

Disruption numérique et régulation

Synthèse de conférence

Conférence annuelle de la Chaire Gouvernance & Régulation

Université Paris-Dauphine, 9 mars 2018

Table des matières

1^{ère} table ronde : Intervenir : quand, comment ?	3
Quelle place pour le droit de la concurrence ?.....	3
Vers une régulation nouvelle génération.....	5
Les outils législatifs et réglementaires.....	6
Fair practices Business to Platforms.....	8
Échanges avec la salle.....	9
2^{ème} table ronde : Données et algorithmes	10
Éléments de définition.....	10
Le règlement général de protection des données personnelles (RGPD).....	12
Les enjeux sociétaux.....	14
Les Blockchains.....	15
Échanges avec la salle.....	16
3^{ème} table ronde : Responsabilité sociale des plateformes	18
Risks for consumers in Peer Platform Markets (PPMs).....	18
Un paysage audiovisuel en transformation.....	19
Faut-il un droit spécifique pour les plateformes ?.....	20
Quelle régulation pour les plateformes collaboratives ?.....	21
Échanges avec la salle.....	22

Disruption numérique et régulation

Conférence annuelle de la Chaire Gouvernance & Régulation
9 mars 2018

La régulation est directement affectée par diverses disruptions, au titre desquelles la globalisation, la transition énergétique ou encore la transition numérique. Celles-ci transforment les marchés, les modèles d'affaires, les modalités de création de valeur, les champs référentiels, les frontières juridictionnelles, celles de la vie privée, la façon de vivre en société et, du même coup, nos modèles de régulation et de gouvernance. Pas un secteur d'activité n'échappe à cette révolution.

Ces trois tables rondes ont permis de s'interroger sur la nécessité de réguler, sur les problèmes nouveaux engendrés par les données et les algorithmes, ainsi que les externalités positives et négatives générées par les acteurs du numérique.

1^{ère} table ronde : Intervenir : quand, comment ?

Quelle place pour le droit de la concurrence ?

Étienne Pfister

Autorité de la concurrence¹

Les enjeux de la régulation des plateformes numériques sont à la fois sociétaux, économiques et concurrentiels. Ils concernent la protection des données personnelles, la liberté d'opinion, la non-discrimination, la liberté de choix des consommateurs, mais aussi les prix, les emplois ou la taxation.

Des enjeux concurrentiels

De par leur poids sur le marché, certains acteurs de la disruption numérique pourraient disposer d'un pouvoir de marché qui leur permet de s'abstraire de ce que font leurs concurrents mais aussi de ce que souhaitent leurs utilisateurs, en termes de prix comme de qualité de service. Ces plateformes pourraient ainsi utiliser leur pouvoir de marché pour se renforcer sur un autre marché, voire y fausser la concurrence.

Pour autant, dans de nombreux secteurs d'activité, les plateformes sont aussi un moteur de la concurrence : elles permettent aux clients de comparer les produits et les services et elles renouvellent l'offre disponible en rendant visibles des opérateurs qui, sans elles, ne le seraient pas. Les effets de réseaux, fréquemment invoqués pour attester du pouvoir de marché de certaines plateformes, peuvent aussi être favorables à la concurrence. Ainsi, lorsqu'aucune plateforme n'est dominante, toutes se livrent une concurrence acharnée pour acquérir une masse critique permettant de générer des effets de réseaux. Enfin, il faut garder à l'esprit que la réalité des plateformes est aussi diverse que les marchés sur lesquels elles opèrent. Si certaines sont intégrées verticalement sur plusieurs marchés, d'autres se cantonnent à une simple fonction d'intermédiation sur un marché.

Au final, cette diversité rend difficile d'envisager une régulation concurrentielle horizontale, i.e., qui s'appliquerait uniformément à toutes les plateformes. Au contraire, cette diversité des marchés et des effets économiques des plateformes requiert, s'agissant des enjeux concurrentiels, une intervention ciblée du régulateur, pour préserver les effets bénéfiques des plateformes et en supprimer les effets négatifs.

Concrètement, trois circonstances peuvent permettre à une plateforme de s'abstraire de la concurrence : i) quand elle devient dominante, ii) quand elle passe des accords avec d'autres acteurs, iii) quand elle rachète d'autres acteurs. C'est précisément dans ces circonstances qu'une autorité de concurrence dispose des outils juridiques pour

¹ Les opinions et points de vue développés lors de la conférence sont uniquement ceux de l'intervenant et ne reflètent pas nécessairement ceux de l'Autorité de la concurrence.

intervenir. Cette intervention peut être rapide, par exemple par le biais d'engagements ou de mesures conservatoires. Elle n'est pas non plus limitée à des circonstances exceptionnelles, au contraire. Ainsi, il n'existe pas de seuil de part de marché définissant la notion de position dominante. Les seuils de notification des opérations de concentration sont eux-mêmes actuellement discutés pour que les autorités de concurrence puissent analyser les rachats d'entreprises dont le poids actuel sur le marché est faible mais dont le potentiel concurrentiel est élevé.

En revanche, naturellement, les spécificités des plateformes, qu'ils s'agisse de leurs produits et services (absence de marché pertinent défini par la jurisprudence, absence de contraintes géographiques), de leur modèle économique (modèles bifaces ou multifaces), de leur mode de consommation (gratuité), ou encore de leur comportements sur le marché (utilisation des données et des algorithmes) nécessitent une connaissance approfondie de ces différents marchés afin de pouvoir intervenir rapidement et efficacement. C'est l'une des raisons pour lesquelles les autorités de la concurrence conduisent régulièrement des études sectorielles sur ces thématiques en évolution permanente².

