
BENJAMIN BAYART
AGNÈS DE CORNULIER

LA NEUTRALITÉ DU NET

Pouvoir. Le débat sur la neutralité du Net est un débat sur le pouvoir, et sur la bonne façon de l'utiliser. Les opérateurs ont le pouvoir de surveiller, de choisir, de prioriser, les contenus qui sont diffusés ou reçus par les citoyens-internautes. Ils ont le pouvoir de faire disparaître une plateforme des réseaux. Ils ont, sur les données qui circulent sur leurs réseaux, un pouvoir absolu, celui de détruire ces données, de les empêcher de circuler. Quiconque peut détruire une chose, sans qu'on lui en fasse reproche, la possède.

127

Quelles sont les limites qui doivent être posées à ce pouvoir, et quelles sont les responsabilités que ce pouvoir entraîne ? Sans limitation des pouvoirs des opérateurs (et des acteurs du numérique en général), ces derniers possèdent la totalité de notre vie numérique, quoi qu'en disent les conditions générales d'utilisation.

Le règlement européen sur la neutralité du Net¹ essaie de poser ces limites, de donner une vision européenne de ces enjeux. Il tente, en termes technocratiques complexes, de poser des limites simples. Ces limites sont le plus souvent exprimées de manière symétrique, mettant la plateforme et l'utilisateur final au même rang : utilisateur du réseau. Tout utilisateur du réseau a le droit de proposer ou d'utiliser des services, de diffuser ou de consulter des contenus, d'utiliser à cette fin le terminal de son choix, etc. L'opérateur du réseau ne peut pas opérer de discrimination infondée allant contre ces libertés. Les discriminations ne peuvent pas être fondées sur les personnes, les contenus, les destinations des communications, etc. En cela, le règlement est un relativement bon

1. Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE.

texte. Mais ni le règlement ni les lignes directrices élaborées par la suite par l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE), qui regroupe les régulateurs nationaux, ne sont assez précis pour imposer des lignes claires aux opérateurs. C'est donc aux régulateurs nationaux, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) en France, d'interpréter les textes pour les faire appliquer.

RÉGULATEUR

L'ensemble du dispositif repose sur le travail des régulateurs nationaux. Ce sont des régulateurs économiques, sectoriels, focalisés sur le marché des télécoms. Or le champ économique des atteintes à la neutralité du Net déborde, par définition, le domaine des télécoms. C'est le fait d'utiliser le réseau (télécom, donc) pour favoriser un service disponible en ligne (non télécom, donc). Par exemple, favoriser une offre de presse généraliste en ligne, en utilisant sa position d'opérateur du réseau.

Si ce favoritisme se fait en modifiant le fonctionnement technique du réseau, c'est une atteinte à la neutralité du Net, et elle relève des compétences de l'Arcep. S'il se fait par des moyens commerciaux et contractuels, il relève à la fois des compétences de l'Arcep et du secteur commercial traditionnel (concurrence, répression des fraudes, etc.).

Le régulateur économique sectoriel se retrouve donc en charge d'une régulation de pouvoir. Or ce régulateur n'est « pas » un contre-pouvoir. Il n'a ni les outils ni la structure d'un contre-pouvoir, au sens traditionnel des équilibres de pouvoir.

Aux États-Unis, la neutralité du Net était protégée par un texte de la Federal Communications Commission, l'agence fédérale en charge de la régulation sectorielle. L'administration Trump a préféré revenir à une absence de régulation, comptant sans doute sur la main invisible du dieu-marché. Cela revient à supposer que les grandes plateformes sont assez puissantes pour en imposer aux opérateurs et permettre à un équilibre d'apparaître. L'utilisateur final va exiger l'accès à ces grands services, et une bonne qualité de cet accès. C'est en tout cas la garantie qu'une grande plateforme ne peut plus émerger sans une alliance avec les quelques grands opérateurs en place. Ce nouvel entrant représentant un contre-pouvoir, les anciens ne le laisseront pas prendre la place. C'est également supposer que le citoyen-internaute a la puissance nécessaire pour résister. C'est un choix de société : l'équilibre se fera entre entités puissantes, qui chercheront à se nuire, ou à former de grands

conglomérats impossibles à atteindre pour les utilisateurs, les petits acteurs, voire les pouvoirs en place. C'est le choix d'une société qui se régule par la violence des rapports.

