

# De la neutralité des réseaux à celle des prestataires de services de partage de données

Par Jean-Yves OLLIER  
Conseiller d'État

La neutralité du Net impose aux fournisseurs d'accès d'assurer une stricte égalité de traitement dans l'acheminement des contenus, quels que soient l'expéditeur, l'application, le service ou le terminal utilisés. Cette règle de fonctionnement du réseau est l'une des garanties du caractère ouvert et universel d'Internet. La constitution par les géants du numérique d'écosystèmes verticalement intégrés et cloisonnés dans la couche des usages pose la question de la pertinence de ce modèle pour définir les exigences de non-discrimination qui structureront la régulation économique des contrôleurs d'accès. En outre, la neutralité est mise en avant dans les propositions européennes sur la gouvernance des données pour faire émerger un modèle alternatif d'intermédiaire de confiance, et promouvoir le partage des données.

La neutralité d'Internet est une stricte exigence de non-discrimination imposée aux fournisseurs d'accès à internet (FAI) à l'égard des utilisateurs du réseau en ce qui concerne certaines conditions de cet accès. Elle vient limiter l'exercice des droits de propriété des premiers sur leurs infrastructures. Elle consiste à interdire, d'une part, les restrictions au droit des utilisateurs d'accéder aux contenus<sup>1</sup>, de les utiliser et de les fournir, d'autre part, les discriminations dans l'acheminement<sup>2</sup> (selon l'expéditeur, le destinataire, le contenu, les terminaux), sauf pour des raisons justifiées par la gestion du trafic, la protection des utilisateurs ou le respect de la loi.

Cette règle a été énoncée aux États-Unis par des décisions du régulateur, et établie par la loi dans les pays de l'Union européenne et dans quelques autres<sup>3</sup>. Elle découle de l'un des principes fondateurs d'Internet, celui d'une architecture de bout en bout (*end-to-end*), selon lequel le rôle du réseau est de servir d'intermédiaire passif entre des terminaux et des applications actifs, situés à ses extrémités. Elle codifie une organisation du marché dans laquelle les internautes décident de leurs relations avec les fournisseurs de contenus et de services sans interférence des FAI. Elle contribue à garantir qu'Internet soit exploité comme un bien commun, universellement accessible, quel que soit le régime de propriété des réseaux qui le constituent.

La constitution par les plateformes dominantes d'écosystèmes verticalement intégrés et cloisonnés, qui limitent le choix des contenus que les internautes peuvent consulter ou publier, pose la question de l'extension de règles analogues à certaines de leurs fonctions. En outre, l'exigence de neutralité est mise en avant dans les propositions de la

<sup>1</sup> Informations, applications et services.

<sup>2</sup> C'est-à-dire la fonction des réseaux de communications électroniques consistant à transmettre des signaux.

<sup>3</sup> Notamment le Chili (2010), Israël (2011), l'Argentine et le Brésil (2014).



William Russel Birch, *Market Street ferry, Views of Philadelphia, 1774* (Source : D. R.).

Commission européenne sur la gouvernance des données pour faire émerger un modèle alternatif d'intermédiaire de confiance, et promouvoir le partage des données. Cet article envisage la question de la pertinence de cette analogie dans le champ de la régulation économique des plateformes et de l'accès aux données<sup>4</sup>.

## LA NEUTRALITÉ DU NET : CHOIX DE RÉGULATION AUX ÉTATS-UNIS, PRINCIPE INSCRIT DANS LES TEXTES DANS L'UNION EUROPÉENNE

La vigueur du débat sur la neutralité du Net aux États-Unis s'explique par la position concurrentielle des principaux FAI sur le marché de l'accès fixe à haut débit, que ne vient pas compenser un dispositif de dégroupage<sup>5</sup>. Le principe y a été conceptualisé par Tim Wu en 2003, et mis en œuvre par la FCC entre 2005 et 2018. Il est l'otage de la classification des FAI entre les différentes catégories de services, qui est modifiée au gré des changements de majorité au sein de la FCC.

Le vif intérêt qu'il suscite dans l'opinion publique<sup>6</sup>, difficile à imaginer de ce côté-ci de l'Atlantique, a contribué à alimenter les réflexions sur la régulation des plateformes numériques.

<sup>4</sup> En complément de celui de Winston Maxwell sur l'encadrement des systèmes de modération des réseaux sociaux.

<sup>5</sup> AT&T et Verizon, qui sont issus de la reconcentration des opérateurs de téléphonie fixe, et les câblo-opérateurs Comcast et Charter. Ces derniers disposent encore d'un monopole de l'accès au haut débit dans certaines parties du territoire.

<sup>6</sup> Avec plusieurs millions de commentaires auprès de la FCC, et une place importante dans la campagne présidentielle.

## Les péripéties de la neutralité du Net aux États-Unis

« La compétence de la Federal Communications Commission (FCC) pour réguler un fournisseur de services sur Internet dépend pour une large part de la question de savoir si la réglementation en cause traite ce fournisseur comme un aubergiste ou comme un passeur (*ferryman*) du XVIII<sup>e</sup> siècle » (Deacon, 2015).

La FCC a distingué à partir des années 1970 les services augmentés, qui permettent de traiter des données, des services de base de télécommunication relevant du régime de *common carrier*<sup>7</sup>, fixé par le titre II du “Communications Act” (1934). Le “Telecommunications Act” (1996) a codifié cette distinction en définissant, d’une part, des services de télécommunication, d’autre part, des services d’information<sup>8</sup>.

La FCC a classé les services de fourniture d’accès à haut débit parmi les services d’information (2002)<sup>9</sup>. Les FAI étant ainsi sortis du champ de la régulation des télécommunications, elle a décidé de les encadrer en se fondant sur les compétences très générales qu’elle tient du titre I<sup>er</sup> du “Communications Act”<sup>10</sup>, pour énoncer quatre principes qui sont l’acte fondateur de la neutralité du Net (août 2005)<sup>11</sup>, avant de les préciser dans l’“Open Internet Order” (décembre 2010)<sup>12</sup>. Mais la cour d’appel du district de Columbia a jugé que le titre I<sup>er</sup> ne lui donnait pas le pouvoir d’enjoindre à un FAI de modifier ses pratiques de gestion du trafic<sup>13</sup> (2010, Comcast Corp. V FCC), avant d’annuler les dispositions de l’“Open Internet Order” en considérant qu’elles ne pouvaient être imposées qu’à des *common carriers* (2014, Verizon Communications Inc. v. FCC).

La FCC a en conséquence décidé de requalifier les FAI comme *common carriers* dans un nouvel “Open Internet Order”, en avril 2015.

Dès sa prise de fonctions à la tête de la FCC en avril 2017, Ajit Pai a lancé le processus d’abrogation des règles de 2015 (“Restoring Internet Freedom Order” de juin 2018, qui désigne à nouveau les FAI comme services d’information)<sup>14</sup>.

Le président Joe Biden, qui avait fait campagne sur le rétablissement de la neutralité du Net, a remplacé Ajit Pai par Jessica Rosenworcel, confirmée par le Sénat en décembre 2021, mais la majorité de la commission ne basculera qu’après la nomination de la cinquième commissaire.

<sup>7</sup> Définis par le titre II comme « toute personne exerçant à titre onéreux, comme *common carrier*, une activité de communication interétatique ou avec l’étranger par fil ou par radio pour le compte d’autrui ».

<sup>8</sup> Les textes définissent des statuts mutuellement exclusifs, mais ne précisent pas quelle doit être la classification d’un service qui combine télécommunications et fourniture ou traitement d’information.

<sup>9</sup> La Cour suprême a jugé qu’elle avait compétence pour le faire, sans prendre parti sur cette classification (2005, National Cable & Telecommunication Association v. Brand X Internet Services).

<sup>10</sup> Pour prendre les règlements nécessaires à l’exécution de ses fonctions.

<sup>11</sup> Le droit pour les consommateurs d’accéder aux contenus de leur choix, de faire fonctionner les applications et services légaux de leur choix, de connecter les équipements légaux de leur choix sans porter atteinte au réseau, et de bénéficier de la concurrence entre opérateurs de réseaux et fournisseurs de services, d’applications et de contenu. Ces principes étaient posés sous réserve des mesures raisonnables de gestion du réseau.

<sup>12</sup> Qui ne s’appliquaient qu’à l’Internet fixe.

<sup>13</sup> Qui limitaient la capacité de ses utilisateurs à télécharger des contenus en utilisant un logiciel d’échange de pair à pair.

<sup>14</sup> Plusieurs États, comme la Californie et le Washington State, ont adopté des lois qui reprennent les règles de 2015. Un recours contre la loi californienne vient d’être rejeté par la cour d’appel du 9<sup>e</sup> circuit, qui a jugé qu’en reclassant les FAI parmi les services du titre I<sup>er</sup>, la FCC avait perdu la capacité d’imposer des règles aux États fédérés (28 janvier 2022, ACA Connects v. Bonta).

L'absence de règles laisse la porte ouverte aux pratiques de *zero rating* (tarifs nuls)<sup>15</sup>. En revanche, les cas de blocage ou de réduction du débit sont rares.

## La consolidation du principe de neutralité du Net en droit européen

L'Union européenne a inscrit le principe de neutralité du Net dans un règlement<sup>16</sup>, dont le champ d'application englobe les réseaux fixes et mobiles. Il ne fait pas obstacle à ce que les FAI prennent des mesures raisonnables de gestion du trafic, qui ne peuvent être fondées sur des considérations commerciales, ou proposent des services optimisés pour des contenus, applications ou services spécifiques, lorsque c'est objectivement nécessaire pour satisfaire à des exigences essentielles de qualité.

Les régulateurs nationaux ont défini au sein de leur organe européen commun, le BEREC<sup>17</sup>, des lignes directrices qui précisent leur interprétation de ces règles, en particulier en ce qui concerne les pratiques commerciales et les mesures de gestion du trafic. La Cour de justice a censuré les pratiques de *zero rating* lorsqu'elles étaient fondées sur des objectifs commerciaux (CJUE, 15 septembre 2020, Telenor, C-807/18 et C-39/19 ; 21 septembre 2021, Vodafone et Telekom Deutschland, C-854/19, C-5/20 et C-34/20).

Ces obligations ne s'appliquent pas aux accords de *peering* ou de transit entre opérateurs de communications électroniques, qui peuvent avoir des effets indirects sur le trafic en provenance de certains fournisseurs<sup>18</sup>.

## NEUTRALITÉ ET RÉGULATION ÉCONOMIQUE DES PLATEFORMES

L'idée que l'Internet ouvert implique l'extension d'une forme de neutralité au-delà des infrastructures de réseau, à certains services ou applications essentiels, en particulier aux systèmes d'exploitation des terminaux, a alimenté les propositions sur la régulation économique des plateformes.

### Les nuances du principe de neutralité, appliqué aux plateformes et aux terminaux

En France, le Conseil national du numérique a esquissé la définition d'un pendant de la neutralité d'Internet dans son rapport sur la neutralité des plateformes (2014), pour « garantir que le rôle de catalyseur d'innovation, de création, d'expression et d'échange d'Internet ne soit pas appauvri par des stratégies de développement aux effets d'enfermement ». Il proposait d'imposer aux plateformes incontournables une interdiction des discriminations injustifiées<sup>19</sup> dans les conditions d'accès et d'interopérabilité, un principe d'égal accès de leurs partenaires devenus concurrents<sup>20</sup> et un impératif de loyauté à

---

<sup>15</sup> Offres dans lesquelles le volume de données consommé par certaines applications (par exemple des services de *streaming* partenaires) n'est pas décompté du forfait de données du client final.

<sup>16</sup> Règlement 2015/2120 du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert. Comme dans les règlements de la FCC, le terme de « neutralité du Net » n'y est pas employé.

<sup>17</sup> Body of European Regulators for Electronic Communications.

<sup>18</sup> Cf. la décision n°12-D18 du 20 septembre 2012 de l'Autorité de la concurrence, qui a considéré que France Télécom pouvait demander à être rémunérée dans le cadre d'un accord de *peering* avec l'opérateur de transit Cogent pour l'ouverture de capacités supplémentaires d'interconnexion liée au trafic généré par les téléchargements de vidéos sur le site Megaupload.

<sup>19</sup> C'est-à-dire des discriminations qui ne seraient pas justifiées par des impératifs de protection des droits, de qualité du service ou par des raisons légitimes.

<sup>20</sup> S'agissant des espaces et services de référencement préférentiels et des conditions économiques d'accès.

l'égard des utilisateurs<sup>21</sup>. Il soulignait la nature hybride des plateformes, que certaines de leurs fonctions rapprochent des *utilities*<sup>22</sup> et d'autres des éditeurs, et les limites des analogies avec l'une ou l'autre catégorie.