La capacité du droit et des autorités de la concurrence à traiter les enjeux concurrentiels associés aux disruptions numériques n'exclut pas que certaines régulations horizontales très spécifiques puissent être mises en place pour renforcer le jeu concurrentiel. Le coût de ces régulations pour les opérateurs doit cependant demeurer limité, sans quoi les nouvelles plateformes seront rendues moins compétitives et moins aptes à concurrencer les plateformes existantes. Par exemple, renforcer l'information des consommateurs sur les données collectées ou sur les critères de comparaisons et de hiérarchisation des offres recensées par les plateformes est ainsi bénéfique pour les consommateurs, pour les fournisseurs et pour la concurrence. Il s'agit en outre d'une obligation de transparence a priori peu coûteuse pour les opérateurs.

D'autres enjeux

Enfin, certains enjeux sociétaux vont bien au-delà de ce qu'une saine concurrence entre plateformes numériques peut garantir, notamment parce que la société, en tant qu'ensemble d'individus peut avoir des objectifs différents de ceux de chaque consommateur/utilisateur. Même en concurrence, des plateformes numériques n'ont par exemple pas nécessairement intérêt à garantir une diversité et une qualité suffisante de leurs contenus. Elles peuvent également recueillir et utiliser plus de données que ce que la société estime souhaitable. Dans de tels domaines, il peut alors être nécessaire de mettre en place des régulations ex ante, horizontales, en veillant à ce que le coût de ces régulations n'handicape pas les plateformes nouvellement créées ou les plateformes françaises par rapport aux plateformes étrangères.

² Cf. l'étude de l'Autorité de la concurrence et de la Competition and Markets Authority britannique sur les systèmes ouverts et fermés (http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/analyse_eco_syst_ouvert_ferme.pdf), celle de l'Autorité de la concurrence et du Bundeskartellamt allemand sur le Big Data (<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf>) ou encore la récente étude sectorielle de l'Autorité de la concurrence sur la publicité en ligne (<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?lang=fr&numero=18-A-03>).

Vers une régulation nouvelle génération

Yann Bonnet
CNNum

Le CNNum (Conseil national du numérique) s'intéresse aux plateformes depuis 2014, lorsqu'il a été saisi par le Gouvernement pour organiser une concertation avec les entreprises françaises plaignantes dans l'affaire Google. Cette démarche a notamment alimenté la réflexion sur le principe de loyauté des plateformes, consacré par la loi de 2016 pour une République numérique.

L'avènement des géants du Web

Les Gafa (Google, Apple, Facebook, Amazon) représentent 2 000 milliards de dollars de valorisation boursière. Facebook compte 2 milliards d'utilisateurs dans le monde, dont 300 millions en Europe. Google enregistre 5 milliards de recherches par jour. Apple propose 2 millions d'applications, téléchargées 130 milliards de fois depuis 2000. Ces géants du numérique, encore largement américains, sont un véritable modèle d'affaires. Par leur capacité à traiter des données, ils peuvent créer de la rareté ou distribuer de la capacité à être visible. Ces plateformes sont devenues des intermédiaires, un passage obligé pour les consommateurs, les acteurs économiques, les citoyens.

La nécessaire adaptation de la régulation

Les plateformes apportent des services très utiles, créent de nouvelles chaînes de valeur, nourrissent l'innovation, investissent dans des start-up. Elles favorisent le partage de connaissances, la mobilité, la collaboration, l'interpellation des décideurs, etc. Mais il arrive aussi qu'elles abusent de leur position dominante dans les domaines de la concurrence (déréférencement, instabilité des API), de la consommation (pratiques déloyales, faible lisibilité des CGU) ou de la fiscalité (optimisation fiscale agressive). Les schémas actuels de régulation sont globalement inadaptés à la diversité, la rapidité d'évolution, l'opacité et la dimension internationale des plateformes. Aussi importe-t-il de développer de nouvelles capacités de régulation, en particulier d'observation et d'interpellation, sur la base des remontées de terrain donc en impliquant la société civile et la recherche.

Face à ces besoins, le CNNum envisage de mettre en place un observatoire européen des plateformes, qui aurait notamment pour mission d'objectiver et de tester leur loyauté. Les enjeux de concurrence sont majeurs pour les entreprises, mais aussi pour les citoyens.

Les outils législatifs et réglementaires

Tim Lamb
Facebook

L'industrie numérique se caractérise par sa rapidité d'innovation, tant en termes de produits qu'en termes de business model. Facebook n'a que 15 ans. À l'époque, AOL et MSN étaient considérés comme les rois incontestés de l'Internet, et Nokia comme celui de la téléphonie mobile. Ils ont pourtant été rattrapés par d'autres en à peine quelques années, pour n'avoir pas pu suivre un rythme suffisamment rapide d'innovation. Depuis 2009, 280 entreprises technologiques ont atteint une valeur d'un milliard de dollars. Et ce rythme d'innovation ne ralentit pas. Très prochainement, la réalité virtuelle et les assistants numériques vont à nouveau bouleverser le paysage. Les défis sont nombreux, pour les entreprises existantes. Ce dynamisme de marché ne permet en aucun cas de se soustraire à la concurrence.

