

Introduction

Propriété et gouvernance dans l'univers numérique, à l'heure de la consolidation de l'économie des données et de la régulation des contrôleurs d'accès

Par Jean-Yves OLLIER
Conseiller d'État

Notre univers numérique favorise la remise en cause des caractéristiques classiques du droit de propriété sur les choses, ainsi que l'appropriation de certaines ressources par les entreprises qui exercent un contrôle sur les moyens d'y accéder. Ce numéro d'*Enjeux numériques* suit ce fil conducteur pour examiner l'état des débats sur la régulation des plateformes numériques et sur la promotion du partage des données. Il donne des illustrations, dans différents secteurs, de la façon dont des mécanismes ouverts et transparents de gouvernance des données peuvent organiser les relations entre les parties (détenteurs, utilisateurs, titulaires de droits exclusifs), pour mieux tirer les bénéfices du partage des actifs numériques pour l'économie et pour la société.

Ce numéro poursuit, avec un nouvel axe d'analyse lié à la propriété dans l'univers numérique, la réflexion engagée en décembre 2018 dans cette revue sur la gouvernance du numérique. Le n°4, qui assumait la polysémie de ce terme, posait la question de savoir dans quelle mesure les principes qui fondent la gouvernance de l'infrastructure d'Internet pouvaient être déclinés pour encadrer les usages du réseau et des autres composantes de l'univers numérique (terminaux, données, intelligence artificielle, Internet des objets). Dans ces différents environnements numériques, il explorait un large éventail de questions : l'articulation entre les normes et la technique, la tension entre une gouvernance multipartite et les cadres classiques des relations économiques internationales, et entre un modèle ouvert et des systèmes « propriétaires », ou encore la portée de l'exigence de neutralité.

LA PROPRIÉTÉ COMME FIL CONDUCTEUR DES RÉFLEXIONS SUR LA GOUVERNANCE DU NUMÉRIQUE

Le numérique remet en cause les caractéristiques classiques du droit de propriété des biens matériels (droit « naturel » exclusif, absolu et perpétuel, d'une personne sur une chose), comme celles de la propriété intellectuelle¹, monopole temporaire d'exploitation,

¹ Inventée par le "Copyright Act" de 1710, qui a mis fin au monopole de l'édition attribué depuis le XVI^e siècle aux membres de la Stationer's Company. Les débats qui l'ont précédé gagnent à être explorés pour élargir le champ des références historiques des réflexions actuelles, mais ce serait le sujet d'un autre numéro d'*Enjeux numériques*.

Gouvernance du numérique : « Terme [...] qui touche aussi bien la conduite d'un projet numérique dans une entreprise que les grands équilibres géopolitiques du cyberspace » (Pailhès, 2018).

Cette polysémie tient à celle du mot gouvernance lui-même (Chevallier, 2003 ; Moreau-Defarges, 2015). La vogue de la *corporate governance* a commencé aux États-Unis dans les années 1970, pour désigner les règles et les mécanismes institutionnels de rééquilibrage du pouvoir au sein des entreprises mis en œuvre sous l'influence de la SEC (Securities and Exchange Commission) et des fonds de pension. Le mot gouvernance est utilisé en économie depuis les années 1980 à propos des modes « hybrides » d'organisation de l'activité économique (franchises, *joint-ventures*, etc., qui ne relèvent ni de purs mécanismes de marché ni d'une coordination hiérarchique), à la suite des travaux d'O. Williamson. Il a investi dans les années 1990 les champs de l'organisation administrative et des relations internationales.

Dans le domaine numérique, la gouvernance d'Internet a été définie comme « l'élaboration et l'application par les États, le secteur privé et la société civile, chacun selon son rôle, de principes, normes, règles, procédures de décision et programmes communs propres à modérer l'évolution et l'utilisation d'Internet » (Sommet mondial de la société de l'information, 2005).

La gouvernance des données a d'abord désigné les mécanismes et procédures internes appliqués par les organisations à l'utilisation des données qu'elles détiennent, avant de voir sa portée élargie, dans la proposition de règlement européen sur la gouvernance des données à « un ensemble de règles et de moyens applicables à l'utilisation des données, s'appuyant par exemple sur des mécanismes de partage, des accords et des normes techniques ».

issu d'une construction législative qui permet de concilier le droit du créateur avec une rémunération et la libre circulation des idées.

Les biens numériques peuvent être reproduits et mis à disposition presque à l'infini, indépendamment des caractéristiques de leurs supports ou de leurs canaux de diffusion, et à un coût marginal très faible ou nul. Les modes de consommation des infrastructures, des matériels, des logiciels et des contenus sur les marchés numériques substituent l'accès à un service (Rifkin, 2000), ou à un contenu protégé, à l'acquisition de la propriété des équipements et des supports.

Les données, lorsqu'elles ne sont pas assemblées dans un ensemble susceptible d'être protégé par la propriété intellectuelle, se voient attacher d'autres droits exclusifs, tels que la protection des données personnelles et celle du secret des affaires. Les titulaires de ces droits et les intervenants dans la production et l'enrichissement des biens numériques – logiciels, bases de données, infrastructures de connaissances – sont de plus en plus nombreux pour un bien donné. Une part croissante de ces biens est produite et utilisée par des machines disposant d'une certaine autonomie.

L'économie numérique se construit pour une part en s'appuyant sur la possession de fait des actifs numériques, indépendamment des droits qui y sont attachés. Celle-ci caractérise les « jardins clos » dans lesquels les géants du numérique contrôlent les relations entre les fournisseurs et les utilisateurs, en ayant l'essentiel des pouvoirs d'un propriétaire, voire d'un souverain, sans les formes ni les responsabilités qui s'y attachent. Les conditions de collecte des données issues de l'Internet des objets peuvent aussi conférer à leur fabricant ou à leur fournisseur ce type de maîtrise.

Par un mouvement inverse, l'exclusivité des prérogatives du propriétaire ou du contrôleur d'accès est mise en cause par des mécanismes de gouvernance collective et d'attribution

des droits d'accès (librement consentis ou imposés par la loi), qui constituent certains actifs numériques en « biens communs » – en premier lieu, Internet comme réseau mondial, en cohérence avec ses principes fondateurs.

LES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE SUR LA RÉGULATION DES MARCHÉS NUMÉRIQUES ET SUR LA GOUVERNANCE DES DONNÉES

Aucune des initiatives réglementaires récentes n'envisage de formaliser de nouveaux droits de propriété, en particulier sur les données. Dans ses propositions de règlements sur les marchés numériques (“Digital Markets Act”)² et sur les données (“Digital Governance Act”³, “Data Act”⁴), la Commission européenne prend pour point de départ le contrôle de droit ou de fait exercé par le « contrôleur d'accès » ou par le « détenteur des données », pour établir des règles destinées à limiter le pouvoir des premiers et à promouvoir le partage des données issues de l'activité du secteur public comme des entreprises.

L'objet de ce n°18 d'*Enjeux numériques* est d'examiner l'articulation entre ces nouveaux mécanismes de gouvernance et les particularités de la propriété – ou du contrôle de fait exercé sur l'accès – dans l'univers numérique.

L'ÉCONOMIE DES DONNÉES ET LE PARTAGE DES ACTIFS NUMÉRIQUES

Pour répondre au problème de la fragmentation de la gestion des données dans l'espace européen, la « Stratégie européenne pour les données »⁵ comporte des propositions de règlements, transversaux (DGA, “Data Act”) et sectoriels, sur le partage des données, des investissements dans les projets d'infrastructure de *cloud* et la construction d'espaces communs sectoriels de données dans des secteurs stratégiques. La proposition de “Data Act” encadre le partage des données produites par les dispositifs connectés, fixe des exigences applicables aux services de *cloud* (interopérabilité, facilitation du changement d'opérateur), et retient une approche minimaliste de l'accès des entités du secteur public aux données détenues par les entreprises.

Les contributions rassemblées dans ce numéro examinent le cadre juridique et économique des transformations de l'économie des données (monétisation, valorisation dans la publicité numérique).

Elles illustrent également, dans différents secteurs (secteur public, santé, agriculture, assurances, transports), la façon dont des mécanismes ouverts et transparents de gouvernance des données⁶ peuvent permettre de gérer les relations entre leurs détenteurs, leurs utilisateurs et les divers ayants droit, pour promouvoir l'innovation, la croissance et les autres bénéfices du partage des actifs numériques pour la société (santé publique, multimodalité des transports, impacts environnementaux).

Le modèle du logiciel libre fournit un précédent particulièrement intéressant à confronter à ces nouveaux développements.

² DMA, sur laquelle le Conseil et le Parlement européen sont parvenus à un accord le 25 mars 2022.

³ DGA, proposition présentée le 25 novembre 2020.

⁴ Proposition présentée le 23 février 2022.

⁵ Commission européenne, « Stratégie européenne pour les données », COM(2020) 66 final, 19 février 2020.

⁶ Mécanismes issus de la réglementation, de l'autorégulation, ou des pratiques du marché, aidées le cas échéant par des incitations publiques.

	Alphabet	Apple	Meta	Amazon	Microsoft
Intermédiation	Google Play	App store	Facebook marketplace	Amazon marketplace	
Moteurs de recherche	Google				Bing
Assistants personnels	Google assistant	Siri		Alexa	Cortana
Réseaux sociaux			Facebook, Instagram	Twitch	LinkedIn
Partage de vidéos	YouTube				
Communication interpersonnelle	Gmail, Hangout		Whatsapp, Messenger		Skype, Teams
Systèmes d'exploitation	Android	iOS, Mac OS			Windows
Navigateurs	Google Chrome	Safari			Edge
Cloud	Google cloud	iCloud		AWS	Azure
Publicité	Google Ads, YouTube Ads		Facebook Ads, Instagram Ads	Amazon Ads, Twitch Ads	Microsof Ads, LinkedIn Ads

PROPRIÉTÉ ET GOUVERNANCE DES « JARDINS CLOS » DANS L'UNIVERS NUMÉRIQUE

La concentration extrême des marchés au bénéfice des opérateurs dominants de plateformes se double, dans le cas de Google et de Facebook, de celle de la majorité des droits de vote aux mains de leurs fondateurs⁷. Elle emporte des risques non seulement pour l'économie et pour l'innovation, mais aussi pour la société : affaiblissement de la presse, altération des mécanismes de diffusion de l'information, atteintes aux libertés dans l'exercice par les opérateurs d'un rôle de régulation ou de modération à l'égard de leurs marchés et espaces d'expression internes.

La commission judiciaire du Sénat américain vient d'examiner (en janvier 2022) deux projets d'initiative bipartisans, l'« American Innovation and Choice Online Act » et l'« Open App Markets Act », qui visent à restreindre les pratiques de *self-preferencing* et à encadrer les magasins d'applications. Ils ont une portée plus limitée que la proposition de régulation des « contrôleurs d'accès »⁸ présentée par la Commission européenne (DMA).

Face à la polarisation de l'information et malgré des événements spectaculaires – tels que la suspension par les réseaux sociaux des comptes du président Donald Trump –, l'idée d'une régulation minimale de la diffusion de contenus par les plateformes a peu progressé aux États-Unis, à la différence de l'Union européenne, où le projet de « Digital Services Act » vient apporter des tempéraments à leur irresponsabilité.

⁷ Grâce à des actions à décuple droits de vote, bien qu'ils ne détiennent respectivement qu'environ 10 % (Larry Page et Serguey Brin) et 13 % (Mark Zuckerberg) du capital.

⁸ Le tableau ci-dessus présente les « services de plateformes essentiels » qui seraient couverts par le DMA, pour les principaux groupes concernés (cf. Marinello et Martins, 2021).

La régulation des contrôleurs d'accès passe aussi par la clarification de leurs obligations à l'égard des titulaires de droits de propriété intellectuelle sur ces contenus : c'est l'objet de la directive 2019/1937 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique. En Australie, le "News Media and Digital Platform Bargaining Code", adopté en février 2021⁹, prévoit un mécanisme d'arbitrage obligatoire sur les conditions financières de diffusion de la presse par les plateformes, tandis qu'en France, cette question a été portée devant l'Autorité de la concurrence.

DE LA RÉGULATION DES INFRASTRUCTURES À LA GOUVERNANCE DES DONNÉES

Les projets de régulation des plateformes numériques, ou du droit et des conditions de l'accès aux données, présentent avec la régulation des infrastructures du réseau (accès aux réseaux de communication électronique, neutralité du Net) quelques analogies, dont on examinera l'origine et la portée, dans leur approche de la limitation des droits du propriétaire de l'infrastructure ou de celui qui la contrôle.

Ils visent aussi à répondre à des déséquilibres qui sont propres à l'économie de l'accès. Ainsi, le préambule du projet de "Data Act" affirme-t-il, pour fonder le droit de l'utilisateur des objets connectés d'accéder aux données qui sont issues de l'usage qu'il en fait, « le droit d'utiliser les possessions librement acquises et d'en disposer ». Il s'agit ainsi d'éviter que les droits du propriétaire de l'objet connecté ne perdent leur substance et leur effectivité¹⁰ à travers les restrictions que pourrait y apporter celui qui en contrôle l'accès.

RÉFÉRENCES

BRANSCOMB A. W. (1985), "Property rights in information", *Information Technologies and Social Transformation*, Washington D.C., National Academy Press.

CHEVALLIER J. (2003), « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, pp. 203-217.

DREXL J. (2017), "Designing competitive markets for industrial data – Between proper-tisation and access", *JIPITEC*.

MARINELLO M. & MARTINS C. (2021), *Which platforms will be caught by the Digital Markets Act? The 'gatekeeper' dilemma*, Bruegel.

MARTINEZ J. & TONON C. (2021), « La gouvernance des données de santé : leçons de la crise du Covid-19 en Europe, en Chine et aux États-Unis », *Études de l'IFRI*.

MOREAU DEFARGES Ph. (2015), *La gouvernance*, Paris, PUF, « Que sais-je ? ».

PAILHES B. (2018), « Introduction : gouvernances du numérique, entre doctrine et pratique », *Enjeux numériques*, n°4, décembre.

RIFKIN J. (2000), *The Age Of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where all of Life is a Paid-for Experience*, New York, J.P. Tarcher/Putnam.

XIFARAS M. (2010), « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, 2(41).

WU T. (2018), *The Curse of Bigness. Antitrust in the New Gilded Age*, New York, Columbia Global Reports.

⁹ Avec une vive opposition, d'une part de Google, qui a menacé de suspendre ses services en Australie et de Facebook, qui y a bloqué pendant quelques jours le partage d'articles et de vidéos d'information.

¹⁰ Comme on l'observe également pour certains contenus numériques (cf. l'article d'Emmanuel Netter, pp. 9-14).