

RAPPORT D'ÉTUDE MARS 2017

Réguler le “numérique”



Réguler le « numérique » ? Les plateformes numériques ?
Ou plutôt adapter les régulations au XXIème siècle.

par Joëlle Toledano

Joëlle Toledano

Professeur des Universités en Sciences Economiques à CentraleSupélec. Co-directrice du Master IREN (« Industries de Réseau et Economie Numérique »), elle est associée à la Chaire « Gouvernance et Régulation » de l'Université Paris-Dauphine. Elle est membre du Conseil d'administration de l'Agence Nationale des Fréquences et de deux startups du numérique.

Docteur en mathématiques et docteur en sciences économiques, Joëlle Toledano a mené une double carrière, universitaire et en entreprise, avant de se passionner pour les sujets de politique publique et de régulation.

Elle a débuté comme attachée de recherche au CNRS, puis comme maître de conférences en économie à l'Université de Rouen. Parallèlement, elle a occupé divers postes de direction dans des entreprises informatiques. Elle a rejoint en 1993 le groupe La Poste dont elle a été, à partir de 2001, la directrice de la régulation européenne et nationale. Elle a été nommée, début 2005, professeur des Universités à l'Ecole supérieure d'électricité (Supélec).



Joëlle Toledano a été membre du Collège de l'ARCEP (mi-2005-2011). Elle a également été la première présidente du groupe des régulateurs postaux européens créé en 2010 par la Commission européenne. Joëlle Toledano a remis en 2014 à Mme Axelle Lemaire, secrétaire d'Etat chargée du numérique, un rapport rédigé à la demande du gouvernement « Une gestion dynamique du spectre pour l'innovation et la croissance ».

Elle a publié plusieurs ouvrages et de nombreux articles scientifiques et grands publics dans les domaines de la macroéconomie, l'économie industrielle et l'économie et la régulation des communications électroniques et des postes.



Deux interrogations, en première analyse sans relation entre elles, sont à l'origine de cette note.

Pourquoi Google sur qui les soupçons de pratiques anticoncurrentielles portés par la Commission Européenne croissent depuis 2010 n'est-il toujours pas condamné ? Pourtant à l'aulne du nombre et de la diversité des procédures engagées depuis 2010, des discours prononcés par la Commission Européenne, et des notifications de griefs envoyées, la réalité des pratiques semble peu contestable.

Pourquoi parle-t-on périodiquement de fusionner le CSA et l'Arcep ou de mettre en place une régulation indépendante du numérique, et notamment les fameux GAFA (Google, Apple, Facebook et Amazon) sans jamais énoncer les objectifs de politique publique poursuivis et tout en attaquant le manque de contrôle des Autorités administratives indépendantes ?

Cette note vise à essayer de comprendre, en s'appuyant sur les nombreux travaux et réflexions—essentiellement économiques— disponibles, les enjeux de ce qu'on a appelé un peu vite la régulation des plateformes ou la régulation du numérique. Quels sont les enjeux, que peut-on faire et que faudrait-il faire ?

Les enjeux macroéconomiques sont simples, la productivité et la croissance. Face à la faiblesse de la croissance et aux craintes de stagnation séculaire auxquelles sont confrontés les pays industrialisés, l'investissement dans le numérique et sa diffusion dans le tissu national apparaissent, en particulier en France, comme une des marges de manœuvre permettant de desserrer l'étau. La traduction microéconomique est a priori de s'attaquer aux rentes de situation qui empêchent le développement de la productivité, tout en préservant les caractéristiques de notre modèle économique et social (forme d'emploi, sécurité des personnes, blanchiment, pluralisme ...).

Comment ? D'abord, il convient de revenir à des visions sectorielles, par chaîne de valeur, et ne pas raisonner seulement en terme de plateforme au sens technique, Uber est en particulier un acteur du transport, AirBnb de l'hôtellerie etc. Evidemment il y a de nouvelles chaînes de valeur qui se mettent en place.

Ensuite il faut avoir conscience qu'aucune action sérieuse n'est possible au plan national, les modèles économiques sont mondiaux. Le droit de la concurrence – qui justement répondrait bien à cette vision sectorielle— est en situation de faiblesse car il ne sait pas encore bien analyser les pratiques de ces nouvelles plateformes au regard des canons du droit de la concurrence.

Donc la solution passe par les pays européens à minima voire davantage pour créer un rapport de force favorable. L'agenda numérique européen est foisonnant et s'attaque à la modernisation de nombreux pans de la législation, tant sectorielle que transversale. Au niveau national aussi des évolutions législatives ouvrent des perspectives. Mais le processus est lent et long car ce sont de très nombreuses régulations /réglementations (communications électroniques, audiovisuel, copyright, données personnelles, sécurité publique, emploi, droit de la consommation.....) qu'il convient d'adapter au XXIème siècle.

Parler de « régulation » au sens des Autorités Administratives Indépendantes est encore prématuré tout simplement parce que nous ne savons pas encore bien ce que nous allons « réguler » et comment. Or la définition ne peut être purement et simplement déléguée. Elle est du ressort de la définition des politiques publiques. Entre le moment où la question –relativement simple— de la neutralité du net a été posée et celui où les régulateurs peuvent s'en emparer, il a fallu presque 10 ans de débat technique et politique en Europe. Les sujets comme ceux de la loyauté des plateformes ou des algorithmes n'ont pas atteint ce niveau de maturité.

Mais on ne peut pas attendre ... et ne rien faireen attendant.

La note propose une démarche politique visant à améliorer la compréhension du comportement des acteurs et à créer les conditions de rapports de force (européens ou à plusieurs pays) plus équilibrés. L'asymétrie d'information est gigantesque et les acteurs ont une capacité à tester et à évoluer infiniment plus rapide que les vieux monopoles du XXème siècle. Il faut se réarmer intellectuellement et se donner des moyens politiques pour compenser ces handicaps. Il faut travailler à trouver des remèdes opératoires à des pratiques qui peuvent être très dommageables à notre économie et irréversibles.


Réguler le « numérique » ? les plateformes numériques ? ou plutôt adapter les régulations au XXIème siècle

Dans un premier temps circonscrit à un noyau d'activités représentant le vingtième du PIB (microélectroniques, produits et services de l'informatique et des communications), le « numérique » est en train de pénétrer et de remodeler l'ensemble des activités économiques. La diffusion de nouveaux services numériques remet en question les modèles économiques historiques. Toutes les activités sont concernées, de la publicité et des médias au transport sous toutes ses formes en passant par l'énergie, les services financiers, le tourisme ou l'agriculture et les services de santé, sans oublier les services régaliens comme la collecte des impôts ou la dématérialisation de toutes les démarches administratives. En créant des mises en relation directes, supprimant ou contournant les intermédiaires économiques des anciens modèles économiques (« les business model ») les plateformes logicielles diminuent, souvent drastiquement, les coûts de transaction et font émerger partout de nouveaux modèles économiques.

Il en résulte un renouvellement régulier des questions autour des politiques publiques à mettre à œuvre pour favoriser mais aussi dans certains cas pour encadrer la diffusion des technologies numériques. Un consensus apparent existe pour définir des cadres de régulation limités qui n'entravent pas la croissance voire la favorise mais dont les modalités doivent être crédibles. En effet certaines pratiques - contestables mais qui perdurent- tant économiques que fiscales, sociales ou éthiques finissent par délégitimer les objectifs poursuivis.

L'objectif de cette note est de s'interroger sur la pertinence de la démarche actuelle, sur les méthodes et moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif et de conclure avec des solutions complémentaires ou alternatives plus en phase avec un monde numérique agile et que les politiques publiques ont du mal évaluer.

La note est organisée comme suit : le 1er paragraphe inscrit le développement du numérique dans un contexte de croissance et de gains de productivités faibles. Il insiste sur la nécessité de favoriser l'extension des usages et des pratiques. On pourrait s'étonner de ce « détour » dans un texte qui se préoccupe essentiellement de questions de gouvernance et d'efficacité de la politique publique. Pourtant il paraissait important d'en évaluer les enjeux. Le 2ème § met en perspective l'extension des usages des plateformes numériques à



l'ensemble des secteurs d'activité et la nécessité de réfléchir, non en termes de « numérique », mais au niveau de chaque secteur et chaîne de valeur concernée. Le 3ème § montre comment progressivement la question des modalités de l'intervention publique s'est modifiée dans le temps pour concerner de très nombreux domaines. Le 4ème § s'attache à préciser les difficultés spécifiques que rencontre le droit de la concurrence face à des comportements potentiellement anticoncurrentiels des acteurs puissants du numérique alors que le 5ème § montre que si les ingrédients nécessaires à une « régulation » intégrant différentes facettes du nouveau monde numérique sont en train de se mettre en place, la question de la mise en œuvre d'une régulation indépendante est prématurée. De fait, les règles qu'il faudrait faire respecter ne sont pas encore précisément définies et les institutions ne sont pas adaptées. C'est pourquoi le dernier § propose des solutions nouvelles transitoires (?) quant aux modalités de l'intervention publique.