Des outils adaptés

La flexibilité du droit de la concurrence européenne permet de traiter des secteurs très variés, comme de répondre aux défis du numérique. Il serait même dangereux de s'en éloigner. D'autant qu'il est difficile de définir ce qu'est une entreprise numérique ou technologique.

Concernant les concentrations, la notion d'angle mort (selon laquelle certaines start-up échapperaient aux contrôles) est souvent mise en avant, illustrée par le cas Facebook-WhatsApp. Ce dossier est pourtant cité à tort, car il a bien fait l'objet d'une revue de la Commission européenne en 2014. Par ailleurs, la France s'interroge sur la nécessité de modifier les seuils de contrôle, notamment celui de la valeur de la transaction. Mais l'exemple américain montre qu'un tel seuil est très difficile à appliquer. Un autre débat porte sur les révisions a posteriori. Mais celles-ci risquent de porter atteinte à la sécurité juridique. Sans compter qu'il est déjà possible d'intervenir sans avoir recours à ce type d'approche.

Concernant les positions dominantes, les autorités anti-trust européennes ont estimé qu'elles avaient la capacité d'intervenir dans le secteur numérique. Les affaires récentes Intel et Google l'ont d'ailleurs démontré. Et les enquêtes sectorielles prolifèrent au niveau national, comme celle sur la publicité en ligne en France. Ces exemples suggèrent qu'il n'est pas utile de revoir les principes du droit de la concurrence.

Le débat sur la valeur des données

Un important débat est en cours sur la valeur des données et leur implication dans la réglementation concurrentielle. Nul doute que les données peuvent faire l'objet d'un contrat. Mais toutes les entreprises ne nourrissent pas la même relation aux données. Facebook, par exemple, tente de hiérarchiser ses contenus (non-payants et sponsorisés) en vue de rendre un service pertinent aux utilisateurs. Par ailleurs, 98 % des revenus viennent de l'offre publicitaire, pas de la vente des données des utilisateurs. Or c'est

parce que l'audience est élevée qu'il est possible de vendre de la publicité. Il en va de même pour les journaux gratuits ou des chaînes de télévision : la rémunération vient de la publicité, pas de l'attention portée par les lecteurs ou les téléspectateurs. D'où l'importance d'avoir des contenus que les gens veulent partager. C'est cela, la véritable concurrence. Les données permettent l'efficacité de l'offre. En outre, l'offre de services gratuits apporte un service substantiel à chaque utilisateur.

Fair practices Business to Platforms

Werner Stengg

DG CONNECT, Commission européenne

Tout a été dit et tout ce qui a été dit est vrai, même si les conclusions diffèrent. Cela témoigne de la complexité du sujet !

Le rôle des plateformes dans l'économie

De nombreuses entreprises ont une dépendance accrue aux plateformes, qui assurent l'intermédiation avec les consommateurs finaux. Si le terme de « dépendance » a une connotation négative, les avantages offerts par l'économie numérique sont réels. La Commission européenne n'entend donc pas nuire à cet écosystème favorable à tous les acteurs, qui a largement contribué à l'accélération du marché unique.

Les principales plaintes portent sur le comportement des plateformes et sur l'absence de solutions efficaces pour résoudre certains problèmes comme la difficulté à négocier les CGU, le déréférencement, le manque de transparence sur le *ranking* dans les recherches sur Internet, le manque d'accès aux données dont dispose la plateforme ou encore l'interdiction d'offrir des conditions plus avantageuses sur son propre site. Un examen au cas par cas est nécessaire, car les arguments apportés de part et d'autre sont en général audibles : les entreprises doivent avoir accès aux données, mais le risque de désintermédiation doit être limité.

Les défis de la régulation

Le principal défi est celui de la bonne compréhension des problématiques, afin de définir l'intervention la plus adaptée. Il s'agit également de ne pas freiner l'innovation en créant un cadre législatif qui empêcherait de nouvelles disruptions. Un autre défi est posé par le climat politique, pas très favorable aux plateformes. Enfin, la régulation doit être ciblée, et ne saurait donc être seulement horizontale.

La Commission a étudié plusieurs options. La première consiste à mieux appliquer ce qui existe déjà. Mais la loi ne semble pas suffisamment flexible et adaptée, et les outils actuels ne permettent pas de résoudre les problèmes de transparence. Une autre option est celle de l'autorégulation. Il apparaît toutefois qu'elle ne fonctionne pas vraiment dans la mesure où les intérêts ne sont pas toujours alignés. Mieux vaudrait une co-régulation. En l'occurrence, le règlement européen qui sera proposé le 25 avril prochain sera axé autour de trois piliers : une transparence accrue, des mécanismes de résolution plus efficaces des problèmes entre les plateformes et leurs utilisateurs ; un monitoring accru. L'intervention législative doit être légère, proportionnelle et ciblée. L'objectif n'est pas de modifier les modèles économiques eux-mêmes, mais de renforcer la transparence.

Échanges avec la salle

Pouvez-vous revenir sur la notion d'entraînement des autorités de concurrence ou des agences de régulation sectorielle, pour renforcer leurs capacités et leur agilité ? Quid des ressources ?

