

CONTRIBUTION DE FDN EN RÉPONSE AU PRÉ-RAPPORT DE LA MISSION D'INFORMATION SUR LA NEUTRALITÉ DE L'INTERNET ET DES RÉSEAUX

BENJAMIN BAYART — FDN

FDN souhaite, en préambule, saluer la très bonne qualité du travail fourni par la mission d'information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux. Parce que notre contribution va essentiellement porter sur les éléments négatifs, ou incomplets, elle pourra sembler en désaccord. Ce n'est pas le cas. L'essentiel du document nous semble positif.

1. REMARQUES GÉNÉRALES

1.1. **Filtrage d'origine légale.** Le rapport propose une approche intéressante, mais néglige deux points, pourtant fondamentaux : l'efficacité et la proportionnalité des mesures de filtrage. Ce sont des critères qui doivent être pris en compte au sens premier.

Le filtrage est une mesure grave, c'est une atteinte à une liberté fondamentale. Le rapport est d'ailleurs assez clair sur ce sujet, en soulignant l'importance de l'existence d'une décision de justice dans ce contexte. Or une telle atteinte n'est acceptable que si elle est proportionnée et efficace.

1.1.1. *Le critère d'efficacité.* On ne parle pas ici du fait que la technique de filtrage parvienne effectivement à bloquer les accès ou pas. On parle ici du fait que le filtrage de l'accès soit efficace dans le but poursuivi. Le filtrage n'est normalement pas le but poursuivi, mais le moyen.

Efficace, en ce sens que l'objectif premier soit atteint. Le cas de l'étude d'impact de l'article 4 de LOPPSI 2 est en cela un modèle d'école de ce qu'il ne faut pas faire. Il ne parle que de l'efficacité du blocage pour bloquer, et pas de mesurer son impact sur le phénomène criminel visé. Le cas de la mise en place de l'ARJEL est également significatif : aucune étude ne vient corroborer un possible lien entre des décisions de filtrage et le développement des sites de jeux en ligne hors la loi, et le délit qu'on souhaite combattre (au choix, les moindres rentrées fiscales, ou l'addiction au jeu). Tout comme le travail sur les lois HADOPI ne montre pas de lien entre les filtrages envisagés et une hausse de la rémunération des artistes.

1.1.2. *Le critère de proportionnalité.* La question de la proportionnalité est également cruciale. La question est de savoir si une mesure générale (LOPPSI, ARJEL, etc), attentatoire aux libertés, ainsi que les risques de débordement qu'elle comporte, est proportionnée à la délinquance poursuivie.

L'exemple récent aux USA est éclairant sur la proportionnalité¹. Dans une décision, certes de justice, mais expéditive (assimilable aux ordonnances pénales ou au référé en France), 84.000 sites sont bloqués, à cause d'une incompréhension technique. Le domaine visé par le jugement servait de racine à 84.000 sous-domaines, alors qu'un seul de ces sous-domaines posait problème. Une procédure contradictoire normale aurait permis d'éviter l'erreur. Au final, blocage pour 84.000 sites innocents, avec affichage d'une bannière policière indiquant que le site est fermé pour des délits très graves. Et une fois la bourde découverte, plus de 3 jours pour rétablir un service normal.

Cet exemple illustre selon nous un double besoin. D'abord, le besoin impératif d'une décision de justice *contradictoire*. Ensuite le besoin de proportionnalité, la saisie sans procédure contradictoire d'un nom de domaine sans pouvoir en analyser les conséquences techniques étant une décision manifestement hors de proportion.

Date: 17 février 2011.

¹Article sur [TorrentFreak](#), largement repris par la presse en ligne internationale, dont Numérama en France.

Les deux notions, proportionnalité et efficacité, sont d'importance ; et doivent être lues avec rigueur. Elles constituent certes des bases de droit, d'ordre général, déjà en vigueur, mais qui ne sont cependant pas respectées par les mesures actuelles.

1.2. Priorisation d'origine privée. Un point clef d'analyse est oublié par le rapport. Un indice fort pour détecter une priorisation illégitime (sur la légitimité de certaines, le rapport est raisonnablement clair) est le fait qu'il devienne la base d'une offre commerciale. Si la priorisation est source de commerce, alors la saturation du réseau sera source de demande pour cette offre, donc source de profits. Elle constitue donc un incitatif puissant à ne pas investir dans les infrastructures.

