier la lecture des questions. L'opérateur, en altérant la réalité présentée par le réseau à l'utilisateur, peut modifier en profondeur certains éléments de la vie de l'abonné. De plus en plus de couples se forment par exemple via des rencontres sur Internet (que ce soient sur des sites conçus pour, ou simplement par les hasards de la vie numérique). Quand on modifie la réalité que l'on présente à l'internaute, on modifie les hasards de la vie. Le marché n'offre aucune grille de lecture pour ça.

Notre position de principe est que l'opérateur réseau est investi d'une responsabilité considérable quand il transporte les données d'un abonné, une responsabilité morale finalement similaire à celle qu'à un médecin quand il intervient sur la santé d'un patient, même si sa nature est nettement différente. L'intermédiaire technique est entre l'utilisateur et la réalité, par nature il peut modifier et déformer la réalité qu'il présente. Il y a un impératif évident à ce qu'il ne le fasse pas.

Bien entendu, cette responsabilité se retrouve dans les analyses de marché, puisqu'en déformant la réalité, l'opérateur déforme également le marché. Mais limiter l'analyse à une question de marché, ou essentiellement à une question de marché, introduit un biais considérable dans les réponses.

Selon nous, pour un opérateur, porter atteinte à la neutralité du réseau, constitue un délit d'une nature similaire au choix délibéré d'un médecin de tromper son patient, mais bien entendu avec des conséquences et des répercussions bien différentes. Un citoyen accédant à un réseau électronique doit savoir que ce réseau présente des informations réelles, qu'un accès au même site via un autre réseau présentera la même information, par exemple. Bien entendu, une simple différence de priorisation de flux a des répercussions potentiellement importantes, en modifiant des équilibres, en rendant certains services mal accessibles, etc.

Un point essentiel est que l'opérateur touche, de facto, un très grand nombre d'abon-

nés. Dans le cas d'un fournisseur d'accès, potentiellement la totalité de ses abonnés. Dans le cas d'un opérateur de réseau (transitaire, par exemple) la totalité des abonnés dont des données ont pu transiter sur son réseau. L'atteinte représentée par le non-respect de la neutralité du réseau est d'autant plus grande qu'elle s'applique à un grand nombre d'abonnés.

6 Autres éléments de réponse

Nous avons été amenés à consulter tout ou partie des réponses produites par d'autres organismes, à des degrés plus ou moins avancés de leur rédaction. À ce titre, nous ne pouvons que reprendre à notre compte l'ensemble de la réponse faite par La Quadrature du Net, que nous n'avons pas souhaité dupliquer ici, ainsi que les éléments clefs cités par la Free Software Foundation Europe.

7 Réponses aux questions

Question 1 : Is there currently a problem of net neutrality and the openness of the internet in Europe? If so, illustrate with concrete examples. Where are the bottlenecks, if any? Is the problem such that it cannot be solved by the existing degree of competition in fixed and mobile access markets?

Plusieurs problèmes d'atteinte à la neutralité ont été rencontrés régulièrement, et le sont de plus en plus. D'autres organisations non-gouvernementales ont, dans leurs réponses à la Commission listé bon nombre de ces problèmes.

Nous souhaitons simplement évoquer plusieurs natures de problèmes, pour les analyser, et indiquer en quoi la régulation actuelle peut s'avérer inefficace. Pour nos exemples, nous nous appuyerons essentiellement sur des exemples pris sur le marché français, qui est celui que nous connaissons le mieux, mais il semble évident que ces problèmes se retrouvent sur l'ensemble du marché commun.

1.1 Les atteintes techniques

Par exemple, le choix de la majorité des fournisseurs d'accès de filtrer tout ou partie du trafic sur le port 25 de leur réseau². Le plus souvent, ce choix est effectué pour des raisons techniques, en particulier pour éviter que les ordinateurs mal sécurisés des abonnés grand public ne deviennent des sources massives de spam, et ou mails plus dangereux (virus, tentatives d'usurpation d'identité, phishing, etc).

Pendant, si l'intention technique est souvent louable, la réalisation pose problème. En effet, pour protéger une majorité d'ignorants (le grand nombre des abonnés qui ne savent pas sécuriser convenablement leur ordinateur) on pénalise la totalité de la population, donc y compris la minorité qui sait faire, qui fait usage de ce savoir, ou qui voudrait. La population pénalisée s'étend du féru d'informatique qui a appris à mettre en place un tel service jusqu'au cabinet d'avocats qui souhaite que sa correspondance soit stockée sur ses propres serveurs pour d'évidentes raisons de confidentialité, et fait pour cela appel aux services d'un professionnel.

Une limitation pour des raisons techniques, quand elle a pour but de protéger l'utilisateur par défaut, doit donc toujours pouvoir être levée par l'utilisateur, de manière simple, sans surcoût, et sans autorisation préalable. Ne pas respecter ce principe est une atteinte inacceptable à la neutralité.

On peut retrouver de nombreux exemples de telles « protections » sur le marché français, par exemple le filtrage du port 25 par Orange (que l'abonné ne peut pas désactiver) ou par Free (que l'abonné peut désactiver librement et gratuitement), le filtrage des ports 445 et 137 par Numéricable sur tout ou partie de son réseau³, etc.

²Le port 25 est celui qui est utilisé par les serveurs de messagerie pour discuter entre eux, et qui permet aux clients de messagerie d'envoyer du courrier. Le fait de bloquer le trafic en provenance ou à destination de ce port empêche les abonnés d'héberger leur propre service de messagerie, et leur impose donc de passer par les services retenus par l'opérateur.

³Ici aussi, c'est dans le but d'aider les clients à sécuriser leur connexion. Sur un accès câble, ces deux ports, s'ils ne sont pas filtrés, rendent visibles les ordinateurs du voisinage qui ne sont pas convenablement protégés. Cette visibilité crée le plus souvent un très gros risque de sécurité. Mais ce filtrage interdit, par exemple, de faire du partage de disque dur avec un autre ordinateur sur Internet.

