

INTERNATIONAL JOURNAL OF DIGITAL AND DATA LAW

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT
DES DONNÉES ET DU NUMÉRIQUE

Vol. 5 - 2019



ISSN 2553-6893

International Journal of Digital and Data Law
Revue internationale de droit des données et du numérique

Direction :
Irène Bouhadana & William Gilles

ISSN : 2553-6893

IMODEV
49 rue Brancion 75015 Paris – France
www.imodev.org
ojs.imodev.org

*Les propos publiés dans cet article
n'engagent que leur auteur.*

*The statements published in this article
are the sole responsibility of the author.*

Droits d'utilisation et de réutilisation

Licence Creative Commons – Creative Commons License -



Attribution

Pas d'utilisation commerciale – Non Commercial

Pas de modification – No Derivatives

À PROPOS DE NOUS

La **Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ the International Journal of Digital and Data Law** est une revue universitaire créée et dirigée par Irène Bouhadana et William Gilles au sein de l'IMODEV, l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance publique.

Irène Bouhadana, docteur en droit, est maître de conférences en droit du numérique et droit des gouvernements ouverts à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où elle dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts au sein de l'École de droit de la Sorbonne. Elle est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Elle est aussi fondatrice et Secrétaire générale de l'IMODEV. Enfin, elle est avocate au barreau de Paris, associée de BeRecht Avocats.

William Gilles, docteur en droit, est maître de conférences (HDR) en droit du numérique et en droit des gouvernements ouverts, habilité à diriger les recherches, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts. Il est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Il est aussi fondateur et Président de l'IMODEV. Fondateur et associé de BeRecht Avocats, il aussi avocat au barreau de Paris et médiateur professionnel agréé par le CNMA.

IMODEV est une organisation scientifique internationale, indépendante et à but non lucratif créée en 2009 qui agit pour la promotion de la bonne gouvernance publique dans le cadre de la société de l'information et du numérique. Ce réseau rassemble des experts et des chercheurs du monde entier qui par leurs travaux et leurs actions contribuent à une meilleure connaissance et appréhension de la société numérique au niveau local, national ou international en analysant d'une part, les actions des pouvoirs publics dans le cadre de la régulation de la société des données et de l'économie numérique et d'autre part, les modalités de mise en œuvre des politiques publiques numériques au sein des administrations publiques et des gouvernements ouverts.

IMODEV organise régulièrement des colloques sur ces thématiques, et notamment chaque année en novembre les *Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique / Academic days on open government and digital issues*, dont les sessions sont publiées en ligne [ISSN : 2553-6931].

IMODEV publie deux revues disponibles en open source (ojs.imodev.org) afin de promouvoir une science ouverte sous licence Creative commons **CC-BY-NC-ND** :

1) la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ International Journal of Open Governments* [ISSN 2553-6869] ;

2) la *Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ International Journal of Digital and Data Law* [ISSN 2553-6893].

ABOUT US

The **International Journal of Digital and Data Law / Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)** is an academic journal created and edited by Irène Bouhadana and William Gilles at IMODEV, the Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique.

Irène Bouhadana, PhD in Law, is an Associate professor in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where she is the director of the master's degree in data law, digital administrations, and open governments at the Sorbonne Law School. She is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). She is also the founder and Secretary General of IMODEV. She is an attorney at law at the Paris Bar and a partner of BeRecht Avocats.

William Gilles, PhD in Law, is an Associate professor (HDR) in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where he is the director of the master's degree in data law, digital administration and open government. He is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). He is also founder and President of IMODEV. Founder and partner at BeRecht Avocats, he is an attorney at law at the Paris Bar and a professional mediator accredited by the CNMA.

IMODEV is an international, independent, non-profit scientific organization created in 2009 that promotes good public governance in the context of the information and digital society. This network brings together experts and researchers from around the world who, through their work and actions, contribute to a better knowledge and understanding of the digital society at the local, national or international level by analyzing, on the one hand, the actions of public authorities in the context of the regulation of the data society and the digital economy and, on the other hand, the ways in which digital public policies are implemented within public administrations and open governments.

IMODEV regularly organizes conferences and symposiums on these topics, and in particular every year in November the Academic days on open government and digital issues, whose sessions are published online [ISSN: 2553-6931].

IMODEV publishes two academic journals available in open source at ojs.imodev.org to promote open science under the Creative commons license **CC-BY-NC-ND**:

- 1) the *International Journal of Open Governments/ la Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) the *International Journal of Digital and Data Law / la Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)* [ISSN 2553-6893].

FAUT-IL RÉGULER LE NET ? QUELQUES RÉPONSES CONSTITUTIONNELLES DU DOMAINE DE LA RÉGULATION ET DU FÉDÉRALISME AMÉRICAIN

par **Francisco TORTOLERO**, Professeur de Fédéralisme à l'Université Nationale du Mexique et Chercheur à l'Institut de Recherches Juridiques (IIJ-UNAM) et **Etienne LUQUET**, Référendaire à la Cour Suprême du Mexique, Fondateur du Legal Lab Mexico Law & Tech.

Bien que depuis une bonne cinquantaine d'années, les télécommunications commencent à attirer l'attention du droit constitutionnel américain dans le but de faciliter les échanges entre individus (sur la base du premier amendement de la Constitution)¹, les Européens n'ont pas cessé d'estimer que la régulation du numérique devait rester attachée fondamentalement à la souveraineté nationale². Dans un second temps, ils ont mis en exergue d'autres principes, tels la liberté d'expression et le secret des communications privées³. Dépassée par la vitesse des changements technologiques face à la lenteur inhérente au processus de création et d'interprétation normative, toute possible régulation constitutionnelle des médias semblait se cantonner, selon une perspective assez consensuelle chez les Européens, entre communication publique (associée à la notion des libertés publiques) et communication privée (en regard du droit au respect de la vie privée)⁴.

Sans nous pencher sur les avantages ou les inconvénients de la tendance européenne par rapport à l'américaine, ou inversement, nous nous limiterons à explorer deux manifestations des nouvelles technologies aux États-Unis, susceptibles de contrôle normatif à partir d'instruments juridiques plutôt traditionnels, la régulation et le fédéralisme, car ces deux éléments présentent, à l'heure actuelle, des aspects susceptibles d'évolutions intéressantes. Concernant les deux instruments juridiques analysés ici, nous comprendrons comment l'intention commerciale des fournisseurs en faveur des « tarifs zéro » a fini par ouvrir le débat sur la neutralité

¹ Aux États-Unis, l'argument étant surtout ancré sur le droit à communiquer à travers la presse, in J. A. BARRON, « Access to the Press - A New First Amendment Right », *Harvard Law Review*, No. 80, 1967, p. 1641; K. M SULLIVAN, « Two Concepts of Freedom of Speech », *Harvard Law Review*, No. 124, 2010, pp. 144-46.

² A. DESFORGES, « Les stratégies européennes dans le cyberspace » in A. BLANDIN-OBERNESSER (dir.), *Droit et souveraineté numérique en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 81.

