

Réponse de FDN à la consultation publique faite par l'ARCEP sur la neutralité des réseaux

French Data Network

Le 13 juillet 2010

Pour éviter de trop allonger cette réponse, FDN tient à souligner que ses réponses précédentes à des consultations publiques sur le même sujet ou sur des sujets voisins s'appliquent, bien entendu. En particulier, on pourra souligner que l'explication du contexte de la neutralité du réseau, en particulier d'Internet, donnée dans la réponse de l'association à la consultation du gouvernement, reste pertinente et reste la base de nos remarques (réponse publiée le 17 mai 2010, disponible en ligne <http://x.fdn.fr/blog11>¹).

Conformément aux habitudes de l'association, cette réponse a été publiée en même temps qu'elle a été transmise à l'Autorité, elle ne comporte donc aucune partie qui soit couverte par le secret des affaires ni par aucune autre forme de secret d'ailleurs.

1 Introduction

FDN tient à signaler, avant toute chose, la grande qualité du document proposé par l'ARCEP à la consultation, et en particulier la maturation du sujet que ce document montre par rapport aux consultations précédentes. La grande majorité des indications données par l'ARCEP dans ce document, tant sur l'état des lieux que sur les propositions sont, selon nous, parfaitement conformes tant à la réalité qu'à l'intérêt général.

Parce que notre réponse va être essentiellement axée sur les insuffisances et sur les défauts de ces positions, il nous semblait important de souligner en introduction que la très grande majorité de ces positions ne présentent pas de défaut pour nous.

2 Sur les questions 1 et 2, portant sur la première partie du document soumis à consultation publique

Les points essentiels des définitions et de l'état des lieux présentés par l'Autorité dans le document nous semblent bons, voire très bons. En particulier, la définition d'Internet, d'un accès à Internet, et d'un fournisseur d'accès à Internet, les notes sur les risques économiques ou liés au droit de la consommation, et la présentation d'ensemble du problème.

2.1 Remarques portant sur des points précis

Sur la définition de l'accès à Internet, page 7/48 du document, un point soulève pour nous une interrogation. Celui de savoir pourquoi « quasiment toutes les extrémités ». En effet, techniquement, certains points du réseau disposent d'une adresse IP publique et ne transmettent (par nature) pas de données ; c'est par exemple le cas des routeurs. Si c'est à ce type de limitation que renvoie cette réserve, alors elle ne pose pas de problème. Si c'est

1. Ou, en version longue : <http://blog.fdn.fr/post/2010/05/17/Reponse-de-FDN-a-la-consultation-sur-la-neutralite-du-reseau>

à d'autres limitations, alors il est souhaitable d'enlever cette réserve. Par exemple, pour le cas de destinations filtrées en application d'une décision de justice, il nous semble que cette limitation ne doit pas être mentionnée dans la définition, mais bien dans les cas concrets d'application et de pratiques acceptables de gestion du trafic sur le réseau. La suite du document ne nous a pas permis de lever cette ambiguïté.

L'autorité relève, page 12/48 du document, qu'il y a une asymétrie réglementaire entre les FAI et les PSI. Les PSI pouvant saisir une autorité pour obtenir une interconnexion satisfaisante (il y a obligation d'interconnexion raisonnable pour les FAIs) alors que la réciproque n'est pas vraie. À notre connaissance, dans les cas strictement liés à Internet, il n'existe pas de cas particulièrement flagrant d'un PSI ayant refusé une interconnexion avec un FAI². Cependant, dans la zone plus floue des services gérés, cette question devient particulièrement pertinente. Par exemple, l'impossibilité pour de petits opérateurs de négocier des conditions raisonnables de diffusion des contenus audiovisuels, créant une distorsion de concurrence sur le marché de l'accès par effet de levier (impossibilité de diffuser la télévision, donc de monter une offre triple-play), sans qu'il existe de raison techniquement valable³.

À noter également que les prévisions de croissance du trafic indiquées par Cisco et Alcatel semblent essentiellement fantaisistes. En effet, le trafic mobile croît de manière explosive, ce qui semble raisonnable, l'apparition de terminaux enfin utilisables par un être humain normalement constitué fait que les usages mobiles deviennent possibles. C'est donc le rattrapage d'un retard qu'on constate, qui se combine bien entendu avec la mise en évidence du déficit d'investissement des opérateurs mobiles dans leurs infrastructures en lien avec Internet que ce retard avait induit. Pour la croissance du trafic fixe, l'application de règles trop linéaires permet de faire mentir les chiffres. Ainsi, ce n'est pas parce que l'utilisateur moyen regarde deux fois plus de vidéo que l'ensemble du trafic vidéo double. L'utilisation de services comme les CDNs, ou comme la propagation par inondation en P2P peut permettre de rendre cette croissance essentiellement déportée, induisant une hausse de trafic sur les parties capillaires du réseau, sans surcharger les interconnexions entre grands opérateurs.

Ainsi, un service de diffusion en peer-to-peer viendra, de manière naturelle, augmenter les échanges entre abonnés voisins sur le réseau, donc en occupant la capacité du dernier kilomètre qui est en moyenne sous-utilisée sur les réseaux⁴. L'utilisation d'un CDN permet de produire un effet similaire, bien que moins fin.

Les prévisions de consommation de contenu indiquent donc, non pas qu'il est urgent de mettre en oeuvre des pratiques de gestion du trafic ou d'investissement délirant, mais qu'il est urgent de revenir à un fonctionnement raisonnable du réseau, en permettant largement les diffusions locales, plutôt que de vouloir à toute force centraliser l'émission du contenu sur quelques rares points du réseau. Ainsi, les tentatives maladroites de certaines industries pour empêcher les échanges peer-to-peer n'ont en rien diminué la quantité de vidéo ou d'audio consommée en moyenne, mais ont transformé un trafic réseau local peer-to-peer en un trafic réseau international vers des points centralisés (streaming, téléchargement direct).

En particulier, les opérateurs ont, ces dernières années, tenté de brider sous différents prétextes les échanges peer-to-peer sur leurs réseaux, accentuant ce déséquilibre. Il est de leur absolue responsabilité de cesser ces pratiques, et en tous cas de ne pas s'appuyer sur les conséquences néfastes de leurs comportements passés et présents pour demander des régulations permettant de compenser leurs propres errements.

2. Un tel refus relèverait en général essentiellement du suicide pour le PSI, renonçant à une partie de sa clientèle.

3. Un point de diffusion multi-cast des chaînes de la TNT, par exemple, ou l'autorisation systématique de capter ces flux et de les injecter dans des services gérés par les petits opérateurs, sont des solutions techniques valables, aux coûts parfaitement dérisoires, qui pourraient être intégrées dans les obligations de diffusion suivies par le CSA pour les chaînes autorisées à émettre en hertzien.

4. Le débit maximal du dernier kilomètre est en général beaucoup plus élevé que le débit moyen constaté, grosso-modo d'un facteur 100. On peut raisonnablement considérer que des liens utilisés à 1% sont en moyenne sous-utilisés.

2.2 Remarques générales

Un point essentiel relevant de la neutralité du réseau est à notre sens trop peu analysé par l'Autorité : celui relevant de la liberté d'expression.

Bien entendu, ce n'est pas le rôle de l'ARCEP que de défendre la liberté d'expression, mais cet élément d'analyse doit nécessairement être pris en compte dans les définitions et dans les conséquences qu'elles ont. En particulier, l'analyse de l'ARCEP sur les entorses déjà constatées à la neutralité du réseau peut sembler légère sur ce point. En effet, une analyse basée uniquement sur les facteurs économiques ou sur les facteurs techniques laisse de côté un point essentiel. Ainsi, pour juger de la gravité d'une atteinte à la neutralité du réseau (cette atteinte étant bien constatée par l'ARCEP), on ne peut pas éluder la question des libertés fondamentales.

Selon nous, dans ses analyses futures sur le sujet, l'ARCEP sera bien en première ligne, chargée de constater ces manquements, et ne pourra pas se contenter de sanctionner des impacts économiques.

Par ailleurs, dans la lecture proposée par le document de l'Autorité des mauvaises pratiques déjà constatées, il nous semble qu'une mise en perspective de ces mauvaises pratiques avec les actions des différents régulateurs aurait été riche d'enseignements, même si parfois peu flatteuse. Par exemple, l'abus de position dominante / l'entrave à la concurrence que constitue le filtrage des services de VoIP par les opérateurs mobiles n'est pas nouveau, et constitue très probablement une infraction aux règles européennes et nationales depuis le début. Une analyse des défaillances qui ont amené à ne pas sanctionner ces pratiques pourrait s'avérer riche d'enseignements. De même que l'abus des termes « Internet » et « illimité » n'est pas nouveau : pour nous, cette fâcheuse pratique relève depuis le début de la publicité mensongère, le fait qu'elle n'ait pas été identifiée comme telle par les différentes autorités mériterait à notre sens une analyse constructive.

L'objectif n'est bien entendu pas que les différentes autorités publient une auto-critique sans intérêt, mais bien de comprendre quel déficit de régulation a pu amener à cette situation pour comprendre comment l'éviter sur les prochains marchés.

3 Sur les questions 3 et 4, portant sur la deuxième partie du document soumis à consultation publique

Globalement, à notre sens, là encore, énormément de points très positifs. Encore une fois, notre réponse est axée sur les points négatifs.

Il est important de souligner dans les points positifs : la volonté du régulateur d'analyser les interactions entre accès à Internet et services gérés, la définition stricte de ce qu'est Internet, la définition des usages raisonnables, la volonté de mettre au clair les conditions des interconnexions entre opérateurs, etc.

3.1 Sur la régulation du marché fixe et mobile

À plusieurs reprises le document indique que c'est la concurrence qui permet à la neutralité d'être globalement respectée sur les accès fixes sur le marché Français. FDN ne peut que soutenir cette analyse.

Un point doit cependant, selon nous, être souligné : l'absence de séparation entre opérateur de réseau physique (OBL, pour faire simple) et fournisseur d'accès Internet oblige à une régulation du marché. Actuellement cette régulation n'est appliquée, grosso-modo, qu'à l'opérateur historique, alors que selon nous, elle devrait être plus stricte qu'elle ne l'est actuellement pour les autres opérateurs.

Ainsi par exemple, sur le marché du bitstream, qui est le mode de mise en concurrence le plus simple, il y a un déficit de régulation des rares opérateurs proposant ces services. C'est

cette absence de régulation qui entraîne la faible présence d'opérateurs locaux, en particulier à destination du grand public. Il n'y a pas d'opérateur en position dominante sur ce marché, cependant, il n'y a que trois acteurs (Orange, Vivendi-SFR, et Numéricable-Completel), qui sont donc en position, basiquement, d'imposer leurs conditions de marché, et donc de permettre, ou pas, l'existence d'une concurrence, en particulier par des opérateurs locaux ou des opérateurs de niche. Une plus grande attention du régulateur sur ce marché serait de nature à garantir une concurrence locale, et donc à renforcer la neutralité du réseau.

De même, les autres opérateurs de réseau, par exemple les RIP, sont à notre sens très peu suivis. Il est ainsi de notoriété publique que, malgré l'obligation de non discrimination qui s'impose sur ces réseaux, les entreprises opérant ces réseaux ont pris l'habitude de choisir leurs clients. Il nous semble qu'une plus grande attention du régulateur sur ces marchés serait de nature, là aussi, et tout particulièrement dans le déploiement des futurs réseaux de fibre optique, à garantir l'existence d'une concurrence locale, et donc une meilleure protection de la neutralité du réseau.

3.2 Sur la première orientation

Bien que l'Arcep ait relégué la question de l'utilisation des terminaux mobiles en troisième partie (dans les éléments de la neutralité du réseau qui ne relèvent pas de sa compétence), il nous semble que c'est une erreur de classement.

En effet, si on s'intéresse à l'exemple de l'iPhone, l'interdiction faite d'installer les programmes de son choix devrait être considéré comme une atteinte à la neutralité, pas seulement de la part de l'équipementier (cela ne relève pas de la compétence de l'Autorité, semble-t-il) mais également de la part de l'opérateur qui propose cet équipement dans ses offres. Ainsi, il nous semble que l'Autorité doit se saisir du dossier, par exemple en s'assurant que seuls des terminaux compatibles avec les obligations des opérateurs sont fournis par ces opérateurs à leurs clients. Ainsi, à notre sens, les offres actuelles en téléphonie mobile comprenant la fourniture d'un iPhone doivent être considérées comme contraire aux obligations des opérateurs.

Par ailleurs, un point nous semble surprenant dans le texte proposé : il ne nous semble pas qu'une autorité administrative puisse qualifier un contenu, ou l'usage d'un service, d'illégal en France. C'est en particulier, selon nous, tout le sens de la décision du Conseil Constitutionnel sur HADOPI. En dehors de ce point de droit très précis, la position de l'Autorité sur le lien entre licéité du contenu et neutralité du réseau nous semble être la bonne : seule l'autorité compétente (selon nous, la justice) peut en juger, en aucun cas un intermédiaire technique.

3.3 Sur la deuxième orientation

Un point nous semble important à ajouter à cette orientation, en plus de ceux déjà inclus : une mesure de gestion du trafic, étant liée à un impondérable (par exemple une congestion temporaire), ne peut en aucun cas être l'objet d'une offre commerciale. Typiquement, une offre autour de « priorisé en cas de congestion » doit être lue, systématiquement, comme une volonté affichée de sous-dimensionner le réseau pour accroître le chiffre d'affaire.

C'est selon nous un critère suffisant pour caractériser une atteinte à la neutralité du réseau et la différencier d'une mesure raisonnable de gestion du réseau. À tel point qu'il a pu être considéré comme évident, alors qu'à notre sens il doit être explicité.

Par ailleurs, l'ensemble de l'analyse faite par l'Autorité des conditions particulières à appliquer à l'offre mobile nous semble invalide, en particulier en ce qu'elle est contradictoire avec le reste de l'analyse proposée par le document. En effet, l'analyse proposée par l'Autorité dans le reste du document indique clairement qu'une sélection des applications par l'opérateur mobile ne peut en aucun cas être pertinente, la seule limitation étant le volume de données ou le débit et non l'application.

Or, tous les opérateurs proposent de la vidéo (en général au moins de la télévision en

service géré) qui est à peu près le plus gros débit qu'on croise de manière régulière dans les services Internet. Il nous semble donc que les seules limitations acceptables dans le cas des ressources rares (mobile et câble) est une limitation au volume échangé en cas de congestion.

3.4 Sur la troisième orientation

FDN est en accord avec l'ensemble de l'orientation, et de l'explication donnée par l'Autorité dans son document.

Un point nous semble intéressant à proposer : une publication par les opérateurs des statistiques d'occupation des liens clefs de leur réseau, ainsi que des points clefs d'interconnexion, peut être un bon outil d'analyse. Bien entendu, ces graphiques devraient probablement être publiés sans échelle (respect du secret des affaires), mais leur publication permettrait de détecter de manière simple et fiable des profils de charge typiques d'une saturation, donnant un indice clair d'une nécessité d'investir sur le lien en question.

3.5 Sur la quatrième orientation

Ici encore, FDN partage très largement l'analyse proposée par l'Autorité. Tout particulièrement, l'obligation nous semble forte de comprendre les impacts des services gérés sur l'accès à Internet.

En effet, l'influence pour un abonné donné des services gérés semble raisonnable (quand je regarde la télévision, il est acceptable que mon accès à Internet soit ralenti), mais ne l'est plus s'il y a une influence entre abonnés (il n'est pas acceptable que mon accès soit ralenti quand mon voisin regarde la télévision).

Ce point, très justement mis en avant par le régulateur, sera bien entendu contesté par les opérateurs qui pourraient être tentés d'utiliser cette faille pour vendre du réseau non-neutre sans le dire, tout particulièrement dans le monde du mobile.

3.6 Sur le paragraphe II.d.1 du document de l'Autorité

En particulier sur le dernier paragraphe, il nous semble que le régulateur devrait veiller de manière plus systématique à l'ouverture à la concurrence. Bien entendu comme c'est le cas pour l'opérateur historique. Mais de manière plus systématique à tout opérateur d'une infrastructure de boucle locale « non triviale ». L'objectif n'est pas d'imposer un dégroupage non-discriminatoire sur les boucles locales wifi couvrant les zones blanches, mais bien de s'assurer que la concurrence sera encore effective sur les réseaux fibre. Rien dans les positions actuelles ne l'assure.

Selon nous, tout opérateur d'une boucle locale fibre devrait, par défaut, être considéré comme en position dominante localement au marché défini par sa boucle locale, et donc se voir imposer la publication d'offres de référence pilotées par les coûts, tant en matière de dégroupage physique qu'en matière de bitstream.

3.7 Sur la cinquième orientation

L'orientation et l'ensemble de l'analyse nous semblent justes. FDN souhaite cependant souligner trois points précis.

Le premier est que les données collectées par l'Autorité doivent être publiées, au minimum sous une forme statistique, et plus probablement sous une forme assez fine, pour permettre de connaître et comprendre l'état du marché.

Le second est qu'il est important de souligner les incohérences des positions de bon nombre d'opérateurs. En effet, il est contradictoire de demander une rémunération ressemblant à une terminaison d'appel et d'avoir, dans le même temps une peering-policy qui

impose un minimum de trafic pour accepter une interconnexion. Selon nous, les opérateurs qui se plaignent d'une trop grande centralisation du trafic sur de trop rares interconnexions, et des déséquilibres que cela entraîne sur leur réseau, devraient, en toute logique, avoir une politique de peering très ouverte sur les petits volumes, et plus fermée sur les gros volumes.

À l'heure actuelle, les opérateurs qui tiennent ces discours ont des politiques strictement inverses, faisant payer le peering sur les petits volumes, et ayant des politiques beaucoup plus ouvertes sur les gros volumes.

Le troisième point est qu'une politique de rémunération de type « terminaison d'appel » aurait des conséquences néfastes sur les possibilités de développement de la concurrence. En effet, cette rémunération serait, dans les faits, réservée aux gros fournisseurs d'accès, leur donnant un avantage concurrentiel indu.

3.8 Sur le premier volet de la sixième orientation

L'orientation et l'analyse qui en découle nous semblent extrêmement positifs.

Un point nous surprend cependant : page 32/48 du document, il est indiqué qu'il y a une obligation de la part de l'opérateur d'indiquer quels services, applications, logiciels, et sites web ou protocoles sont filtrés. Selon nous, la (quasi) totalité des ces filtrages est contraire aux obligations des opérateurs. Et il nous semble étrange de demander aux opérateurs de préciser par écrit en quoi ils contreviennent à leurs obligations légales et réglementaires...

Par ailleurs, sur l'analyse des conditions d'usage raisonnable, FDN souhaite souligner un point très précis : il nous semble qu'il n'est pas de la responsabilité du FAI de brider les usages des abonnés. Par conséquent, s'il est souhaitable que la sur-consommation donne lieu, par défaut, à un bridage temporaire, il est strictement impératif qu'un abonné puisse de manière simple recourir à une option payante permettant de lever cette barrière. Bien entendu, les ordres de grandeur de prix doivent rester raisonnablement similaire⁵.

C'est par exemple ce que pratique FDN depuis maintenant 18 ans. Bien entendu, sur un réseau de petite envergure, et surtout par le passé, la sur-consommation n'est pas noyée dans la moyenne statistique⁶. Ainsi, le règlement intérieur de l'association prévoit-il explicitement la notion de sur-consommation, sous la forme d'usages entraînant un surcoût pour l'association. Et le règlement intérieur propose deux pistes pour l'abonné : soit cesser cet usage à la première injonction du surcoût engendré, soit assumer ce surcoût.

Bien entendu, le contrat de confiance évident qui existe entre un abonné et une association dont il est membre est très différent de celui qui existe entre un abonné et l'entreprise dont il est client. La transposition dans les modèles commerciaux de ce principe doit donc revêtir une forme sensiblement différente, mais le fond nous semble valable.

La liberté des utilisateurs impose, selon nous, qu'ils puissent sur-consommer de temps en temps. Et la protection des consommateurs impose, toujours selon nous, que la solution retenue par défaut par les FAIs soit de ne pas sur-facturer, et donc de brider en pareil cas, en indiquant à l'abonné qu'un paiement à l'acte lui permettra de lever cette barrière temporaire. Ce paiement à l'acte, dans le cadre d'une offre limitée en volume, pourrait correspondre à la différence de prix entre un forfait mensuel et le forfait au-dessus dans la gamme.

5. Pour faire simple, le deuxième giga-octet doit rester dans l'ordre de prix du premier, voire être nécessairement moins cher.

6. L'effet de moyenne sur quelques centaines d'abonnés n'est pas le même que sur quelques millions.