1.2 Les atteintes commerciales

L'exemple le plus flagrant est celui des accès mobiles. On trouve là deux types d'atteintes à la neutralité du réseau.

Le premier relève purement et simplement de l'entrave à la concurrence : ne pas permettre l'utilisation de la VoIP (peu consommatrice de bande passante) alors qu'on permet l'accès à la vidéo (télévision, par exemple) ne peut être analysé que comme une entrave simple et franche à la concurrence représentée par les fournisseurs de téléphonie sur IP.

Le second type est une entrave technique : les fournisseurs d'accès mobile, en France, ont décidé de n'attribuer que des adresses IP privées aux accès mobiles, empêchant ainsi certains usages, en particulier cantonnant les utilisateurs dans un rôle de consommateurs de contenus et de services. Ce comportement représente d'ailleurs une régression : les premiers accès « data » qui permettaient uniquement d'utiliser le téléphone GSM comme modem, permettaient de se relier à n'importe quel fournisseur d'accès bas débit classique (RTC), et donc offraient une qualité d'accès en tout point comparable à celle du bas débit classique sur le réseau fixe de l'époque.

Aucune base technique ne permet de justifier ces atteintes. Ni la gestion de la saturation du réseau (on y reviendra), ni la pénurie d'adressage (la capacité d'adressage en IPv6 le permet, les normes en sont stables depuis plus de 10 ans, et les équipementiers sont tous capables de produire les équipements nécessaires si le marché existe).

1.3 Les défauts de régulation

La doctrine européenne actuelle, pourrait se résumer (en simplifiant) en disant que : si les mécontents sont nombreux, le marché libre fait qu'ils changeront de fournisseur d'accès, et donc que l'atteinte à la neutralité se résorbera par un simple jeu de concurrence.

Structurellement, cette doctrine pose plusieurs problèmes. D'abord, elle suppose qu'il existe au moins un acteur qui respecte la neutralité du réseau sur le marché, sans quoi l'abonné n'a plus de choix. Ensuite, elle suppose que l'effet néfaste de l'atteinte à la neutralité est déjà suffisamment perceptible pour que l'utilisateur final s'en rende compte, ce qui le plus souvent est faux, les atteintes à la neutralité se faisant le plus souvent soit dès l'origine, et le consommateur ne peut alors pas ressentir le manque d'un service qu'il n'a jamais connu, soit de manière très progressive par une dégradation lente d'un service pré-existant (l'exemple de la taxation des SMS au début des années 2000 vient en mémoire).

Par exemple, le choix d'attribuer des adresses IP privées aux téléphones mobiles a un effet technique sur le réseau. Il empêche certains usages techniques précis. Mais comment décrire cet impact ? En effet, l'utilisateur ne peut pas ressentir l'absence d'un service qui aurait du être créé, mais ne l'est pas. Comment mesurer, en l'occurrence, l'absence d'une innovation, voire l'absence de toute une industrie découlant de cette innovation ?

L'autre limite du modèle est évidente : si on reprend l'approche proposée globalement par FDN, est-il raisonnable de considérer que, par exemple, c'est la concurrence libre et non faussée qui fait qu'il y a peu de cas d'exercice illégal de la médecine en France ?

Le choix du mode de régulation actuelle du marché en Europe et en France fait que l'ARCEP estime qu'il n'y a plus lieu de réguler le marché de la collecte bitstream, la concurrence étant, sur ce marché assurée par au moins trois opérateurs (France Télécom Orange, Vivendi SFR Neuf, Numéricable Completel). Cependant, ces trois opérateurs, qui se trouvent être trois des acteurs majeurs du marché de la fourniture d'accès grand

public, sont en concurrence frontale avec leurs clients bitstream. Ce que les analyses du régulateur, en accord avec les pratiques communautaires, n'ont pas retenu comme un critère justifiant une régulation du marché.

On retrouve dès lors tous les mécanismes habituels aux marchés mal régulés : disparition des petits opérateurs à cause des ciseaux tarifaires constatés (FDN achète, au prix de gros, ses accès plus cher que le prix de détail grand public de son fournisseur, cas constaté entre 2005 et 2009), impossibilité de voir de nouveaux entrants sauf sur des marchés très particuliers (très forte valeur ajoutée, marchés de niche, etc).

Une régulation différente, par exemple imposant de manière stricte la non-discrimination dans l'accès aux infrastructures, avec des tarifs évitant l'éviction (sans effet de seuil à l'entrée), permettrait d'avoir beaucoup plus d'acteurs sur le marché de l'accès. Et en particulier de ne pas se limiter à une poignée de fournisseurs grand public qui créent, de fait, un oligopole.

Ce mode de régulation, qui de prime abord semble décorrélié de la question de la neutralité, fait qu'il est illusoire d'espérer régler par le marché, tel qu'il est, la question de la neutralité.

Question 2 : How might problems arise in future? Could these emerge in other parts of the internet value chain? What would the causes be?

Les sources de problèmes futurs sont déjà en grande partie identifiées par la Commission pour le volet économique : orientation vers un marché bi-face, partage de la valeur entre fournisseurs d'accès et fournisseurs de services, etc.

Plus globalement, la même structure ne manquera pas de se reproduire pour l'ensemble des intermédiaires, les opérateurs de réseaux n'étant dès lors plus que le premier exemple. Ainsi, les problèmes ont déjà commencé avec les fournisseurs de terminaux pour les accès mobiles. Le marché étant essentiellement, à échelle mondiale, aux mains d'un très petit nombre d'acteurs, les prises de position de chacun de ces acteurs ont une influence considérable, et donc contestable, sur le devenir du réseau.

L'exemple évident sur ce sujet est le filtrage effectué par Apple des applications qui peuvent légitimement s'exécuter sur les téléphones des abonnés. Si on peut peut-être trouver un équilibre acceptable en termes de marché (envisager qu'Apple soit contraint d'accepter un certain nombre d'applications pour respecter l'ouverture du marché, par exemple), la question fondamentalement posée est celle de la légitimité de l'intermédiaire pour faire un choix à la place de l'utilisateur. Et bien entendu la réponse à cette question est que l'intermédiaire n'est pas légitime.