1- L'enjeu macroéconomique.

Sujet central dans une période de ralentissement des gains de productivité et de la croissance dans les pays industrialisés, deux écoles de pensée s'opposent tant chez les économistes américains (R. Gordon, E. Brynjolfsson & A. McAfee, Krugman) que d'ailleurs chez les français (P. Aghion, D. Cohen, Artus, JH Lorenzi, Cette, ...). Le diagnostic est globalement partagé sur le ralentissement mais les positions sont assez radicalement différentes sur l'avenir, avec au centre du débat le rôle du numérique. D'un côté, la vague technologique du numérique constitue une nouvelle technologie polyvalente (« General Purpose Technology », GPT) » dont l'ampleur va renouveler la production et la consommation, de l'autre un progrès technique et une capacité d'innovation limités, symbolisée selon Gordon par le seul iPhone¹ conduisent à une « stagnation séculaire »..

L'OCDE a fait un point en 2015 sur les évaluations et « le futur de la productivité ». Il distingue ce qu'il appelle les « techno-pessimistes » qui considèrent ces baisses comme résultant d'une tendance séculaire dont les causes sont à la fois macroéconomiques (pour Gordon : démographie, éducation, inégalités et dette publique) et technologiques ; L'OCDE baptise « techno-optimistes » les économistes tels que Brynjolfsson & McAfee qui réfutent les arguments des premiers sur la faiblesse du progrès technique par rapport aux révolutions techniques précédentes en mettant en avant :

- D'une part des difficultés de mesure d'un cadre économique et d'un mode de comptabilisation qui ont été fabriqués dans un monde industriel avec peu de services et
- D'autre part l'importance des innovations à l'œuvre en train de se diffuser, et qui vont révolutionner l'économie.

Par ailleurs, plusieurs analyses montrent que les problèmes de croissance et de productivité français (et en fait le plus souvent européen) sont encore plus importants que les problèmes américains, en particulier parce que les investissements, en particulier numériques, ont été insuffisants (OCDE, BEI, en France G. Cette, France Stratégie...). Ainsi le ralentissement américain date du milieu des années 2000, après une période

1 Robert J. Gordon « The demise of U.S. economic growth: restatement, rebuttal, and reflections », Working Paper 19895 <http://www.nber.org/papers/w19895>, 2014.

tirée par le numérique où les USA avaient renoué avec la croissance et l'augmentation de la productivité. En Europe le ralentissement a démarré plutôt dans les années 90. Et depuis l'écart de productivité entre l'Europe et les USA croît à nouveau après la longue période de rattrapage de l'après-guerre.

Jason Furman, président du Council of Economic Advisers estime d'ailleurs que le ralentissement de la productivité américaine trouve son origine dans la baisse des investissements observée à la suite de la crise financière de 2007 et anticipe plutôt une reprise de la croissance². Le Council of Economic Advisers observe toutefois une diminution structurelle de la fluidité de l'économie US à laquelle il propose de remédier en favorisant la diffusion de l'innovation. Sans proposer de lien de causalité, Il met en évidence la baisse de la mobilité sur le marché du travail et des créations d'entreprise, une augmentation sensible de la concentration économique et des emplois nécessitant une autorisation d'exercer (licences) pour des raisons qui relèveraient majoritairement de la préservation de rentes économiques³.

La note de France Stratégie montre que la « destruction créatrice » a été plus faible en France qu'aux Etats-Unis et que le décrochage français de productivité date d'une vingtaine d'année.⁴

De fait, l'OCDE a mis en évidence l'hétérogénéité du ralentissement de la productivité⁵. Ainsi les entreprises les plus efficaces (à la frontière de la technologie) ont fait croître ces dernières années leur productivité à un rythme élevé (dans l'industrie comme dans les services). La faiblesse actuelle des gains de productivité s'expliquerait par une insuffisante diffusion des innovations disponibles dans les firmes les plus efficaces vers le reste de l'économie. Or avec le numérique les firmes les plus efficaces sont, on l'a vu le plus souvent américaines.

Les très nombreux travaux⁶ destinés à comprendre et interpréter les évolutions de la productivité semblent par ailleurs buter sur la prise en compte de l'amélioration de la qualité des services, publics comme privés, dont le poids dans l'économie ne cesse de croître⁷. En matière de santé par exemple les augmentations observées de la durée de vie ou de la qualité des soins orthopédiques ou dentaires pour prendre des exemples concrets ne trouve aucune traduction quantitative dans les évaluations de la croissance économique ou de la productivité. Pour autant rien n'indique non plus que des améliorations récentes compenseraient les baisses constatées. Les difficultés de prise en compte de l'amélioration de la qualité

2 « Productivity Growth in the Advanced Economies: The Past, the Present, and Lessons for the Future » Remarks by Jason Furman Chairman, Council of Economic Advisers, Peterson Institute for International Economics July 9, 2015.

3 Economic report of the President 2016: chap. 5 « Technology and innovation »

4 Comprendre le ralentissement de la productivité en France » note d'analyse de France Stratégie, janvier 2016.

5 The future of productivity, OECD, 2015 et plus récemment «The Best versus the Rest: The Global Productivity Slowdown, Divergence across Firms and the Role of Public Policy», OECD 2016

6 Deux conférences organisés début 2017 : « Stagnation séculaire et mesure de la croissance », 16 janvier 2017, par la Banque de France et Collège de France et « Productivité : une énigme française ? » organisée par la Banque e France et France stratégie le 1er Février 2017 ont permis de faire le point des derniers travaux sur ces sujets. En e qui concerne les problèmes de mesure voir par ex : Syverson, C. (2016). Challenges to Mismeasurement Explanations for the US Productivity Slowdown (No. w21974). National Bureau of Economic Research. ou Byrne, D. M., Fernald, J., & Reinsdorf, M. (2016). Does the United States have a Productivity Slowdown or a Measurement Problem?

7 Le rapport Atkinson (2005) « Measurement of Government Output and Productivity for the National Accounts » faisait des propositions pour évaluer la productivité des services publics.



de service comme le développement des services gratuits via Internet incitent certains économistes à favoriser les raisonnements en termes de « bien-être » des consommateurs.

Si on en reste à une analyse française ou même européenne, les spécificités du numérique où le « winner takes all » dans une économie mondialisée conduit à relativiser la possibilité à terme d'une dynamique de rattrapage telle qu'elle a fonctionné par rapport aux USA à l'après-guerre. En tout état de cause, quel que soit le point de vue, techno-pessimiste comme techno-optimiste, Il y a une vraie urgence micro et macroéconomique à mettre en place les moyens pour investir dans le numérique, favoriser la diffusion des innovations et partant la croissance. Ce point de vue se retrouve dans les travaux français⁸. Or souvent les transformations numériques remettent en question les organisations – et parfois les rentes – des structures productives en place.

2- Analyser les impacts secteur par secteur

D'où la nécessité d'examiner soigneusement, secteur par secteur, les applications où le numérique permet de supprimer des intermédiaires traditionnels et crée des chaînes de valeurs différentes susceptibles de contourner des obligations réglementaires existantes. Elle conduit à s'interroger sur la pertinence de certaines réglementations en cours. C'est la question de la concurrence équitable ou du « level playing field » entre des activités soumises à des contraintes, dont certaines - mais pas nécessairement toutes - sont justifiées par des raisons d'intérêt public. Il est alors nécessaire de vérifier si ces contraintes constituent des barrières à l'entrée anticoncurrentielles, ou si au contraire elles relèvent de préoccupations légitimes (sécurité, santé, fiscalité, protection des consommateurs). De nombreux débats relèvent de cette problématique tant en matière de transport de voyageurs avec des VTC (type Uber), des transporteurs relevant de la réglementation LOTI ou les taxis, que des conditions éventuelles à imposer pour l'achat de lunettes ou de médicaments en ligne, ou des règles fiscales et sociales pour les services de location de chambre ou de covoiturage. On rencontre des questions du même type pour les obligations pesant sur la production audiovisuelle des chaînes de TV et les services de communication confrontés aux services « Over The Top (OTT) » tels que Netflix ou WhatsApp.

Au regard d'autres mouvements de transformation économique observés par le passé, l'originalité du numérique réside dans sa dimension presque d'emblée mondiale qui modifie fondamentalement les formes de l'action publique. L'économie du numérique s'appuie en effet souvent sur le déploiement de plateformes qui mettent en relation via des logiciels (et des algorithmes), des marchés physiquement intermédiées dans l'organisation économique préexistante.