³ A. TOURINO, *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, Madrid, Editorial Catarata, 2019, 222 p.

⁴ Le contraste entre la conception européenne et américaine (avec l'accent mis sur la conception française des télécommunications) est développé dans O. ITEANU, *Quand le digital défie l'État de Droit*, Paris, Eyrolles, 2017, p. 32-33.

du Net⁵, avant d'évoquer d'autres tentatives de réguler Internet à partir des normes issues des Congrès locaux au sein des États de l'Union américaine⁶. Il est donc important de commencer par situer le contexte des résistances des Américains eu égard de la régulation du numérique.

§1 – UN ESPRIT SCEPTIQUE POUR NE PAS RÉGULER LE NET

Si l'on prend en compte le postulat libéral des Américains, Internet s'avère la source indiscutable de la quatrième révolution cognitive, car il a catapulté la prééminence du marché sur l'État, allant même jusqu'à effacer progressivement les barrières entre agents individuels qui incarnent l'offre et la demande d'information des plateformes numériques⁷. La régulation de cette activité économique a été confrontée, dès sa mise en œuvre, à une difficulté majeure, à savoir que le régulateur agissait dans un milieu marqué par des segments du marché à tendance monopolistique. Ainsi, les limitations normatives s'orientent vers le contournement des abus des agents de la concurrence économique plutôt que vers ceux d'une clientèle traditionnelle⁸.

Tout en acceptant la centralité des médias dans l'accomplissement de cette révolution technologique, la tradition continentale en Europe, s'avère bien plus réservée eu égard au marché, et bien plus protectrice vis-à-vis de l'individu. La bonne vieille liberté d'expression, dans l'analyse des médias et du potentiel inhérent au partage des données, continue à donner à l'État la responsabilité de la sauvegarde des droits individuels, tels que l'égalité et la tolérance entre individus⁹. Voilà pourquoi les Européens ont tendance à accepter de bon gré que des tels droits ne soient restreints que par un juge, tout en faisant valoir que ce juge est en mesure de concilier la liberté absolue et les droits d'autrui¹⁰. Pour définir la liberté

⁵ K. COLLINS, « Net Neutrality Has Officially Been Repealed. Here's How That Could Affect You », *New York Times*, 11 juin 2018 [https://www.nytimes.com/2018/06/11/technology/net-neutrality-repeal.html].

⁶ J. HURWITZ, Assistant Professor of Law et Co-Director of Space, Cyber, and Telecom Law Program, University of Nebraska College of Law, Brent Skorup, Senior Research Fellow, Technology Policy Program, Mercatus Center at George Mason University et Geoffrey A. Manne, Executive Director, International Center for Law & Economics, pour la *Federalist Society* [https://fedsoc.org/events/net-neutrality-and-federalism].

⁷ Des droits et des obligations étaient construits dans l'intention de garantir un accès universel aux services essentiels du Net, sans pour autant diminuer la protection aux consommateurs des services, ni rendre des conditions biaisées aux marchés, souvent conçues sous forme de « monopole naturel ». D. A. LYONS, « Net Neutrality and Non-discrimination Norms in Telecommunications », *Arizona Law Review*, vol. 54, 2012, pp. 1029-1033.

⁸ J. D. KEARNEY, et T. W. MERRILL, « The Great Transformation of Regulated Industries Law », *Columbia Law Review*, vol. 98, 1998, p. 1323.

⁹ M. PRICE et N. STREMLAU (eds.), *Speech and Society in Turbulent Times: freedom of expression in comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

¹⁰ European Commission, « Annual Country Reports on Open Internet from National Regulators », *Report Study*, 6 juillet 2018 [https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/annual-country-reports-open-internet-national-regulators].

d'expression, les conventions en Europe reprennent les grands textes fondamentaux¹¹.

Cependant, un phénomène récent semble rapprocher les deux traditions juridiques : l'*uberisation* de l'économie. Cette réalité économique permet à deux particuliers de parvenir à un accord pour échanger un bien ou un service sans pour autant avoir besoin d'une quelconque intermédiation publique. Ainsi, un consommateur possède des raisons pratiques et économiques qui justifient une initiative dont le seul responsable serait un autre particulier, comme lui, et qui n'a comme intermédiaire qu'un tiers, qui n'est pas l'État, censé concentrer les paiements, arbitrer les différences, garantir un mécanisme de liaison basé sur l'autorégulation entre le client et le fournisseur du service. Il s'agit d'entreprises privées qui déterminent les règles du jeu, administrent le schéma des échanges et imposent des sanctions (sous forme de blâmes et de récompenses commerciales basés sur la réputation du client). Cet arbitrage est incarné par Airbnb, Blablacar ou Cabify¹². Ce phénomène, qui se fonde sur des plateformes technologiques dont l'aboutissement entraîne l'expansion du numérique, explique, en partie, pourquoi les Européens (et particulièrement les Français) se sont autant préoccupés de la souveraineté numérique¹³.

Face à la complexité croissante des objets à réguler, les tentatives ratées de normaliser des comportements sur Internet ont même eu un effet contre-productif, en laissant à penser qu'il s'agissait là d'un objet impossible à saisir, et donc d'impossible à réguler.

Ce point de vue, engageant des contrôles ou des règles difficiles à concrétiser (par voie juridique, économique ou technologique), impliquait une tendance à ne produire que de faibles résultats en matière de régulation du fonctionnement du cyberspace¹⁴.

Un tel scepticisme, qui ne cesse de se propager en Europe (notamment parmi les jeunes générations), semble conforter la perspective nord-américaine dominante, selon laquelle personne n'est le seul maître (ni propriétaire) du Net, ce qui est loin d'être faux¹⁵. C'est pourquoi nous avons choisi ces deux outils normatifs (régulation et fédéralisme) afin de saisir certains aspects du numérique qui seront de plus en plus intéressants dans les années à venir, et ce malgré les résistances mentionnées.

¹¹ À savoir, celle de l'art. 4 de la Déclaration universelle de 1789 (« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. »), ainsi que celle de l'art. 10-2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (« L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi. »), qui relèvent des libertés publiques, mais aussi des restrictions éventuelles. Elles mettent ainsi en place une garantie envers les droits d'autrui, liée à la détermination d'une liste de conditions permettant aux autorités publiques d'intervenir lorsqu'une atteinte à la préservation de la démocratie apparaît.

¹² CONSEIL D'ÉTAT, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »* : Étude annuelle 2017, Paris, La Documentation française, 2018.

¹³ P. TÜRK et C. VALLAR (dir.), *La souveraineté numérique*, Paris, Mare et Martin, 2017.

¹⁴ S. SHIPCHANDLER, « The Wild Wild Web: Non-Regulation as the Answer to the Regulatory Question », *Cornell International Law Journal*, vol. 33, p. 435.

¹⁵ J. GOLDSMITH et T. WU, *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 23-25.