Ce n'est donc pas, en l'occurrence, la question de marché qui prime, mais bien une question d'atteinte aux libertés. Exactement comme on retrouve la même question au cœur des débats sur la neutralité.

Question 3 : Is the regulatory framework capable of dealing with the issues identified, including in relation to monitoring/assessment and subsequent enforcement?

Les positions prises par l'Europe sur le sujet font de cette évolution une quasi certitude. En particulier, les textes européens font le pari d'un contrôle par le régulateur national, étroitement surveillé par le régulateur européen. Ce choix induit, mécaniquement, un cycle de prise de décision extrêmement lent. Donc une possibilité de sanction pour les opérateurs portant atteinte à la neutralité qui n'est presque que virtuelle.

On peut raisonnablement tabler sur un délai au mieux de 2 ans, au pire de 8 ans, pour qu'une réponse soit apportée par les instances de régulation, et ce quasi exclusivement

via une analyse de marché démontrant que l'atteinte à la neutralité perturbe l'équilibre du marché.

Si ce fonctionnement est raisonnable, par exemple, pour réguler le marché du transport ferroviaire, il ne l'est pas pour un marché à l'évolution beaucoup plus rapide, et surtout, il est particulièrement inefficace pour les atteintes aux libertés.

En effet, si on peut imaginer Skype régler ses litiges avec les opérateurs de téléphonie mobile devant les instances de régulation nationales et européennes, on ne peut pas imaginer régler une atteinte aux libertés de la même manière, ni dans les mêmes délais.

Des cas de cet ordre là se sont déjà produits, pas nécessairement par malveillance. Par exemple, l'opérateur français Free a été amené à filtrer sur son réseau tout ou partie des adresses IP du seul fournisseur d'accès Internet ADSL d'Algérie. Le motif initial, relativement louable, était de lutter contre des sites de phishing (essayant de se faire passer pour la console d'administration des clients de Free). L'effet produit était d'interdire à tout ou partie de la population algérienne d'accéder aux sites hébergés, à quelque titre que ce soit, par Free, y compris les centaines de milliers de page personnelles des abonnés de Free.

Un tel cas devrait pouvoir être traité rapidement, et efficacement, comme étant un manquement grave aux obligations du fournisseur d'accès à Internet, en l'occurrence la liberté d'expression de ses abonnés, et la liberté d'accès à l'information des abonnés algériens. Or, en l'état actuel de la régulation européenne, les seules procédures en place sont celles qui permettent à une entreprise européenne lésée de se retourner contre le fournisseur d'accès à Internet. Une procédure, y compris en référé, devant des juridictions plus classiques, pour manquement à une obligation claire et précise de l'opérateur permettrait de fournir plus rapidement une solution adéquate. Le plus probablement d'ailleurs en créant une meilleure écoute de la part des opérateurs, les incitant à respecter leurs obligations sans qu'il soit nécessairement indispensable de saisir les tribunaux.

Dans une telle situation, il est nécessaire de proposer aux citoyens européens une autorité qu'ils puissent saisir en cas de problème, et qui ait les moyens d'intervenir rapidement afin de faire cesser une atteinte à la neutralité du réseau. L'autorité la plus adaptée en droit français étant, soit la justice judiciaire, soit le régulateur. Notre préférence allant, en pareil cas, nettement à ce que le régulateur ait un rôle de conciliation, et la justice un rôle de sanction, y compris selon des procédures d'urgence.

Question 4 : To what extent is traffic management necessary from an operators' point of view? How is it carried out in practice? What technologies are used to carry out such traffic management?

4.1 Notion de congestion

L'argument le plus souvent avancé pour qu'il soit permis aux opérateurs de faire de la gestion de trafic est celui de la congestion. Il faut, pour l'explicitier, revenir sur la notion de congestion.

On peut distinguer, en simplifiant à peine, deux types de congestion. Celles qui relèvent d'une panne ou d'un incident d'exploitation (défaillance d'un équipement, rupture d'un lien physique, saturation ponctuelle imprévisible, etc), et celles qui relèvent d'un défaut structurel (sous-dimensionnement d'un équipement ou d'un lien, saturation régulière toujours dans les mêmes conditions ou aux mêmes endroits, etc). Les unes sont des congestions accidentelles, les autres des congestions structurelles.

Le seul traitement raisonnable d'une congestion structurelle est le ré-investissement pour re-dimensionner le réseau. Le fait de laisser perdurer une congestion structurelle,

sans ré-investissement pour désaturer, doit d'ailleurs être lu comme un manquement aux obligations de qualité de service vis-à-vis des abonnés.

Dans le cas d'une congestion ponctuelle, relevant d'un incident d'exploitation, il peut être nécessaire de désaturer un lien pour rétablir un fonctionnement minimal dégradé. Les techniques utilisées par les opérateurs en pareils cas sont le plus souvent brutales, et d'ailleurs assez peu efficaces si la saturation est massive. Le filtrage se fait alors, le plus souvent, sur des bases techniques très simples, et sont décidées « à chaud » par le technicien en train de traiter l'incident. On retrouve alors du filtrage en grande masse soit vers des destinations réputées gourmandes (supprimer tout trafic vers YouTube, par exemple), soit selon des protocoles réputés non-urgents (typiquement FTP ou peer-to-peer), soit en priorisant le trafic réputé interactif qui rend l'utilisation impossible si un minimum de qualité n'est pas assuré (typiquement prioriser la VoIP, la messagerie instantanée, les connexions distantes type SSH, etc).

4.2 Le critère discriminant : l'offre commerciale

La distinction entre les deux types de congestion n'est pas toujours évidente.

Les opérations de filtrage suite à une congestion accidentelle, exclusivement curatives, sont décidées sur des critères techniques généralement adaptés à la situation, et non en application d'une politique commerciale ou économique.

