

## Réponse à la consultation publique sur la « neutralité du Net »

### Le cadre de la réponse

Vox Internet est un programme de recherche fondamentale pluri-partenaires soutenu par l'ANR (2006-2010) dont l'intitulé est le suivant : « Gouvernance de l'Internet : la construction démocratique des normes ». Huit membres du comité scientifique du programme, qui pouvaient se concerter dans les délais requis, se sont associés pour répondre à la consultation publique. Le présent document collectif n'engage en rien les établissements partenaires du programme ni l'ANR.

Conscients du fait que la consultation publique sur la neutralité de l'Internet (NN) lancée par le Secrétariat d'Etat à la Prospective et au Développement de l'économie numérique du gouvernement français s'inscrit dans l'actualité des politiques publiques concernant l'Internet en France, en Europe et au plan international, nous avons saisi l'opportunité de capitaliser un certain nombre de résultats des travaux scientifiques sur le sujet et de contribuer à les rendre publics.

En effet, la question de la neutralité du Net constitue une illustration

- *des questions plus générales que pose la Gouvernance de l'Internet* : relations entre droit, gouvernement et gouvernance ; pluralité des normes (techniques et juridiques, issues du marché et des usages) ; échelle (globale, régionale ou locale) et nature (formelle ou informelle) de la régulation ;

- *des problèmes qu'elle soulève* : souveraineté des Etats dans un univers numérique dit « sans frontières » ; concurrence entre les acteurs économiques ou politiques ; droits et devoirs des diverses parties prenantes ; accès et participation des internautes (consommateurs, producteurs et citoyens) ;

- *des réponses qui peuvent être apportées* : comprendre comment l'Internet gouverne avant de savoir comment il peut être gouverné ; assumer le pluralisme normatif et circonscrire la légitimité des acteurs ; reconnaître la « valeur de service public » de l'Internet en deçà et au delà des dispositifs qui lui permettent de fonctionner. Bref, envisager l'Internet à la fois comme « perturbateur, révélateur et producteur » de règles, selon la formule de Mireille Delmas-Marty<sup>1</sup> et dégager les principes d'un possible ordonnancement démocratique à travers l'articulation des niveaux d'action et la délimitation des responsabilités.

Contact : [francoise.massit@voxinternet.org](mailto:francoise.massit@voxinternet.org)

Site du programme : <http://www.voxinternet.org>

---

<sup>1</sup> En conclusion du colloque Vox Internet « De la gouvernance à la dynamique du commun de l'Internet : questions autour du droit d'entrée », Ecole des Mines de Paris, 27-28 mars 2010. Voir <http://www.voxinternet.org/spip.php?article349&lang=fr>.

## 1. Etes-vous d'accord avec la définition de la neutralité du Net et les dimensions du débat présentées ?

### Préambule :

On se rapportera à une définition critique énoncée (à d'autres fins !) par Roland Barthes : « *On a défini comme relevant du Neutre toute inflexion qui esquive ou déjoue la structure paradigmatique, oppositionnelle, du sens, et vise par conséquent à la suspension des données conflictuelles du discours* ». En termes concrets, cela signifie que la neutralité comme concept est d'abord et avant tout utile pour les intérêts qui profitent d'un consensus, exempt de conflits et de sanctions, par rapport à leur domination sur les marchés ou leur contrôle obscur sur le dispositif de l'Internet. L'ICANN est-elle neutre ? France Telecom est-il neutre ? Une connexion BGP est-elle neutre ? Google est-il neutre ? Facebook est-il neutre ? On répond évidemment par la négative.

***La notion de neutralité du net n'a pas d'assise juridique, et sa définition fonctionnelle est trop controversée pour qu'on puisse la fonder en droit.*** Mais, en approfondissant cette notion, on peut néanmoins apporter des réponses aux questions explicites ou implicites auxquelles elle se réfère : les questions de définitions recouvrent en effet des questions de fonctionnement, d'actualité et de points de vue, de droit privé et public, et au final des questions de principes.

### Questions de définition :

Le premier défi consiste à déterminer si la neutralité du net est un objectif ou un mythe, un principe constitutif de l'Internet ou un slogan discutable.