Étienne Pfister

Pour traiter ces sujets complexes, les autorités de concurrence doivent évidemment être suffisamment armées, étant entendu que les ressources ne sont pas illimitées (les ressources de l'Autorité étant d'ailleurs plus faibles que celles de plusieurs de ses homologues européens). Les enquêtes sectorielles sont un premier moyen de se préparer à la gestion de pratiques anticoncurrentielles éventuelles dans ces secteurs. Des marges de manœuvre peuvent par ailleurs être mobilisées pour mieux utiliser les ressources, comme la procédure de transaction ou les engagements.

Tim Lamb

Pour les acteurs comme Facebook, il s'agit d'être aussi pédagogique que possible.

Yann Bonnet

Le besoin de mutualisation des ressources est réel. Face à la disruption numérique, il ne faut pas hésiter à se montrer créatif, par exemple en s'appuyant sur des utilisateurs volontaires pour permettre des tests sous forme de cohortes.

Quel sera le champ d'application du futur règlement européen ?

Werner Stengg

Le projet de règlement que j'évoquais concerne les plateformes qui agissent comme intermédiaires entre les entreprises et les consommateurs.

2^{ème} table ronde : Données et algorithmes

Éléments de définition

Henri Isaac

Renaissance Numérique & Université Paris-Dauphine

« La donnée » n'existe pas. Au contraire, la diversité des données impose une finesse de raisonnement et de régulation.

Principales caractéristiques des données

Les données sont un bien non-rival : leur consommation n'a pas d'effet sur la quantité disponible. Elles constituent même une ressource inépuisable, puisqu'il s'en crée de nouvelles chaque jour. Ainsi, la métaphore sur « le pétrole du XXI^e siècle » est trompeuse. Par ailleurs, une grande partie de la valeur d'une donnée réside non pas dans sa propriété, mais dans sa circulation et son croisement avec d'autres. À cet égard, il est étonnant de constater le retour d'une approche fondée sur le droit de la propriété et la patrimonialité des données. La valeur économique des données vient également du cadre juridique applicable, étant précisé qu'aujourd'hui, un tel cadre n'existe que pour les données personnelles et les données publiques (open data). Ce n'est pas encore le cas pour les autres données (issues d'un dialogue machine-to-machine, par exemple), même si l'Europe tente d'y remédier par la directive *e-Privacy*. Enfin, la valeur des données n'est pas toujours intrinsèque, mais vient souvent de leur usage secondaire, donc des investissements organisationnels techniques nécessaires à leur mise en forme. Une régulation fondée sur le mode incantatoire d'ouverture des données serait donc peu efficace.

Algorithmes classiques vs Machine Learning

Les algorithmes existaient avant Internet même si, avec les nouvelles technologies, l'automatisation des décisions s'est accélérée. Le Machine Learning est tout autre chose : il s'agit de l'utilisation des données pour construire des modèles de décision. L'usage des données est très différent dans les deux cas.

Dans les algorithmes classiques de recherche, de choix ou de *pricing*, les effets de discrimination sont possibles mais déjà largement régulés par le droit actuel. Il semble suffisant de repenser les méthodes d'investigation. En revanche, dans le cas d'utilisation du Machine Learning, il s'agit de savoir si l'accumulation primitive de données permet de construire des modèles empêchant la concurrence. De nombreux algorithmes étant déjà en open source et auditables, l'enjeu est celui de l'accès des nouveaux entrants aux données.

Un autre type de perturbation mérite d'être signalé. L'algorithme de Waze, par exemple, modifie des décisions de régulation publique (circulation automobile) par l'exploitation de données fournies en temps réel par ses utilisateurs. Ce type d'automatisation doit-il être ouvert et auditable ? Doit-on obliger l'opérateur à intégrer des principes de régulation publique (environnement, sécurité, etc.) autres que les siens (l'optimisation des temps de déplacements dans le cas de Waze) ?

Le règlement général de protection des données personnelles (RGPD)

Jean Lessi
Cnil

Les liens entre données personnelles et algorithmes sont forts. En effet, les données personnelles constituent la matière brute pétrie par les algorithmes. Et même si ce rapport a tendance à s'inverser avec le *Machine Learning*, puisque ce sont alors les données qui pétrissent l'algorithme, il existe encore.

L'encadrement juridique actuel

Trois types de garde-fou sont posés. Tout d'abord, l'encadrement de la collecte des données personnelles, précisé par la loi de 1978, la directive de 1995 et, à compter de mai 2018, le RGPD. Même si les données ne font pas l'objet d'un droit de propriété, le droit à l'information et le droit d'accès contraignent le fonctionnement des algorithmes. S'ajoutera bientôt le droit à la portabilité, instauré par le RGPD. Ensuite, l'encadrement des algorithmes. La loi pour une République numérique de 2016 complète le droit d'accès par de nouvelles obligations pour les algorithmes publics : informer le citoyen qu'un algorithme a été utilisé pour prendre une décision administrative, communiquer sur demande les règles de traitement et les principales caractéristiques de l'algorithme, publier les codes sources. Enfin, l'encadrement de l'usage des algorithmes. Il est assez limité, mais l'article 10 de la loi de 1978 interdit qu'une machine prenne seule une décision emportant des conséquences importantes pour une personne. Le RGPD reprend ce principe sous l'angle du droit à ne pas faire l'objet d'un traitement automatisé de bout en bout sauf exceptions (consentement explicite, exécution de la conclusion d'un contrat, renvoi au droit des États-membres).

Le cadre actuel touche donc à la matière, la transparence et l'usage des algorithmes, mais pas à leur paramétrage. Il convient également de renforcer la transparence et, plus encore, l'exigence d'explicabilité des algorithmes, pour éviter l'effet « boîte noire » et créer la confiance du corps social.