L'existence de plateformes n'est pas consubstantielle au numérique. Ce sont les mêmes mécanismes qu'on retrouve avec les cartes de crédit, la presse ou la télévision « gratuite ». Patrick le Lay, ex président de TF1,

⁸ Références note 6.


a parfaitement imaginé le principe économique à l'oeuvre en expliquant qu'il vendait du « temps de cerveau humain disponible » à Coca Cola pour l'aider à vendre ses produits. Les consommateurs regardent une chaîne de TV gratuite dont le financement est assuré par la publicité. On comprend bien que la croissance du marché de la publicité dépend des consommateurs des émissions de TV. Il y a deux marchés concernés, la publicité et la TV. D'où le nom de marché « bifaces » retenu par les économistes pour caractériser les plateformes. C'est le même type de « modèle économique » que Google a mis en place avec la recherche gratuite en ligne⁹. C'est aussi ce même modèle qui est retenu par Facebook, Amazon sur certains de ses marchés, AirBnb, Uber, etc. Le succès de ces plateformes qui réduisent drastiquement les coûts de transaction dépend de l'atteinte rapide d'une taille critique sur les deux (ou plus) marchés connectés. La course à la taille explique pour partie les stratégies tarifaires retenues.

Pour minimiser le temps d'attente d'un client, clef du succès du service, la plateforme Uber a besoin de beaucoup de chauffeurs. Pourtant, tant que les clients ne sont pas nombreux il ne devrait pas y avoir beaucoup de chauffeurs indépendants non-salariés susceptibles de répondre à la demande.... D'où la stratégie d'Uber qui au départ, subventionne les chauffeurs pour que la flotte de voitures en service permette de proposer aux clients à la fois un temps d'attente réduit et des tarifs raisonnables. La croissance des clients doit permettre ensuite d'augmenter les tarifs et de supprimer les subventions aux chauffeurs. La croissance des clients et des chauffeurs est alors auto entretenue, la croissance de chacun des marchés induisant la croissance de l'autre marché. Le traitement de l'historique des demandes permet d'anticiper la demande, diminuant ainsi à flotte constante le temps d'attente des clients. Le traitement de données, le fameux « big data » devient un avantage concurrentiel.

L'autre dimension de la croissance est l'internationalisation Avec la même plateforme technique, le modèle est déployé zone après zone. Cette croissance devient un élément essentiel de la viabilisation du modèle économique.

Dans cette perspective les externalités de réseau, directes – la satisfaction des clients augmente avec le nombre de clients- comme indirectes – la croissance d'un marché profite à l'autre marché- jouent un rôle central en permettant des croissances extrêmement rapides et autoentretenues. Elles favorisent les leaders qui bénéficient des économies d'échelle et amplifient les pouvoirs de marché. Il en découle une quasi impossibilité à faire évoluer dans un seul pays le modèle économique. Même quand il s'agit de marchés strictement locaux (Uber, AirBnb, Blablacar, ...), la puissance de ces acteurs transnationaux résulte de l'existence de centaines de millions de clients dont les revenus directs ou indirects par client sont en général faibles. La perte d'un marché est donc beaucoup moins grave que la remise en cause du modèle économique. La tentative espagnole d'obliger « Google News » à rémunérer la presse a conduit purement et simplement à l'arrêt du service en Espagne. Du point de vue français, la nécessité d'interventions publiques

⁹ Quasiment tous les rapports cités dans cette note et les très nombreux travaux académiques cherchent d'abord à définir et classer les différents types de plateformes et pour les économistes celles qui relèvent ou non de la problématique théorique des marchés bifaces (ou multifaces). À titre de référence on peut citer: Diane Coyle (2016) Making the most of platforms: a policy and research agenda, Bertin Martens (2016) An Economic Policy Perspective on Online Platforms. Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2016/05. JRC101501, Peter C. Evans et Anabelle Gawer (2016) The Rise of the Platform Enterprise: A Global Survey, The Center for Global Enterprise



ou de « régulation » au niveau supra national se justifie certes pour des raisons de marché unique mais aussi par pragmatisme et soucis d'efficacité, car même si dans un certain nombre de cas les marchés restent locaux, il vaut mieux face à des plateformes numériques, dont l'empreinte géographique est quasi mondiale, disposer d'un rapport de force favorable.

Quand on examine les questions rencontrées, secteur par secteur, on est souvent confronté à des préoccupations de pouvoir de marché qui renvoient nécessairement au droit de la concurrence. Or le droit de la concurrence s'il a pu intervenir à propos d'un certain nombre de pratiques n'a pas vraiment démontré qu'il avait la capacité de contrôler pleinement les pratiques de certains des acteurs. Le cas Google toujours en attente d'une décision et dont l'examen formel devant la Commission Européenne a démarré en 2010 est là pour en témoigner. Plus de six ans après l'ouverture d'une enquête antitrust et malgré plusieurs épisodes témoignant de la volonté de la Commission de s'attaquer à des pratiques qu'elle analyse comme anticoncurrentielle, les décisions se font attendre¹⁰. Le débat sur la « régulation du numérique », tel qu'il a été posé par les gouvernements allemands et français, renvoie en fait à l'éventuelle régulation de ces grands acteurs du numérique dont la puissance d'ores et déjà acquise inquiète. Or ils investissent dans de nombreuses activités et annoncent vouloir étendre leurs activités à tous les grands secteurs d'activité des activités bancaires à l'automobile en passant par la santé et l'énergie.

Mais nous ne sommes plus dans la phase où, au-delà des marchés cœur du numérique, un nombre limité de marchés étaient concernés. Dans cette période, la musique et la presse étaient les activités les plus emblématiques de la remise en cause des modèles économiques anciens et les géants du numérique, les fameux GAFA (Google, Apple, Facebook et Amazon) les symboles du nouveau monde. Les plateformes numériques se déploient maintenant dans l'ensemble de l'économie (« software is eating the world ») et les Uber, AirBnb, Expedia, Booking, TripAdvisor, Netflix, etc. sont venus les rejoindre. Les règles éventuelles à appliquer à ces acteurs, au-delà des problématiques strictement sectorielles, ne sauraient être différentes de celles envisagées pour les GAFA. Ce n'est donc pas de régulation du numérique qu'il convient de parler mais bien de l'adaptation de l'ensemble des cadres juridiques et réglementaires, qu'ils soient sectoriels ou transversaux, au numérique. Ce cadre générique doit concerner l'ensemble des secteurs d'activité quitte à envisager en plus l'extension de la régulation sectorielle à de nouvelles chaînes de valeur qui présenteraient des caractéristiques particulières. En matière de communications électroniques, l'insuffisance du droit de la concurrence à parvenir à une situation de concurrence effective sur un marché est un des critères qui permet au régulateur d'intervenir ex-ante sur ce marché. Pourquoi ne pas s'en inspirer¹¹ ?

10 Novembre 2000 : Ouverture d'une enquête antitrust sur les pratiques en matière de recherche en ligne ; 2011-2014 : plusieurs phases de consultations avec recherche d'engagements/ remèdes et test de marché. Le dernier, sur le point d'aboutir, capote à la suite de mouvements d'opposition forts d'acteurs économiques et politiques, Avril 2015 : Communication de griefs à propos du moteur de recherche qui favoriserait systématiquement son propre comparateur de prix dans ses pages de résultats de recherche générale et lancement d'une enquête concernant Android. Avril 2016 : Communication des griefs concernant les abus de position dominante exercés avec le système d'exploitation et les applications Android, Juillet 2016 : 1) communication des griefs (complétant celle d'avril 2015) à propos de l'abus de position dominante consistant à favoriser son service de comparaison de prix dans ses pages de résultats; 2) nouvelle communication des griefs, portant sur les restrictions imposées par Google en matière d'affichage de publicités contextuelles émanant de ses concurrents.

11 Les deux autres critères de l'analyse des marchés pertinents sont : la présence de barrières à l'entrée et au développement de la concurrence et l'absence de perspectives d'évolution vers une situation de concurrence effective.

3- Partout le numérique remet aussi en cause les anciennes règles

Il y a cinq ans à peine les débats tournaient encore autour de la régulation éventuelle d'« Internet ¹²». Depuis les thématiques se sont diversifiées. En fait partout le numérique oblige à revisiter les formes d'organisation, les institutions et les droits associés.

Les premiers débats qui ont accompagné le développement d'internet concernaient le cadre institutionnel et la gouvernance d'internet avec des problèmes en matière de modèles économiques de certains contenus (musique et presse essentiellement) mais aussi de contenus illicites.


Puis c'est la question de la neutralité du net a été au centre des interrogations. Les positions ont convergé en Europe avec le règlement européen de 2015¹³. Plus récemment, alors que la concurrence s'est largement développée, la question de régulation des réseaux de communications électroniques dans un environnement technique où les services fournis par les opérateurs OTT peuvent maintenant être similaires mais distincts des services accompagnant l'accès et offerts par le passé par les seuls opérateurs de télécommunications se pose à nouveau. C'est un des sujets que pose la proposition récente de la commission sur la réforme du cadre réglementaire des communications électroniques¹⁴.