Pour répondre, on est obligé de revenir sur la manière dont fonctionne pratiquement l'Internet, réseau de réseaux qui transporte matériellement, via une cascade de dispositifs et de contrats, des données numérisées émises et reçues sous forme de contenus accessibles. Certains confondent l'Internet avec le web, qui n'en est qu'une application ; d'autres le résumant aux infrastructures de trafic ; d'autres encore, en font l'alpha et l'oméga de la société du XXI<sup>e</sup> siècle ... Les représentations issues de la pratique généralisée de l'Internet lui donnent probablement le statut d'un « monde » au sens philosophique du terme<sup>2</sup>, mais la « neutralité » n'a guère d'importance dans cette acception.

Si bien que chacun conçoit la « neutralité du net » à sa manière : régulation de la bande passante, accès aux contenus (que ce soient des produits ou des services), principe de coordination fonctionnelle pour les adresses et les noms de domaine, voire norme globale plus ou moins entérinée par les marchés comme par les gouvernements<sup>3</sup>. Bref, accoler les termes Internet et Neutralité dans une loi n'a guère de sens tant que l'on n'a pas défini l'objet juridique Internet - qui n'existera jamais en réalité, sauf à le réduire aux réseaux physiques. Encore faudrait-il préciser lesquels (dorsales, mobiles, fixes, satellites ?) et ne pas omettre d'inclure le fonctionnement des routeurs et des serveurs caches, les accords de *peering* et autres relations contractuelles entre les parties.

<sup>2</sup> Cf les « Travaux de diktyologie », séminaire de Paul Mathias au Collège international de philosophie.

<sup>3</sup> Cf Milton Mueller, *Net Neutrality as Global Principle for Internet Governance*, IGP blog, 5 novembre 2007.

***Qu'entend-on donc précisément sous le vocable « Internet » et où s'appliquerait la neutralité : aux standards, aux services, aux contenus ?*** En corollaire : où s'arrête-t-on, qui contrôle quoi et quand, avec quels instruments et quel pouvoir de sanction ?<sup>4</sup>

#### Questions de fonctionnement :

Si « la connectivité est le fondement de l'Internet » (Mahadavi et Paxson, 1997) et le maintien de « normes ouvertes » la condition de son développement<sup>5</sup>, la nécessité de *faire du réseau des réseaux un lieu où les règles sont bonnes et justes* divise profondément les acteurs et les entrepreneurs de l'Internet, en termes d'objectifs comme de moyens.

Historiquement, l'Internet s'est développé autour de la séparation des protocoles de trafic, de l'environnement de l'utilisateur et des formats de contenus. La traditionnelle comparaison de l'Internet avec les autoroutes a trouvé rapidement ses limites. Si l'on reste dans le domaine de l'information et de la communication, que constate-t-on ? Il y a *les transporteurs*, qui déplacent des informations et ne regardent pas le contenu (comme pour le service postal) et qui, par conséquent, peuvent également transporter de l'illicite ; il y a *les distributeurs* (à l'instar des libraires) qui ne font que mettre du contenu à disposition de ceux qui le souhaitent – à condition qu'ils y aient accès ; et il y a enfin *les producteurs de contenu*, plus éloignés de l'infrastructure du réseau. Si ces différentes fonctions ont tendance à se combiner, suite à des stratégies industrielles, elles n'en sont pas pour autant confondues.

Associer, comme le fait le préambule de la consultation, la « capacité des utilisateurs à mettre en ligne et accéder aux informations et contenus de leurs choix » à la question de la non-discrimination du trafic nous semble ainsi inadéquat : la production-consultation de contenus est encadrée par des principes fondamentaux, traduits dans différentes législations, indépendants des conditions du transport ou de la distribution. Parallèlement, la question de l'inégalité d'accès continue de se poser pour certains types de population, et la neutralité du Net n'y apporte aucune réponse.