C'est d'ailleurs, dans le doute, un moyen simple de distinguer entre les deux types de congestions. Si un opérateur propose une offre commerciale à ses abonnés pour rendre plus prioritaire leur trafic, c'est signe que la congestion est prévisible, prévue, régulière, voire fréquente. Tellement régulière qu'elle induit une dégradation sensible du service, à un point tel que des abonnés puissent accepter l'offre. Et que donc elle relève de la congestion structurelle qui devrait être traitée par l'investissement.

L'existence d'une offre commerciale de priorisation pour les abonnés est donc un indice très fort d'un défaut d'investissement, et d'un manquement grave aux obligations de rendre le service vendu.

4.3 Les priorisations hors congestion

La priorisation d'un trafic, en dehors de toute congestion, par exemple dans le cadre d'un accord commercial (tel opérateur priorisant sur son réseau le trafic de tel fournisseur de services avec qui il a un accord commercial), ne peut en aucun cas être considérée comme *nécessaire* à l'activité de l'opérateur, même si elle peut s'avérer être rentable, voire faire partie intégrante de son modèle économique.

Un argument est régulièrement avancé sur ce type de sujets : la télé-médecine. Basiquement, soit on parle de consulter son médecin traitant dans un cadre relativement courant, et alors rien ne vient justifier un niveau de priorité particulier. Soit on parle de médecine lourde, par exemple de chirurgie effectuée à distance. Et alors, n'importe quel spécialiste du réseau relèvera qu'Internet n'est pas le bon outil pour ce type de connexions, et que des réseaux spécialisés doivent être utilisés. Vouloir intégrer ce type de service dans les fondamentaux du réseau relève principalement de l'escroquerie intellectuelle : soit on a recours à un réseau isolé, dédié à ce type d'usage, et dont la fiabilité est assurée, soit on crée ce réseau dédié de manière virtuelle, au dessus d'Internet, par des mécanismes spécifiques (routages à sources multiples, multiplicité des trajets, etc) exactement comme on fabrique un réseau fiable à partir d'éléments faillibles. La priorisation d'un tel trafic devient alors parfaitement inutile, c'est la structure qui créera les conditions de stabilité requises.

Selon nous, les pratiques de priorisation hors congestion doivent être considérées comme une atteinte très grave à l'obligation de neutralité de l'intermédiaire technique qu'est l'opérateur. Y compris dans certains cas pour la priorisation des services gérés.

4.4 Les priorisations liées à la régulation

La Commission indique dans son document que « In future, traffic may also be managed to ensure that legal obligations are met in some Member States, particularly for example with regard to illegal content ». Une telle position de principe pose des problèmes fondamentaux.

De manière générale, il est rare qu'un contenu soit illégal par lui-même. Le plus souvent, c'est l'usage qui est illégal. Y compris pour des cas qui pourtant semblent simples. Une image de pornographie enfantine, parfaitement illégale dans l'ensemble des pays d'Europe, peut cependant circuler librement dans certains cas dérogatoires (enquêtes de police, par exemple). De plus, il existe toujours des cas limites entre ce qui est évidemment légal et ce qui est évidemment illégal, et ces cas ne peuvent être tranchés que par une justice régulière, et non par un intermédiaire technique. Donner aux opérateurs le pouvoir de filtrer un contenu « évidemment illégal », c'est leur accorder le pouvoir de juger des cas limites.

C'est parce que même les cas les plus évidents ne sont jamais des absolus qu'il est techniquement très dangereux de donner à un intermédiaire technique, ici l'opérateur réseau, la capacité de juger de la légalité du contenu. Or, vouloir imposer à des intermédiaires techniques de filtrer les contenus illégaux, c'est exiger d'eux qu'ils soient juges de la légalité du contenu. Ainsi, la même séquence numérique, qui considérée comme un fragment d'image est un fragment d'un contenu illégal, peut, étant considérée d'une autre manière par un système informatique s'avérer être parfaitement légale, par exemple le fragment d'un fichier compressé dans un échange chiffré.

En dehors même des autres doutes qui restent sur de telles approches, par exemple sur la notion de proportionnalité, ou sur l'efficacité de telles mesures, elles sont par nature attentatoire aux libertés, en confiant, voire en imposant, aux opérateurs un rôle qui doit être celui de la justice.

Question 5 : To what extent will net neutrality concerns be allayed by the provision of transparent information to end users, which distinguishes between managed services on the one hand and services offering access to the public internet on a 'best efforts' basis, on the other?

Il est souvent avancé, dans les débats actuels sur la neutralité du réseau, que l'enjeu de neutralité porte essentiellement sur la partie publique du réseau (Internet) et qu'il est totalement absent des services numériques fournis directement par les opérateurs en dehors de ce réseau public, dits « services gérés ».

Il y a bien une différenciation, si on se tient au rôle des fournisseurs d'accès à Internet. En effet, quand une entreprise fournit un accès à Internet et un accès à la télévision, la grille d'analyse des deux services n'est pas la même. Cependant, si on analyse la question sous l'angle de l'intermédiaire technique, la réponse peut s'avérer sensiblement différente.

Ainsi, dans le cas d'un opérateur fournissant un accès à Internet et un accès à la télévision, sur un même support physique, le fait de prioriser entre ces deux services sur le lien physique de raccordement de l'abonné n'a pas à être considéré comme une atteinte à la neutralité du réseau. Un critère simple permet de s'en convaincre : l'abonné a le contrôle de cette priorisation. Qu'il éteigne sa télévision, et la priorisation cesse. On

délimite donc deux critères simples : le fait que cette priorisation n'ait d'impact que sur un seul abonné, et non sur l'ensemble du réseau ; et le fait que l'abonné en question a le contrôle sur cette priorisation et peut s'en affranchir.

Cependant, sitôt que l'on s'éloigne de ces deux critères stricts, des atteintes apparaissent. Par exemple la priorisation sur le réseau de transport national. Elle peut avoir pour effet que le trafic TV d'un abonné soit prioritaire par rapport à un service vidéo sur Internet pour un autre abonné. Il y a là une distorsion de concurrence entre le fournisseur du service TV et le fournisseur de services vidéo sur Internet, qui peut être analysé comme un abus de position dominante de la part de l'opérateur.