Ont émergé, parallèlement à la remise en cause des modèles économiques sectoriels (cf. supra), des problématiques plus transversales. Évidemment en premier sujet on retrouve le rôle ambivalent et central de la concurrence, bénéfique en première analyse mais nécessairement associé au contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans un monde où les effets de réseaux dominent et où tous les intervenants craignent de ne pas être « le gagnant qui rafle la mise ». Les autres thématiques sont aussi diverses que le contournement

12 En février 2011, P. Kociusko-Morizet dans un rapport relatif à la création du Conseil National du Numérique faisait « la synthèse de l'ensemble des réflexions et propositions communiquées au Gouvernement depuis presque 20 années sur le sujet de la régulation de l'internet » et constatait « la question de la régulation de l'internet demeure depuis de très nombreuses années, pour ne pas dire depuis la démocratisation de ce nouvel outil, un des sujets qui a fait l'objet de très nombreux rapports ou réflexions ». Il citait 9 rapports et près d'une dizaine d'initiatives politiques depuis 1996. Cf. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000102.pdf>

13 Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques.

14 Proposal for a Directive of the European parliament and of the council establishing the European Electronic Communications Code, Sept. 2016.



de la fiscalité, la protection des données personnelles ou l'ouverture des données publiques, les questions de sécurité et d'ordre public, la protection des droits d'auteur, les brevets..., ou plus récemment la question des nouvelles formes d'emplois et la nécessité de définir une protection sociale qui en tiennent compte.

L'exemple de la fiscalité illustre bien le propos. L'« optimisation fiscale » n'est en rien spécifique aux entreprises du numérique. Certes la dématérialisation facilite la fourniture de services déterritorialisés et transforme Apple ou Google en champion de la défiscalisation en Europe. Les entreprises « non numériques » ne sont pas en reste même si elles ne semblent pas à même d'atteindre tout à fait les mêmes performances hors Etats-Unis que les entreprises du « numérique¹⁵ » ! De même le développement des plateformes accentue la tendance à la diversification des formes d'emplois alors que le modèle de l'emploi salarié à plein temps de l'après-guerre était déjà remis en cause¹⁶.

L'objectif est ici de se cerner plus précisément les questions spécifiquement liées à la généralisation des plateformes comme élément central des nouveaux modèles économiques et aux nouvelles régulations susceptibles d'être mises en oeuvre. En dehors des sujets de concurrence, y a-t-il des problèmes particuliers de politique public et comment convient-il de les traiter ?

L'automatisation des liens entre des marchés différents, l'intermédiation virtuelle, caractéristique propre aux plateformes, permet la mise en relation et la réalisation de transactions s'appuyant sur la collecte et le traitement d'informations, nouveau pétrole de l'économie numérique. Hal Varian, économiste emblématique de l'économie numérique avant de devenir Chief economist de Google est souvent intervenu ces dernières années sur ce qu'il dénomme les « computer mediated transactions », qu'il considère comme encore plus important que le big data. L'extraction et l'analyse de données, autrement nommé big data, ne constitue qu'une des dimensions des transactions assistées par ordinateur. Les possibilités ouvertes par la personnalisation et l'adaptation des offres, l'expérimentation permanente des outils et programmes et les nouvelles formes de contrats rendues possibles par la surveillance en temps réel sont selon lui encore plus porteuses de promesses.¹⁷

Ces opportunités doivent toutefois être encadrées pour répondre à des préoccupations mise au jour ces dernières années et qui concernent à la fois les libertés publiques et la protection des données personnelles, le droit de la consommation et le droit commercial. Ces préoccupations ont fait l'objet de débats nombreux et de travaux importants dans plusieurs pays comme dans les enceintes internationales (Europe, Etats-Unis, OCDE, etc.) et nationale (Conseil d'Etat, CNNum, etc.). Les textes européens concernant la protection des données personnelles ont été votés par le parlement européen après de longs débats¹⁸ et des décisions de justice emblématiques. Leur mise en œuvre l'année prochaine est précédée par celle de la loi « Pour une République Numérique » (ou encore loi Lemaire, cf. infra) dont certaines parties traitent également du sujet. Pour illustrer le rôle de la Cour Européenne de Justice on retiendra deux exemples révélateurs.

15 Cf. le rapport à la Commission européenne et plus particulièrement ses annexes 1 et 2 (p. 54 et 55) in « Report of the Commission Expert Group on taxation of the digital Economy », 2014.

16 cf. Flamand J. (2016), « Dix ans de transitions professionnelles : un éclairage sur le marché du travail français », Document de travail, n° 3, France Stratégie, mars et France Stratégie 2017-2027 : « Nouvelles formes du travail et de la protection des actifs : enjeux », mars 2016.

17 Cf. Computer Mediated Transactions, Hal R. Varian, American Economic Review, Vol. 100, n°. 2, May 2010; http://lesrencontreséconomiques.fr/2014/wp-content/uploads/sites/2/2014/07/h.r.varian_beyondbigdata.pdf

18 La réforme européenne du droit de la protection des données personnelles comprend l'adoption d'un règlement qui encadre les traitements de données personnelles et d'une directive sur le traitement de données personnelles par les services de police et la justice. Le règlement est applicable directement en droit national, contrairement à la directive.

À la suite d'une procédure espagnole contre Google, le « droit à l'oubli » a été reconnu en 2014. Il donne la possibilité d'un déréférencement des liens qui apparaissent dans une recherche associée à un nom et contenant des informations relatives à cette personne, tout en prenant en compte l'intérêt prépondérant du public à avoir accès à l'information. En 2015 c'est une décision concernant le mécanisme de transfert de données personnelles européennes aux Etats-Unis qui a été remise en cause¹⁹.

4 – Un affaiblissement (provisoire ?) du droit de la concurrence

Un hiatus s'est créé entre les économistes académiques et les praticiens du droit de la concurrence. L'un des sujets majeurs d'inquiétude provoqué par les nouveaux géants du numérique, gagnants souvent quasi hégémoniques de bagarres concurrentielles intenses, est celui d'un pouvoir de marché excessif de certaines plateformes numériques, sujet relevant évidemment du droit de la concurrence.


Pour les praticiens du droit de la concurrence, la position est claire : le droit de la concurrence ne doit pas être modifié pour répondre à des préoccupations spécifiques à l'utilisation de plateformes numériques qui sont analysées comme des marchés bifaces (cf. ci-dessus). Les concepts sous-jacents doivent être conservés comme les exigences en matière de preuve (cf., interventions YouTube de B. Lasserre, du Chief executive du CMA, MonopolKommission, auditions Chambre des Lords, « case handler » de la Commission, note du CAE). Le consensus est moins net en matière d'évolutions de procédures d'intervention ou de modalités d'applications du droit de la concurrence. Certains envisagent de modifier, dans quelques cas, la manière dont le droit de concurrence s'applique, mais ce n'est pas le cas de tous.

L'ancien président de l'Autorité française de concurrence et la MonopolKommission allemande²⁰ plaident pour des évolutions harmonisées en Europe dans certaines pratiques des Autorités de concurrence en matière de traitement des concentrations et pour l'utilisation plus fréquentes par les Autorités de la concurrence de mesures conservatoires suivies de l'engagement des entreprises de modifier leurs comportements²¹.

19 Droit à l'oubli (Google Spain c/ AEPD, 2014), durée de conservation des données, sécurité publique (Digital Rights Ireland, 2014) invalidation du « safe harbor » (2015).

20 « Competition policy: The challenge of digital markets », Special Report by the Monopolies Commission pursuant to section 44(1)(4) of the Act Against Restraints on Competition, No 68, 2015. http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf

21 cf. par exemple l'intervention de l'ancien président de l'Autorité de la concurrence (2004-2016) où il évoque les évolutions souhaitables en matière de procédures d'engagements : B. Lasserre, Keynote remarks, 42nd Annual Conference on International Antitrust Law and Policy Thursday, October 1, 2015. http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/article_fordham_2015.pdf



Le rapport de la chambre des Lords allait dans le même sens. Il plaidait également pour une politique active en matière d'enquêtes sectorielles tant au Royaume-Uni qu'à Bruxelles. Il demandait d'ailleurs dans le prolongement de ces enquêtes une extension des pouvoirs de la Commission²².

Ces évolutions visent à répondre à la transformation des modèles économiques, à des nouvelles formes de comportements anticoncurrentiels dans un contexte d'accélération des dynamiques de développement propre au numérique. Le point de vue n'est toutefois pas partagé par tous comme en témoignent les auditions qui ont précédé le rapport des Lords²³.

Un exemple emblématique de l'inadéquation de certaines modalités d'application du droit de la concurrence concerne le chiffre d'affaires comme critère de référence pour décider des modalités d'examen d'une concentration en Europe ou pour évaluer la dominance. L'autorisation du rachat de WhatsApp par Facebook pour 19 milliard de \$ malgré ou grâce à un chiffre d'affaires insignifiant est considéré par certains comme une erreur consécutive à cette inadéquation résultant de la non prise en compte du développement du gratuit dans les pratiques nouvelles de déploiement des plateformes²⁴. Sur ce dernier sujet la Commission a récemment ouvert la porte à des évolutions dans le cadre d'une consultation publique sur l'évolution éventuelle de « certains aspects du contrôle des concentrations » (octobre 2016).²⁵

Qu'en est-il du côté des économistes et de la théorie économique des marchés bifaces ? Là encore un consensus assez net se dégage pour dire qu'il faut analyser les comportements concurrentiels avec précautions car un certain nombre d'outils utilisés classiquement par le droit de la concurrence ne s'appliquent pas.