Vers d'autres types d'encadrement ?

L'encadrement juridique ne saurait être l'unique solution. Trois types d'orientations sont étudiés : le renforcement de l'exigence de transparence pour les algorithmes de traitement de données privées et de données non-personnelles ; le renforcement de l'encadrement des usages (faut-il interdire les robots-tueurs par exemple ?) ; le principe d'intervention humaine. Sur ce dernier point, un projet de loi relatif à la protection des données personnelles envisage de modifier assez profondément l'article 10 de la loi de 1978 en autorisant les décisions administratives individuelles automatisées de bout en bout, sous réserve de respecter quatre garanties : la possibilité d'un recours gracieux, les obligations de transparence pour les algorithmes publics, l'interdiction d'utiliser des données sensibles et l'obligation de maîtrise de l'algorithme. Cette dernière est intéressante, mais assez vague. La Cnil a d'ailleurs rendu un avis assez critique sur ce point, considérant que le principe d'intervention humaine méritait d'être repensé. La Cnil a également animé une réflexion éthique sur les enjeux des algorithmes d'AI, avec une restitution en décembre 2017. Elle en a tiré deux

principes : celui de loyauté des algorithmes et celui de vigilance (« doute méthodique »).

Par ailleurs, le régulateur n'a pas le monopole de la régulation. Le RGPD reconnaît d'ailleurs plusieurs formes de co-régulation, comme les codes de conduite ou les packs de conformité. L'inter-régulation présente elle aussi un réel intérêt, même si elle requiert des moyens et une expertise technique. C'est la raison pour laquelle la Cnil a mis en place une direction de l'innovation et des technologies.

Enfin, le RGPD ne s'oppose pas du tout à la recherche sur les algorithmes. Au contraire, il peut procurer de nouveaux leviers et donner lieu à des initiatives fortes, que la Cnil encourage.

Les enjeux sociétaux

Meryem Marzouki

LIP6, CNRS – UPCM Sorbonne Universités

Les algorithmes et l'intelligence artificielle ne sont pas nouveaux. La question qui se pose aujourd'hui vise surtout à savoir si la disruption numérique entraîne une disruption démocratique.

Le développement des plateformes met sous tension certains des principes cardinaux de la protection des données personnelles que sont le consentement, l'agrégation, la finalité, la proportionnalité et la durée de conservation. Certes, le RGPD renforce la protection des données personnelles en précisant la définition du principe de consentement de la manière suivante : « toute manifestation de volonté libre, spécifique, éclairée et univoque d'acceptation par un acte positif clair ». Toutefois, ces conditions peuvent-elles être respectées dans un univers de plateformes et d'algorithmes non déterministes ? La liberté du consentement, par exemple, est mise à mal par les CGU inintelligibles et non-négociables. De la même façon, la multiplicité des finalités rend difficilement applicable la condition de spécificité du consentement.

Par ailleurs, Facebook ne vend peut-être pas les données de ses utilisateurs, mais il vend aux publicitaires des profils de comportement. D'où la nécessité d'une protection liée au profilage, tel qu'il est très explicitement défini par le RGPD.

En matière de transparence, la loi pour une République numérique comporte des dispositions très intéressantes sur la loyauté, ainsi qu'une définition très pertinente des plateformes. Il importe toutefois de faire attention à ce que la notion d'intelligibilité ne conduise pas à annihiler la transparence et l'ouverture des données, tant la connaissance exacte des algorithmes est primordiale pour les chercheurs et les associations spécialisées. Finalement, pour dépasser les risques de disruption démocratique, il convient de revenir aux droits fondamentaux et au principe de non-discrimination. Sur le plan juridique, même si la perspective d'un observatoire européen des plateformes est intéressante il importe de favoriser les lanceurs d'alerte – individuels ou associatifs – et le *testing*, par exemple en s'inspirant du débat français sur les statistiques ethniques.

Les Blockchains

Joëlle Toledano

Présidente du groupe de travail « Blockchains », France Stratégie

Les Blockchains sont une nouvelle façon de stocker de l'information, de la préserver en empêchant sa modification, d'y accéder et d'y intégrer de nouvelles données qui deviennent à leurs tours infalsifiables, dans une logique de registres (bases de données). Ces registres étant distribués, tout le monde dispose des mêmes informations à peu près au même moment. Cela garantit la transparence et l'auditabilité de l'ensemble des systèmes. Ce faisant, les questions de contrôle et de sécurité sont assez radicalement modifiées. Par ailleurs, la promesse économique - et d'ailleurs pas seulement économique - des Blockchains s'articule autour de deux axes : résoudre les problèmes de confiance, et accroître la productivité en limitant les intermédiaires et en automatisant les transactions.

Assemblage complexe de techniques informatiques, de cryptographie et d'incitation économique. Le consensus sur la validité des transactions passe par le protocole pair-à-pair, et le tout est bâti sur des codes sources libres et ouverts.