Pour revenir à cette réticence à la régulation, plus caractéristique des USA que de l'Europe, les conséquences juridiques qui en sont envisageables concernant le stockage et la transmission des données, mais également les questions liées à l'intelligence artificielle (incluant l'analyse d'information et de prise de décisions ponctuelles à partir des algorithmes), qui sont probablement l'un des aspects les plus inquiétants parmi les problèmes normatifs qui seront résolus dans les années à venir (mais qui dépassent largement le cadre de cet exposé)¹⁶. Pour les appréhender, il est nécessaire de revenir aux concepts de base, comme la détermination de règles applicables à des questions plus compréhensibles pour le droit, hors des capacités heuristiques de prise de décision par des machines.

Étudions certains aspects plus faciles d'accès afin d'analyser l'étendue d'une régulation (non pas sur l'ensemble du réseau, mais vis-à-vis du fonctionnement de certains services informatiques ponctuels). Une telle analyse relève d'un registre moins spécifique, commun à bien d'autres principes généraux du droit qui n'échappent pas aux bouleversements que nous avons connus depuis le début du XXI^e siècle, dont l'apparition d'Internet conçu comme la manifestation la plus importante de notre liberté d'expression et d'information, mais aussi comme la manifestation de notre liberté économique au regard du marché numérique (qui est de nos jours le plus important au monde en termes de chiffres d'affaires), celui-ci ayant besoin de protéger ses propres conditions de fonctionnement et d'empêcher toute tentative de réduire la libre circulation de l'information.

Un premier constat, guère discutable, serait de dire que personne ne peut soudainement ordonner d'« éteindre » Internet, comme s'il s'agissait du service d'éclairage public d'un quartier de la ville, car aucun contrôle centralisé ne pourrait conditionner ni compromettre le fonctionnement du réseau informatique, son évolution s'avérant liée aux codes techniques programmés pour garantir leur propre continuité¹⁷. En effet, personne ne s'intéresse actuellement à la construction d'une structure juridique cohérente et exhaustive, adaptée à l'architecture d'Internet dans son ensemble, puisque celle-ci n'incarne point un objet circonscrit dans l'espace ni dans le temps.

Le langage des développeurs informatiques devance largement n'importe quelle norme. Le droit ne sera jamais capable d'anticiper la manière dont les protocoles et les codes informatiques pourraient évoluer, muter, s'adapter. Autrement dit, les limitations imposées à Internet devraient être conçues en fonction de l'architecture du Net, sur la base de la valeur attribuée à l'information que l'on est en train de transmettre à chaque moment¹⁸, et à la manière dont cette information est stockée,

¹⁶ B. HAWADIER, *L'avocat face à l'intelligence artificielle*, Paris, Livrinova, 2018.

¹⁷ L. CURTIS COLLINS, *Corpus Linguistics for Online Communication: A Guide for Research*, Routledge, 2019.

¹⁸ A. GELBUKH (coord.), *Computational Linguistics and Intelligent Text Processing: 18th International Conference, Budapest 2017*, London, Springer, 2 vol., 2018.

transmise, utilisée, analysée et modifiée, puis retransmise pour recommencer le cycle.

Par conséquent, dès lors que les nouvelles technologies sont soumises à une régulation, les normes approuvées ont tendance à perdre leur élan, étant immédiatement dépassées par le dynamisme des moyens technologiques du numérique, qui sont, par définition, évolutifs. Le régulateur resterait donc toujours un pas en arrière des efforts nécessaires pour circonscrire l'usage de la technologie.

Si l'on voulait créer un droit d'Internet parfaitement codifié, le seul produit que l'on pourrait obtenir serait un « amas » de règles administratives dans le domaine des télécommunications¹⁹, autrement dit, peut-être, un certain nombre de droits d'auteur, alignés à certains contenus de droit commercial ou pénal, dont l'ensemble pourrait, dans le meilleur des cas, faciliter des transactions commerciales en ligne. Et cela serait déjà bien... si l'on était en situation d'assurer une certaine permanence du corpus normatif créé.

Du point de vue du droit continental européen, il semble qu'aucune régulation ne soit possible depuis l'emprise d'une entité souveraine, ou qui soit encadrée au sein d'une unité territoriale donnée permettant de définir clairement la juridiction capable de résoudre des conflits surgis des contraventions à de telles règles. Si l'on insistait sur la nécessité de cibler ce genre de règles d'Internet, ce serait comme si la réalité devait suivre la forme des lois, ou comme si la circulation de l'information finissait par avoir tort face à la norme²⁰. La structure juridique est donc incapable de répondre à la même vitesse aux évolutions des modèles d'affaires et aux structures économiques surgissant du Net.

Pourtant, la régulation progressive du Net semble contredire les scepticismes annoncés. Voici quelques aspects intéressants de la démarche des Américains qui prônent ladite impossible régulation du Net et que les Européens, dans leur volonté de sanction et de régulation, pourraient prendre en considération.

§ 2 – LA REGULATION D'INTERNET AU FIL DU TEMPS

Les Américains ont fait le pari de l'accès universel à Internet en tant qu'outil le plus important pour le développement économique des pays. En effet, vers la fin du XX^e siècle, l'association Internet/droits de l'homme répondait à point nommé à un esprit de libre circulation des idées, voire même, au sens égalitaire, correspondait aux mentalités des démocraties de l'époque²¹. On favorisait alors un Internet ouvert (« *open internet* ») et des modes de fonctionnement par essence dérégulés, et idéalement dépourvus de

¹⁹ M. A. LEMLEY & L. LESSIG, « The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era », *48 UCLAL Rev.*, 925, 930 (2001).

²⁰ Thomas I. Emerson, « The Affirmative Side of the First Amendment », *Georgia Law Review*, n° 20, 1981, pp. 795, 796-98.

²¹ G. ZICCARDI, *Resistance, Liberation Technology and Human Rights in the Digital Age*, New York, Springer, 2013.

toute interférence²². Bien avant l'émergence de l'intelligence artificielle (et des problèmes juridiques qui lui sont associés, tels que nous les avons esquissés ci-dessus), l'air du temps voulait faire échanger des interlocuteurs intelligents, communiquant à travers des « tuyaux bêtes »²³. La seule garantie que nous pouvions alors exiger, en tant qu'usagers, vis-à-vis de ce réseau physique était qu'il mettait à disposition de chacun des moyens technologiques équivalents, résolvant du reste par là le problème de communication entre un Mac et un PC. Un cadre idéal s'annonçait devant nous.

Or, les premières lois régulant Internet se basaient sur des aspects distincts des droits fondamentaux. Les premières mesures de la législation fédérale américaine de la fin des années 90 visaient avant tout le commerce électronique et en ligne de marchandises, et concernaient des consommateurs de plus en plus enclins à subir des fraudes dérivées de la manipulation des données personnelles²⁴. Afin d'éviter la fragmentation du traitement des usagers d'Internet sur l'ensemble du territoire du pays, la régulation devait alors être, en toute logique, fédérale.