Jean Tirole a consacré aux marchés bifaces une partie de son discours à Stockholm fin 2014 à l'occasion de la réception du prix Nobel d'économie. Il indiquait par exemple à propos de la structure tarifaire des marchés bifaces que « faute de prendre en compte les spécificités des marchés bifaces, un régulateur pourra dès lors être amené à dénoncer à tort une prédation sur le côté bon marché, voire une pratique de prix excessifs sur le côté plus onéreux, alors même que ces structures de prix sont aussi adoptées par des petites plateformes ne disposant pas de pouvoir de marché. Il faut donc s'abstenir d'appliquer mécaniquement des principes standards de droit de la concurrence là où ils ne s'appliquent tout simplement pas »²⁶. David S. Evans élargit le propos et considère que l'analyse économique a montré qu'un certain nombre des modèles, théorèmes ou outils utilisés en droit de la concurrence ne peuvent être appliqués aux marchés multifaces sans des modifications substantielles²⁷. Les outils doivent être adaptés et prendre en

22 Ce dernier point est assez savoureux au regard de la situation britannique. House of Lords, Select Committee on European Union, 10th Report of Session 2015–16, Online Platforms and the Digital Single Market, April 2016.

23 Auditions du CMA et des ministres en charge au Royaume-Uni. <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/eu-internal-market-subcommittee/inquiries/parliament-2015/online-platforms/>

24 Point de vue contesté d'ailleurs par un « case handler » de la Direction de la Concurrence à la Commission dans un article écrit par Massimiliano Kadar « European Union competition law in the digital era » published » in Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 4/2015, p. 342.

25 Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control (Oct. 2016).

26 Jean Tirole « Défaillances de marché et politiques publiques », Traduction de la Nobel lecture de l'auteur, présentée à Stockholm le 8 décembre 2014. http://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/nobel_lecture_fr_30_mars_2015_partenaires_idei.pdf.

27 Il cite en particulier l'indice de Lerner, le test du monopoleur hypothétique, les formules de pertes critiques, les formules de « upward pricing structure » appliquées à une seule face du marché ou encore les tests de prédation (cf. ci-dessus) et les conditions classiques d'interdiction de ventes liées. Cf. Evans, David S., The Consensus Among Economists on Multisided Platforms and its Implications for Excluding Evidence that Ignores It (April 13, 2013). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2249817>

compte l'interdépendance entre les marchés.

À côté de cette première difficulté qui conduit à être moins bien outillé pour démontrer l'existence d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, vient s'en ajouter une seconde : le travail d'analyse est toujours en cours et les économistes considèrent qu'ils ne savent pas encore bien qualifier toutes les pratiques observées par les plateformes et que les modèles économiques continuent à évoluer. Les travaux pour évaluer les effets pro et anticoncurrentiels des accords de parité inter plateformes dit « Across Platform Parity Agreement (APPA) » observés dans le commerce en ligne quand le vendeur s'engage à pratiquer un prix qui n'est pas supérieur à celui appliqué sur d'autres plateformes, y compris par les nouveaux entrants, témoignent à la fois de résultats encore incomplets au plan académique sur la qualification des pratiques et de désaccords entre les différents pays sur les solutions à apporter²⁸.

Enfin, il convient de ne pas oublier que, par delà la présentation générale ci-dessus, la définition précise des marchés bifaces n'est pas la même pour tous et que le champ d'application des résultats n'est pas toujours le même selon les travaux²⁹. Toutefois les spécificités mises en avant par l'analyse des marchés bifaces conduisent plutôt à expliquer par des arguments d'efficience la rationalité de pratiques qui étaient analysées jusqu'à présent comme anticoncurrentielles.

En fait, malgré la profusion des travaux sur le sujet la recherche académique n'a pas fini de défricher ce nouveau champ d'analyse et n'est pas à même de proposer aux autorités de concurrence une nouvelle boîte à outil³⁰. Dans un tel contexte le droit de la concurrence pourrait être affaibli, entre incertitude juridique et incertitude économique, peut-être davantage que ne souhaitent le reconnaître les Autorités de concurrence : « As models become ever more idiosyncratic, the theory of two-sided markets risks leaving both authorities and firms in difficult situations; the former because for every case they will have to choose between competing models and the latter because they might be left with very little legal certainty. »³¹


La solution qui consiste à contourner la difficulté rencontrée par les Autorités de concurrence par la mise en œuvre des procédures négociées moins exigeantes en termes de standard de preuve comme les procédures d'engagement est efficace. Elle se heurte toutefois à une difficulté majeure pour une Autorité de la concurrence en présence de fortes asymétries d'information, celle de connaître les bons remèdes aux problèmes identifiés et d'arriver à les imposer aux acteurs en cause. Il semble facile d'écrire a posteriori que ce n'était pas le cas pour la Commission européenne dans le contentieux qu'il a ouvert contre Google en 2010 (cf. note 8). A contrario l'échec de la Commission à imposer les « bons » remèdes dans le cadre d'une procédure négociée a eu des effets ravageurs sur l'évaluation de la capacité du droit de la concurrence comme outil de traitement compatible avec le temps économique d'un pouvoir de marché dont les effets

28 cf. Travaux de l'Ocde : <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-cross-platform-parity.htm>. Sur les travaux académiques voir par exemple Morten Hviid « Vertical Agreements between suppliers and retailers that specify a relative price relationship between competing products or competing retailers ».

29 Dirk Auer and Nicolas Petit: Two-sided markets and the challenge of turning economic theory into antitrust policy", The Antitrust bulletin, October 6 2015.

30 cf. aussi Marianne Verdier « Les développements récents de la littérature sur les plates-formes », Revue économique 2016/HS1 Vol. 67, pages 25 à 38).

31 Dirk Auer and Nicolas Petit, op. cit.



apparaissaient peu contestables. Google est une entreprise emblématique du numérique d'abord bien sûr pour son immense capacité d'innovation. Mais aussi parce que certaines de ses pratiques sont contestées. À la fin des années 2000 de nombreux acteurs économiques, pas seulement américains comme certains observateurs le font parfois observer, s'étaient mobilisés y compris en prenant le risque de fournir des informations qui pouvaient avoir des conséquences sur leur activité économique. Le temps de la procédure d'engagement peut être compatible avec celui de l'activité économique, pas les six ans écoulés depuis le début de la procédure.

Au fond la solution « pragmatique » qui est proposée par les praticiens les moins « conservateurs » du droit de la concurrence est, entre autres pour pallier l'incapacité actuelle à qualifier ou non certaines pratiques d'anticoncurrentielles, de négocier avec les auteurs de ces pratiques des évolutions susceptibles de limiter leur pouvoir de marché. Cette négociation, quand elle est possible, présente plusieurs avantages. D'une part elle apporte une « solution » relativement rapide dans un monde économique dont les évolutions sont bien plus rapides que le rythme obligé par des « standards de preuve » exigeants. Ce faisant, et c'est le second intérêt de cette démarche, elle n'oblige pas à qualifier les dites pratiques. Mais les inconvénients sont également importants. Il faut en effet définir des évolutions qui contrebalanceront le pouvoir de marché observé -ce n'est pas la moindre des difficultés- et obtenir de l'entreprise concernée qu'elle les accepte. De plus dans le monde du numérique où tout va encore plus vite l'absence d'amende et de compensation pour les entreprises ayant subies ces pratiques apparaît à certains d'autant plus injuste que la survie est loin d'être garantie par la seule interruption des comportements contestés.

En tout état de cause il y a aussi besoin de jurisprudences claires sur ces sujets qui ne seront pas obtenues à partir des seules procédures d'engagement³². Aujourd'hui c'est l'incertitude qui prévaut et la fragilité de certains raisonnements est encore plus déstabilisante pour les acteurs les plus fragiles. Ces jurisprudences permettraient aussi de modifier le rapport de force dans le cadre des procédures d'engagement car pour l'instant la crainte de condamnation au titre de ces pratiques a été peu confortée par des décisions motivées répondant à des objections argumentées dans le cadre de marchés bifaces. Tant que le cadre juridique n'est pas suffisamment solide il est nécessaire de trouver des méthodes, soutiens, cadres institutionnels qui ne favorisent pas systématiquement les firmes en place. Les propositions du Conseil d'Analyse Économique sont à cet égard très surprenantes³³.