1.2.1. Prioriser le trafic des abonnés premium. Une lecture douce d'un tel principe indique, par exemple, que l'offre de Vodafone en Espagne de prioriser le trafic mobile de certains abonnés en cas de congestion n'est pas acceptable. Elle tend à rendre la congestion positive pour l'opérateur. On est ici très directement dans une priorisation illégitime.

1.2.2. Prioriser son service de vidéo ou de messagerie. Une lecture un peu moins douce est de dire qu'il n'est pas acceptable que le trafic vers une plateforme d'un opérateur soit priorisé par rapport aux plateformes de ses concurrents fournissant le même service sur l'Internet public. On peut par exemple lire de cette manière le fait qu'Orange n'ait pas de difficulté d'interconnexion avec Dailymotion (les convergences d'intérêts sont devenues flagrantes), alors que les difficultés sont récurrentes avec la plateforme concurrente Youtube. Ici, l'offre commerciale n'est pas orientée vers les abonnés finaux, mais vers les fournisseurs de service : le sous-dimensionnement des infrastructures d'un opérateur n'a pas à être mis à la charge des fournisseurs de service. Sans quoi le sous-dimensionnement chronique devient une méthode de développement économique, et est donc contre-productif en termes d'investissements dans le réseau. Cette approche crée également une distorsion de concurrence dans le cas des opérateurs intégrés.

1.2.3. Prioriser les services managés en Unicast. Une lecture dure du même principe peut se faire par exemple sur les services de téléphonie sur IP. En effet, le minimum de bande passante nécessaire pour établir une communication de voix sur IP est assez bas, largement assez pour cohabiter avec d'autres trafics sans créer de vrai risque technique. Ainsi, le fait qu'Orange rende prioritaire le trafic vers sa plateforme de VoIP, y compris sur le réseau fixe, au détriment des plateformes de ses concurrents (Skype, ou le français OVH, par exemple) n'est pas acceptable. Même déguisé sous les oripeaux d'un « service managé » qui serait en dehors de l'Internet public, c'est-à-dire sur un réseau interne utilisant un adressage privé. En effet, à ce compte là, l'ensemble des accès mobiles constitue un service managé, puisqu'aucun opérateur de réseau mobile ne fournit d'adresse publique aux téléphones mobiles (pour comparaison, ce n'est pas le cas en Suède). La question de la neutralité des réseaux ne peut donc pas faire entièrement abstraction des services gérés par les opérateurs.

Une lecture tout aussi dure du même principe peut s'appliquer aux offres de VOD des opérateurs, qui entrent en concurrence avec d'autres offres similaires sur le réseau public (ou plus exactement empêchent l'apparition ou le bon développement de ces autres offres).

1.2.4. Prioriser les services managés en Multicast. Enfin, il reste le cas de la télévision, qui ne peut pas, pour l'heure, rentrer dans les services concernés, faute de l'existence d'une offre alternative sur les réseaux publics qui soit techniquement aussi efficace. En effet, les offres de diffusion de contenus télévisuels sur le réseau public sont basées sur le principe de l'unicast (pour 100 téléspectateurs, le site web émet 100 fois le flux, qui est transporté 100 fois sur le réseau), alors que les offres des opérateurs sont basées sur le principe du multicast (pour 100 téléspectateurs, le site d'émission n'émet qu'une seule fois le flux, qui est dupliqué quand il le faut, et au tout dernier moment, faisant en sorte que sur un tronçon du réseau, le flux n'est présent au maximum qu'une seule fois).

Reste qu'une lecture extrême du même principe pourrait amener à la conclusion que cet état de fait technique ne vient que de l'absence de points d'échanges de flux de télévision neutres et ouverts, respectant la norme commune (IGMP). Ces points d'interconnexion ne diffèrent en rien des points d'interconnexion IP habituels. Seuls les

protocoles réseau mis en oeuvre (au dessus du protocole commun, IP) sont différents. Les opérateurs ont décidé d'adhérer à une association commune, ayant pour but de répartir les adresses IP unicast, et d'en respecter les décisions (le RIPE pour l'Europe, l'ICANN plus globalement). Aucun impératif technique n'empêche l'existence d'une structure du même type pour la gestion des adresses IP multicast.