Bien entendu, il reste la question habituelle de libre concurrence et de possibilité d'accès au marché sur le service géré. Par exemple en tant qu'intermédiaire technique entre le fournisseur de contenu audiovisuel (une chaîne de télévision) et l'abonné. Si l'opérateur refuse l'accès à son réseau aux autres fournisseurs de contenus audiovisuels dans des conditions techniques et financières raisonnables, il introduit là aussi une distorsion de concurrence.

Cette différence d'analyse entre réseau public et service géré ne peut donc être acceptable que si elle porte sur les règles de partage du lien physique de raccordement de l'abonné, et uniquement sur ce lien, et sous réserve des autres règles relatives à la concurrence ou à la liberté d'accès à l'information pour l'abonné par exemple.

La transparence des informations fournies par le prestataire technique à ses clients, si elle est indispensable, ne doit en aucune manière autoriser des entorses fortes au principe rigoureux de la transparence de l'intermédiaire technique.

S'il faut une transparence, ce n'est pas tellement celle qui amène l'opérateur à indiquer au client qu'il priorise tel ou tel trafic sur son réseau, mais celle qui fait que l'opérateur n'empêche pas le client d'accéder aux services de son choix, celle qui rend l'intermédiaire transparent entre le client et le contenu.

Question 6 : Should the principles governing traffic management be the same for fixed and mobile networks?

Oui.

Il n'y a en effet aucune raison valable pouvant justifier un traitement différent des accès mobiles par rapport aux accès fixes, du point de vue de la neutralité du réseau en particulier, et du point de vue de la transparence des intermédiaires techniques en général.

L'argument le plus souvent avancé par les opérateurs mobiles pour essayer d'obtenir un traitement différent est que sur les accès mobiles, la bande passante serait une ressource rare, coûteuse, et partagée. C'est-à-dire que, sur le fixe⁴, la ligne qui relie l'abonné au réseau lui est dédiée, le réseau étant partagé, alors que sur le mobile, la liaison hertzienne qui relie l'abonné au réseau est partagée avec l'ensemble des abonnés du secteur couvert par la même antenne. C'est effectivement un argument valable pour avoir un traitement économique différent : si cette ressource critique est effectivement rare, et est effectivement coûteuse à accroître, il est alors légitime qu'elle soit facturée aux clients qui la consomment. Mais cette facturation ne peut en aucun cas être liée à l'usage, mais uniquement à la consommation.

⁴Dans la pratique, on retrouve la même mutualisation dans les accès par câble et dans le mobile, que ce soit en GSM, en UMTS, voire en Wifi ou en WiMax ; dans tous ces cas, il y a mutualisation d'une bande de fréquence radio sur un support analogique. Alors que la séparation physique des supports dans la majorité des accès fixes, à savoir les lignes de cuivre et les fibres optiques, suppriment cette mise en commun qui crée de la rareté.

Ainsi, il est souvent allégué qu'il est techniquement inefficace d'utiliser la partie « data » des réseaux mobiles, alors que la partie « voix » de ces réseaux ferait une meilleure utilisation des infrastructures. Si tel est le cas, on doit retrouver cette efficacité en termes économiques, et l'appel téléphonique classique doit être facturé moins cher que l'appel passé via un service de VoIP. Mais il doit être loisible à l'abonné d'utiliser le service de VoIP, quitte à le payer plus cher, si tel est son choix. Le filtrage des protocoles habituels de VoIP ne peut être analysé que comme une entrave à la concurrence représentée par les autres fournisseurs de services téléphoniques.

En effet, quel que soit le type d'usage (service ou protocole utilisé, contenu échangé), le seul paramètre qui a son importance pour l'opérateur dans le dimensionnement de son réseau est le volume de données échangées. Par conséquent, c'est uniquement sur le volume consommé que d'éventuelles mesures peuvent être prises. Et le traitement habituellement efficace, sur un marché ouvert, de la rareté d'une ressource, est le traitement économique.

Il est donc potentiellement légitime de voir apparaître une facturation au volume de données échangées, mais cette facturation ne peut pas légitimement tenir compte de la nature des données, de l'usage qui en est fait, ni de leur destinataire. Ainsi, la différence de tarification entre un méga-octet de trafic télévisuel et un méga-octet de trafic mail n'est pas justifiable par la rareté de la ressource partagée qu'est le lien hertzien.

Ce critère là ne saurait donc, en aucune manière, justifier une différence de traitement entre réseaux mobiles et réseaux fixes vis-à-vis des obligations des intermédiaires techniques.

Question 7 : What other forms of prioritisation are taking place? Do content and application providers also try to prioritise their services? If so, how - and how does this prioritisation affect other players in the value chain?

La question de la priorisation ne peut être valablement analysée, selon nous, que dans le contexte particulier d'un intermédiaire technique. Une analogie simple est de faire une comparaison avec l'intermédiaire qu'est le commerçant dans le monde physique. Il peut choisir de mettre en avant certains produits, et opère ainsi une distorsion du marché. Cette distorsion reste généralement acceptable tant qu'elle est faible, soit parce que l'intermédiaire n'opère pas une modification radicale, soit parce qu'il n'est pas en position suffisamment dominante pour que cette distorsion ait un impact majeur.

Les applications et services ne peuvent être analysés qu'en fonction de cet élément-là. Quand ils sont des intermédiaires techniques ou commerciaux, ils peuvent opérer une priorisation dont l'impact sera d'autant plus grand que leur position sera dominante.

Ainsi, par exemple, dans le domaine de la vente de musique en ligne, iTunes occupe une position clairement dominante. Son choix de mettre en avant, ou au contraire de mettre sous le boisseau, un élément particulier de son catalogue a immédiatement un effet sur le marché mondial, rendant le contenu plus ou moins visible pour le consommateur, et donc changeant totalement les conditions de marché. La question n'est pas véritablement nouvelle, on la retrouve dans tout cas où un intermédiaire commercial devient dominant ou dans tous les marchés qui ne sont pas suffisamment ouverts : on retrouve des phénomènes parfaitement identiques sur des marchés très différents, par exemple quand il n'existe que quelques grossistes à échelle mondiale.