Il existe des Blockchains publiques (Bitcoin, Ethereum), mais aussi privées ou permissionnées. Dans les premières, les registres sont librement disponibles et modifiables par adjonction de nouvelles transactions, sans aucune restriction quant aux auteurs des transactions et de leur validation, et l'incitation à assurer le bon fonctionnement du système vient du paiement en crypto-monnaie. Dans les Blockchains privées, il existe des restrictions sur la lecture et l'écriture et la validation des transactions passe par une gouvernance centralisée. À noter qu'un système de jetons est susceptible d'être mis en place et faire l'objet d'une cotation avec des modalités pas très éloignées des crypto-monnaies. Ces plateformes Blockchains fascinent par leurs potentialités économiques. Elles permettent de tisser de nouveaux rapports de confiance mais conduisent aussi, par la façon dont leurs algorithmes ont été mis en place et dont les logiciels sont implémentés, à de la volatilité, des bugs ou de l'escroquerie – nourrissant ainsi des peurs. Finalement, ce monde évolue entre opacité, délits et promesses. L'enjeu, aujourd'hui, consiste à penser de façon cohérente les Blockchains et les crypto-monnaies et à cesser de considérer qu'on peut les séparer. À cet égard, il semblerait que nous soyons à la fin d'une première phase, dite du « bac à sable », qui consistait à ne pas empêcher l'innovation. La régulation doit être pensée de façon à favoriser l'innovation. L'année 2017 a marqué un tournant de ce point de vue, avec une demande de réglementation y compris de la part d'acteurs qui n'en voulaient pas. Les modèles économiques commenceront à se développer, et les technologies s'amélioreront.

Échanges avec la salle

Quid des questions de territorialité et d'application du droit de l'Union européenne pour des pratiques extérieures ?

Henri Isaac

Le cas Microsoft vs la Cour Suprême des États-Unis concerne directement la territorialité des données en Europe. En effet, si la Cour Suprême décidait que Microsoft a enfreint la loi américaine, un régime d'extraterritorialité généralisé s'appliquerait aux données des sociétés américaines en Europe. Le RGPD serait alors significativement mis à mal. L'enjeu est le même avec le *Cloud Computing Act*. Il importe que l'Europe construise une doctrine précise en la matière.

Jean Lessi

Le RGPD fournira des armes à l'Europe, sous réserve qu'elle souhaite et sache s'en servir. Ainsi, avec le critère innovant et puissant du ciblage, il s'appliquera dès lors qu'un responsable de traitement, où qu'il soit localisé, ciblera des citoyens européens. Le RGPD renforce également l'encadrement de la circulation des données.

Meryem Marzouki

Une autre innovation du RGPD est son application extraterritoriale. En effet, il permet de contrôler et sanctionner les plateformes implantées hors de l'Union européenne, puisqu'il concerne toutes les personnes présentes sur son territoire.

L'effet sur l'emploi de la régulation ex-ante des données personnelles des plateformes, très lourde, a-t-il été mesuré ?

Jean Lessi

Le RGPD allège la régulation ex-ante, mais ne la fait pas disparaître. Au contraire, il la positionne au cœur du système puisqu'il promeut une régulation *ex-ante* décentralisée, par les acteurs eux-mêmes, en fournissant des outils d'auto-évaluation de la conformité.

À quelle échelle faut-il agir ? La France pourrait-elle être à l'initiative de cette action, qui semble urgente au regard du risque de bulle que présente le phénomène des crypto-monnaies ?

Joëlle Toledano

Le territoire est d'emblée mondial. La France ne saurait donc agir seule. Qui plus est, si notre pays dispose de réels atouts, compte tenu de ses compétences techniques, l'absence de pluridisciplinarité reste un frein en matière de recherche. Aussi convient-il de trouver la façon d'avoir une réglementation à la fois dissuasive de certains comportements et attractive pour les entrepreneurs.

Jean Lessi

L'échelle la plus pertinente d'action n'est pas le niveau national. D'autant que le RGPD instaure une régulation en réseau, avec l'obligation de coopération entre les Cnil européennes pour tous les traitements transfrontaliers. C'est un dispositif inédit. L'Europe a une occasion unique de prendre le train en marche, voire de monter dans la locomotive. Les outils le permettent, reste à s'en saisir.

3^{ème} table ronde : Responsabilité sociale des plateformes

Risks for consumers in Peer Platform Markets (PPMs)

Anna Barker

OECD Committee for Consumer Policy

Peer Platform Markets (PPMs) such as Uber and Airbnb enable consumers to buy, hire or borrow directly from their peers. The OECD conducted a survey into consumer trust in PPMs. The survey covered 900 PPM users and 100 potential users in each of 10 countries. On average, PPMs were used by approximately 45% of internet users in the ten countries surveyed. Users tended to be attracted by the value proposition of cost, convenience and choice.

The survey found that users, both current and potential, tend to trust PPMs more than traditional providers in the same market, despite potentially having a limited understanding of their rights and exposure when using these platforms. Around one third of users had experienced problems but they tended to blame the seller rather than the platform and responded by being more cautious rather than by disengaging from the PPM or PPMs in general. Only 16% of users felt confident about their rights if something went wrong. Of users who had attempted to resolve a dispute, almost half were fully satisfied with the outcome but 18% did not have the problem resolved to their satisfaction despite attempts to resolve the problem.

PPMs generally enjoy high levels of consumer trust and users are seemingly at least somewhat satisfied with their user protection and dispute resolution procedures as evidenced by the fact that problems do not lead consumers to disengage from these markets. Nevertheless, there is a gap in consumer coverage and protection as consumers can potentially remain exposed if these procedures fail since in many countries consumer protections do not cover transactions between peers.