Les lois s'étendaient notamment à la protection de la vie privée, de la propriété intellectuelle et du commerce électronique. Cependant, la protection attachée était construite en fonction des marges de manœuvre limitées des fournisseurs des services informatiques, et non de la tutelle des usagers d'Internet, puisque les sociétés du commerce électronique avaient mis en place un modèle d'entreprise qui hébergeait et employait des contenus et des informations personnelles générés par ces mêmes usagers.

Dans une deuxième étape, la législation a commencé à définir l'étendue d'un « port sécurisé » (« *safe harbor provisions* ») limitant la responsabilité patrimoniale des fournisseurs d'Internet à la manipulation postérieure des données personnelles par d'autres opérateurs, voire par d'autres particuliers²⁵. L'utilisateur devait alors faire confiance aux sociétés numériques, car celles-ci étaient les seules responsables de l'information partagée, bien que de tels fournisseurs de services d'Internet présentent des tendances monopolistiques. Ce n'est pas par hasard que l'on appelait cette précaution une « protection du bon samaritain », chaque fournisseur tentant de bloquer, de bonne foi, des contenus indésirables²⁶. Il s'agissait en fait de mesures de redressement par voie préventive, y compris lorsqu'il était question de non-respect

²² L. BELLI et P. DE FILIPPI (eds.), *Net Neutrality Compendium : Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, New York, Springer, 2018.

²³ De l'expression « dumb pipes », assez compréhensible à une époque où l'Internet s'annonçait, par définition, comme un moyen de transmission des données dérégulé. Voir L. LESSIG, *Code : version 2.0*, New York, Basic Books, 2006, pp. 1-82.

²⁴ La Communication Decency Act (CDA) de 1996 (47 U.S.C. § 230 [2012]) ainsi que la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de 1998 (17 U.S.C. § 512 (2012)).

²⁵ *BWP Media USA, Inc. v. Clarity Dig. Grp., LLC*, 820 F.3d 1175, 1177-78 (10th Cir. 2016)

²⁶ Parfois, des excès, dus au caractère totalement discrétionnaire des marges d'appréciation, étaient apparus. Ainsi, une Cour d'appel fédérale estimait en 2008 trop invasifs les actes du site Ebay.com qui avait retiré d'une liste des enchères des pièces de monnaie qu'elle estimait contrefaites. Voir *National Numismatic Certification v. eBay* (47 U.S.C. § 230(c)(2). 455).

des droits d'auteur pour l'un des clients du fournisseur²⁷. C'est ainsi que le cadre de régulation devait évoluer, afin de créer un droit (fédéral), personnel et opposable à toute action dérivée des agissements de tels fournisseurs de service d'Internet, notamment dans le cas où un tiers utilisait ces informations pour en tirer un profit.

Cela explique l'étape suivante, et l'apparition du principe de « neutralité du Net », qui faisait en sorte que tous les fournisseurs de services (notamment depuis la prolifération de services de téléphonie mobile) devaient garantir un traitement égal des matériaux informatiques disponibles sur le Net²⁸. Ce caractère neutre, voulu par les régulateurs de plusieurs pays, allait cependant engendrer une complexité non négligeable, et faire revenir les Américains au postulat d'une dérégulation quasi absolue du Net avec l'arrivée au pouvoir de l'administration Trump.

§ 3 – UNE REGULATION PRONANT LA NEUTRALITE DU NET. ET POURTANT...

Trois organismes internationaux de protection des droits de l'homme²⁹ ont fait une déclaration commune sur la neutralité du Net en juin de 2011 par le biais des Nations Unies³⁰, compatible avec la déclaration de l'accès à Internet comme faisant partie des droits de l'homme³¹.

Les pays d'Europe continentale se sont occupés d'instaurer des règles précises pour garantir que la liberté d'expression, et faire en sorte la libre circulation d'information sur le Net ne soit pas compromise par les forces du marché, voire par des fournisseurs des services d'Internet³². La manifestation juridique d'une telle neutralité commençait à trouver des points d'attachement, autant aux États-Unis que dans l'Union européenne, mais aussi en Inde.³³

²⁷ *Zeran v. Am. Online, Inc.*, 129 F.3d 327, 330 (4th Cir. 1997).

²⁸ L'expression est apparue depuis une bonne quinzaine d'années, in Wu, Tim « Network Neutrality, Broadband Discrimination », *Journal on Telecomm & High Tech*, vol. 2, 2003, p. 141.

²⁹ L'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe, l'Organisation des États américains, et la Commission africaine des Peuples et des Droits de l'Homme.

³⁰ « [T]here should be no discrimination in the treatment of Internet data and traffic, based on the device, content, author, origin and/or destination of the content, service or application. » U.N. Special Rapporteur on Freedom of Opinion & Expression, Organization for Security and Cooperation in Europe Representative on Freedom of the Media, OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression & ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression & Access to Information, *Joint Declaration on Freedom of Expression on the Internet*, Organisation for Security and Cooperation in Europe (1^{er} juin 2011) [<http://www.osce.org/fom/78309>].

³¹ N. OLIVAREZ-GILES, « United Nations Report: Internet Access is a Right », *L. A. Times*, 3 juin 2011 [<http://latimesblogs.latimes.com/technology/2011/06/united-nations-report-internet-access-is-a-human-right.html>].

³² K. MCCARTHY, « Council of Europe Gets Tough on Net Neutrality: No Blocking, Slowing Down, Degrading or Discriminating of Internet Traffic », *The Register*, 13 janvier 2016 [http://www.theregister.co.uk/2016/01/13/council_of_europe_net_neutrality_guidelines].

³³ Q. O'REILLY, « The EU Has Plans for an Open Internet, but What Does It Mean? », *The Journal.IE*, 11 juillet 2015 [<http://businessetc.thejournal.ie/open-internet-europe-2193723-Jul2015/>], [<https://perma.cc/N7Y6-SP63>].

Or, les progrès de cette intégration entre pays lointains ont dû s’interrompre lorsque Facebook lança son initiative « internet.org » en Inde.

Début 2015, les opérateurs de ce pays avaient accepté une proposition de Facebook : la multinationale offrirait un produit informatique en libre-service, appelé « *Free Basics* »³⁴. À travers la plateforme « internet.org », conçue par Facebook dans le cadre de sa stratégie d’expansion en Afrique, en Asie et en Amérique latine, un nombre restreint de contenus, ainsi que des services *on line*, rendaient gratuit l’accès à Internet pour certaines populations en développement. Par la suite, la stratégie d’une fausse gratuité a été imitée par de nombreux fournisseurs, les intentions commerciales et stratégiques des uns étant un peu moins flagrantes que celles des autres. Ainsi, si Wikipedia Zero³⁵ propose un accès libre aux contenus de son encyclopédie *on line*, qui constitue une source d’information éducative d’un intérêt qui n’est pas négligeable, Google Free Zone³⁶ est le site qui enregistre le plus grand volume de recherches (y compris de type commercial) effectuées sur le Net au niveau mondial. Le dilemme n’est pas anodin. Si la stratégie des sociétés d’Internet permettait à quarante millions d’usagers de disposer d’un accès gratuit à Internet, ses détracteurs notaient le fait que celui-ci ne constituait qu’un outil de maintien dans leur état actuel des secteurs défavorisés du monde, qui sont alors susceptibles d’être contrôlés par le biais d’actes de charité³⁷.