On pourra, au même titre, citer le cas des moteurs de recherche, ou des réseaux sociaux. Ces marchés sont tellement déformés par l'absence de concurrence que le simple fait de dire « moteur de recherche » est immédiatement compris comme « Google » ou le simple fait de dire « réseaux sociaux » est traduit par « Facebook ». Ce simple fait, combiné avec leur rôle d'intermédiaire technique dans la relation entre les abonnés entre

eux (dans le cas de Facebook) ou entre les abonnés et les sites web (que ce soient des services issus de l'économie marchande, ou des sites tenus par d'autres abonnés) dans le cas de Google, crée une question qui est de la même nature que celle de la neutralité du réseau, même si les techniques utilisées sont très différentes.

De la même manière, le terminal mobile utilisé par l'abonné est un intermédiaire technique entre lui et le réseau, donc entre lui et le contenu. On ne peut pas se poser la question de la neutralité du réseau si le terminal lui-même déforme suffisamment le réseau pour faire disparaître certaines applications. En l'occurrence, la politique d'Apple dans ce domaine en matière de choix des applications disponibles pour les abonnés est exemplaire : les contraintes imposées par Apple vont jusqu'à vouloir imposer la vision qu'a cette entreprise des bonnes mœurs. Et pourquoi pas imposer d'avoir la même pratique religieuse que le fondateur ?

Par ailleurs, ces éléments, tous rattachables à l'angle d'analyse des intermédiaires techniques, deviennent d'autant plus forts lorsqu'on rencontre, en plus d'une éventuelle position dominante, une tentative de regrouper les marchés, ou de les lier entre eux. Par exemple, en tentant de regrouper le marché du contenu et le marché de l'accès (Orange et Deezer par exemple, sur le marché français) ou entre le contenu et le terminal (Apple), ou entre le terminal et le réseau (en imposant le choix des « box » chez la majorité des opérateurs français), etc.

Tous ces éléments sont, dans leur nature, proches de la question de la neutralité du réseau, et soulèvent les mêmes questions fondamentales sur la liberté pour le citoyen d'accéder et de proposer les produits, contenus, services et applications de son choix.

Ici aussi, l'analyse basée sur deux critères simples (transparence de l'intermédiaire technique, contrôle de l'utilisateur final) permet de saisir les éléments clefs. Et la garantie de ces deux éléments suffit à se prémunir d'une grande partie des problèmes.

Question 8 : In the case of managed services, should the same quality of service conditions and parameters be available to all content/application/online service providers which are in the same situation? May exclusive agreements between network operators and content/application/online service providers create problems for achieving that objective?

8.1 Le sens de la question...

L'objectif évoqué par la question ne nous apparaît pas clairement. Est-ce l'obtention d'une qualité de service minimum ? Le fait que cette qualité de service soit la même sur les services gérés et en dehors de ces services ? Le fait que l'ensemble respecte des principes de neutralité et de non-discrimination ? On fait ici l'hypothèse que la qualité de service s'entend au sens du droit de la consommation, à savoir le fait que le produit vendu est supposé être en état de marche convenable le plus souvent, n'être pas dangereux, etc. Et bien entendu pas au sens « technique réseau » du terme, qui dans le jargon informatique peut regrouper de nombreuses techniques, très variées, et ayant des finalités très diverses.

Plusieurs remarques de fond nous semblent cependant devoir être faites au sujet des services gérés, en lien avec la neutralité.

8.2 Pas de cas particulier pour les services gérés

La première remarque a déjà été faite : le simple fait que l'on soit face à un service géré ne supprime pas les questions sur la neutralité de l'intermédiaire technique, ni même sur le réseau support de ces services.

8.3 Niveau de qualité perçue par l'abonné

La seconde remarque porte sur une évidence : le niveau de qualité perçue minimale pour un abonné semble devoir être le même, que ce soit sur un service géré sur un réseau privé ou sur un réseau public. Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, il n'est pas acceptable que le service ne soit convenablement fonctionnel que quelques heures par jour.

8.4 La question de l'exclusivité

Le troisième remarque porte sur l'exclusivité. Le fournisseur d'accès est structurellement dans une position très particulière, représentant un point de passage quasi-obligé pour son abonné. Il est donc en quelque sorte en position de monopole local sur son client. Si le fournisseur d'accès passe un marché exclusif avec un fournisseur de contenu, donc, interdisant d'autres fournisseurs d'autres contenus, il impose cette exclusivité sur le marché captif que représentent ses abonnés. Si c'est bien entendu une atteinte très grave à la libre concurrence dans le cadre du réseau ouvert, cela semble tout aussi indéfendable dans le cas des services gérés. Imaginerait-on par exemple un opérateur de téléphonie qui ne permette que les appels vers ceux des opérateurs qu'il a choisi.

La création d'une exclusivité en terme d'accès aux contenus par les utilisateurs, ou en terme d'accès aux clients pour le fournisseur de contenu, représente donc une atteinte qui n'est pas acceptable tant pour la liberté des clients que pour la libre concurrence des fournisseurs. Que cette exclusivité se trouve sur un service géré ne change rien aux fondamentaux de l'analyse.

Si on peut imaginer, par exemple, un accord d'exclusivité sur la diffusion d'un contenu avec un diffuseur, cette exclusivité ne doit pas se traduire par une fragmentation du marché, et il est indispensable que l'ensemble des abonnés puissent accéder, s'ils le souhaitent, à ce contenu, sans devoir pour autant déménager ou changer de fournisseur d'accès à Internet. De tels accords ne sont donc possibles, selon nous, que sur des plateformes qui sont librement accessibles à l'ensemble des abonnés de l'ensemble des opérateurs, et qui sont donc en dehors des services gérés, mais bien sur la partie « Internet » des offres jointes, ou de manière plus générale sur les réseaux ouverts au public.

Question 9 : If the objective referred to in Question 8 is retained, are additional measures needed to achieve it? If so, should such measures have a voluntary nature (such as, for example, an industry code of conduct) or a regulatory one?