Après un diagnostic assez détaillé des difficultés, du point de vue de l'analyse économique, à qualifier les pratiques, les auteurs concluent en demandant des compétences « techniques » complémentaires³⁴. Les compétences techniques auxquelles il est fait référence concernent les données et le traitement des données opérées par les plateformes. Effectivement, elles sont fondamentales pour mieux analyser les stratégies des acteurs. Et l'Autorité de la concurrence n'est pas le seul acteur public qui aurait besoin d'être mieux outillé, comme on va le voir ci-après. Ce qui est plus étrange dans ces conclusions c'est qu'elles ne suggèrent aucune autre démarche de court terme permettant de répondre aux difficultés rencontrées.³⁵

32 Frédéric Jenny et François Lévêque, « Google : une procédure contradictoire vaut mieux qu'un mauvais arrangement, La Tribune, 13/05/2015,

33 N. Colin, A. Landier, P. Mohnen et A. Perrot « Economie numérique », les notes du conseil d'analyse économique, n° 26, oct. 2015.

34 « Munir les autorités de concurrence des compétences techniques nécessaires, dans le domaine du traitement et de l'analyse de données par exemple, leur permettrait d'étendre plus facilement leurs analyses à tous les domaines de l'économie numérique ».

35 Les notes du CAE, op. cité., p.1 « Si les outils traditionnels du droit de la concurrence sont adaptés pour lutter efficacement contre les abus de position dominante, le diagnostic de ces situations est rendu plus complexe avec l'économie numérique, notamment du fait qu'elle repose sur des marchés « multifaces » et sur l'exploitations des données de masse. Il serait donc souhaitable d'ajouter à l'Autorité de la concurrence des compétences dans le domaine du traitement et de l'analyse des données. »

5- La mise en place d'une régulation indépendante est prématurée

En parallèle aux difficultés rencontrées par le droit de la concurrence pour traiter des problèmes ex-post, la question d'une régulation ex-ante s'est posée depuis quelques années. En 2015 le Parlement européen a même voté à une très large majorité la scission du moteur de recherche Google des autres activités de l'entreprise Google³⁶ (aujourd'hui Alphabet).

De fait la question de la régulation éventuelle de(s) (certaines) plateformes recouvre des objectifs multiples : « cantonnement » du pouvoir de marché d'acteurs numériques à tendance monopolistique qui développent des activités connexes et préemptent de nouveaux marchés, protection des consommateurs, fluidité des marchés, protection des données personnelles, sécurité, relations commerciales dans des écosystèmes numériques, ... et même plus récemment pluralisme et protection de la diversité culturelle alors que Facebook et Google apparaissent comme des acteurs majeurs du monde des médias.

À la suite des différents débats, rapports et travaux, un certain nombre de concepts ont été progressivement dégagés pour encadrer la collecte et le traitement des données par les plateformes. Il s'agit de répondre d'une part à des préoccupations de fluidité des marchés par la portabilité pour limiter les coûts de changement de services (switching cost) ; Et d'autre part d'imposer des obligations de transparence et de loyauté des pratiques des plateformes et des algorithmes³⁷ de façon à ce que les pratiques réelles soient conformes aux promesses affichées.


En France la loi Lemaire « Pour une république numérique » embrasse en particulier ces objectifs. À noter en plus, qu'un principe similaire à celui de « l'autodétermination informationnelle » allemand³⁸ y est inscrit (art. 26). Il indique que « toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi ». Il donne aux citoyens un droit de regard et une certaine maîtrise des données les concernant. L'option envisagée par certains d'un droit de propriété sur ses propres données a été rejeté.

Au niveau européen, le règlement européen sur la protection des données personnelles en Europe adopté

³⁶ Adoptée le 27 Novembre 2015 par 384 voix pour et 174 voix contre et présentée par les députés Andreas Schwab (Allemand) et Ramon Tremosa (Espagnol) elle appelle « la Commission à envisager des propositions afin de séparer les moteurs de recherche des autres services commerciaux »

³⁷ Dominique Cardon, À quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure des big data, Paris, Seuil, La République des idées, 2015, 105 p

³⁸ cf. Rapport annuel du Conseil d'État (Le numérique et les droits fondamentaux, 2014) : « Le principe de libre disposition de ses données personnelles a été dégagé par la Cour constitutionnelle allemande en 1983. Cette liberté, qualifiée d'« autodétermination informationnelle », est caractérisé par la Cour comme 'le pouvoir de l'individu de décider lui-même [...] quand et dans quelle mesure une information relevant de sa vie privée peut être communiquée à autrui ' ».



en 2016 par le parlement européen entrera en vigueur en 2018³⁹. Il pourrait être complétée par des mesures préconisées par la Commission européenne suite à la consultation publique lancée en septembre 2015 sur les plateformes et l'économie collaborative⁴⁰.

Sans rentrer dans les débats sur les éventuelles différences entre les textes français et européens, dont on imagine bien qu'ils finiront par converger ou en tout cas à être compatibles, la réponse à la question des modalités de mise en œuvre de ces diverses mesures n'est pour l'instant pas très claire.

D'une part parce que les responsabilités sont partagées et pas toujours parfaitement définies. En France, certaines mesures élargissent clairement les pouvoirs de la CNIL alors que d'autres renvoient plutôt à la DGCCRF. Pour d'autres enfin des décrets sont annoncés (portabilité des données et des services de courrier électronique art. 21, décret sur les obligations des plateformes art. 23). L'article 23 prévoit d'ailleurs la mise en place d'un mécanisme d'autorégulation accompagné d'évaluations périodiques par une « Autorité administrative ». D'autre part parce qu'il va falloir passer des principes à la mise en œuvre harmonisée et que ça prendra nécessairement du temps et des débats. Faute d'une telle démarche d'harmonisation à terme le risque est grand de ne pas pouvoir imposer des règles nationales à des acteurs mondiaux à la fois pour des raisons de rapport de force défavorable et d'asymétrie d'information.

Car c'est bien l'une des difficultés à laquelle il faudra trouver des réponses, l'asymétrie d'information est gigantesque, encore plus importante que celle historiquement observée avec des monopoles ou au début des processus de libéralisation des marchés monopolistiques. La difficulté particulière que représentent les entreprises utilisant des plateformes numériques pour tout observateur externe réside dans la capacité permanente et opaque à tester, expérimenter, analyser les résultats de nouveaux outils, de nouveaux programmes, de nouveaux contrats, tarifs etc. Ce que Hal Varian dénomme les Computer mediated transactions (cf. supra). Au départ les entreprises concernées par des mesures visant à contrôler leurs pratiques expliqueront que ce qui est demandé relève du secret des affaires et /ou est coûteux et/ou impossible à réaliser et en tout état de cause néfaste pour l'innovation et pour les consommateurs.

A noter que les interrogations en matière de politique publique à appliquer aux données ne concernent plus seulement la protection des consommateurs. Elles se sont élargies aux éventuels problèmes de concurrence que leur utilisation peut générer. La question du rôle des données massives (« big data ») dans la dynamique concurrentielle fait partie du programme de travail de plusieurs autorités de concurrence⁴¹. A l'origine les premières interrogations ont émergé avec l'acquisition de DoubleClick par Google (2007) et de WhatsApp par Facebook (2014). Depuis des travaux institutionnels et académiques ont élargi le champ des atteintes potentielles au droit de la concurrence du seul contrôle des concentration à l'abus de position

39 Les nouvelles règles du règlement « incluent des dispositions sur le droit à l'oubli, le consentement clair et explicite de la personne concernée quant à l'utilisation de ses données personnelles, le droit de transférer ses données vers un autre fournisseur de services, le droit d'être informé en cas de piratage des données, la garantie que les politiques relatives à la vie privée soient expliquées dans un langage clair et compréhensible, et une mise en œuvre plus stricte et des amendes allant jusqu'à 4% du chiffre d'affaires mondial total d'une entreprise, dans le but de décourager la violation des règles ». La réforme européenne fixe également des normes minimales sur l'utilisation des données à des fins policières et judiciaires. <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/20160407IPR21776/Réforme-sur-la-protection-des-données-des-règles-adaptées-à-l'ère-numérique>.

40 Cf. consultation sur « les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données, l'informatique en nuage et l'économie collaborative », sept. 2016. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5704_fr.htm.

41 Cf. en particulier, Autorité de la Concurrence et Bundeskartellamt (2016), « Droit de la concurrence et données », <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf>

dominante et l'entente. L'OCDE en a fait récemment la synthèse⁴².

La capacité à comprendre et analyser les réponses suppose des compétences particulières en matière de traitement de données et des algorithmes dont les pouvoirs publics européens comme nationaux ne disposent pas à ce jour et dont il va falloir se doter.

C'est pour répondre à la complexité et la spécificité du sujet que le CNNum a préconisé la création d'agences de notation de la loyauté des plateformes.

L'analyse institutionnelle du CNNum est présentée dans son rapport « Ambition numérique » et synthétisée dans sa réponse à la consultation publique de la Commission Européenne⁴³.

D'un côté il estime qu'une bonne collaboration est nécessaire entre les différentes autorités susceptibles d'intervenir- le rapport en cite huit⁴⁴ - sans pour autant que ce soit suffisant. En complément, il propose la création d'une « agence de notation européenne de la loyauté des plateformes » appuyée sur une expertise juridique et technique et sur un réseau ouvert de contributeurs pour évaluer le « comportement des services numériques ». Son « rôle serait de faciliter le choix des consommateurs, des entreprises (envisageant de développer une application sur une plateforme), d'investisseurs (envisageant d'investir dans une application sur une plateforme), d'actionnaires, d'autorités publiques etc. »⁴⁵.

L'agence de notation de la loyauté des plateformes proposée par le CNNum pratiquerait dans le jargon des économistes un organisme de régulation incitative dans la mesure où il s'appuierait sur ce qu'on appelle en anglais la « sunshine regulation ». Il s'agirait d'un mécanisme de « régulation » qui, par la production et la diffusion d'informations sur les pratiques des plateformes, viserait à inciter les acteurs à « bien se comporter » pour ne pas risquer d'être mis en cause et d'en subir les conséquences en termes de réputation et ultérieurement de clientèle. Même si la terminologie retenue « agence de notation » est pour le moins ambiguë, l'idée est intéressante. Dans le monde de l'internet la réputation est un facteur de succès clef. En tout état de cause, une fois précisée son mode de financement et la façon dont les travaux seraient accessibles, sa mise en œuvre pourrait contribuer à diminuer l'asymétrie d'information.

Une meilleure coopération entre Autorités administratives n'est effectivement pas la solution aux problèmes posés par les plateformes numériques. Institutionnellement, elle pose de nombreux problèmes alors que les pouvoirs et les champs d'intervention ne sont pas délimités. Curieusement le sujet de l'éventuelle régulation des plateformes est souvent envisagé avec la question du qui (sera en charge) avant de traiter de la question du pourquoi, puis du cadre réglementaire qu'il s'agirait d'appliquer. Comme c'est progressivement toute l'économie qui est concernée, on comprend pourquoi il y a tant d'administrations ou

42 Ania Thiemann et Pedro Gonzaga « Adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique », note de référence du secrétariat de l'OCDE, novembre 2016.

43 cf. p 72 et sq. Rapport « Ambition Numérique » du CNNum (2015). http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2015/04/2306_Rapport-CNNum-Ambition-numerique_sircom_print.pdf

44 La CNIL, l'ARCEP, le CSA, l'Autorité de la concurrence, la DGCCRF, la Commission des clauses abusives, la Commission d'examen des pratiques commerciales, le Défenseur des droits.

45 Public consultation of the European Commission Position of the French Digital Council http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2015/11/PositionCNNum_ConsultationonplatformsEUCommission.pdf



d'Autorités Administratives Indépendantes concernés (AAI).

En plus, si la coopération administrative n'est pas toujours aisée, en particulier quand elle concerne des administrations qui relèvent de départements ministériels différents, celle entre les AAI est d'autant moins simple qu'elle pose des problèmes de capacité d'engagement. L'une des limites réside en effet dans l'incapacité institutionnelle tant pour des membres d'un collège que pour les collaborateurs des services de l'institution à s'engager, au nom de leur collège, à l'égard d'autres institutions, dans le cadre d'une réflexion antérieure à une prise de décision. Autre remède, les saisines croisées entre institutions dans le cadre de procédure réglementaire. Elles permettent effectivement de connaître les positions à un moment donné de la procédure. Elles sont susceptibles d'apporter des compléments d'analyse importants mais cette méthode présente aussi des limites. D'une part les institutions consultées n'ont pas souvent accès aux pièces du dossier à la disposition de l'institution qui consulte, ce qui peut limiter la pertinence des avis ; D'autre part, les Autorités qui consultent ne tiennent pas toujours compte des avis sans pour autant en donner une justification. Ce qui limite probablement l'importance de certains avis. Il a été envisagé dans certains cas de créer des collèges « mixtes » pour des sujets précis. C'est effectivement une solution aux problèmes évoqués ci-dessus, cela revient quelque sorte à créer une « Autorité » différente dont il faut définir les pouvoirs, les contours et les règles.

Madmoizelle

L'aventure désagréable subie – qui s'est « bien finie » - par le site « pure player » « Madmoizelle » et de nombreux autres sites après une mise à jour de l'algorithme de Google début janvier 2016 témoigne des difficultés que peuvent rencontrer non seulement des observateurs mais même des acteurs de l'écosystème. Il semblerait que quasiment le $\frac{3}{4}$ des pages de Madmoizelle aient été désindexées « par erreur ». Le buzz fait autour de ces problèmes extrêmement coûteux pour la PME a fini par faire réagir Google une semaine après que le magazine féminin l'ait alerté. La réponse, sur un forum d'aide ressemble à celle que pourrait faire un éléphant dans un magasin de porcelaine. (*). Elle montre la complexité des algorithmes utilisés, le danger que cela peut représenter pour les acteurs qui en dépendent et la difficulté qu'il y aura en tout état de cause à contrôler. Il est presque plus inquiétant de constater que Google peut « sans faire exprès » mettre à mal des entreprises que d'observer qu'il sait comment modifier son algorithme pour favoriser Google shopping au détriment des comparateurs de prix.

(*) Début de la réponse : « Désolé pour le délai dans la réponse (...) je voulais m'assurer d'avoir une réponse un peu concrète avant de participer. Beaucoup de théories sur la problématique en question ont été formulées, mais cela aurait été dur de voir quelle est la cause depuis l'extérieur, puisqu'il s'agit d'un problème (assez complexe) de notre côté. En effet, l'indexation des pages du site a été perturbée (...). C'est un cas rare, qui est une combinaison de plusieurs facteurs. Mais l'équipe ingé concernée est en train de travailler sur un fix (que j'espère rapide). Ce n'est pas un problème que nous estimons que tu doives régler toi-même, c'est un problème de notre côté, nous pouvons faire des modifs nous-même. Dès que la solution aura été trouvée de notre côté, tout devrait rentrer dans l'ordre lorsque les pages désindexées seront à nouveau crawlées. Nous ne pourrions pas re-crawler toutes les pages d'un coup, les rythmes de crawl peuvent être différents pour différentes pages, etc..». in https://productforums.google.com/forum/?utm_medium=email&utm_source=footer#!msg/webmaster-fr/13ho4Z8oCT0/aJdc1-e_AwAJ.

Or justement chaque plateforme en position de disposer d'un pouvoir de marché met en cause une ou plusieurs chaînes de valeurs sans qu'on puisse d'ailleurs toujours énoncer quelles seraient les règles que ces plateformes ne respecteraient pas. Avant de créer une nouvelle autorité de régulation - ou d'élargir les pouvoirs d'une autre- qui serait chargée de les faire respecter, il faut en fait que ces nouvelles règles et leurs modalités d'application soient définies.

À cet égard, le temps pris entre les premiers débats (2009) et les analyses qui ont précédé en Europe la mise en place de textes réglementaires visant à assurer la neutralité du net (2016) illustre bien les délais nécessaires à la mise en place d'une nouvelle régulation. Encore ce sujet est-il relativement simple dans la mesure où la définition de la neutralité du net était dès l'origine globalement partagée et les enjeux plutôt circonscrits. En matière de plateforme et d'algorithme ce n'est pas encore le cas.

La solution préconisée par le CNNum répond à une carence générale, celle des compétences techniques disponibles, pour analyser des pratiques, dont on a du mal à évaluer simplement l'importance et les conséquences⁴⁶. Pour autant elle ne répond, à elle seule, à l'ampleur du problème. Le récent rapport remis par le CGE (Conseil général de l'économie, de l'Industrie, de l'énergie et des technologies) à Axelle Lemaire « Réguler les algorithmes : Cinq pistes d'action pour améliorer la transparence et la confiance dans l'économie numérique » témoigne des difficultés à traiter du sujet et en particulier en matière de « régulation » des algorithmes⁴⁷.

Cette question est d'autant plus stratégique que les conditions d'application actuelles du droit de la concurrence ne garantissent pas toujours la sécurité juridico-économique nécessaire à une application rapide et que par ailleurs les modalités précises des obligations nouvelles concernant les données, les plateformes et les services numériques n'étaient pas encore précisément définies et relevaient de décisions européennes et nationales.

⁴⁶ Ce besoin est également évoqué dans la note du CAE.

⁴⁷ Parmi les initiatives envisagées suite à ce rapport, une plateforme collaborative devrait voir le jour à l'INRIA pour aider à la compréhension des pratiques et des mécanismes à l'œuvre.