En France, l'exécutif est régulièrement tenté par deux démons. Le premier est de vouloir disposer d'un commissaire du gouvernement au sein de l'Arcep, pour surveiller les processus de décision du régulateur, et probablement intervenir dans ces décisions. C'est décider que ce contre-pouvoir mis face aux opérateurs sera fortement rattaché à l'exécutif, étroitement surveillé. Le contraire même de ce que disent les textes européens sur l'indépendance de l'autorité nationale de régulation des télécoms. La seconde tentation est de viser un rapprochement entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et l'Arcep. Le CSA est très particulier : ce n'est pas seulement un régulateur économique, c'est surtout un régulateur du « contenu » des chaînes de télévision et de radio. Son activité la plus visible politiquement et médiatiquement porte sur le contenu : le décompte du temps de parole des politiciens en campagne à la télévision, la sanction des débordements, ou le contrôle de la quantité de contenu francophone à la radio. Le produit de ce mélange étrange de la carpe et du lapin serait un régulateur économique qui est habitué à se mêler de définir les contenus acceptables sur l'outil principal de communication entre les citoyens.

129

Analysés en termes de pouvoir, le CSA et l'Arcep ont des positionnements différents. Le CSA fait une police de la pensée et du droit de s'exprimer. Il veille à ce que toutes les idées acceptables puissent s'exprimer et à ce que les idées inacceptables soient tuées. Il exerce ce contrôle avec une justification essentielle : les fréquences de diffusion de la télévision hertzienne sont rares ; il y a donc peu de chaînes ; il faut que ces chaînes représentent sensiblement le même équilibre que la société ; il faut contrôler cette ressource rare. La volonté de rapprocher le CSA et l'Arcep s'inscrit donc dans la volonté de long terme d'exercer un contrôle politique de ce qui se dit sur internet, qu'on trouve exprimée sous différentes formes depuis le milieu des années 1990.

Au niveau européen, les directives qui régissent l'existence des régulateurs nationaux et qui en garantissent l'indépendance sont remises en cause par les institutions européennes qui souhaitent accorder à la Commission européenne une place importante dans le processus décisionnel². Cette

2. Le « paquet télécom », un ensemble de textes visant à réformer le secteur des télécoms, est, à l'automne 2017, en discussion au niveau européen. Parmi les textes proposés par la Commission, le projet de règlement 2016 / 0286 (COD) a pour objectif de réviser le statut de l'ORECE.

remise en cause porte essentiellement sur l'indépendance de l'ORECE, et donc en germe sur celle des régulateurs de chaque État membre – pas encore sur le fait d'en venir à de la régulation de contenu.

LA VOITURE

Le dernier argument à la mode, depuis l'été 2016, avancé par les opérateurs pour expliquer que la neutralité du Net n'est pas une bonne chose: c'est la voiture connectée. Oui, le rapport est très indirect. L'idée est que, si la future voiture connectée n'est pas connectée en permanence à un réseau très disponible, elle va probablement exploser sur les routes. Tous les constructeurs automobiles disent le contraire. Une voiture connectée doit fonctionner quand elle perd le réseau. Ses routines de sécurité ne doivent s'appuyer sur rien d'autre qu'elle-même. Tout
130 comme ses freins doivent fonctionner si l'ordinateur de bord cesse de répondre. Un véhicule qui met la vie de ses passagers en danger chaque fois qu'il perd le réseau ne sera jamais considéré comme assez sûr pour être commercialisé. Cela fait partie des premières choses qu'on apprend quand on réalise l'électronique de bord d'un système embarqué: gérer l'absence du réseau, temporaire ou définitive.