Dans la mesure où les objectifs de la question 8 ne sont pas clairs pour nous, il nous est très délicat de répondre sur cette question.

Si des objectifs de qualité de service⁵ sont imposés, il ne nous semble pas critique qu'ils le soient par la régulation plutôt que par des accords interprofessionnels.

Par contre, il nous semble indispensable, si on parle de l'objectif de neutralité des intermédiaires techniques qu'il soit issu d'une contrainte légale. Et pour être plus précis, d'une obligation pénale, puisque cet objectif ressort d'une protection des libertés fondamentales.

Question 10 : Are the commercial arrangements that currently govern the provision of access to the internet adequate, in order to ensure that the internet remains open and that infrastructure investment is maintained? If not, how should they change?

⁵S'entendant, ici aussi, au sens du droit de la consommation.

Les méthodes d'interconnexion utilisées pour construire à l'heure actuelle Internet donnent des résultats plutôt satisfaisants, à quelques réserves près.

La première limite régulièrement constatée est que le régulateur n'a pas encore jugé bon d'utiliser l'obligation d'interconnexion (dans des conditions raisonnables, etc) entre opérateurs de réseaux IP. Cette obligation, historiquement prévue pour les opérateurs de réseaux téléphoniques semble être tout autant adaptée au réseau Internet. Et pourtant il n'existe pas de transposition de cette obligation d'interconnexion réciproque, ni d'obligation de mettre des exigences raisonnables dans les conditions d'interconnexion. On peut donc se retrouver, sous certaines conditions de marché, avec des accords d'interconnexion qui créent une structure particulièrement inefficace.

C'est par exemple le cas lorsqu'un fournisseur d'accès se retrouve en position de force sur un marché donné, et tout particulièrement pour les situations de quasi-monopole. Ainsi, un opérateur qui tient une part significative du marché peut imposer des conditions déraisonnables d'interconnexion. Ce qui se traduit soit par un surcoût injustifié pour les autres opérateurs qui souhaitent assurer la continuité du réseau, soit par le fait que les données transitent par d'autres biais, par exemple par des opérateurs étrangers, voire par d'autres continents. Il arrive ainsi de manière régulière que le trafic entre un petit opérateur refusant ces conditions déraisonnables et un gros opérateur se trouve devoir transiter par les États-Unis.

C'est par exemple également le cas lorsqu'un opérateur soulève certaines difficultés qu'il crée lui-même par les conditions qu'il impose pour ses interconnexions. Ainsi, un opérateur qui indique que les interconnexions centrales sur de gros volumes créent une difficulté technique, et qu'à ce titre il souhaite une compensation financière, ne peut pas, par ailleurs, indiquer que les interconnexions ne sont possible qu'au dessus d'un volume donné. En effet, cette condition de volume minimal pour pouvoir établir l'interconnexion incite à la concentration des points de connexion, et tend donc à créer la situation qu'il dénonçait en premier lieu.

Il peut donc, sous certaines conditions précises, arriver que le régulateur ait un rôle à jouer en appelant à la raison les opérateurs ayant un rôle significatif sur le marché de l'accès, et doive les inciter à des pratiques raisonnables, et à la cohérence dans leurs choix. Il nous semble qu'une telle intervention n'est possible que si la menace d'une sanction existe, même s'il semble peu probable de devoir jamais en arriver à une sanction sur un tel sujet.

Selon nous, le fait d'étendre l'obligation d'interconnexion, telle qu'elle existe, du réseau téléphonique vers le réseau Internet, et de donner au régulateur un rôle d'arbitre sur le sujet, suffirait à régler la majorité des problèmes qui persistent et n'aurait aucune incidence néfaste sur le marché par ailleurs.

Question 11 : What instances could trigger intervention by national regulatory authorities in setting minimum quality of service requirements on an undertaking or undertakings providing public communications services?

Il y a selon nous une erreur d'analyse sous-jacente à la formulation de l'interrogation, qui mène à une inversion de la question à poser.

En effet, les dossiers les plus complexes, et demandant des analyses très particulières, par exemple un dossier qui opposerait un fournisseur de services VoIP à un fournisseur d'accès mobile, doivent être traités par le régulateur national, qui peut alors être saisi par n'importe quel interlocuteur, soit l'opérateur, soit le fournisseur de service, soit même l'abonné qui s'estime lésé. Il nous semble même que sur ces dossiers, le régulateur doit pouvoir intervenir sans saisine, de son propre chef, quand il constate un dysfonctionnement. Ces dossiers sont effet souvent très complexes, et il semble raisonnable de

considérer que le régulateur est à même de juger de l'opportunité de commencer une enquête.

Mais, là où l'erreur d'analyse nous apparaît, c'est sur le traitement qui doit être fait des atteintes à la neutralité qui ne relèvent pas de la simple analyse de marché, mais aussi de la protection des droits des abonnés. En effet, si l'autorité de régulation nationale peut en pareil cas jouer un rôle de conciliateur, le dossier doit fondamentalement être traité par l'autorité judiciaire. Il faut donc, pour le traitement de ce type de problème avoir des procédures adaptées, qui permettent des traitements rapides, par exemple en référé devant la justice, ou des traitements de fond, qui permettent au conciliateur de transmettre un dossier à la justice quand son analyse est terminée et le justifie.

La question alors n'est pas tant de savoir qui peut saisir le régulateur national, que de savoir à qui le régulateur peut transmettre le dossier quand il ne relève pas exclusivement de sa compétence.

Par ailleurs, puisqu'il n'existe pas dans l'ensemble des états membres de procédure d'action collective, il semble indispensable que le régulateur puisse se saisir de lui-même des dossiers qu'il estime porter atteinte aux intérêts des abonnés, y compris quand ces intérêts ne sont pas des intérêts commerciaux. Le régulateur est en effet, en général, l'organisme le plus compétent pour mener l'analyse technique du dossier avant de le transmettre éventuellement à une autre autorité (concurrence, répression des fraudes, justice pénale, etc).