Conclusion : l'urgence d'une politique publique (supranationale) forte

Les initiatives européennes pour favoriser le « Marché unique du numérique » visent à adapter le cadre institutionnel. De fait, le numérique bouscule les institutions et le droit applicable comme il « disrupte » les modèles économiques. Les chantiers de la Commission concernent des domaines aussi variés que la fiscalité, la protection des données personnelles, le droit d'auteur, le commerce électronique, les cadres réglementaires des télécommunications et des médias audiovisuels, l'économie collaborative et les plateformes Dans chacun des cas il s'agit en fait de modifier les régulations en place pour prendre en compte les conséquences du numérique. Dans certains cas ces modifications peuvent aller relativement vite comme quand la Commission, en septembre 2016, envisage de soumettre les services des « *Over The Top* » aux mêmes règles que les services fournis par les opérateurs de télécommunications. Il n'est pas exclu que ces propositions puissent être adoptées en 2017 et mises en œuvre rapidement (ce qui n'est pas garantie non plus). Les textes concernant la protection des données personnelles résultent, eux, d'une proposition de la Commission de janvier 2012, qui faisaient suite à une vaste consultation lancée à partir de 2009. Adoptés en 2016, ils ne devraient entrer en vigueur qu'en mai 2018 ; Presque dix ans.

La mise en place de **ces nouvelles régulations prend du temps. En fait il ne s'agit pas de réguler le numérique, ni même les plateformes numériques, ce qui n'aurait pas de sens, mais d'adapter les régulations actuelles à un XXIème siècle qui baigne dans le numérique.** Il faudra adapter aussi l'organisation institutionnelle à ces nouvelles régulations (autorité administrative indépendante ou non ? mise en commun de compétences ? etc.) et probablement dans certains cas être capable de la même agilité que les acteurs du numérique.

Or les paragraphes précédents ont montré que de nombreuses questions sont encore ouvertes⁴⁸. Les délais nécessaires dans un monde de droit permettent aux acteurs certes de continuer à innover, mais aussi éventuellement à se déployer pour accroître leur pouvoir de marché sur leurs écosystèmes respectifs. Il faut donc se donner les moyens de réagir pour éviter que des « *gate keeper* » préservent des rentes dont l'origine n'est pas seulement celle de la « concurrence par les mérites ».

S'il est bien un domaine où l'Etat Stratège doit être à la manœuvre c'est celui de la politique publique du numérique. Ses enjeux sont au cœur de la reprise de la productivité et de la croissance et d'une fiscalité équitable au service de l'intérêt général (supra). **Il faut se donner les moyens d'inventer les nouvelles régulations, qui supportent l'innovation et ne créent pas de barrières à l'entrée. En la matière, l'ignorance est le plus grand ennemi.**


Alors que faire ? Il faut multiplier les contre-pouvoirs, documenter toutes les distorsions éventuelles, ne pas

⁴⁸ Diane Coyle (2016, citée note 9) propose un programme de travail à l'intention des universitaires dont l'importance montre l'ampleur des questions ouvertes.

attendre la construction d'une future ligne Maginot et disposer d'une capacité à apprécier globalement les différents enjeux sans chercher à centraliser les approches. La liste ci-après propose des axes de travail. Elle n'a pas prétention à l'exhaustivité.

- Le développement des capacités d'évaluation de l'impact (et la dynamique) des plates-formes et de leurs algorithmes est un des moyens d'avancer. Il faut pouvoir enregistrer les transactions, gérer des tests à grande échelle, développer des capacités analytiques. Plutôt que des moyens centralisés, il vaudrait mieux favoriser et s'appuyer sur des initiatives multiples correspondant à des cultures, et des approches différentes dans les pays européens intéressés par la démarche. Ce dispositif pourrait être coordonné par une agence (européenne) spécialisée capable de favoriser et fédérer les initiatives, en particulier celles des différentes parties prenantes ou encore dans le monde scientifique.
- Le lancement d'enquêtes (à l'échelle européenne) sur la base de plaintes des parties potentiellement lésées, de dénonciations éventuellement anonymes ou de rapports d'utilisateurs. Les relations interentreprises sont extrêmement opaques et le pouvoir de marché des grands oligopoles /quasi-monopoles (mondiaux comme les GAFAs ou plus inscrits dans les territoires comme les acteurs de la grande distribution, les banques ou les opérateurs de télécommunication) sur leurs écosystèmes s'exerce de façon beaucoup moins visible que dans la grande consommation. Les entreprises qui dénonceraient de telles pratiques prennent des risques considérables.
- Par ailleurs, dans le maquis et la complexité réglementaire actuelle, les start-ups et les PME devraient pouvoir être aidées, avec le niveau de confidentialité nécessaire, à évaluer les éventuelles pratiques délictueuses qu'elles ont l'impression de subir. Les stratégies de défense appropriées, y compris non judiciaire, pourraient être suggérées.
- Une attention toute particulière doit être apportée à la mise en œuvre des obligations nouvelles qui vont être mises en place. Les débats actuels sur les décrets d'application de la loi « pour une république numérique » en témoignent. Les nouvelles obligations devront en réalité être harmonisées, idéalement au niveau européen, ou avec suffisamment de pays pour que les acteurs du numérique soient effectivement contraints de s'y soumettre. A titre d'exemple, l'un des sujets sensibles à venir concernera le champ et les modalités de mise en œuvre de la portabilité dans le cadre de l'application du Règlement général sur la protection des données.
- L'expérience montre qu'il est efficace de s'appuyer sur l'ensemble des moyens politiques (et des menaces) pour lutter contre les abus et rééquilibrer les rapports de force... au-delà de la réglementation antitrust et économique.
- Il est essentiel de conserver à l'esprit l'objectif initial, à savoir la diffusion du numérique au bénéfice de l'économie française et européenne. Et donc ne pas sur-réglementer, et ne pas protéger les rentes⁴⁹.

49 À cet égard l'analyse et les propositions de la note de Julia Charrié et Lionel Janin (« Répondre à l'innovation disruptive », France Stratégie, Janv. 2017) pourraient s'appliquer.



Sur l'ensemble des sujets la prise en considération des multiples dimensions des impacts potentiels des plates-formes est essentielle : droits fondamentaux, sécurité collective, pluralisme culturel, valeurs démocratiques, recettes fiscales, protection sociale et solidarité, etc.

Tout en favorisant les travaux sur le sujet, **il ne faut pas attendre pour agir de disposer d'un droit de la concurrence disposant d'outils efficaces et de nouvelles régulations adaptées.** Il ne faut bien sûr pas se priver d'utiliser, quand les conditions sont remplies, les outils disponibles. La Direction générale Concurrence de Mme Vestager agit ainsi sur des problèmes de distorsion de concurrence liés à la fiscalité. Contrairement à certains commentaires il n'y a rien de nouveau dans ce lien fiscalité / aides d'état/ règles de concurrence. Pour ne citer qu'un exemple, le passage au « droit commun » des anciennes administrations bénéficiant de monopoles publics comme La Poste et France Telecom, s'est accompagné, au nom d'un toilettage, de l'adaptation voire la disparition de leur fiscalité dérogatoire en matière d'exemption de taxe locale.

L'objectif à court terme est de se donner les moyens de traiter au cas par cas des problèmes, de définir des règles qui modifient les rapports de force entre les acteurs d'une chaîne de valeur avec la possibilité d'arriver à des solutions européennes ou à tout le moins transnationales, même quand les marchés sont en apparence locaux. A moyen terme il faudra certainement se poser la question de l'organisation institutionnelle des nouvelles régulations.

LA DIGITAL NEW DEAL FOUNDATION

La Digital New Deal Foundation a pour vocation d'éclairer de la manière la plus complète possible les évolutions à l'œuvre au sein du phénomène de « digitalisation », dans l'acception la plus large du mot, et d'élaborer des pistes d'actions concrètes à destination des entreprises et des décideurs publics français et européens.

Portés par l'expertise de leurs rédacteurs et leur insertion dans le débat public, les travaux de la Fondation pourront participer à l'élaboration d'une pensée française et européenne de la régulation digitale au service de la mise en place d'un cadre équilibré et durable.

Le Conseil d'administration

Les membres du Conseil d'administration de la Digital New Deal Foundation sont tous membres fondateurs. Ils sont issus d'horizons divers tout en étant en prise directe avec la transformation digitale des entreprises et des organisations. Forts de leur intérêt commun pour les questions numériques, ils ont décidé d'approfondir leurs débats en formalisant un cadre de production et de publication au sein duquel la complémentarité de leurs expériences pourra être mise au service du débat public et politique. Ils s'impliquent personnellement dans la vie de la Digital New Deal Foundation.

Olivier Sichel

President Fondation Digital
New Deal



Laurent Alexandre

Fondateur de Doctissimo et de
DNA Vision



Sébastien Bazin

PDG AccorHotels

Michel Combes

PDG SFR



Nicolas Dufourcq

DG BPI France



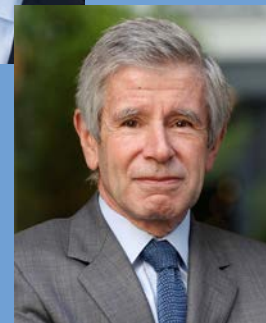
Yves Poilane

DG Telecom Paris Tech



Judith Rochfeld

Professeur agrégée de Droit,
Panthéon Sorbonne



Alain Minc

Président AM Conseil



Robert Zarader

PDG Equancy