

Syndicat de l'Edition Vidéo Numérique

Contribution à la consultation publique relative à la Neutralité du Net

L'organisation soussignée est un syndicat professionnel représentant les intérêts généraux de la profession des éditeurs vidéo d'œuvres audiovisuelles sur supports et en ligne.

Les observations ci-après constituent une réponse à la consultation publique que l'ARCEP a lancée sur des points susceptibles de concerner directement cette profession.

La neutralité de l'internet et des réseaux constitue une notion dont l'architecture est de nature à jouer un rôle déterminant.

Nombre des réflexions contenues dans le document intitulé « Eléments de réflexion et premières orientations sur la neutralité de l'internet et des réseaux » ne seront pas évoquées ci-dessous parce qu'elles apparaissent clairement justifiées.

D'autres incitent à une vigilance particulière pour éviter que de bonnes intentions ne génèrent de mauvaises solutions.

Il est vrai que l'exercice est difficile dans un domaine où la sémantique recouvre des concepts souvent dont le moins que l'on puisse dire est qu'ils ne sont pas finis. La définition même de la neutralité par Tim Wu n'est pas sans rappeler, en écho, celle de l'égalité selon Aristote.

Cependant l'effort fait pour passer d'un univers de neutralité dont le principe repose pour l'essentiel sur des règles non écrites à des principes de régulation écrits est bienvenu.

La coexistence d'une réflexion au niveau national et au niveau supra national s'avère une opportunité. Chacun a pu constater le temps considérable que nécessite l'élaboration de la norme supra nationale, paradoxe peu compatible avec le temps des réseaux numériques.

Si l'on ne peut que souscrire à l'invitation à « tenir compte de l'ensemble des règles de droit en tant qu'elles s'appliquent à l'internet, mais encore de certaines déclinaisons spécifiques du droit à l'univers de l'internet », l'examen de la partie III.b.2 qui lui est consacrée ne rassure guère sur ce point.

La question première reste celle de hiérarchie des normes et de l'aménagement de leur coexistence.

Il n'est pas souhaitable de créer un droit spécial qui se positionnerait au dessus du droit commun et des principes généraux. L'architecture d'une régulation de la neutralité ne peut viser qu'à compléter le droit positif en consacrant l'état de droit au sein des réseaux et non à créer un espace que l'état de droit ne pourrait pénétrer que sous conditions nouvelles.

Au moment de la rédaction de la présente note, un journal cite l'autorité publique ayant initié le débat national sur la neutralité des réseaux qui, consécutivement à des informations parues sur

un site internet, précise que « *Elle (la presse en ligne) ne doit pas bénéficier d'un statut particulier. Il faut qu'elle réponde aux mêmes règles que la presse traditionnelle* » (Mme la Secrétaire d'Etat chargée de la Prospective et du Développement de l'économie numérique. Le Figaro. Mardi 13 juillet 2010 p.4).

Il n'existe pas de motifs objectifs qui rendraient cette observation formulée à propos du droit de la presse non pertinente pour les autres domaines du droit.

Par ailleurs, la réflexion sur le sujet ne peut demeurer abstraite au point de risquer de générer un corpus étranger à l'univers auquel il est censé s'appliquer. Ainsi, s'il faut tirer les conséquences de « l'explosion des flux vidéo » véhiculés par les réseaux (p.13), comment le faire sans tenir compte des caractéristiques de ces flux telles que connues à ce jour ? De même, doit-on s'interroger sur les contenus qui seront échangés dans la perspective annoncée d'une hausse du trafic de données de 131% entre 2010 et 2013 ?

A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler certain faits établis dans des conditions incontestables et dont il convient de tenir compte.

Il en est ainsi de l'utilisation qui est faite de la bande passante. Dans un rapport remis le 18 janvier 2008 dans le cadre d'une instruction judiciaire visant une affaire de référence en matière de P2P, Monsieur Philippe AYMAR, expert près la Cour d'Appel de Paris, relevait que le « trafic P2P représente selon l'heure du jour, entre 30% et 70% du trafic total de l'internet ... » trafic à peu près réparti entre les deux réseaux BitTorrent et Edonkey 2000 (Emule). Une étude Ipoque réalisée en Allemagne montrait à la même époque que parmi le trafic P2P, 34,53% correspondaient à des films et des œuvres audiovisuelles.

S'agissant du logiciel eMule, l'expert relevait une dominance de trafic illicite sur ce réseau qui ressortait d'un consensus de diverses études (Rapport OCDE, Big Champagn , Credoc, Ipoque) et qui était cohérente avec les volumétries constatées (eMule représentait 3 fois plus de transferts de données que Youtube et Dailymotion réunis) à ce moment là.

Dans ce cadre, nombre de « consommateurs » ont joué un rôle de PSI dont l'importance dans la propagation de fichiers d'œuvres contrefaites a été plus que substantielle.

Est-il normal que les réflexions sur l'utilisation du P2P au détriment de la propriété intellectuelle doivent émaner du judiciaire ?

Ne serait-il donc pas possible d'aller au devant d'initiatives objectives et utiles mais ponctuelles et dépendantes de l'aléa judiciaire et conférer à la réflexion sur l'explosion des flux vidéo une dimension de transparence concrète, par exemple quant au rôle des technologies de Direct Download et de Streaming dans « l'explosion des flux vidéo », en faisant la part du licite et de l'illicite ?

La réflexion sur l'accès à internet appelle la même réserve méthodologique que le reste du document.

Les principes énoncés dans les orientations suggérées apparaissent reposer a minima sur une autonomie de ceux-ci par rapport au reste du droit positif, voire sur l'établissement d'une hiérarchie entre eux.

Or l'architecture de la neutralité ne peut se construire ni en marge, ni au dessus du droit positif. Ce positionnement explique sans doute les développements qui sont consacrés à ce point. Ainsi est-il écrit : " *On doit toutefois souligner que l'utilisateur final ne peut se prévaloir d'un droit à envoyer ou recevoir des contenus (ou utiliser à cette fin des services, applications, matériels ou programmes) qui, dans le cadre d'une procédure prévue par la loi, ont été qualifiés d'illégaux par l'autorité judiciaire ou administrative compétente.* ".

L'observation reste pour le moins contestable dès lors qu'elle permet à l'utilisateur de considérer qu'il peut se prévaloir d'un droit à envoyer ou recevoir des contenus qu'il sait lui-même illicites aussi longtemps d'une part qu'il n'aura pas été détecté, d'autre part qu'il n'aura pas été jugé coupable par une décision de justice définitive.

Le fait que « *Le FAI, pour sa part, n'a pas, de sa propre initiative, à assurer le contrôle de la légalité des usages de l'internet* » mais *qu'en revanche, le FAI, sur requête des personnes et autorités compétentes, doit mettre en œuvre les mesures prévues par la loi (concernant, par exemple, l'intégrité des réseaux, la protection des données personnelles, la lutte contre la pédopornographie ou la protection de la propriété intellectuelle)* relève déjà du droit positif.

L'orientation concernant l'encadrement des mécanismes de gestion de trafic appelle des remarques du même ordre.

Subordonner ces mécanismes aux principes généraux de pertinence, proportionnalité, efficacité, transparence et non discrimination est séduisant.

Cette orientation ne doit cependant pas conduire à rendre l'élaboration de ces mécanismes, et surtout leur mise en œuvre, quasi impossible ou en réduire l'efficacité au symbole. A titre d'exemple, le critère de l'efficacité risque de se prêter en amont même de la mise en œuvre à des discussions stériles, souvent idéologiques plus que techniques et reposant sur des supputations.

L'inclusion dans le critère de pertinence de la motivation tendant à « *se conformer à des obligations réglementaires ou juridictionnelles* » est révélatrice d'un positionnement normatif des règles en construction peu compatible avec l'état de droit. De telles décisions n'ont pas vocation à faire l'objet d'une appréciation dans le cadre des mesures de gestion du trafic : elles peuvent voir cet objet, elles doivent être librement prises et doivent être respectées et exécutées. A cet égard, l'affirmation selon laquelle « *en aucun cas, elles ne peuvent consister en une interdiction ou un blocage d'application ou de protocole (y compris de voix sur IP, pair à pair, "streaming")* » apparaît manifestement excessive : le juge, protecteur de libertés, doit pouvoir prononcer toute mesure lui apparaissant justifiée dans telle circonstance sans se heurter à une prohibition générale et abstraite.

Il s'agit simplement de conserver une portée à l'affirmation bienvenue selon laquelle « *les activités sur l'internet doivent bien évidemment respecter les dispositions des différentes branches du droit applicable* » (b.2 p.44).

Les observations contenues dans la sous section « Neutralité et contenus » s'agissant des « Autres dimensions de la neutralité » confirment l'utilité des remarques qui précèdent.

La sauvegarde de l'application du droit commun doit rester une priorité, sans que l'architecture des règles à venir sur la neutralité puisse avoir pour effet d'en réduire l'efficacité.

Les dispositifs spécifiques aux réseaux de communications électroniques à l'internet n'ont pas nécessairement vocation à être limités aux seules hypothèses où le législateur a déjà dû intervenir : lutte contre la pédopornographie, sites de jeux en ligne, protection de la propriété intellectuelle.

La propriété intellectuelle a au demeurant servi bien involontairement de révélateur de pratiques pouvant s'avérer dangereuses pour le citoyen bien au-delà de la problématique de la protection des droits exclusifs.

Entreprise pour tenter de démontrer l'inanité prêtée par ses adversaires à la loi « Internet et Création », la démonstration-promotion de dispositif de nature à permettre l'usurpation d'une adresse IP d'un tiers apparaissant comme responsable et le brouillage des pistes remontant à l'usurpateur ne constituait pas en vérité un sujet en relation avec la propriété intellectuelle, mais

un défi à l'état de droit dont les victimes pourraient se plaindre demain du fait d'escroquerie ou autre infractions pénales commises en ligne.

Si un cadre juridique strict est à l'évidence justifié s'agissant de toute mesure susceptible de limiter les libertés, l'appréciation de ces risques et les décisions qu'elles induisent doivent continuer à relever de la compétence des autorités qui en ont la charge. Le droit des données personnelles a été agité comme repoussoir des dispositions des lois de 2009 ayant créé la HADOPI. Il est désormais acquis qu'après examen approfondi des dossiers des ayants droit, et dans le sillage de l'appréciation faite par le Conseil Constitutionnel de l'équilibre recherché entre les droits fondamentaux en cause, la CNIL a donné toutes les autorisations qui étaient sollicitées.

De même, ce n'est pas l'usage en soi d'une technologie utilisée aux fins de préserver l'état de droit qui peut être mise en cause, mais plutôt les conditions particulières de son utilisation.

Dès avant de basculer dans le présent siècle, les hommes ont eu recours au flair du chien pour permettre au garde champêtre de repérer le gibier braconné au fond d'un sac sans qu'il ait à l'ouvrir, ou encore au douanier de détecter la drogue cachée à l'intérieur d'une valise fermée. Le bon sens et la mesure ont droit de cité dans le monde numérique.

(13 juillet 2010)