Dans le même sens, le Conseil d'État, dans son étude sur le numérique et les droits fondamentaux (2014), relevait que la stricte obligation d'égalité de traitement des sites Internet imposée aux FAI par la neutralité du Net ne pouvait être transposée aux plateformes dont l'objet est de fournir un accès organisé, hiérarchisé ou personnalisé à certains contenus<sup>23</sup>. « Les plateformes n'ont pas une responsabilité analogue à celle des gestionnaires d'infrastructures d'un réseau qui doit être universellement accessible : elles peuvent, dans le cadre de leur liberté contractuelle, exercer une sélection des services proposés ». Toutefois, le droit de la concurrence, qui peut imposer à un opérateur de plateforme dominant de ne pas favoriser ses propres applications, tend « à garantir une certaine forme de neutralité », moins stricte que celle envisagée pour les FAI. En outre, en raison de leur fonction de conseil, la liberté éditoriale des moteurs de recherche n'est pas aussi complète que celle des sites auxquels ils renvoient. Le Conseil d'État proposait en conséquence, comme le Conseil national du numérique, d'appliquer à certaines plateformes une obligation de loyauté.

Dans son rapport de février 2018<sup>24</sup>, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep) a montré que le contrôle des terminaux<sup>25</sup> par un nombre réduit d'acteurs économiques pouvait restreindre la capacité des utilisateurs à accéder aux contenus et services sur Internet. Deux acteurs se partagent la quasi-totalité des systèmes d'exploitation des *smartphones*. L'approche intégrée d'Apple repose sur une maîtrise exclusive de ses terminaux, aussi bien dans la couche physique (iPhone, iPad) que dans la couche logicielle (iOS, App Store) et sur le contrôle de l'accès des fournisseurs de contenus et de services en contrepartie d'une commission. À l'inverse, le code *open source* d'Android (Google) facilite son intégration dans un maximum de terminaux. Mais Google multiplie les services intégrés, et les conditions imposées aux constructeurs pour y accéder drainent le trafic vers son moteur de recherche, qui alimente ses recettes publicitaires. L'Arcep relevait également que les magasins d'applications filtraient l'accès aux contenus sensibles selon des critères peu clairs et parfois surinterprétés<sup>26</sup>, et que leurs politiques de référencement pouvaient privilégier des services verticalement intégrés. Elle proposait d'étendre aux terminaux le principe de l'interdiction de restreindre le libre choix des contenus mis à disposition ou consommés en ligne.

## Les décisions de la Commission et l'arrêt Google shopping du tribunal de l'UE

La Commission européenne a condamné Google pour abus de position dominante à trois reprises, en ce qui concerne le traitement préférentiel de son comparateur de prix sur son moteur de recherche (Google shopping, 2017, amende de 2,4 Mds€<sup>27</sup> et obligation

<sup>21</sup> Sur les principes régissant le fonctionnement des algorithmes et sur l'utilisation de leurs données.

<sup>22</sup> Autre désignation des *common carriers*.

<sup>23</sup> Le rapport vise à cet égard les plateformes d'intermédiation – places de marché, moteurs de recherche, réseaux sociaux, plateformes de partage de contenus, agrégateurs de contenus et magasins d'applications –, catégorie qui n'englobe ni les systèmes d'exploitation des terminaux ni le *cloud*.

<sup>24</sup> Arcep (2018), « Les terminaux, maillons faibles de l'ouverture d'internet ».

<sup>25</sup> *Smartphones*, tablettes, assistants vocaux.

<sup>26</sup> Ainsi, l'App Store avait-t-il supprimé en 2015 l'accès aux podcasts de France Musique en raison de l'utilisation d'un nu de Manet (*Olympia*) pour illustrer une émission.

<sup>27</sup> Décision confirmée par le tribunal de l'UE le 10 novembre 2021, T-612/17.

d'accorder une égalité de traitement aux produits concurrents<sup>28</sup>), les ventes liées à Android et à son magasin d'applications (2018, amende de 4,34 Mds€<sup>29</sup>) et l'imposition aux utilisateurs de la plateforme d'intermédiation publicitaire AdSense de clauses d'exclusivité ou de priorité au bénéfice de ses publicités (amende de 1,49 Mds€ prononcée le 20 mars 2019).

Le tribunal de l'UE, dans son arrêt du 10 novembre 2021 sur la première affaire (T-612/17), a jugé que la mise en œuvre de certaines différences de traitement injustifiées par les opérateurs de l'Internet pouvait caractériser un abus de position dominante. Il a qualifié le moteur de recherche générale de Google d'« infrastructure » non effectivement remplaçable. Compte tenu de sa vocation universelle<sup>30</sup>, la promotion sur les pages de résultats générales de Google de ses propres résultats spécialisés par rapport à ceux de ses concurrents « revêt une certaine forme d'anormalité », qu'il appartient à l'entreprise de justifier au regard du droit de la concurrence. Le tribunal se réfère à titre surabondant au règlement sur la neutralité du Net, en relevant que « l'obligation légale de traitement non discriminatoire qui en résulte pour les fournisseurs d'accès à Internet sur le marché amont ne peuvent être ignorées dans l'analyse des pratiques d'un opérateur comme Google sur le marché aval, compte tenu de [sa] position ultra-dominante [...] sur le marché de la recherche générale » et de sa responsabilité particulière de ne pas porter atteinte à la concurrence (§§ 174 à 180).

## Les degrés de neutralité dans les exigences du DMA à l'égard des contrôleurs d'accès

La proposition de “Digital Markets Act” impose aux fournisseurs de services de plateformes essentiels<sup>31</sup> (SPE), ou contrôleurs d'accès, des exigences de non-discrimination inspirées de ces décisions, que l'on peut rapprocher des degrés de neutralité envisagée respectivement par les rapports du Conseil d'État et de l'Arcep pour les plateformes d'intermédiation et les terminaux. Sans employer le terme de neutralité<sup>32</sup>, son préambule souligne que les règles qu'il fixe ont pour objet d'« empêcher que le comportement des contrôleurs d'accès compromette les droits des utilisateurs finaux à accéder à un internet ouvert »<sup>33</sup>.

Certaines de ces règles concernent les fonctions d'intermédiation. Les entreprises utilisatrices doivent être libres de choisir le canal de promotion et de distribution le plus approprié pour interagir avec les clients qu'elles ont acquis par l'intermédiaire des SPE, le cas échéant à des prix ou à des conditions différents, comme les clients de choisir leurs offres et de conclure des contrats par le canal de leur choix (art. 5 § 1 b et c). Les contrôleurs d'accès ne doivent pas traiter leurs produits ou services plus favorablement dans leurs services de classement que ceux des tiers<sup>34</sup> (art. 6 § 1 d), ni préinstaller leurs applications ou services sans possibilité de les désinstaller (6 § 1 b), ou utiliser les données des clients des entreprises utilisatrices pour leur faire concurrence (art. 6 § 1 a).

---

<sup>28</sup> Que certains commentateurs ont qualifiée de *search neutrality*.

<sup>29</sup> Étaient en cause la vente liée de son moteur de recherche et de Google Chrome comme condition d'octroi de la licence *play store*, des paiements illégaux aux fabricants en contrepartie de la pré-installation exclusive de son moteur de recherche, et l'obstruction au développement de versions d'Android non approuvées par Google (*forks Android*).

<sup>30</sup> Dans la mesure où il est conçu pour indexer des résultats comprenant tous les contenus possibles.

<sup>31</sup> Cf. mon article sur les droits d'accès (pp. 120-128).

<sup>32</sup> Qui ne figure pas plus dans le règlement européen qui y est consacré que dans les décisions de la FCC.

<sup>33</sup> Considérant 51.

<sup>34</sup> Auxquels ils doivent appliquer des conditions équitables et non discriminatoires.



Des exigences plus strictes visent les fournisseurs dominants de terminaux et de systèmes d'exploitation. Ils ne peuvent restreindre techniquement le choix par les utilisateurs de leur FAI ou leur accès à certaines applications par des mesures techniques (art. 6 § 1 e), ni refuser aux entreprises utilisatrices ou aux fournisseurs de services accessoires d'accéder aux mêmes fonctionnalités du système d'exploitation, du matériel ou du logiciel que leurs propres services et d'interopérer avec ces fonctionnalités (art. 6 § 1 f), ou empêcher l'installation et l'utilisation effective d'applications et de magasins d'applications tiers et l'accès à ceux-ci par des moyens autres que ses SPE<sup>35</sup> (*sideloading*), sans préjudice de mesures proportionnées pour éviter que ces applications ne compromettent l'intégrité du matériel ou du système d'exploitation (art. 6 § 1 c).

Le parallèle entre ces règles de non-discrimination et celles de la neutralité du Net est assez clair. Les premières n'ont cependant pas la même intensité, même en ce qui concerne les terminaux : elles interdisent des restrictions qui s'apparentent à des refus d'accès, mais non toute interférence ou différence de traitement qui ne serait pas strictement justifiée par des raisons techniques ou par la protection des utilisateurs.

## Le statut de *common carrier* et le principe de neutralité dans les débats américains sur la régulation des plateformes

La question de la qualification des plateformes comme *common carriers* ou comme *utilities* est soulevée aux États-Unis dans les débats sur leur fonction de modération<sup>36</sup> et sur la liberté d'expression. Une partie de la doctrine et certaines propositions en tirent des conséquences en ce qui concerne leur régulation économique<sup>37</sup>.

L'immunité conférée par la Section 230 du "Communications Act" est fondée sur l'idée d'une passivité de l'hébergeur, qui pourrait s'accommoder d'une stricte exigence de neutralité. Mais la jurisprudence sur la liberté d'expression confère aux plateformes, malgré l'utilisation d'outils automatiques, le statut d'éditeur, les protégeant de toute ingérence de l'État dans leur liberté d'expression.

Deux propositions de lois bipartisanes prévoient des mesures qui présentent une réelle convergence avec les exigences de non-discrimination du DMA (*cf.* l'article de Joëlle Toledano, pp. 114-119).

L'"American Innovation and Choice Online Act" interdirait aux plateformes dominantes<sup>38</sup> de donner à leurs propres produits et services un traitement préférentiel déloyal, d'utiliser les données des clients des entreprises utilisatrices pour leur faire concurrence, ou encore d'empêcher les utilisateurs finals de désinstaller des applications ou des fonctionnalités par défaut qui les orientent vers leurs propres produits.

L'"Open App Markets App" appliquerait aux magasins d'applications de Google et d'Apple, comme places de marché, des obligations de non-discrimination similaires à celles que

<sup>35</sup> Magasin d'applications, moteur de recherche, etc.

<sup>36</sup> *Cf.* Cour suprême, 5 avril 2021, Biden vs. Knight First Amendment Institute, opinion du juge Clarence Thomas.

<sup>37</sup> Khan, 2019 ; Volokh, 2021. *Cf.* la proposition d'Elizabeth Warren, dans sa campagne pour les primaires démocrates de 2019, de qualifier les places de marché en ligne des plus grandes entreprises de *platform utilities*, et de leur imposer une séparation structurelle.

<sup>38</sup> La combinaison des critères d'activité (site ou service en ligne, application en ligne ou mobile, système d'exploitation, assistant digital permettant à l'utilisateur de générer du contenu ou d'interagir avec du contenu, de faciliter le commerce électronique ou de faire des recherches), de taille et de statut de *critical trading partner* engloberait les plateformes de Google, d'Apple, d'Amazon et Meta.

le DMA prévoit pour ces services<sup>39</sup> ou pour l'ensemble des plateformes<sup>40</sup>. Les termes de *device neutrality* ou d'*app neutrality* sont parfois employés pour qualifier le régime que cette proposition mettrait en place.

## LA NEUTRALITÉ DANS LA GOUVERNANCE DES ESPACES DE DONNÉES

En dehors de la régulation des plateformes dominantes, la neutralité du Net semble difficilement se prêter à une transposition dans l'univers de la gouvernance des données, où de multiples titulaires de droits exclusifs coexistent avec les contrôleurs d'accès, et où la figure de l'intermédiaire passif est assez rare en l'état de l'économie des données.

L'exigence de neutralité figure cependant à plusieurs reprises dans la proposition de règlement sur la gouvernance des données<sup>41</sup> présentée par la Commission européenne le 25 novembre 2020, qui a l'ambition de « créer un modèle européen de partage des données qui offrirait une approche alternative au modèle commercial actuel des plateformes technologiques intégrées, grâce à l'émergence d'intermédiaires de données neutres ».

Ce texte définit un régime applicable aux prestataires de services commerciaux de partage de données, qui seraient des intermédiaires de confiance entre les détenteurs et les utilisateurs. Ceux-ci devraient proposer « une nouvelle gouvernance des données “à l'euro péenne”, en prévoyant une séparation, dans l'économie fondée sur les données, entre fourniture, intermédiation et utilisation<sup>42</sup> », selon un schéma qui rappelle les règles de séparation des entreprises verticalement intégrées dans la régulation des réseaux d'énergie ou de chemin de fer (*unbundling*). Leur obligation de neutralité à l'égard des données échangées se traduit par l'interdiction de les utiliser à d'autres fins que leur mise à disposition dans les conditions générales fixées par le règlement<sup>43</sup>. Ce mécanisme de gestion du contrôle d'accès dans le cadre d'espaces sectoriels de données fermés ou partiellement ouverts est très différent de celui qui fonde l'Internet ouvert.

Quelle pertinence l'analogie avec la neutralité des réseaux présente-t-elle pour la gouvernance des données ?

La première implique une liberté entière d'accès et d'utilisation qui, dans l'économie des données, n'a d'équivalent que dans l'*open data*. Dans ce cas, une exigence de transitivité de cette ouverture peut être imposée à l'utilisateur. En France, l'organisme public détenteur des données a le choix entre une licence « permissive », qui accorde à l'utilisateur une liberté de réutilisation totale, et l'"Open DataBase License" (ODBL), qui comporte une obligation de partage à l'identique (*share alike*), le contraignant à accorder à toute personne intéressée une licence analogue pour réutiliser les informations issues de ses propres opérations, selon un principe issu du logiciel libre.

Dans le cas des droits d'accès sectoriels<sup>44</sup>, l'accès n'est le plus souvent accordé qu'à une catégorie d'utilisateurs selon des modalités strictement encadrées par les textes (compte

---

<sup>39</sup> Notamment s'agissant du *sideloading*.

<sup>40</sup> Interdiction des clauses de parité et de la restriction des communications directes avec les utilisateurs finals.

<sup>41</sup> "Data Governance Act".

<sup>42</sup> Considérant 25.

<sup>43</sup> Considérants 25 et 26.

<sup>44</sup> Cf. mon précédent article sur les droits d'accès (pp. 120-128).



tenu de la sensibilité de certaines données<sup>45</sup>), et l'obligation de neutralité du détenteur peut résulter du régime général que lui impose la réglementation sectorielle en cause<sup>46</sup>.

L'idée de l'intermédiaire de données neutre, dans la proposition de règlement sur la gouvernance des données, repose sur le pari audacieux d'une construction juridique qui prend le contrepied des biais des contrôleurs d'accès, pour susciter l'adhésion volontaire des détenteurs et des utilisateurs de données à un modèle alternatif de séparation structurelle<sup>47</sup>. L'absence de conflits d'intérêts de l'organisateur de l'échange dans un tel schéma serait un facteur de confiance incitant à un partage de données créateur d'innovation et de valeur.

## RÉFÉRENCES

- ABITEBOUL S. (2018), « Les déclinaisons de la neutralité », *Enjeux numériques*, n°4, décembre, pp. 18-22.
- CURIEN N. & MAXWELL W. (2011), *La neutralité d'Internet*, Paris, La Découverte.
- DEACON D. (2015), "Common carrier essentialism and the emerging common law of Internet regulation", *Administrative Law Review*, 67(1).
- FCC (2005), "Policy statement, new principles preserve and promote the open and interconnected nature of public Internet".
- KHAN L. (2019), "The separation of platform and commerce", *Columbia Law Review*.
- MANARA C., « La "search neutrality" : Mythe ou réalité ? », *Concurrences*, n°1-2011, pp. 52-57.
- MAXWELL W. (2021), "What is Net neutrality's future in the United States", in ARCEP (éd.), *Rapport d'activité 2021, L'état d'Internet en France*, tome 3.
- OLLIER J.-Y. (2022), « La gouvernance européenne des données », in BERTRAND B. (éd.), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, Larcier, à paraître.
- VOLOKH E. (2021), "Treating social media platforms like common carriers?", *Journal of Free Speech Law*, 377.
- WU T. (2003), "Network neutrality, broadband discrimination", *Journal of Telecommunications and High Technology Law*.
- YOO Ch. (2021), "The First Amendment, common carriers and public accommodations: Net neutrality, digital platforms and privacy", *Journal of Free Speech Law*, 463.

---

<sup>45</sup> Consommation d'énergie, coordonnées de paiement, données de maintenance.

<sup>46</sup> S'agissant par exemple des relations entre un gestionnaire de réseau de distribution d'électricité et les fournisseurs.

<sup>47</sup> Promu par la réglementation, dans un contexte où les défaillances de marché ne paraissent pas imposer un tel remède.