Un paysage audiovisuel en transformation

Nathalie Sonnac
CSA

L'économie numérique agit comme une véritable lame de fond. Pour les médias audiovisuels, la révolution est triple : technologique, économique et en termes d'usages. De nouveaux acteurs ont investi les filières de production, de diffusion et de distribution, en concurrence directe avec les acteurs traditionnels. Ils génèrent de larges effets de réseau et d'importantes économies d'échelle, avec des stratégies de diversification que les acteurs traditionnels ne peuvent pas mettre en place. En outre, ils bénéficient d'une asymétrie réglementaire et fiscale qui remet en cause les grands équilibres du secteur. De la même façon, le nouveau téléspectateur est désormais producteur, distributeur et prescripteur. Il est au centre du nouvel écosystème des plateformes. Le numérique propose de belles opportunités, mais pose des difficultés au régulateur.

De nouvelles problématiques

Un changement de paradigme est nécessaire dans la manière de concevoir l'intervention de la puissance publique, avec un double risque : celui de sur-régulation, qui freinerait l'innovation ; mais aussi celui de sous-régulation, qui laisserait se développer des pratiques abusives, discriminatoires et contraires aux objectifs de la loi de 1986 sur la protection des consommateurs. Ce contexte pose des difficultés de deux ordres. D'une part, les plateformes échappent à la régulation en s'affranchissant des frontières géographiques et des catégories d'acteurs prévues par le droit. D'autre part, leur puissance leur confère la capacité de fixer elles-mêmes les règles économiques (vis-à-vis à des fournisseurs de contenu, elles fixent les conditions d'accès à leur environnement, de référencement et de partage de la valeur) et sociétales (vis-à-vis des consommateurs, elles appliquent une politique de modération des contenus, de personnalisation et de recommandation des offres qui peut limiter leur choix). Les problématiques posées par les plateformes touchent ainsi aux grands principes qui fondent la régulation audiovisuelle et, au-delà, la liberté de communication.

Comment la puissance publique peut-elle réagir ?

Les principes fondamentaux demeurent, mais de nouvelles questions imposent une réaction de la puissance publique à la fois plus souple et plus large. Ainsi, la régulation doit s'adapter en intégrant les notions de la loyauté des plateformes et des algorithmes, l'émergence de nouveaux modèles (crowdsourcing, alerte), le code de la propriété intellectuelle et la neutralité technologique, tout en préservant l'intérêt général (maintenant la garantie des libertés publiques, cohésion sociale, promotion de la diversité, défense de l'égalité des droits).

La réaction de la puissance publique doit aussi être plus efficace, adaptée aux acteurs et aux usages actuels. Cela impose de réfléchir les modalités d'intervention au niveau européen, pour mettre en place un socle commun. Il importe également de favoriser une régulation plus agile, grâce à l'autorégulation (élaborer ses propres codes de conduite), la co-régulation (trouver le juste équilibre entre droit souple et coercition) et la régulation participative (favoriser l'*empowerment* des utilisateurs). Le CSA est embarqué dans cette dynamique de transition numérique. Il doit demeurer une vigie de l'écosystème médiatique, car ce secteur est central pour la démocratie.

Faut-il un droit spécifique pour les plateformes ?

Timothée Paris
Conseil d'État

La dernière étude annuelle du Conseil d'État, « Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation ? », renonce à l'idée d'un droit spécifique aux plateformes.

Du point de vue du droit social

Les plateformes posent deux grandes questions en matière de droit social – au sens du droit du travail et du droit de la Sécurité sociale : celle du salariat vs l'indépendance, et celle de la multi-activité successive ou simultanée. Aujourd'hui, il est compliqué de faire valoir les droits acquis en tant qu'indépendant auprès du régime des salariés, par exemple. Pour autant, le Conseil d'État considère qu'il ne faut pas créer de droit du travail spécifique autonome pour les activités mises en œuvre dans l'espace numérique. Et pour cause, si un tel droit était créé, il donnerait naissance à un troisième statut : celui de travailleur indépendant mais économiquement indépendant (comme il en existe en Italie et au Royaume-Uni). Or les plateformes ne constituent pas une nouvelle activité en tant que telle, mais une nouvelle manière d'exercer des activités existantes. Intellectuellement, il n'y a donc pas de raison de traiter différemment des activités identiques – *a fortiori* dans le champ économique et dans le champ de la régulation, sous peine de créer des distorsions de la concurrence.

D'où l'idée d'un droit unique, autant que faire se peut. Des solutions extrêmes conduiraient à appliquer le droit existant (qui ne tiendra pas si l'on considère que les plateformes sont une révolution industrielle) ou à créer un droit favorisant le bien-être des plateformes (au risque de créer des distorsions de la concurrence). Une autre consisterait à revoir la manière de faire du droit.

Penser le droit autrement

Les plateformes offrent l'opportunité de repenser le droit existant pour concilier innovation et protection, dans un nouveau cadre intellectuel. Plutôt que penser le droit des télévisions, celui de Facebook ou celui de Google, il s'agirait de penser le droit des plateformes. Cela nécessite de sortir d'une logique de silo pour retenir une logique de plateforme et faire, *in fine*, un droit plus souple et plus ouvert qui permettra d'appréhender à la fois le fait de regarder la télévision sur son ordinateur et celui de la regarder sur un téléviseur – ce qui revient au même, mais relève aujourd'hui de deux législations différentes. Cette souplesse favorisera aussi l'innovation. À l'inverse, plus les règles seront précises, moins elles résisteront à l'évolution technologique. Finalement, nous ne proposons rien d'autre que faire du droit, plutôt que des règles sectorielles. Posons des principes d'ordre public, co-construits et écrits en langage simple – sous le contrôle étroit du régulateur. Autrement dit, passons à une régulation *ex-post* !