De manière plus globale, l'internet des objets est mis en avant, plus ou moins sur le même thème. Or il pose assez peu de questions en matière de neutralité du Net. Les objets qui émettent des données sont, là encore, conçus pour être en mesure d'utiliser un réseau parfois indisponible, parfois lent. Exactement comme un smartphone. Par ailleurs, bon nombre de ces objets utiliseront des connexions de proximité, soit le wi-fi, soit le Bluetooth, ne venant pas saturer les réseaux radio de la téléphonie mobile. Il ne reste donc que le volume des données. Quel que soit le réseau utilisé, tout ça fera circuler des données. En petite quantité cependant, car, un capteur connecté, ça ne transporte pas des flux vidéo en haute définition.

L'argument de la croissance du volume de données transporté, lui, est ancien. Il était déjà mis en avant en... 2008. Les opérateurs expliquaient que, sans atteintes franches et massives à la neutralité du Net, ce dernier courrait vers un avenir catastrophique et certain. L'idée est simple. L'utilisation du réseau croît très vite, en volume. Donc le réseau va saturer bientôt. Donc, en gérant finement la rareté de la bande passante, on pourra continuer à utiliser le réseau, au lieu qu'il devienne un gigantesque embouteillage à données. C'est l'échelle de temps qui pose problème. On observe depuis le milieu des années 1980

des taux de croissance élevés sur le réseau, en fixe ou en mobile, selon les périodes. Des taux de croissance potentiels de 30 % à 70 % par an. Sitôt qu'un réseau est encombré à 85-90 %, on observe des phénomènes de congestion, des embouteillages. Une gestion très fine et très stricte des priorités sur le trafic permet d'atteindre un taux de 95 %, voire de 98 % pour les systèmes les plus complexes. Or ce passage de 85 % à 95 % ne prend que quelques semaines ou quelques mois. La saturation arrivera. Si on accepte les pires infractions à la neutralité du Net pour éviter la saturation, on gagne à peine un trimestre.

Il n'y a que deux méthodes pour gérer la congestion : l'investissement, ou la décroissance. Regardons l'investissement : déployer une nouvelle infrastructure, ayant la bonne capacité. Quand il s'agit de le faire le long d'un axe important (un morceau du réseau qui sert pour un opérateur à relier les grandes villes entre elles, l'épine dorsale de son réseau, son *backbone*, en jargon), c'est un investissement ponctuellement coûteux, mais faible quand il est rapporté au nombre d'abonnés. Le *backbone* des grands opérateurs, son amortissement et son entretien, représente quelques centimes par abonné et par mois. C'est un budget qui s'exprime en millions, dans un marché qui s'exprime en milliards. Ce n'est pas une question économique structurante. Quand il s'agit de le faire sur le dernier kilomètre uniquement, la question est beaucoup plus épineuse. Le passage de l'ADSL à la fibre, c'est une autre affaire. On parle là d'investissements très élevés. Mais à la rentabilité certaine. Le raccordement au réseau numérique d'un logement, c'est comme son raccordement au réseau d'eau, on est certain que ce sera utilisé. Il s'agit d'un enjeu économique majeur, d'un vrai investissement industriel. Mais les sommes en jeu ne sont pas du tout celles dont il est question dans les discussions entre opérateurs de services et opérateurs de réseaux.

La seconde méthode, c'est de chercher à dissuader les usages, de chercher la décroissance. S'il est impossible d'ajouter de la capacité radio au réseau mobile sur une zone donnée, par exemple, les gens seront incités à utiliser le wi-fi de la maison quand ils ont besoin de transporter de gros volumes de données. On incite à la décroissance du trafic sur la partie du réseau qu'il est trop compliqué de re-dimensionner. C'est d'ailleurs une exception à la neutralité des réseaux qui est admise par les textes : quand une congestion du réseau ne peut pas être résolue par une augmentation de la capacité, une priorisation peut avoir lieu, si elle est non discriminante.