Sans rentrer dans les diverses modalités commerciales qui mettent en exergue la gratuité de l’accès aux services d’Internet (ce que nous connaissons le plus fréquemment sous le terme de « tarifs zéro »), cette neutralité du Net, censée garantir la liberté d’expression (évitant ainsi la prise en otage des consommateurs par les intérêts du marché), a été conçue comme si la connectivité universelle et la neutralité du Net pouvaient coexister à condition de permettre aux opérateurs d’exonérer les usagers des frais d’utilisation lorsqu’ils se servent de certaines applications ou services d’Internet. Or, la solution américaine était loin d’être neutre, car la stratégie commerciale mise en œuvre pour imposer l’exonération (apparente) des tarifs de remise du service (gratuit) d’Internet était fondée, encore une fois, sur des pratiques à tendance monopolistique³⁸. Ainsi, les services de télévision par câble

³⁴ J. RUSSELL, « Facebook Takes Internet.org and Its Free Mobile Data Services to India », *Techrunch*, 9 février 2015, [http://techcrunch.com/2015/02/09/internet-org-india].

³⁵ Chargé de rendre gratuitement l’intégralité de ce réseau, en tant que contenu éducatif d’accès universel. *Wikipedia Zero Operating Principles*, The Wikimedia Foundation, [http://wikimediafoundation.org/wiki/Wikipedia_Zero_Operating_Principles] [https://perma.cc/D4XG-9CZQ].

³⁶ Assurant l’accès libre à Gmail et Google+, in Press Trust of India, “Airtel Ties up with Google to Offer Free Search, Google+ and Gmail Services”, *Gadgets360*, 26 juin 2013 [http://gadgets.ndtv.com/telecom/news/airtel-ties-up-with-google-to-offer-free-search-google-and-gmail-services-384506] [https://perma.cc/EW4A-TUQ5].

³⁷ M. MURTHY, « Poor Internet for Poor People: Why Facebook’s Internet.org Amounts to Economic Racism », *Quartz India*, 17 avril 2015 [https://qz.com/385821/poor-internet-for-poor-people-why-facebooks-internet-org-amounts-to-economic-racism/].

³⁸ T. RISEN, « Antitrust Rules or Net Neutrality: Which Should Rule the Web? », *U.S. News & World Report*, 20 juin 2014

proposaient uniquement, autrefois, des offres combinées de chaînes en « libre accès », sans jamais prendre en compte les préférences individuelles des consommateurs³⁹.

De plus en plus de sociétés s'approprient les données personnelles et les préférences individuelles de leurs clients, en se fondant sur l'enregistrement des consultations en ligne, tout en faisant semblant d'accorder en échange un service gratuit. Cette tendance ne va pas cesser de se renforcer à l'avenir. Les fournisseurs prétendent ne rien toucher en guise de frais de service, mais signent des accords commerciaux (sans prendre en compte la volonté des clients), avec des entreprises tierces (comme Spotify ou Netflix). La stratégie à l'œuvre a pour objectif de fidéliser la clientèle afin de vendre des « *packages* » de films et de musiques (souvent produits par les mêmes sociétés commerciales). Le consommateur devient captif dans la mesure où il peut « gratuitement » utiliser Spotify ou Netflix et visionner ou écouter à volonté des programmes sans pour autant avoir à utiliser le débit mensuel de données autorisé dans son forfait téléphonique. En revanche, dès qu'il utilise des plateformes concurrentes (comme Google Play ou Amazon Prime Video), les mêmes consommateurs doivent utiliser leur forfait souscrit auprès du fournisseur d'accès à Internet ou à l'opérateur de téléphonie mobile qu'ils ont choisi. Étant donné que quatre fournisseurs d'accès dominant le marché américain depuis 2013⁴⁰, considérant le succès des services de musique en ligne depuis 2015, une projection montre qu'un milliard et demi d'utilisateurs d'Internet dépendront en 2019 des contrats issus des « tarifs zéro ». Au niveau mondial, la neutralité du Net, censée garantir un accès identique aux plateformes d'un même type, fait donc face à de nouveaux problèmes⁴¹.

Dans le même ordre d'idées, lorsque Internet.org a commencé à mettre en place son service en Inde, l'autorité administrative de régulation des télécommunications du pays a décidé d'interdire des tarifs différenciés (y compris pour les « tarifs zéro ») en février

[<http://www.usnews.com/news/articles/2014/06/20/antitrust-rules-or-net-neutrality-which-should-rule-the-web>].

³⁹ « [N]et neutrality supporters believe that monopoly and competition laws alone are not sufficient for Internet regulation because the traditional triggers of antitrust regulation, such as price, usually are absent on the Internet. Finally, net neutrality proponents explain that antitrust regulation would not adequately protect against the non-economic goals of net neutrality, such as the protection of free speech and political debate. » Rusell, *supra* note 23.

⁴⁰ J. ESPELIEN, « All's Fair in Love and War: T-Mobile, Amazon, and the Future of Net Neutrality », *The diffusion group research*, 26 juin 2014 [<http://tdgresearch.com/all-fair-in-love-and-war-t-mobile-amazon-and-the-future-of-net-neutrality/>].

⁴¹ « [z]ero rating' is [a] discriminatory technique where telecom operators allow customers access to select online content or services at no additional cost through a prior arrangement with content providers. The selected sites are rated at zero cost to the customers, violating the essence of net neutrality, which requires non-discrimination between different content and applications », K. VIPAL SINGH, « Permit Zero-Rating Schemes for a Limited Period », *The Financial Express*, 9 juillet 2015, [<http://www.financialexpress.com/article/fe-columnist/permit-zero-rating-schemes-for-a-limited-period/97559>] [<https://perma.cc/4F7TF87P>].

2016⁴². Un certain nombre de pays avait déjà, alors, prévu l'interdiction ou la restriction de ce type de tarification⁴³.

Par la suite, des vagues de protestation ont émergé sur le Net dans différents pays⁴⁴. La principale crainte exprimée portait sur une éventuelle orientation du service proposé par Facebook, devenu un filtre des contenus d'Internet pour des millions d'utilisateurs de téléphonie mobile dans des pays en développement, conditionnant de fait le développement social, la libre concurrence et l'innovation au sein de pays entiers.

À l'extrême opposé, l'agence de régulation des États-Unis (la *Federal Commerce Commission*) mettait en place des conditions favorisant en apparence la neutralité du Net, mais qui laissaient la porte aux « tarifs zéro ».

Les autorités américaines n'avaient pas souhaité, y compris dans le cadre de l'administration Obama, que l'accès aux services informatiques adopte le carcan des normes de protection internationales relatives aux droits de l'homme⁴⁵, afin de garantir la volonté individuelle et le libre-choix dans l'utilisation du réseau, voire la liberté de recherche (qui ne serait alors pas conditionnée aux sociétés ayant conclu un accord avec des opérateurs de téléphonie mobile afin d'offrir la gratuité de l'accès à certains contenus)⁴⁶. En vertu de la notion d'« Internet ouvert » (« *Open Internet* »), une législation fédérale dont deux versions ont été votées par l'administration Obama en 2010 et 2015), les règles du système étaient conçues pour garantir une transmission libre de données « d'un bout à l'autre » (« *end-to-end* »⁴⁷), sans aucune interférence entre un interlocuteur et l'autre. La neutralité à l'Américaine se fondait donc sur d'autres stratégies pour renforcer la prévention des excès possibles de la part des fournisseurs de services vis-à-vis de leurs clients.

Dans ce domaine comme dans bien d'autres, des tensions sont apparues dès la mise en place de l'administration Trump (qui souhaitait ouvertement réduire les contrôles envers les fournisseurs

⁴² J., HEMPL, « India Bans Facebook's Basics App to Support Net Neutrality », *Wired*, 8 février 2016 [http://www.wired.com/2016/02/facebooks-free-basics-app-is-now-banned-in-india] [https://perma.cc/9BMY-3PZA].

⁴³ Dont les Pays-Bas, le Brésil, le Chili, la Finlande, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, le Japon et la Slovaquie. R. GUHA & G. AULAKH, « Zero Rating: What Are Countries Doing About It », *Times of India*, 21 avril 2015 [http://timesofindia.indiatimes.com/tech/tech-news/Zero-rating-What-are-countries-doing-about-it/articleshow/47001571.cms] [https://perma.cc/G6T3-3GLE].

⁴⁴ S. SIROHI, « Sorry Mark Zuckerberg, the World Bank Also Disagrees with You », *Economic Times: Letter from Washington*, 16 janvier 2016, [http://blogs.economicstimes.indiatimes.com/letterfromwashington/sorry-mark-zuckerberg-the-world-bank-also-disagrees-with-you]

⁴⁵ A. J. CARRILLO et D. C. NUNZIATO, « The Price of Paid Prioritization: The International and Domestic Consequences of the Failure to Protect Net Neutrality in the United States », *Georgetown Journal of International Affairs*, Summer 2015, p. 98 [http://journal.georgetown.edu/cyber-v [https://perma.cc/DA7K-QZRB].

⁴⁶ Center for Democracy & Tech., « The importance of internet neutrality to protecting human rights online », no. 5, 2013 [https://cdt.org/files/pdfs/internet-neutrality-human-rights.pdf].

⁴⁷ M. A. LEMLEY, et L. LESSIG, « The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era », *University of California in Los Angeles Law Review*, vol. 48, 2001, pp. 925 et 930.

d'Internet). Les Américains s'éloignent à nouveau du temps où l'Internet et sa neutralité constituaient des exigences inhérentes à la protection des libertés publiques (sans pour autant revenir à la notion internationale des droits de l'homme). Pourtant, il semblerait que l'avenir de la protection de cette neutralité idéale se déplace vers les états de l'Union, loin de Washington D.C.

§ 4 – LES HAUTS ET LES BAS DE LA NEUTRALITÉ DU NET : L'OPEN INTERNET ORDER

Dans le cadre de l'administration Obama, les modalités de régulation d'Internet visaient à réduire les inégalités d'accès au haut débit, un contraste très marqué existant sur ce point entre les zones urbaines et les zones rurales⁴⁸. En 2010 puis en 2015, la *Federal Commerce Commission* (FCC) a tenté d'encadrer la neutralité du Net au travers de deux versions de l'*Open Internet Order*⁴⁹.

Si la première version était laxiste et ne faisant même pas allusion aux « tarifs zéro », cinq ans plus tard, la FCC définissait des limites aux services du haut débit, autant fixes que mobiles, sur la base de deux orientations principales : l'établissement de principes de fonctionnement, et l'orientation de certains comportements des usagers d'Internet.

S'agissant de la première orientation normative, trois principes fondamentaux ont été définis pour éviter la rupture de la neutralité, et imposés aux fournisseurs d'accès à Internet : ne pas bloquer (« *no blocking* »), ne pas ralentir (« *no throttling* »), ne pas accepter des frais prioritaires (« *no paid prioritization* »).

« Ne pas bloquer » suppose, pour les fournisseurs d'accès⁵⁰, de ne pas faire obstacle ou de ne pas entraver la circulation de certains contenus (voire logiciels ou applications)⁵¹.

De même, le principe de « non-ralentissement » implique de ne permettre aucune dégradation, quelle qu'elle soit, du trafic des données sur Internet relatifs aux contenus et aux services identifiés par l'administration du réseau⁵². Enfin, ne pas autoriser les frais prioritaires suppose de ne pas favoriser un certain trafic de données au détriment d'autres, en utilisant des techniques comme la modulation du haut débit, la hiérarchisation, la réserve ou d'autres

⁴⁸ White House, « *Net Neutrality: President Obama's Plan for a Free and Open Internet* » [http://www.whitehouse.gov/net-neutrality].

⁴⁹ Rules Protecting and Promoting the Open Internet, *80 Fed. Reg. 19,738*, 13 avril 2015 (document repris dans 47 C.F.R. pts. 1, 8, 20) [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2015-04-13/pdf/2015-07841.pdf].

⁵⁰ « A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not block lawful content, applications, services, or non-harmful devices, subject to reasonable network management. », *idem*, p. 112.

⁵¹ « Platform designers can refuse to host certain apps on their platforms, while providers are capable of blocking certain apps from transferring data over their networks. This is where regulators come in: regulators can ensure that providers and platforms do not block their gates, but instead host all apps, thereby promoting innovation and ensuring low costs of entry. » *Idem*.

⁵² « [S]hall not impair or degrade unlawful Internet traffic on the basis of Internet content, application, or service, or use of a non-harmful device, subject to reasonable network management », *idem*, p. 119.

formes de filtrage, en échange d'un traitement privilégié par un tiers.

S'agissant des comportements, la législation nord-américaine visait à établir un standard d'utilisation pour contourner d'éventuelles interférences désavantageuses. Les fournisseurs ne pouvaient ni rendre désavantageux l'accès à un contenu concret dans le but d'orienter celui-ci, ni empêcher l'accès à certains services ou réseaux en haut débit à travers une différenciation dans la qualité de la circulation des données⁵³.