Il existe déjà, et de plus en plus avec l'essor du multimédia, une « différenciation » du trafic au sein des différents réseaux, publics ou privés dont l'interconnexion constitue l'Internet. Elle devient « discrimination » lorsqu'elle est imposée de manière unilatérale par un acteur dominant et exécutée de façon opaque pour l'utilisateur. Le principe de non-discrimination est considéré par les partisans de la neutralité de l'Internet comme un gage d'innovation économique, de liberté d'expression et de participation. Mais ***les valeurs véhiculées par la notion de neutralité ne sont pas universelles, elles sont technologiques et économiques***, ce qu'oublie curieusement l'idéologie d'un Internet unique (et non multiple) où l'utilisateur aurait « par nature » tout pouvoir.

---

<sup>4</sup> Cf David D. Clarke, *Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas*, International Journal of Communication 1, 2007 : « The challenge to those who would defend network neutrality is to recognize the complexity of the current situation, and find dividing lines —“bright lines”— that separate what is acceptable and unacceptable. Especially if these limits are to be built into *ex ante* laws, they have to be clear and workable. Perhaps an approach that depends on *ex post* administrative review will allow more flexibility and the emergence of “neutrality case law,” but even there we should expect calls for clarity and regulatory predictability from all sides ».

<sup>5</sup> Cf Jonathan L. Zittrain, *The Generative Internet*, Harvard Law Review, Vol. 119, May 2006.

### Une question d'actualité :

La « loi » de la technique et celle du marché ont longtemps constitué deux raisons suffisantes pour refuser l'intervention de la puissance publique dans la régulation de l'Internet. Pourtant le débat est désormais largement inscrit sur l'agenda politique (États-Unis, Europe, France). Pourquoi ?

- parce que la convergence numérique voit s'affronter au moins deux secteurs industriels aux intérêts divergents : les opérateurs (du câble aux États-Unis, des télécoms en Europe) et les *pure players* (majoritairement états-unis) de l'Internet. La bataille est d'ordre économique ;

- parce que les risques de congestion du trafic sont désormais mis en avant par les transporteurs : la « différenciation » du trafic, d'ores et déjà peu transparente, peut alors dériver vers la « discrimination » des coûts et des services en fonction de la source, du destinataire ou des contenus transportés. Le problème ici est-il de principe, ou bien d'opacité des critères et de recouvrement des coûts ?

- parce que la gouvernance de l'Internet est depuis longtemps prise en sandwich entre le modèle de régulation du courrier et du téléphone (communication privée) et celui de l'audiovisuel (communication publique), tandis que ses propres processus de régulation (mélangeant formel et informel) infiltrent peu à peu les autres médias<sup>6</sup>. De ce fait les agences de régulation sont défiées dans leur rôle et leurs capacités respectives d'arbitrage<sup>7</sup> sans savoir précisément ce sur quoi elles pourraient / devraient collaborer ;

- parce que les politiques reconnaissent désormais que l'Internet « ne détruit pas la valeur mais la distribue autrement » et sont progressivement enclins à considérer que « le paradigme de l'innovation fait de l'Internet un bien public stratégique »<sup>8</sup> ;

- parce que, à travers le débat sur la neutralité du Net, des enjeux cruciaux se font jour : le contrôle et le filtrage des contenus via le processus de *Deep Packet Inspection*, qui, au nom de telle ou telle acception de la « sécurité », intéressent autant les gouvernements (censure, surveillance) que les entreprises (propriété intellectuelle, marketing). ***La tentation est grande de confondre le TYPE de trafic et les CONTENUS transportés et cela suscite nombre d'inquiétudes quant à l'exercice des droits fondamentaux.***

### Questions de points de vue :

En termes de gouvernance, on peut distinguer trois approches en faveur de la « neutralité du Net » :

- *l'approche technologique* : les standards sont conçus selon les principes techniques fondateurs de l'Internet (distribution décentralisée, interopérabilité, *end to end*) et transmis selon des processus délibératifs transparents et démocratiques ;

- *l'approche économique* : ce sont les externalités positives des réseaux qui, via l'accès universel et la non-discrimination, sont sources de croissance, d'emplois et de commodités ;

- *l'approche par les usages* : chacun bénéficie de la liberté d'accès et de production des contenus, indépendamment de ses capacités financières ou de son statut social, conformément à l'article 11 de la DUDH.

En y regardant de plus près, on constate pourtant que la « neutralité » ne règne pas sur l'Internet.

<sup>6</sup> Un point de vue rappelé par Isabelle Falque-Pierrotin lors du colloque ARCEP.

<sup>7</sup> Comme le disait Eli Noam au colloque ARCEP, « les principes sont plus flexibles que les lobbies » ...

<sup>8</sup> Ce sont les propres termes de la Secrétaire d'Etat à l'économie numérique au colloque ARCEP.

- *du point de vue technologique*, la technique n'est jamais tout à fait neutre ! Elle opère des choix (comme la centralisation ou la dissémination des pouvoirs), elle répartit les compétences, elle privilégie certains acteurs et hiérarchise les accès. On peut se référer à la RFC 3935 de l'IETF (citée par Olivier Sylvain<sup>9</sup>) : « l'Internet n'est pas neutre du point de vue des valeurs, pas plus que l'IETF n'est neutre ... Nous englobons des concepts techniques tels que le contrôle décentralisé, l'*empowerment* de l'utilisateur terminal, le partage des ressources ». On peut aussi, à l'inverse, s'inquiéter de l'évolution des membres de l'IETF (selon des statistiques récentes, 79% des RFC proviennent aujourd'hui de contributeurs états-uniens) ;

- *du point de vue économique*, la différenciation et l'asymétrie en termes de bande passante sont déjà bien présentes (réseaux privés, *backbones*, offres *premium*, etc.) – pour certains cela constituerait un facteur de « saine concurrence » entre *dumb pipes* et *smart pipes*. Cela se traduit par de nombreux cas d'intervention discriminatoire, à l'égard de la source, du destinataire, ou du contenu transporté. De plus, les phénomènes de concentration des fonctions sur les marchés (même si elle est plus ou moins pérenne) battent quelque peu en brèche l'idéal d'innovation ouverte<sup>10</sup> ;

- *du point de vue des usages*, les *gatekeepers* sont de plus en plus nombreux dans les dispositifs techniques ou législatifs, et les pratiques de plus en plus contraintes ; par ailleurs, dans un autre registre, les « besoins » en (très) haut débit ne sont pas également couverts.

Consacrer l'Internet comme un « bien commun informationnel » est un objectif que nous partageons. Le problème est de ne pas se tromper de cible et de s'entendre sur les moyens.

#### Questions de droit privé et public :

Dans le droit communautaire, il existe bien sûr des références à la neutralité du Net, mais elles concernent strictement la technologie et les services (*the 'principles of technology and service neutrality'*)<sup>11</sup>. En ce qui concerne l'agenda politique de la *Net Neutrality*, l'Europe en est au stade de la déclaration, pas encore de la directive, de la recommandation ou du règlement, en attendant le débat prévu par la Commissaire Kroes.

***La valeur « neutralité », en effet, n'est pas opératoire (ou impérative) en droit international.*** En revanche, celle de liberté l'est, qu'elle concerne l'accès ou les contenus. De même, la notion d'ouverture a un sens, à portée technologique, car elle fonde l'interopérabilité des interfaces. On trouve dans le cadre réglementaire européen des communications électroniques (« paquet télécoms » révisé) plusieurs références à ***cette notion d' « ouverture » qui a une qualification juridique précise pour les marchés, les procédures, etc.***

Les opérateurs ont bien entendu le droit d'administrer leur réseau et de gérer leur trafic. On voudrait cependant être assuré que les transporteurs « n'ouvrent pas les paquets », en tous cas

<sup>9</sup> in Olivier Sylvain, *Internet Governance and Democratic Legitimacy*, Federal Communication Law Journal, vol. 62 n°2, 2010.

<sup>10</sup> Cf l'étude de Chris Marsden et Jonathan Cave, *Beyond the 'net neutrality' debate: Price and quality discrimination in next generation internet access*, préparée pour la Telecoms Policy Research Conference, Alexandria, Virginia, 29 September 2007.

<sup>11</sup> « L'introduction d'exigences de neutralité à l'égard des services et de la neutralité technologique dans les décisions d'assignation et d'attribution, conjuguée à la possibilité accrue de transférer des droits entre les entreprises, doit donner plus de liberté et de moyens pour fournir au public des communications électroniques et des services audiovisuels, et ainsi faciliter la réalisation d'objectifs d'intérêt général. [...] une restriction à la neutralité technologique ne devrait être autorisée pour la réalisation d'objectifs d'intérêt général que si ces objectifs ne peuvent être atteints par des restrictions à la seule neutralité à l'égard des services. Cette nécessité doit être justifiée et démontrée par l'État membre qui invoque l'exception. » (paquet Telecom, VF).

pas plus que ne le nécessite le besoin d'informations nécessaire au transport efficace des paquets de données avec la bande passante nécessaire. Les motivations de cette « inspection » sont trop souvent dissimulées sous des raisons techniques. Et le risque de « capture » (économique) des données peut déboucher sur celui de « surveillance » (politique) des contenus.

***Pour autant cela ne relève pas de l'ordre des principes***, hormis ceux de la concurrence loyale entre prestataires au sein de la chaîne de valeur, de qualité de service et de transparence dans l'information du consommateur, sous l'égide des potentialités offertes par les protocoles et standards techniques et des réglementations nationales et internationales existantes, qu'il n'est pas exclu d'améliorer.

Du côté des entreprises, l'Internet actuel s'est construit autour d'un équilibre économique entre opérateurs et fournisseurs de contenu, et une modification de cet équilibre pourrait déstabiliser grandement l'écosystème Internet. Par ailleurs, des partenariats publics/privés peuvent prendre en charge des projets d'infrastructure. Les fournisseurs de contenu pourraient ainsi participer au financement de ces projets aux côtés des opérateurs, mais sur la base du volontariat et dans le cadre classique d'un investissement visant à dégager des plus-values, et non d'une taxation.

Du côté des usagers, le « choix » laissé aux utilisateurs d'utiliser et développer tels services ou telles applications et de connecter tel ou tel équipement au réseau pourrait faire partie de la NN. Mais nous sommes ici dans l'ordre de la réglementation d'une activité technico-commerciale où entreprises, pouvoirs publics et usagers ont chacun leurs droits et devoirs. Ceci implique, entre autres éléments, que ***les notions de « sécurité » et de « stabilité » de l'Internet ne sauraient être abusivement transposées du domaine technique et commercial de la garantie de service au domaine politique de l' « ordre public »***. Quant au choix des modèles économiques, il serait naïf de penser qu'une loi sur la NN pourrait atteindre pour l'Internet une totale « moralisation » de la concurrence absente des autres secteurs économiques...

En résumé, les réseaux sont le lieu d'une « ***concurrence imparfaite*** », ce qui appelle des aménagements en termes de politiques publiques. Il faudrait clarifier quels sont les bénéfices publics les plus importants pour le bon usage des réseaux et développer les mécanismes permettant de les atteindre. L'enjeu est de fournir des réponses politiques adaptées et adaptables aux modèles qui constitueront l'Internet du futur.

#### Questions de principes :

La seule issue, plus réaliste qu'il n'y paraît, consiste donc à mettre l'accent sur l'ouverture, la transparence, la loyauté, qui renvoient aux principes de liberté et d'équité, voire de solidarité. Ceux-ci relèvent des droits fondamentaux de la personne et de l'humanité et appellent à un partage plus clair des responsabilités.

***La neutralité du Net est d'abord un principe de non-discrimination dans le transport et le stockage des données.*** C'est la défense de l'idée selon laquelle il ne doit pas y avoir de discrimination entre les clients ***au sein d'un même service***. En revanche, il peut y avoir une différenciation entre les services (en fonction des exigences techniques). Par exemple, une communication en voix sur IP doit aller plus vite qu'un échange de mail, par contre la voix sur IP via Skype doit aller aussi vite que la voix sur IP assurée par un autre service

techniquement comparable. On fait ici référence aux *classes de services* issues du vocabulaire des ingénieurs.

La non-discrimination doit s'appuyer également sur ***un principe d'ouverture qui a pour corollaire la transparence*** : le consommateur doit être clairement au courant des éléments qui seront discriminés. Cela est conforme aux règles du commerce classiques. Sur la toile, le management du trafic doit donc être transparent. Les autorités de régulation peuvent en être les garants.

La neutralité du Net est donc plus une question de fonctions (de « classes de services ») que d'acteurs. Pour en finir avec un débat faussé, il conviendrait de segmenter ce qu'on appelle l'Internet en ses différentes fonctions et voir ensuite quels principes s'appliquent à quels éléments. C'est à partir de là que l'on peut faire appel aux concepts d'accès, d'interopérabilité, d'équité, de service universel, de subsidiarité et de proportionnalité en tant que de besoin. À défaut, le mot "neutre" signifie « sans objet, sans valeur » et il s'oppose en réalité à la notion de liberté, qui mérite quant à elle de peser de tout son poids sur la gouvernance de l'Internet, étant entendu que celle des transporteurs ne saurait en aucun cas réduire celle des internautes.

#### En résumé :

*La neutralité du Net est au mieux un concept technologique, au pire un alibi économique, dont l'intérêt est limité.*

*Elle ne peut pas s'appliquer à toutes les couches de l'Internet. Elle ne concerne que celles qui gèrent le transport, l'hébergement et la diffusion de contenus.*

*Comme on ne sait pas vraiment définir l'Internet, ni la neutralité, comme objet économique, juridique et politique, il faudrait*

*- conceptualiser l'Internet selon ses différentes fonctions (protocoles, réseaux, plateformes, contenus) ;*

*- y appliquer les modèles juridiques appropriés aux différents dispositifs socio-techniques ;*

*- abandonner la notion de neutralité, qui masque les intérêts en jeu, et la remplacer par la notion d'OUVERTURE, plus précise (au plan technologique, économique et juridique) et certainement plus féconde (au plan politique) pour la poursuite conjointe du bien commun.*

## **2. Parmi les problématiques identifiées, quelles sont celles qui justifieraient de façon prioritaire un engagement des pouvoirs publics ?**

Plusieurs domaines méritent l'attention des pouvoirs publics : la nécessité de l'information du public, la réaffirmation de la liberté d'expression, la préservation du secret des correspondances, de la protection des données personnelles ...

*Mais l'Etat peut aussi intervenir dans la définition des classes de services, non pas selon des caractéristiques technologiques par définition transitoires, mais selon des critères de qualité.* On pourrait par exemple distinguer deux types de critères : technologiques (temps de latence, débit, qualité de son, taux d'erreur, etc.) ; sociopolitiques (accès, usage direct - ou indirect par transmission à d'autres acteurs - des données transmises, qui relèvent d'une notion de responsabilité juridique).

Cela pourrait faire l'objet d'une consultation publique préparant une décision imposée aux transporteurs ou laissée à leur initiative sous forme de « chartes » si le niveau de concurrence est suffisant pour assurer le libre choix du consommateur (ce qui n'est pas le cas de l'Internet mobile, par exemple).

## **3. Quelles différences et points communs identifiez-vous entre les contextes américain et franco-européen ? Dans quelle mesure cela peut-il impacter le débat et l'intervention publique en France ?**

Les contextes politiques sont très différents, compte tenu du cadre constitutionnel : priorité au Premier Amendement de la Constitution (sur la liberté d'expression) d'une part, priorité à la protection des personnes et de l'ordre public, d'autre part. Les États-Unis se concentrent depuis longtemps déjà sur la « neutralité » du réseau alors que nous sommes toujours concentrés sur celle du flux. De ce fait, *la FCC ne parle jamais de neutralité mais plutôt de transparence et de non-discrimination.*

*Se concentrer sur les transporteurs, pour passer de la gestion des flux à la gestion du réseau* permettrait une approche pertinente de la mal-nommée « neutralité du Net », compatible avec la diversité des lois actuelles (nationales et internationales) qui régissent, par exemple, la propriété intellectuelle.

Il faudrait également prêter attention aux analyses et opinions qui se font jour outre-Atlantique pour exiger que le public - les internautes citoyens - fasse entendre sa voix et que le débat ne soit pas confisqué par les experts, techniciens et les économistes, ou les pouvoirs publics. Aux États-Unis, il n'y a pas de loi de protection des données personnelles, et la défense des intérêts du public est assurée par des associations de consommateurs très puissantes. L'Europe devrait de son côté arrêter de « criminaliser » l'Internet et de tenter de réguler les contenus en écornant les libertés fondamentales. C'est un élément supplémentaire à apporter au débat public.

*C'est moins la neutralité que la démocratie qui peut légitimer les choix de gouvernance de l'Internet.*

**4. Avez-vous déjà été confronté à des difficultés se rapportant à la neutralité du Net sur le marché français ? Si oui, lesquelles ?**

Plusieurs domaines posent régulièrement problèmes *sur le marché* français : le statut et le rôle des transporteurs, l'opacité des services, les supports techniques défaillants, la variabilité des règles, l'arbitraire des conditions d'accès et du débit, les tarifications non justifiées, etc. constituent des contraintes quotidiennes pour les usagers de l'Internet<sup>12</sup>.

Les listes de discussion sur l'Internet français font régulièrement état de manquements aux *principes de neutralité technologique* du Net, par exemple le blocage des applications de connexion sécurisée SSH indispensables aux professionnels des réseaux, la limitation de bande passante sur les applications de P2P ou l'accès aux newsgroups, la limitation des services disponibles sur l'Internet mobile ...

Enfin, concernant la responsabilité des acteurs du Net, il importe de ne pas déroger au *principe de séparation juridique* entre producteur de contenu, fournisseur d'accès et transporteur de trafic : même si ces fonctions sont parfois assurées par une même entité, elles restent distinctes.

**5. Les règles existantes aujourd'hui en matière de réglementation sectorielle et en matière de concurrence vous semblent-elles suffisantes pour répondre aux questions suscitées sur la neutralité du Net ?**

Voir *supra*.

*Il est essentiel de centrer le débat sur les transporteurs*, car les autres « classes de services » sont encadrées par des lois. Mais il n'est pas forcément nécessaire de rajouter d'autres lois car les transporteurs sont déjà tenus eux aussi de respecter des lois aux extrémités du réseau.

La question de la régulation, et donc de la gouvernance, est au coeur du débat. Les travaux de Vox Internet ont montré que les lois ne suffisent pas à assurer la défense du consommateur-citoyen et la distribution équitable et efficace du contenu. La situation actuelle montre aussi les limites de l'auto-régulation qui n'engage que ceux qui y croient – ou en tirent le plus de profit. *A contrario* l'effervescence législative paraît vaine, et plus encore contre-productive. Mais dans la mesure où le modèle de co-régulation s'avère *in fine* toujours plus favorable au privé qu'au public, assumer une régulation démocratique consisterait à *promouvoir à la fois la gouvernance participative et l'articulation des compétences des régulateurs*.

Car il est indispensable de *vérifier en permanence que les lois existantes sont effectivement respectées*, et donc de définir précisément les mécanismes et les acteurs de ces vérifications (autorités de régulation, autorités de la concurrence, ministères, associations de consommateurs, autres...).

Jusqu'à présent, les autorités de régulation des communications électroniques avaient à se prononcer sur les litiges concernant les services de télécommunications, mais pas sur les questions liées au fonctionnement de l'Internet. La transposition des nouvelles directives européennes devrait changer cet état de fait. La simple transposition du processus de régulation actuellement utilisée pour les télécommunications au secteur d'Internet est-elle

<sup>12</sup> La majorité des plaintes concerne les aspects contractuels du service, cf [http://www.afutt.org/AFUTT/Plaintes/Observatoire\\_des\\_Plaintes.html](http://www.afutt.org/AFUTT/Plaintes/Observatoire_des_Plaintes.html)

légitime ? Si elle est nécessaire mais non suffisante, le débat doit être poursuivi pour mettre en place un processus par lequel ces questions seraient traitées dans un cadre démocratique et multi-parties prenantes, et non par ces seules autorités de régulation.

Une piste intéressante pour (re)penser la régulation pourrait être *le développement de collectifs de régulation via la rédaction de chartes d'usages pour chaque classe de service*.

La consultation sur la neutralité du Net qui émane des pouvoirs publics ne met pas assez en avant l'exigence démocratique de la transparence. Les chartes, qui commencent à acquérir une certaine valeur juridique, pourraient par exemple permettre de *donner un agrément* à ceux qui s'engagent pour la transparence – celle-ci deviendrait la condition indispensable pour pouvoir se livrer à des activités de stockage, de transport et de diffusion pour l'Internet. On pourrait ainsi combiner le droit « dur » et le droit « mou » pour traiter d'« objets juridiques mal identifiés ».

#### **6. Une distinction vous semble-t-elle nécessaire dans l'analyse entre l'Internet fixe et l'Internet mobile ?**

De notre point de vue, *il n'y a pas lieu de faire une distinction « de fond » entre l'Internet fixe et l'Internet mobile*. Au vu des évolutions technologiques, il est probable que, dans peu de temps, les contenus grand public de l'Internet seront principalement diffusés par mobile. L'Internet mobile repose sur l'utilisation de ressources en fréquences qui peuvent connaître une saturation, nécessitant alors une différenciation des flux transmis. Cette particularité ne concerne cependant que le sous-système radio, le sous-système réseau devant être géré de manière analogue aux réseaux Internet filaires en termes de *neutralité « physique »* du Net. La différenciation des flux transmis ne peut donc se justifier que localement, dans les lieux où les bandes de fréquences disponibles ne permettent pas de véhiculer convenablement l'ensemble des flux nécessaires aux clients.

Par ailleurs, le niveau de concurrence des opérateurs mobiles est largement inférieur à celui des FAI fixes. Cet élément devrait être pris en compte dans l'analyse des deux types de marchés.

Enfin, l'Internet mobile s'est souvent caractérisé jusqu'ici par le développement d'environnements fermés. Cette caractéristique, liée à une mise en place plus récente, ne saurait être un but en soi et devrait être évitée à terme, de manière à unifier les caractéristiques des accès Internet filaires et sans fil pour des questions de lisibilité des offres commerciales.

Donc, quelle que soit la spécificité de ces réseaux, la délimitation des fonctions et des règles applicables aux classes de service s'applique à l'identique.

#### **7. Une distinction vous semble-t-elle nécessaire dans l'analyse en fonction des différents services de l'Internet ?**

Conformément aux analyses présentées, nous pensons que *les solutions pour préserver, promouvoir et faire respecter le principe de non-discrimination et celui de transparence résident dans le fait de distinguer au préalable les « classes de services »*.

La transposition de la nouvelle directive cadre européenne pourrait ainsi proposer un certain nombre d'obligations :

- les actions de différenciation des flux transmis devraient être systématiquement publiées et justifiées. Les FAI doivent pouvoir adapter leurs actions de différenciation des flux aux évolutions technologiques, les internautes ayant alors la possibilité de sortir sans frais de leur abonnement si les nouvelles conditions ne leur conviennent pas ;

- les exigences minimales en termes de qualité de service fixées par l'ARCEP devraient être établies à travers un travail multi-parties prenantes, incluant les FAI, les fournisseurs de services en ligne et les consommateurs ;

- les règles existantes ou renforcées en termes de neutralité physique du Net devraient être réactualisées régulièrement, de manière à prendre en compte les évolutions technologiques.

*(liste non exhaustive).*

## **Conclusion**

Légiférer de manière spécifique sur la neutralité de l'Internet est encore plus risqué que d'essayer de mettre un couvercle de plusieurs tonnes sur la fuite d'un puits de pétrole sous-marin ! Toute loi ne peut être que de circonstance et risque l'obsolescence à court ou moyen terme du fait des développements technologiques incessants et facilement appropriables.

Cela ne veut pas dire que toute régulation de l'Internet, dans la perspective de lui donner le statut d'un « bien commun informationnel », est impossible. Mais il est souhaitable et plus efficace de s'en tenir au plan des principes, d'une part, de l'implémentation des règles existantes, d'autre part. Un triple effort d'imagination institutionnelle, de responsabilisation fonctionnelle et de participation démocratique est plus que jamais requis à cette fin.

***Parmi les pistes à suivre, nous insistons concrètement sur plusieurs points :***

- l'élaboration de chartes multi-partenaires précisant les termes de différenciation du trafic (ouverture),

- la différenciation du trafic entre classes de service définies a priori et documentée dans les chartes (transparence),

- la non-différenciation du trafic entre applications à l'intérieur d'une même classe de service (non-discrimination).

Paris, le 17 mai 2010