LA RÉGULATION PAR LA DATA

Il existe aussi un rapport asymétrique entre l'opérateur et l'utilisateur du réseau en matière de surveillance. L'opérateur est en position de surveiller tout ce qui se passe sur son réseau, de savoir quel utilisateur communique avec quel autre, qui consulte quel contenu, qui utilise quel outil, quand, avec quel terminal, etc. Ce pouvoir est à peine diminué par l'utilisation d'outils de chiffrement. Savoir que j'ai accédé au site internet de la revue *Pouvoirs*, de manière chiffrée, ça ne fait disparaître que le titre exact de la page que je suis allé lire. Le reste, l'information disant que j'ai consulté ce site, quand, combien de pages j'ai regardées, est disponible à mon fournisseur d'accès à internet, et à tout opérateur qui se trouve sur le chemin entre moi et le site consulté. Ce pouvoir de surveillance est un peu plus faible quand des outils d'anonymisation comme Tor sont utilisés. L'opérateur sait alors que j'ai consulté quelque chose sur internet, mais il ne sait pas quoi. Il sait combien de pages j'ai vues, mais il ne sait pas si elles sont sur le même site ou sur différents sites. Cette surveillance est actuellement sous-régulée : elle est à peine définie, et ses limites sont souvent floues, les États voulant utiliser à leur profit cette capacité de surveillance, idéalement sans contre-pouvoir.

L'initiative « RespectMyNet », lancée en 2012 par La Quadrature du Net et d'autres associations en Europe, visait à collecter, dans toute l'Europe, des informations auprès des utilisateurs finals³ sur les atteintes à la neutralité du Net. Une tentative, en quelque sorte, d'inverser le rapport de surveillance. Le principal résultat a été de documenter les atteintes à la neutralité des réseaux par les opérateurs, qui – on s'en doute – ne correspondaient pas à leurs déclarations dans le débat législatif européen.

L'Arcep étudie la mise en place d'un outil offrant les mêmes fonctionnalités, à savoir collecter des informations sur les atteintes à la neutralité du Net. Détecter les infractions, c'est la première étape pour un pouvoir « judiciaire ». L'outil voulu par l'Arcep est cependant plus ambitieux et plus complexe. L'objectif est de collecter des données et de les publier pour afficher un état des lieux de la neutralité du Net, ainsi que de la qualité des réseaux. Voire de pouvoir utiliser des relevés faits par cet

3. Dans le tout petit monde français des télécoms, on dit « utilisateurs finals ». Les deux orthographes, finals et finaux, sont admises par l'Académie. Utiliser la forme « finals » est devenu un marqueur. Ne pas le faire, ou pis encore s'étonner de son usage, c'est à coup sûr passer pour un débutant auprès de tous. Une des formes les plus coquettes, et les plus visibles, de l'entre-soi des élites.

outil pour caractériser les atteintes à la neutralité, en vue de lancer des procédures de sanction. La question de la force probante des relevés de cet outil reste cependant importante.

Les mesures utiles sont complexes et susceptibles de porter atteinte au secret des correspondances privées ou des communications. Les rapports de l'outil contiendront nécessairement des données personnelles sur l'utilisateur et sur l'usage qu'il fait d'internet. Par ailleurs, les techniques sur le réseau changent vite, et les techniques pour porter atteinte à la neutralité du Net également. L'Arcep et l'ORECE n'ont pas les moyens de suivre un tel développement et d'assurer des mises à jour régulières. D'autant qu'il faut que ce soit utilisable sur tous les terminaux : la neutralité du Net ne peut être réservée aux utilisateurs d'Android, par exemple. Il faut que l'outil soit disponible sur les infrastructures de diffusion des applications des grands groupes (« Apple Store », « Google Play », etc.) mais ne doit pas en dépendre : l'Arcep ne peut pas raisonnablement imposer aux gens d'avoir un compte Google ou Apple. Par conséquent, la meilleure piste est que l'outil soit un logiciel libre, entretenu en grande part par la communauté et dont le régulateur encadre l'usage et la diffusion vers les grandes plateformes. C'est une garantie apportée aux utilisateurs sur l'usage qui est fait de leurs données, et c'est la possibilité d'une évolution dans tous les environnements (quels que soient le terminal, les logiciels et systèmes installés dessus, y compris les plus exotiques).

133

On peut, naïvement, croire qu'un logiciel libre, donc librement modifiable, pose plus de difficultés en vue d'apporter une preuve. Il n'en est rien. Quand bien même le logiciel serait entièrement fermé, quand un rapport est émis vers le régulateur pour être analysé et archivé, comment prouver qu'il vient bien d'une version légitime du logiciel, et pas d'un faux ? La question reste, techniquement, exactement la même.

La solution n'est pas technique. Elle est juridique. Et elle est connue depuis longtemps. Quand il n'y a pas d'outil technique dont le relevé soit indiscutable, il reste l'agent assermenté. La charge de la preuve est alors inversée. Un officier de police judiciaire qui déclare, c'est une preuve, sauf à démontrer que la déclaration est entachée d'une erreur. On peut imaginer ici un mécanisme similaire : un agent du régulateur qui, sur la base de relevés, déclare que ces relevés sont sincères, conformes à la réalité, et constituent l'indice fiable d'un problème sur le réseau. Le problème de la force probante n'est pas un problème technique, c'est un problème juridique et organisationnel.

L'autre branche de la régulation par la *data*, qui ne relève pas de la neutralité du Net, consiste à rendre publique toute une somme

d'informations sur l'état des réseaux. Cartes de couverture des zones, et données relevées permettant de les établir. Disponibilité des infrastructures qui peuvent être mises en commun entre les opérateurs, emplacement géographique, capacité utilisée ou disponible. Pour chaque logement, ou zone géographique, liste des opérateurs ayant raccordé le logement, technologie utilisée, qualité du raccordement, etc. Cet élément-là relève plus de l'aménagement du territoire, une sorte de cadastre des infrastructures, de leur état, de leur utilisation. Les données disponibles permettent à la société civile de construire des modèles, de produire de l'information, qui peut à son tour venir enrichir le modèle de prise de décision du régulateur. On est là dans le rôle qui doit être celui d'une bonne administration, pas dans un rôle de régulation du marché ou de contre-pouvoir.

134

LA RÉGULATION DE LA *DATA*

Qui a le contrôle sur ce qui se passe ? Il est complexe de donner une réponse s'agissant des données. Cette question est pourtant centrale.

Tout le monde a pu faire cette expérience dans son salon, du temps où le lecteur de DVD était encore la manière ordinaire de regarder un contenu audiovisuel. On prend la galette en plastique sur les étagères du salon, on la place dans le lecteur, la projection commence. Et la projection commence par un certain nombre de contenus que l'utilisateur final n'a pas choisis : le jingle de la maison d'édition, une publicité, une bande-annonce, puis enfin le menu du DVD. Impatient, on appuie sur « Menu », et le lecteur de DVD répond à l'écran d'un signe « Interdit ».

Une machine indique qu'une action est impossible. Mais ce qui est intéressant ici, c'est qu'il n'y a pas de fondement technique : techniquement, il est possible d'interrompre ce contenu pour passer directement au menu. Ce n'est pas non plus une consigne de sécurité, comme le four à micro-ondes qui ne se met pas en marche quand la porte est ouverte – personne n'est en danger. Ce n'est pas, encore, une consigne choisie par l'utilisateur, comme le contrôle parental qui empêche une action pour les enfants. Non, c'est une consigne, choisie par l'éditeur, inscrite sur le disque, et que le lecteur va appliquer « contre » le choix de l'utilisateur final. C'est donc le choix des industriels (l'éditeur du disque et le fabricant du lecteur) contre le choix de l'utilisateur final.

Cet exemple permet de poser des questions intéressantes, qui se retrouvent également dans le domaine de la *data*, où elles sont simplement moins immédiatement visibles. Les industriels ont fait le choix de

contrecarrer la volonté de l'utilisateur final parce qu'ils en ont le pouvoir. De quel droit ? Avec quel contre-pouvoir ? Cet objet, posé dans le salon de la famille, répond aux souhaits des industriels, souhaits considérés comme prioritaires par rapport à ceux de l'utilisateur. Qui en est donc propriétaire ? L'utilisateur ou les industriels ? La structure de l'ensemble est celle d'un comportement d'adultes vis-à-vis d'un enfant : les industriels décident d'empêcher l'utilisateur, pour l'éduquer, pour l'endocliner, pour le guider. C'est infantilisant, et ce n'est pas un hasard.

À chaque fois qu'un objet connecté, une application ou un site internet collectent des données personnelles, on peut poser exactement les mêmes questions. Où sont ces données, qui en a le contrôle, à quoi sont-elles utilisées, quel consentement est fourni par l'utilisateur, pouvait-il ne pas consentir, peut-il détruire les données, peut-il s'en resservir pour autre chose... ? Et une fois qu'elles ont été transmises : à qui, selon quelle méthode, quel contrôle l'utilisateur a-t-il sur ce nouvel exemplaire ? Lorsqu'elles ont été traitées, et que des données dérivées ont été produites, les mêmes questions se posent.

135

L'objet connecté, qui génère et collecte des données, les envoie sur les serveurs du fournisseur. Peut-il les envoyer ailleurs, par exemple sur un serveur sous contrôle de l'utilisateur final ? La collecte des données est-elle un service annexe proposé par le fournisseur (et que l'utilisateur peut ne pas utiliser) ou est-ce un service intimement lié à l'objet ? Si l'utilisateur ne choisit pas où vont les données, ni la nature des données produites, est-il propriétaire de l'objet, ou seulement utilisateur ? La question de la propriété se posera également ainsi : si le constructeur met la clé sous la porte, ou simplement cesse de fournir le service, l'objet, devenu obsolète, sera-t-il remboursé ?

On peut réfléchir, on doit réfléchir sur ces sujets. On peut se placer sous un angle économique, il est porteur. Mais il faut aussi envisager tout cela dans le cadre du bon développement de la société. Quand l'utilisateur est dépossédé, quand il perd le contrôle, il est infantilisé. On favorise une société de citoyens-enfants, qui n'ont plus à assumer les conséquences de leurs actes et sont en permanence en situation de s'en remettre à une tierce partie, dont on ne peut qu'espérer qu'elle est bienveillante et protectrice, puisque l'on n'est plus en mesure de comprendre et de décider.

Sommes-nous encore adultes dans le monde du *big data* ?

LA CIRCULATION DE L'INFORMATION

On décrit souvent la donnée comme le « pétrole du XXI^e siècle ». Veiller au bon écoulement des données, contrôler le fonctionnement des réseaux, savoir s'ils sont utilisés pour favoriser ou empêcher certains comportements, c'est un enjeu de pouvoir majeur dans l'économie du XXI^e siècle, et c'est un enjeu majeur de fonctionnement de nos sociétés. En manipulant le comportement des individus, on manipule l'ensemble de la société, et qu'on le fasse pour assurer la rentabilité du prochain trimestre, sans pensée machiavélique, n'enlève rien au risque sociétal que cela induit, et qui n'est pas porté par les acteurs concernés.

136 Ces manipulations, même si elles sont faites sans arrière-pensées, contiennent l'enjeu même de la politique : définir la société. Le fait que ce choix soit opéré sans conscience, avec des objectifs autres, par des acteurs qui en ont le pouvoir (économique) mais pas la compétence (juridique et sociale), c'est la définition même de la démission de la politique.

R É S U M É

Souvent traitée sous l'angle économique, la question de la neutralité du Net est, en fait, une question de pouvoir. Plus spécifiquement, c'est une question d'équilibre des pouvoirs, et de contre-pouvoirs, dans une société où certains acteurs du numérique deviennent puissants. Le rapport entre les intermédiaires techniques puissants et les utilisateurs interroge le modèle de société que nous souhaitons. La neutralité du Net, telle qu'elle est protégée par les textes européens, est un élément clé de ce débat.