Toutefois, cet esprit d'ouverture de la législation prenait sa source dans un certain nombre de points qui n'avaient pas été interrogés. En effet, l'*Open Internet Order* ne prévoyait aucune règle vis-à-vis de la possibilité qu'ont les fournisseurs d'Internet d'accorder des « interconnexions »⁵⁴, qui permettent de diffuser certains matériaux vidéo à des vitesses acceptables de téléchargement.

De plus, la question, alors déjà avancée, des « tarifs zéro » n'était pas clairement régulée par cette législation. D'une manière générale, les règles d'opération visaient plutôt à contrôler « au cas par cas », sur la base d'un niveau d'interférence jugé « non déraisonnable » inscrit dans chaque contrat⁵⁵. La complexité en matière de surveillance était alors considérable et la législation manquait de flexibilité, et était même susceptible de décourager l'innovation, car elle avait tendance à classer dans la même catégorie les fournisseurs d'accès et les développeurs de nouvelles technologies⁵⁶, favorisant ainsi les grands fournisseurs d'Internet plutôt que des sociétés de moindre taille ou les start-up.

En parallèle de la question de la circulation différenciée des données, il fallait traiter les particularités territoriales, et notamment le contraste dans l'accès au service entre zones rurales et zones urbaines. Compte tenu de la structure fédérale américaine, les états ont leur mot à dire, et se révèlent parfois plus contraignants que l'échelon fédéral dans la régulation des services d'Internet.

Parmi les pays de l'OCDE, les États-Unis occupent la seizième place en nombre d'abonnés pour 100 habitants : en 2014, 84 % du pays avait accès aux services à haut débit (dont 68 % à travers la téléphonie mobile), et 70 % des foyers avaient accès à Internet en complément de la téléphonie fixe⁵⁷. Le nombre de souscriptions au niveau national, en incluant les deux modes de connexion, était alors de cent millions d'abonnés.

⁵³ « Shall not unreasonably interfere with or unreasonably disadvantage (i) end users' ability to select, access, and use broadband Internet access service or the lawful Internet content, applications, services, or devices of their choice, or (ii) edge providers' ability to make lawful content, applications, services, or devices available to end users Reasonable network management. »

⁵⁴ « An "interconnection" is where two networks exchange traffic with one another. Gillula, Jeremy et Kit Walsh, "The FCC is Keeping an Eye on Interconnection, But More Clarity is Needed », *Electronic Frontier Found*, 13 avril 2015: [<https://www.eff.org/en-gb/deeplinks/2015/04/fcc-keeping-eye-interconnection-more-clarity-needed>].

⁵⁵ *Open Internet Order*, paragraphe 152.

⁵⁶ *Idem*, paragraphe 138.

⁵⁷ OECD Broadband Portal, 19 février 2016 [<http://www.oecd.org/sti/broadband/oecdbroadbandportal.htm>] [<https://perma.cc/JK4G-9F5V>].

Ces statistiques sont pour le moins prometteuses. Pourtant, les particularités territoriales n'apparaissent pas clairement dans un tel bilan général. Pour revenir à notre affirmation de départ, l'accès à Internet est supposé faire partie du droit fondamental à la libre expression, qui émane, en l'occurrence, de la volonté des populations de rejeter l'autoritarisme⁵⁸. Cependant, l'évolution récente du marché montre que la réalité est très éloignée de cet idéal égalitaire, bien que celui-ci ait promu par l'administration Obama au travers de l'absence de toute attache territoriale (imposée par l'impossibilité matérielle d'établir des frontières s'agissant des services d'échange de données). L'ère Trump annonce le retour à un esprit formel de dérégulation, incarné par la révocation de l'*Open Internet Order*, ainsi que par la remise au premier plan des états de l'Union, désormais beaucoup plus présents dans les débats concernant la régulation d'Internet.

§ 5 – POUR UNE SOLUTION INFRANATIONALE EN MATIÈRE DE RÉGULATION DU NET

Parmi les premières instructions du président Trump, l'arrêt des perquisitions contre trois des plus grands fournisseurs d'Internet (Verizon, AT&T et T-Mobile), soupçonnés de possibles fautes commises contre l'*Open Internet Order*⁵⁹, avait été ordonné dès janvier 2017. Puis vint la nomination au poste de directeur de la FCC d'Ajit Pai, farouche opposant à la conception de l'accès à Internet comme droit fondamental et, d'une manière générale, aux principes de neutralité du Net⁶⁰. La nouvelle administration annonçait «le retour d'un Internet libre»⁶¹, signe évident de récupération des prébendes en faveur du marché.

Enfin, et malgré la campagne pour la préservation du schéma de régulation menée par des nombreuses ONG et soutenue par vingt millions de signatures⁶², l'instauration d'un schéma fédéral dérégulé fut marquée par la suppression définitive de l'*Open Internet Order* le 14 décembre 2017, qui revenait sur le principe d'accès au haut débit sous la forme d'un service privé dépendant de la Loi fédérale de Communications.

De fait, le système a évolué, permettant aux fournisseurs d'Internet de maximiser leurs profits en imposant des prix discriminatoires aux sociétés de contenus de médias en échange de vitesses plus

⁵⁸ E. MOZOROV, *The net delusion: the dark side of internet freedom*, New York, Public Affairs, 2012.

⁵⁹ A. PRESSMAN, « *Trump's FCC Moving to Kill Probes of Zero Rating by AT&T and Verizon* », *Fortune*, Feb. 3, 2017 [<http://fortune.com/2017/02/03/trump-fcc-zero-rating-att-verizon/>].

⁶⁰ KANG, « *Trump's FCC Quickly Targets Net Neutrality Rules* », *N.Y. Times*, Feb. 5, 2017, [<https://www.nytimes.com/2017/02/05/technology/trumps-fcc-quickly-targets-net-neutrality-rules.html?rref=>].

⁶¹ Press Release, FCC, *FCC Acts to Restore Internet Freedom*, Dec. 14, 2017, [https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-348261A1.pdf].

⁶² J. BRODKIN, « *2 Million People - and Some Dead Ones - Were Impersonated in Net Neutrality Comments* », *Ars Technica*, Dec. 13, 2017 [<https://arstechnica.com/tech-policy/2017/12/dead-people-among-millions-impersonated-in-fake-net-neutrality-comments/>].

rapides de téléchargement⁶³, voire de traitements préférentiels. Ces arrangements « *pay for play* » procurent des privilèges à ceux qui payent davantage, discriminant les autres acteurs du secteur, à l'image, par exemple, d'autres services, comme des autoroutes ou des services en accès restreint.

Parmi les spécialistes, les opinions sur les « tarifs zéro » sont partagées. Les détracteurs affirment son caractère discriminatoire (notamment eu égard aux start-up, incapables de concurrencer les grands fournisseurs⁶⁴), tandis que d'autres montrent, après avoir étudié de nombreux cas nationaux, qu'il n'y a pas de conséquences mesurables sur l'économie⁶⁵ puisque Internet est toujours, selon eux, géré par des intermédiaires.