On peut donc, avec une lecture très contraignante du principe proposé, arriver à la conclusion que si les opérateurs y étaient contraints, alors ces structures associatives de gestion des ressources, de coût presque nul, verraient le jour. Et ce au bénéfice du consommateur qui pourrait alors décider de regarder la chaîne de télévision qu'il veut, qu'elle soit française ou non, que son opérateur ait ou non passé des accords commerciaux avec cette chaîne, etc. C'était d'ailleurs l'usage prévu pour ces protocoles lors de leur élaboration (sauf erreur, l'IANA, qui est le bras technique de l'ICANN, a autorisé également sur les adresses multicast publiques, qu'aucun opérateur ne souhaite utiliser).

Une lecture extensive de l'article L34-8 du CPCE sur le droit à l'interconnexion pourrait d'ailleurs mener à la même conclusion, ou peu s'en faut. De même que le paquet télécom, qui impose que les utilisateurs puissent diffuser les contenus de leur choix : en effet, les adresses multicast, sur la version 6 du protocole IP, ne sont plus rares. Il est donc simple d'en attribuer aux abonnés qui le souhaitent, pour qu'ils puissent depuis chez eux émettre les contenus audiovisuels qu'ils souhaitent, vers autant de destinataires qu'ils le souhaitent.

1.3. La qualité de service. Sur les niveaux de qualité de service, il reste à notre sens une ambiguïté dans le rapport. Si c'est au sens « grand public » du terme, alors tout est pour le mieux. Si c'est au sens où les opérateurs aiment à utiliser le mot, alors il manque le contrôle de l'utilisateur.

Les opérateurs entendent par « qualité de service » le fait qu'on puisse marquer le niveau de priorité d'un flux, en utilisant par exemple une marque prévue à cet effet, ou en configurant spécialement certains équipements du réseau (DiffServ, MPLS, TOS, etc). Reste qu'en pareil cas, si une priorisation a lieu, elle doit impérativement être non discriminatoire, et sous le contrôle de l'utilisateur final, seul juge du sort réservé à ses données. Ainsi, s'il est prévu par l'opérateur une classe de service prioritaire pour les services vocaux interactifs (téléphonie), il doit être loisible à l'utilisateur d'appliquer cette classe de priorité aux services de son choix.

On pense de manière évidente aux services de concurrents (par exemple Skype), mais c'est également le cas par exemple pour les modules permettant aux joueurs de discuter par oral dans certains jeux vidéos en ligne. Ces services, comme beaucoup d'autres, constituent bien des services vocaux interactifs, au même titre que le téléphone, et ne sont cependant même pas des concurrents véritables du service de téléphonie. Ce sont simplement des services discriminés sans motif légitime.

S'il peut être envisagé que certaines classes de priorité soient mises en oeuvre, ça ne peut être que sous le contrôle de l'abonné. C'est-à-dire que l'abonné doit être à même de choisir le niveau de priorité affecté à son trafic. Et ce libre choix rend dans la pratique incontournable l'utilisation de standards ouverts. Toute autre approche nuit à la libre concurrence, empêche l'innovation et les nouveaux entrants, ou pire, nuit à la liberté de communication du citoyen qu'est l'utilisateur final.

1.4. La croissance du trafic et le risque de saturation. La question reviendra souvent, tant dans les débats sur la neutralité du réseau que dans notre contribution : parce que le réseau est en croissance très rapide, il faudrait prioriser les flux pour gérer la congestion.

L'argument, cent fois entendu, *est essentiellement faux*, et relève plutôt du contresens. Le trafic croît très fortement sur le réseau, c'est un fait. Et il croît de cette façon là depuis plus de 20 ans, et pour encore un certain temps.

On parle d'une croissance de l'ordre de 30% ou de 50% par an. Chacun sait qu'en matière de réseau non-géré, la saturation est atteinte quand on atteint 90% de la capacité nominale du réseau. Sur un réseau géré, la saturation sera atteinte autour de 95% ou un peu plus dans certains cas très favorables.

On parle donc, par l'utilisation de priorisation, de faire passer la capacité réellement utilisable du réseau de 90 à 95, en investissant dans les équipements qui permettent cette

gestion du réseau. Or, le rythme de croissance nous dit que de 90, en un an, la capacité nécessaire passera à 135. Et près de 200 l'année suivante. Passer de 90 à 95, c'est gagner quelques semaines, tout au plus.

La seule réponse capable d'absorber cette croissance, c'est l'investissement. Dans les infrastructures, bien entendu, pour développer la capacité brut, mais également dans les équipements, dont la performance est en moyenne décuplée tous les 3-4 ans, sans véritable évolution de prix.

Dit plus simplement : pour gérer la congestion, il ne faut pas investir dans des équipements de priorisation du trafic, mais investir dans des équipements de nouvelle génération qui savent l'absorber.

A contrario, la mise en avant de systèmes de priorisation et de gestion fine du trafic, c'est faire le pari de l'arrêt de la croissance du réseau, de l'arrêt de la croissance des usages. En effet, ces équipements sont systématiquement complexes, demandent des processus d'intégration fins et longs. Et donc ne peuvent être mis en place que sur des périodes longues : la masse de travail pour les mettre en place, et pour en assurer la maintenance, empêche d'investir sur l'infrastructure pure.

Cette approche, qui consiste à vouloir gérer la congestion plutôt que de la supprimer est donc fondamentalement contre-productive dans le contexte d'une croissance encore très forte des usages numériques. Elle ne pourra avoir de sens que quand cette croissance se sera ralenti.

1.5. La responsabilité des opérateurs. Le point avait été soulevé lors de l'audition de FDN. La responsabilité de l'opérateur doit être engagée en cas d'atteinte induite à la neutralité du réseau. Et cette responsabilité ne peut pas être limitée au droit classique du commerce (concurrence, consommation, etc). En effet, une atteinte à la neutralité est aussi une atteinte à la liberté d'expression et à la liberté d'accès à l'information, droits fondamentaux dans une démocratie, et constitutionnellement garantis par la déclaration des droits de l'homme de 1789.

Or une atteinte à ces libertés (exprès ou non) ne porte en général pas de préjudice commercial. L'actualité récente foisonne d'exemples d'opérateurs ayant porté atteinte à la liberté d'expression à la demande de régimes politiques autoritaires. Le fait que ces atteintes aient été possibles, et légales, est un des marqueurs forts du fait que ces régimes ne sont pas démocratiques, et que la liberté d'expression n'y est pas respectée. Il est donc fondamental que ces pratiques soient interdites en France. Que ces atteintes puissent venir d'initiatives privées ne les rend bien entendu pas plus acceptables.

Reste que la sanction ne peut pas venir des droits habituels qui régissent les relations des entreprises entre elles, ou entre elles et leurs clients, parce qu'il n'est pas question de commerce. La sanction ne peut, selon nous, qu'être d'ordre pénal, et donc emporter la responsabilité des personnes ayant mené à ces décisions, en plus de la responsabilité de la personne morale.

Cette approche ne remet pas en cause le traitement par le droit du commerce des questions de commerce, qui représente l'immense majorité des cas connus. Notre point de vue est que, puisque des atteintes graves aux libertés sont possibles, et ne sont pas acceptables, elles doivent être prévues. Et si elles sont prévues, alors, la sanction ne peut être que pénale.

2. ÉLÉMENTS SUR LES INTERROGATIONS DE LA MISSION

2.1. Exigence de proportionnalité. Sur l'opportunité d'instituer une exigence de proportionnalité des mesures légales de filtrage, nous nous sommes déjà longuement exprimés. Cette exigence est selon nous une des bases incontournables d'un État de Droit. Elle est donc plus qu'opportune.

Confier à l'ARCEP l'application de cette exigence peut sembler de prime abord curieux. L'exigence de proportionnalité ne peut se lire qu'à deux moments : au moment de prendre une disposition législative, et au moment de prendre une décision judiciaire. Or il serait pour le moins curieux que l'ARCEP, relevant de l'exécutif, puisse s'opposer à une décision de justice, ou empêcher le législateur de légiférer. Il ne reste alors comme lecture possible que l'obligation d'obtenir un avis conforme de l'ARCEP sur une mesure réglementaire. Cela semble effectivement souhaitable.

Reste qu'alors, la question de la proportionnalité des mesures décidées par la justice, ou décidées par le législateur, reste à être contrôlée. Et ça ne peut être fait que par un organe ayant les compétences techniques requises (sur des problèmes parfois fort complexes). Et cet organe ne peut pas être l'ARCEP, relevant de l'exécutif. Il y a sans doute des approches autres qu'organiques qui peuvent être retenues : avis consultatif accompagnant tout texte sur le sujet au parlement, consultation de l'ARCEP pour avis en cassation, par exemple.

2.2. Opportunité de confier à l'ARCEP un rôle dans le contrôle des prix des interconnexions. Cet élément pose plusieurs problèmes de fond, dont le risque de distorsion internationale. Il existe des paradis numériques comme il existe des paradis fiscaux. Il serait regrettable que les opérateurs décident d'aller réaliser leurs interconnexions principales au Luxembourg pour bénéficier d'un droit plus favorable.

Le problème soulevé est double. D'une part, un problème de l'ordre du macro-économique, qui consiste à trouver un point d'équilibre pour le bon développement du réseau ; d'autre part un problème de bon développement, qui consiste à empêcher l'éviction des nouveaux entrants ou des acteurs de faible envergure.

2.2.1. Le problème macro-économique. Pour nous l'analyse est simple : l'opérateur construit et/ou opère son réseau, pour rendre un service à un client. Ce service est rendu contre un abonnement, destiné à financer le réseau. Le fournisseur de service, pour sa part, développe son service, et le commercialise. Ce faisant, les deux activités sont complémentaires : s'il n'y a plus de service rendu, le client n'a plus besoin d'un abonnement au réseau. Et si le réseau ne fonctionne pas, le fournisseur ne peut pas vendre ses services.

Le point d'équilibre est donc, selon nous, simple à atteindre. Les abonnements financent le réseau des opérateurs. Ces réseaux ont une structure de coûts bien connue. Essentiellement des coûts fixes², et une part tout à fait marginale de coûts liés à l'usage. Les structures de prix doivent donc être essentiellement forfaitaires pour l'accès au réseau, et si une part variable liée à l'usage est établie, elle doit être à la charge directe de l'abonné, et ne peut représenter qu'une fraction faible du prix de son abonnement forfaitaire. Une fraction si faible qu'il est probable qu'il coûte plus cher d'en tenir une comptabilité exacte, que ce qu'elle rapporte. La part de coûts véritablement liée à l'augmentation du trafic, une fois compensée par les gains de productivité en la matière, est en pratique très faible. Quelques centièmes du prix de l'abonnement.

À noter cependant que ce raisonnement économique, bien que parfaitement fondé, est entièrement biaisé dans le cas de l'ADSL. En effet, la majeure partie de l'infrastructure est déployée depuis longtemps, et amortie de très longue date. Il ne reste donc dans les structures de coût de l'opérateur historique que les frais d'entretien du réseau, et non l'investissement. Le prix des inter-connexions, même pour la part qui relève de l'investissement, est marginal par rapport à l'investissement global que représente le réseau de distribution chez l'abonné.

Dans ce contexte, s'il est établi des interconnexions directes facturées (du peering, et non du transit), alors la facturation ne peut être que liée aux coûts directement induits par cette interconnexion, et ne peut avoir de sens que si celui qui facture est celui qui a dû se déplacer (i.e. si le fournisseur de contenu vient se connecter sur un site de l'opérateur, c'est l'opérateur qui assume le coût, si l'opérateur vient effectuer le raccordement sur un site du fournisseur de contenu, c'est le fournisseur de contenu qui assume le coût, et si l'interconnexion a lieu sur un site où les deux sont déjà présents, ou sur un site tiers, l'interconnexion est à prix nul).

Sur ce sujet, l'ARCEP peut effectivement se voir confier efficacement une mission de régulation et d'arbitrage, sous réserve que les objectifs en soient fixés clairement.

2.2.2. Éviction des nouveaux entrants. Sur le risque d'éviction des nouveaux entrants, il y a un problème plus complexe. Et effectivement il nous semble salutaire que l'ARCEP ait cet objectif dans ses missions, et ait une capacité d'intervention efficace. Ainsi, il est classique que les règles d'interconnexion retenues par les grands opérateurs soient

²Le principal étant, de très loin, l'investissement dans l'infrastructure capillaire, qui couvre le dernier kilomètre vers l'abonné. Cet investissement sera d'autant mieux encouragé, pour les réseaux de fibre à venir que les services seront développés et attractifs.

conçues de telle sorte que les opérateurs de petite envergure (par exemple régionaux) ne puissent pas en bénéficier. Cette méthode explique pour beaucoup la tendance très fâcheuse qu'a le réseau à se centraliser à Paris.

Par ailleurs, les coûts des liaisons inter-régionales sont extrêmement variables. Ainsi, le coût imposé à un opérateur local pour se raccorder régionalement à deux points clefs, ou dans le paysage actuel, à Paris, est prohibitif. Alors que la même liaison, proposée à un opérateur national de grande envergure, sera beaucoup plus abordable. Cette situation entretient, de fait, une distorsion de concurrence procurant un avantage considérable aux grands opérateurs nationaux, ultra-centralisateurs, au détriment de ceux qui contribueraient le mieux à l'aménagement économique du territoire.

Une intervention de l'ARCEP dans les dossiers où une différence de taille significative existe entre les opérateurs, pour veiller à ce que des clauses d'éviction ne soient pas mises en application, serait éminemment louable. Elle pourrait ainsi favoriser les points d'échanges décentralisés, qui permettraient une converture plus saine du territoire national.

Ce maillage inter-régional est nécessaire. D'une part c'est la garantie du fonctionnement optimal du réseau techniquement. D'autre part c'est la garantie d'un développement économique mieux réparti. Cette question centrale devrait être prise en compte dans la conception des réseaux d'initiative publique. La majorité des modèles économiques retenus par les RIP actuels est de ne proposer que la remontée de trafic vers Paris, au détriment des connexions inter-régionales, ou trans-frontalières de proximité. Ce point sur les enjeux des interconnexions en région est dans la pratique éloigné de l'enjeu de neutralité, mais il représente à terme un ajout pour la neutralité : un réseau maillé est toujours plus neutre, et plus fiable, qu'un réseau centralisé.

2.2.3. Mission de l'ARCEP. Si l'ARCEP se voit confier une mission sur le sujet, il y faut ces deux objectifs : s'assurer que le financement essentiel du réseau de distribution est assuré par les abonnés, et s'assurer que les règles d'interconnexion sont favorables à un bon maillage du réseau, tout particulièrement en ce qui concerne les relations entre opérateurs puissants et opérateurs de faible envergure. La doctrine de l'ARCEP, par exemple, ne reconnaît traditionnellement qu'un seul opérateur puissant, l'opérateur historique. Ce qui est selon nous une erreur d'analyse économique.

2.3. Moyens techniques permettant de fournir de la qualité de service. Sur l'opportunité de prendre des mesures spécifiques afin d'assurer un accès non discriminatoire aux moyens techniques permettant de fournir de la qualité de service, nous sommes extrêmement dubitatifs.

Ce que recouvre le terme « qualité de service » nous semble peu clair. Ce peut être l'acceptation grand public (avoir un accès réseau rarement en panne, rarement saturé, etc). Ou ce peut être l'acceptation plus technique (outils de priorisation des trafics entre eux).

Des outils de priorisation, sous contrôle de l'utilisateur final, et uniquement sous cette condition, peuvent sembler utiles et souhaitables. Mais il est à craindre qu'ils ne créent plus d'instabilité qu'ils ne résolvent de problèmes. En effet, il est alors tentant, quand le réseau commence à montrer des signes de faiblesse, de vouloir marquer l'ensemble de son trafic comme prioritaire (au moins, moi, je vais passer), saturant encore davantage le réseau... Un peu comme un usage généralisé du gyrophare.

La pertinence de tels outils ne nous semble donc pas évidente. Par contre, ce qui nous semble évident, est qu'ils ne doivent pas devenir discriminatoires, ce qui serait la définition même d'une atteinte à la neutralité du réseau : les abonnés ayant ces outils seraient anormalement favorisés.

Ce qui nous semble véritablement utile, et nécessaire sur le plan législatif, c'est de s'assurer que si de tels outils sont mis en place, ce soit sous le contrôle de l'utilisateur final. Et que ces outils soient mis à disposition dans les mêmes conditions de l'ensemble des utilisateurs d'un réseau donné.

2.4. Secret des correspondances. Sur l'opportunité d'adapter le secret des correspondances, par contre, nous avons une position beaucoup plus claire, et plus simple à poser.

Le métier de l'opérateur est de transporter les données de ses clients. Ces données doivent donc être, systématiquement et a priori, considérées comme des correspondances privées. En effet pour en juger autrement, pour différencier un flux de correspondance privée d'un flux de consultation publique, il faudrait examiner les données, lire par-dessus l'épaule de l'Internaute, en quelque sorte. Or les examiner, s'il s'avérait que ce soient effectivement des correspondances privées, c'est déjà en violer le secret.

Il est donc pour nous parfaitement clair que toute analyse qui a lieu sur les données transportées, qui dépasse les analyses strictement requises par le fonctionnement du réseau et l'accomplissement de la mission confiée par le client, est à interdire. En termes techniques, toute analyse du paquet, en dehors des en-têtes protocolaires prévus par le protocole de routage (et par lui seul, à l'exclusion de toute analyse relevant des protocoles applicatifs ou des couches intermédiaires comme les protocoles de session ou de transport), doit être considérée comme une atteinte au secret de la correspondance privée. Une telle analyse de contenu est cependant possible, si l'opérateur a pour ce faire un mandat non ambigu, et révoquant par des procédures au moins aussi simples et rapides que les procédures de souscription d'un abonnement, et que l'arrêt de ce service d'analyse ne puisse pas entraîner de surcoût pour l'abonné.

On retrouve ici les deux critères clefs : analyse impossible sans contrôle de l'abonné, l'analyse ne doit pas être faite au profit de l'opérateur, mais au profit de l'abonné (et éventuellement à sa charge, d'ailleurs).

2.5. Offre Internet seul. Sur les mesures permettant de développer les offres d'accès à Internet seulement, elles nous semblent souhaitables.

Elles ne sont cependant pas forcément d'ordre législatif : en effet, si l'exécutif veut bien lire strictement la loi, et considérer par exemple que la fourniture d'un service de téléphonie est un produit distinct de l'abonnement à Internet, et doit donc pouvoir systématiquement en être détaché, sous peine d'être considéré comme une vente liée, alors le problème ne se pose plus.

Si par principe, comme informaticiens, nous sommes peu enclins à aimer les codes redondants, un article du CPCE se référant aux passages du code de la consommation sur les ventes liées et indiquant qu'une lecture ferme doit en être faite peut être de nature à débloquent bien des situations.

Il est à relever que la même situation existe pour ce qui est de la vente liée des logiciels (impossible de détacher l'achat du système d'exploitation de l'achat de l'ordinateur, chez l'immense majorité des commerçants, malgré plusieurs décisions de justice l'imposant), que l'administration en est saisie de fort longue date, et que rien ne bouge sur ce terrain.

Les intérêts économiques en présence étant puissants, une référence explicite et claire dans les textes législatifs serait souhaitable. Il est à noter que les décisions relevant de la fiscalité qui ont été prises récemment, tout particulièrement salutaires, sont de nature à éclaircir le débat.

2.6. Classes de service sur le réseau public. Sur les inconvénients et avantages liés au développement de différentes classes de service de l'Internet public, et en supposant qu'il est question ici de priorisation technique, nous avons déjà longuement évoqué le sujet, et la position de FDN est très claire : le contrôle doit être entièrement aux mains de l'utilisateur final, que ce soit sur l'Internet public ou sur les autres réseaux de communication ouverts au public. Et du moment que ce point est véritablement garanti, le reste ne posera pas de problèmes.

Il est cependant à souligner que de tels éléments, s'ils viennent à se développer, sont par essence même nuisibles au bon développement du réseau. Un réseau de transport comme Internet est efficace quand il est sous-utilisé. Sitôt qu'il approche de sa capacité nominale, alors la saturation est inévitable.

Or les classes de services servent, justement, à traiter les cas d'utilisation aux limites de capacité. Il serait infiniment plus souhaitable qu'elles ne soient applicables que sur le dernier tronçon (la ligne ADSL dans le cas du fixe, le raccordement hertzien dans le cas du mobile), en plus bien entendu d'être sous contrôle de l'utilisateur. En effet, leur développement en coeur de réseau est une incitation au sous-investissement, et donc à court terme à la saturation généralisée des infrastructures.

2.7. Le partage de la valeur. Le partage de la valeur sur Internet suivait un schéma relativement simple : l'opérateur opère le réseau et le finance avec les abonnements qu'il perçoit, et le fournisseur de service vend son service aux internautes qui le souhaitent.

Le point d'équilibre historique sur le sujet a été rompu, non par la croissance des usages (cela fait 30 ans que les usages explosent sur Internet et que l'effondrement du réseau est annoncé pour demain matin), mais par le changement des modèles économiques.

D'une part, les fournisseurs de services tendent à devenir hégémoniques, donc monopolistiques, et ont adopté une stratégie rendant la clientèle captive, par exemple en empêchant la récupération et le transfert, dans des formats interopérables, des données du client. En clair : personne ne peut ressortir de chez Facebook sans abandonner la totalité de ses données (contenus, contacts, correspondances privées, etc). Sur le même registre, on retrouvera la diffusion de musique par Apple, dans des formats qui ne sont compatibles avec rien, et qui rendent donc le client captif.

D'autre part, les opérateurs, qui avaient de longue date une clientèle captive (l'abonné est peu enclin à changer de fournisseur d'accès, et les tracasseries pour ce faire, y compris les longues coupures, l'ont rendu captif), ont souhaité s'attaquer de plus en plus au marché qui n'est pas historiquement le leur, en tentant d'utiliser leur emprise sur leur clientèle pour s'imposer sur le marché des services.

Ainsi, ces deux catégories d'acteurs du réseau, qui ne sont pas les seuls (il faut rappeler que les clients sont avant tout des citoyens, et qu'il est des usages du réseau qui ne relèvent pas du seul commerce), se retrouvent alors en guerre ouverte et frontale, alors qu'ils devraient occuper des positions complémentaires.

La France a des opérateurs, puisque le réseau est physiquement en France, et n'a que peu de fournisseurs de contenus, puisque les conditions favorables à l'innovation n'y étaient pas assez développées. Elle est donc encline à considérer que ce sont les fournisseurs de service qui devraient être mis à contribution pour financer une infrastructure essentielle dont ils bénéficient. Il est à noter cependant, comme le montre Nicolas Curien dans l'analyse publiée par l'ARCEP dans son cahier sur la neutralité du réseau, qu'on peut faire une lecture parfaitement opposée. On peut considérer que les opérateurs profitent, sans y contribuer, du formidable pouvoir attractif des fournisseurs de contenus (qu'on essaie de vendre de nos jours une offre d'accès à Internet au grand public qui fasse l'impasse sur Facebook et Google). Et que donc ces opérateurs devraient contribuer à l'effort de développement des services qui rendent leurs offres attractives.

Cette situation d'interdépendance est normale, et saine. Mais ne mène à des conflits qu'à cause des deux facteurs que nous soulevons : la volonté des fournisseurs de service de rendre captive leur clientèle, et la volonté des opérateurs d'utiliser la captivité de leur clientèle pour faire levier et abuser d'une position dominante assurée pour conquérir le marché des services.

Pour garantir un retour à une situation plus saine, il serait souhaitable, selon nous, de contrer ces deux tendances néfastes. D'une part en imposant de plus en plus les conditions d'interopérabilité aux fournisseurs de service. D'autre part en imposant une séparation stricte entre les activités d'opérateur et celles de fournisseur de contenu (probablement une séparation comptable au minimum, voire une séparation de fait, en application des textes anti-trust, et surtout par un contrôle très strict des abus de position dominante).