Nous arriverions donc à un équilibre où

- le régulateur peut être saisi par les acteurs économiques ou les particuliers s'estimant lésés, ou se saisir, des dossiers touchant à l'équilibre économique, ou à l'impact sur les libertés des obligations des opérateurs ;
- dans les questions relatives aux libertés, il ne peut jouer qu'un rôle de conciliateur, et a la faculté de transmettre le dossier à une instance qui en jugera au fond ;
- la saisine du régulateur n'étant pas exclusive, a priori, d'une procédure judiciaire par exemple en référé.

Question 12 : How should quality of service requirements be determined, and how could they be monitored?

Les évolutions techniques, et les changements sur les différents marchés, sont trop rapides pour permettre une régulation par la voie de directives européennes, de législations nationales, puis de transpositions réglementaires.

Il est souhaitable, pour établir des niveaux de qualité de service imposés, qu'ils soient établis par le régulateur national, en fonction des contraintes qu'on peut raisonnablement imposer aux différents types d'opérateurs. Puis que le régulateur européen puisse intervenir en cherchant une convergence raisonnable entre les régulateurs nationaux. Puis que les éléments communs, qui sont d'ores et déjà en application dans la régulation, puissent être transposés en obligations légales au final.

Il faut tout particulièrement veiller, dans les contraintes qui sont imposées, à ce qu'il soit tenu compte finement de la variété des opérateurs. Ainsi, certains éléments semblent évidents, comme le fait qu'un délai maximal de raccordement de quelques heures est raisonnable pour un opérateur mobile (aucune infrastructure spécifique à déployer pour le nouveau client), alors qu'un délai aussi court pour un raccordement fixe serait ridicule dans le cas général. Mais d'autres distorsions peuvent apparaître, par exemple entre les opérateurs d'envergures différentes, ou ayant des modes de fonctionnement différents.

Le cas de FDN est sur ce sujet très particulier. FDN est un opérateur dont le sérieux et la qualité de service ne peuvent pas véritablement être remis en cause : une association qui fonctionne sur du bénévolat ne peut pas survivre 18 ans si tous les adhérents sont

mécontents. Cependant si une grille de lecture appliquée à un opérateur de grande envergure lui était appliquée, elle donnerait probablement une lecture très négative. Par exemple, le fait que les abonnés ne disposent pas de numéro de téléphone pour joindre leur fournisseur d'accès à toute heure du jour ou de la nuit, pourrait être formellement analysé comme un point négatif en termes de qualité de service. C'est effectivement le cas en général. Mais pour un opérateur associatif, où chaque abonné est de fait une partie de l'opérateur lui-même, la question doit être analysée différemment.

Question 13 : In the case where NRAs find it necessary to intervene to impose minimum quality of service requirements, what form should they take, and to what extent should there be co-operation between NRAs to arrive at a common approach?

Les choix du régulateur national sont, nécessairement, adaptés à l'état du marché dans le pays. Or il semble très souhaitable d'établir une convergence européenne sur ces éléments, par un alignement sur le mieux disant, et non sur le minimum commun.

Il nous semble donc que cet objectif de qualité de service doit être effectivement repris par le régulateur européen, avec comme objectif une convergence européenne, mais sans pour autant imposer une uniformisation systématique dès le départ.

Question 14 : What should transparency for consumers consist of? Should the standards currently applied be further improved?

La transparence, dans ce domaine peut s'entendre de deux façons.

La première est celle retenue par le paquet télécom, et indique que l'abonné doit savoir à quoi il s'abonne, dans quelles conditions, et dans quelles limites. Elle relève principalement de la protection classique des consommateurs et du droit des contrats. Basiquement, elle revient à dire qu'on ne peut pas vendre sous le nom « accès à Internet » quelque chose qui ne soit pas un accès à Internet. Cette notion est globalement bien couverte par la régulation telle qu'elle ressort du paquet télécom.

La deuxième est presque entièrement ignorée par la régulation actuelle, et revêt pourtant selon nous une importance capitale. C'est la transparence de l'intermédiaire dans son intermédiation. Elle existe, au moins en droit français, au moins partiellement, dans l'interdiction qui est faite aux opérateurs de modifier les contenus qu'ils transportent. Mais les différentes analyses sur la question de la neutralité du réseau montrent que d'autres éléments jouent aussi sur cette transparence. Ainsi, la priorisation d'un trafic, et donc la moindre priorisation de tous les autres, peut se traduire par une vision déformée de la réalité des services pour l'utilisateur impacté.

Cette seconde notion est presque totalement absente, hormis quelques considérations générales et de peu de portée pratique. Pour nous, elle doit essentiellement relever du droit pénal et civil, comme toute entrave aux libertés, ou comme toute atteinte injustifiée à la vie privée.

Question 15 : Besides the traffic management issues discussed above, are there any other concerns affecting freedom of expression, media pluralism and cultural diversity on the internet? If so, what further measures would be needed to safeguard those values?

Cette question étant particulièrement vaste, nous l'avons abordée dans l'ensemble de notre réponse. Nous nous contenterons donc ici d'en résumer les points clefs :

- nous pensons que les intermédiaires techniques ont des obligations de transparence, qui doivent être imposées, et qui se traduisent dans le cas des opérateurs réseau par la neutralité, ou dans le cas des fournisseurs de terminaux par l’interopérabilité et la publication des normes et protocoles ;
- nous pensons que le fait de cacher une atteinte à la liberté d’accès à l’information derrière un service géré ne suffit pas à se dédouaner des obligations de neutralité pour un opérateur, et en particulier ne correspond pas à l’obligation de transparence de l’intermédiaire ;
- nous pensons que le fait d’imposer au réseau, ou de lui laisser la capacité, de juger de la légalité d’un contenu est une erreur grave en droit, qu’elle laisse ainsi un outil puissant aux mains d’acteurs privés sans assortir ce pouvoir de la responsabilité qui va avec, et qui dans un état de droit ne doit être que du ressort d’une justice indépendante et impartiale ;
- nous pensons qu’à ce titre la simple locution « neutre pour les contenus légaux » revient à admettre une forme de privatisation partielle de la justice qui n’est pas acceptable.