Pourtant, contre ce retour du marché, une fenêtre s'ouvre pour les états de l'Union américaine, dès lors qu'ils sont enclins à promouvoir des politiques d'égalisation (au niveau infranational) au regard de la dérégulation ambiante d'Internet (incluant la notion esquissée d'accès à Internet en tant que droit fondamental), quitte à aller à l'encontre de la volonté des agences fédérales.

Depuis 2018, plus de la moitié des Congrès locaux des états de l'Union (plus exactement, vingt-six d'entre eux) ont commencé à analyser la refonte des régulations respectives portant sur la neutralité du Net, cette fois-ci, au niveau local⁶⁶. L'État de Washington a été l'un des premiers à se lancer dans son approbation, en mars⁶⁷. Depuis, l'état de Californie a pratiquement rétabli l'*Open Internet Order* d'Obama en septembre (ce qui lui a valu la colère du ministre de la justice Jeff Sessions, qui qualifia cette loi locale de complètement illégale)⁶⁸. L'Oregon et le Vermont ont aussi entrepris de remettre en vigueur la neutralité du Net à travers la législation locale, alors que les gouverneurs d'Hawaïi, du New Jersey, de New York, du Montana et de Rhode Island ont choisi une solution similaire basée sur les provisions issues des ordres exécutifs (*Executive Orders*). Ainsi, il est possible que l'une des formes les plus efficaces de résistance aux politiques de dérégulation de l'administration Trump provienne des États de l'Union. En tout cas, la Cour Suprême a déclaré non recevable une

⁶³ « Exploring the possible consequences of network operators' deployment of "intelligent" routers capable of deep packet inspection, which facilitates comprehensive data surveillance and discrimination as data packets transit the network ». N., R. et M. Mueller, « *The End of the Net as We Know It? Deep Packet Inspection and Internet Governance* », *New Media & Society*, vol. 13, 2011, p. 1142.

⁶⁴ À l'Université de Stanford, B. VAN SCHEWICK, « Network Neutrality and Zero-rating », at 1, Feb. 19, 2015 [http://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/vanSchewick2015NetworkNeutralityandZerorating.pdf].

⁶⁵ A la London School of Economics, D. BRAKE, *Mobile Zero Rating: The Economics and Innovation Behind Free Data, Info. Tech. & Innovation Found.*, May 10, 2016 [http://www2.itif.org/2016-zero-rating.pdf].

⁶⁶ H. NEIDIG, « *With Rules Repealed, What's Next for Net Neutrality?* », *The Hill*, Feb. 23, 2018 [http://thehill.com/policy/technology/375185-with-rules-repealed-whats-next-for-net-neutrality] [https://perma.cc/YG9D-P9SQ].

⁶⁷ J. BRODKIN, « *Why the First State with a Net Neutrality Law Isn't Scared of Lawsuits* », *Ars Technica*, Mar. 16, 2018 [https://arstechnica.com/tech-policy/2018/03/net-neutrality-supporting-lawmaker-tells-isps-were-ready-for-lawsuits/] [https://perma.cc/M933-TL9J].

⁶⁸ *Wall Street Journal* du 30 septembre 2018.

plainte présentée par l'administration fédérale en vue de faire annuler la résolution de la Cour d'appel fédérale qui avait déclaré conforme l'*Open Internet Order* en 2017⁶⁹. En définitive, la route permettant de réinstaurer un jour la neutralité du Net n'est pas fermée.

CONCLUSION

Aux États-Unis, le premier amendement de la Constitution a été lu, depuis la fin du XX^e siècle, comme un droit en sens positif⁷⁰, qui oblige l'État à créer des conditions de communication à égalité⁷¹ dans le cadre de toutes les manifestations relatives aux moyens d'expression, que ce soit au niveau fédéral ou local. Pour la Cour Suprême des États-Unis⁷², les interventions des agents gouvernementaux se justifient tant que celles-ci permettent d'augmenter le nombre de voix (voire d'opinions) accessibles au public, une position qui avait été incarnée, en 1919, dans l'expression « marché libre des idées » (« *marketplace of ideas* ») du juge Oliver Wendell Holmes dans le cadre du dossier *Abrams v. United States*⁷³. Cent ans plus tard, la régulation d'Internet passe par la notion de droit international des « droits de l'homme », qui considère l'accès aux services en ligne comme un droit fondamental⁷⁴.

Étant donné que le X^e amendement de la Constitution américaine attribue aux constitutions des états des compétences en matière de défense des droits fondamentaux, il est fort envisageable que les tentatives de concentration des pouvoirs au sein des agences du gouvernement fédéral se fondent sur les décisions des gouvernements locaux, ce qui laisse à penser que la régulation du Net (ou son absence) passe moins par la recherche d'une instance

⁶⁹ L. HURLEY, « U.S. Supreme Court ends fight over Obama-era net neutrality rules », Reuters, Nov. 5, 2018.

⁷⁰ F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, 1982, pp. 80-81.

⁷¹ « State regulation of speech is consistent with, and may even be required by, the first amendment ». O. W. FISS, « Why the State? », *Harvard Law Review*, no. 100, 1987, pp. 781, 783.

⁷² Dans le dossier *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547, 567-68 (1990), la Cour Suprême a déclaré conforme les politiques d'entreprise autorisant des propriétaires minoritaires afin de permettre une plus large diversité des médias.. Elle a promu la même pluralité médiatique lorsqu'elle a déclaré conforme à la Constitution la structure des propriétés collectives dans le cadre du dossier *FCC v. Nat'l Citizens Comm. for Broad.*, 436 U.S. 775, 795 (1978). Dans le dossier *Fox Television Stations, Inc. v. FCC*, 280 F.3d 1027, 1043 (D.C. Cir. 2002), elle a même reconnu la diversité des médias comme la finalité légitime de la législation. Enfin, elle a validé des politiques concrètes visant la multiplicité des sources d'information, dans le dossier *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 663 (1994). Pour une description des règles imposées par la FCC sur la diversification ambiante, voir H. L. ZUCKMAN (et al.), *Modern Communications Law* § 14.4 (1999).

⁷³ 250 U.S. 616, 630 (1919).

⁷⁴ « The most effective forms of censorship today involve meddling with trust and attention, not muzzling speech itself. As a result, they don't look much like the old forms of censorship at all. They look like viral or coordinated harassment campaigns, which harness the dynamics of viral outrage to impose an unbearable and disproportionate cost on the act of speaking out. They look like epidemics of disinformation, meant to undercut the credibility of valid information sources. They look like bot-fueled campaigns of trolling and distraction, or piecemeal leaks of hacked materials, meant to swamp the attention of traditional media. » Z. TUFECKI, « It's the (Democracy-Poisoning) Golden Age of Free Speech », *Wired*, Jan. 16, 2018 [https://www.wired.com/story/free-speech-issue-tech-turmoil-new-censorship/].

souveraine et toute puissante que par le renforcement des politiques de proximité, ouvrant ainsi de nouvelles perspectives en matière d’outils pour le niveau fédéral.