Aujourd'hui, par exemple, le code du travail est en réalité un code du travail salarié. Sans doute faudrait-il envisager des principes fondamentaux applicables à l'ensemble des travailleurs. Le droit au chômage ou à une protection en cas d'arrêt d'activité pourrait faire partie de ce socle commun, avec une gradation des protections en fonction de la dépendance.

Quelle régulation pour les plateformes collaboratives ?

Patrice Flichy

Université de Marne-la-Vallée

Les plateformes sont au moins autant une innovation technologique qu'une innovation organisationnelle.

Les plateformes court-circuitent les professions et contournent les règles

Effectuer une livraison avec un véhicule à moteur impose d'être inscrit au registre des utilisateurs de véhicules de transport légers. Mais ce n'est pas le cas pour les livraisons à vélo. De la même façon, il faut être homologué pour ouvrir un gîte, mais pas pour proposer un hébergement sur Airbnb. La volonté de court-circuiter les règles ne vient pas seulement des plateformes, mais aussi des offreurs de services et des travailleurs des plateformes, qui y voient une possibilité de démocratisation de l'activité productive.

Par ailleurs, les plateformes ne peuvent se développer que si elles trouvent des offreurs de services valorisant l'indépendance. Pourtant, l'alliance qui se tisse entre les travailleurs et les plateformes est fortement conflictuelle, celles-ci ayant tendance à vouloir imposer une dépendance totale, sans contrat de travail. Ainsi, les livreurs à vélo portent un uniforme et se voient imposer des horaires de travail. Cette situation de subordination relève du salariat.

Enfin, l'universalité du commerce est elle aussi fortement remise en question. Depuis plus de 60 ans, le code du commerce interdit le refus de vente. Or aujourd'hui, les plateformes peuvent refuser un client qui aurait une mauvaise note.

Les plateformes élaborent de nouvelles régulations

Les plateformes s'appuient d'abord sur le client, véritable contrôleur du système *via* sa notation, ses avis et ses commentaires. Ce dispositif, qui permet d'imposer des règles aux offreurs de service, est particulièrement complexe car il est alimenté par le consommateur et agrégé par les algorithmes de la plateforme, lesquels ne sont pas nécessairement loyaux et sont, en tout état de cause, profondément secrets. Qui plus est, les plateformes font varier les prix en fonction de l'offre et de la demande y compris dans les professions à tarifs réglementés.

Les plateformes s'appuient ensuite sur le contrat. Elles demandent aux offreurs de service de signer un contrat, mais elles souscrivent aussi une assurance prenant en charge toutes les parties. La réglementation établie *a priori* est donc remplacée par l'assurance.

Enfin, les plateformes organisent la relation entre l'offre et la demande selon des règles totalement opaques. Ainsi, contrairement à ce qu'affirme Uber, différents paramètres cachés sont pris en compte par l'algorithme, comme la marque du véhicule.

En résumé, l'émergence des plateformes illustre l'inadaptation de la réglementation publique pour des activités nouvelles. Leur régulation renvoie à de très nombreux domaines du droit : droit social, droit de la concurrence, droit de la protection du consommateur. Quant aux algorithmes, ils ont été conçus pour l'ensemble de la planète et ne sont pas prêts à s'adapter aux spécificités de notre droit national.

Échanges avec la salle

La règle de la chronologie des médias est-elle encore adaptée ?

Nathalie Sonnac

Sans doute non, mais je considère qu'elle reste nécessaire au regard de la question du financement des œuvres et de la création. Il s'agit aussi de faire en sorte que les œuvres françaises puissent être véhiculées.

Le RGPD et le règlement e-Privacy en cours d'élaboration sont d'application directe et rigide, contrairement aux directives. Le choix de cette réglementation n'est-elle pas le signe que le pouvoir normatif est désormais exclusivement confié à l'échelon européen ?

Timothée Paris

Nous n'avons pas d'autre choix que de réagir au niveau européen. En réalité, il faudrait même une régulation mondiale. Mais cette idée est utopique. À titre personnel, je considère que le RGPD est un exemple très pertinent de ce qui peut être fait en matière de régulation des plateformes. Bien qu'étant un règlement, il fixe des règles d'ordre public plutôt générales et se fonde sur un contrôle de la *compliance*. Chaque opérateur est libre d'agir dans ce cadre d'ordre public. Qui plus est, il affirme que les valeurs européennes correspondent à un système économique, auquel d'autres pourraient se conformer. C'est ainsi qu'il a été pensé, pour être un droit économiquement performant : contraindre les entreprises à innover, pour éventuellement être rejoint par d'autres pays.

Given the high level of trust in peer platforms, could self-regulation or co-regulation be sufficient?

Anna Barker

The levels of trust in and use of these platforms arguably implies that a degree of self-regulation already exists. The OECD is interested in seeing how different jurisdictions regulate this new sector and understanding how dispute resolution rates compare to other industries. If levels are similar to those in other markets then additional regulation might arguably be unwarranted.



Fondation Paris-Dauphine

Chaire Gouvernance et Régulation
Fondation Paris-Dauphine
Place du Maréchal de Lattre de Tassigny - 75016 Paris (France)
<http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr>