

# Rencontres dauphinoises de la régulation



MASTER DROIT  
291 - DROIT ET RÉGULATION DES MARCHÉS

RLC 3447

## La régulation économique par les données

Synthèse des 8<sup>e</sup> *Rencontres dauphinoises de la régulation*<sup>(1)</sup>

Les *Rencontres dauphinoises de la régulation* sont fondées sur un partenariat de recherche entre juristes et économistes de Paris-Dauphine et le Conseil d'État. À cet égard, les organisateurs expriment au président Bernard Stirn, infailible pilier des Rencontres, leur profonde gratitude.

Réunissant opérateurs, régulateurs, juges et universitaires, les *Rencontres dauphinoises de la régulation* ont vocation à instaurer un dialogue informel avec les acteurs de la régulation économique sur des thèmes d'actualité. Elles sont organisées avec le concours des étudiants du Master *Droit et régulation des marchés* et le soutien de la Chaire Gouvernance et Régulation.

Le thème choisi pour cette huitième édition des *Rencontres dauphinoises de la régulation* portait sur la régulation économique par les données. Un constat : la régulation par les données, si elle est au cœur de l'actualité de la régulation, demeure encore en phase de maturation. Toutefois, les débats ont clairement montré que les données constituent d'ores et déjà un véritable instrument de régulation économique dont le développement entraîne, pour les opérateurs, mutations et interrogations.

### I. – La régulation par les données, une régulation économique en maturation

Résolument inscrite au cœur de l'actualité économique, la régulation par les données est intrinsèquement fondée sur un outil à la définition complexe mais ne s'étend pas, en l'état, aux algorithmes.

### A. – La régulation par les données est au cœur de l'actualité de la régulation économique

La « régulation par la *data* » est indéniablement au cœur de l'actualité de la régulation économique comme en témoignent, de manière symptomatique, la récente décision « *Union des transports publics (UTP)* » rendue le 16 février 2018 par le Conseil d'État<sup>(2)</sup> au sujet du pouvoir de collecte de données de l'ARAFER ou bien encore la mise en demeure de la société Direct Energie par

(1) Cette synthèse des 8<sup>e</sup> *Rencontres dauphinoises de la régulation* a été rédigée par Hugo MARCIOT, Master « *Droit et régulation des marchés* » – Université Paris-Dauphine.

(2) CE, 16 févr. 2018, n° 403508, mentionné aux tables du recueil Lebon, concl. Odinet.

la CNIL<sup>(3)</sup>, sans compter l'entrée en vigueur, le 25 mai 2018, du règlement général sur la protection des données<sup>(4)</sup>.

Au-delà de ces symptômes récents, l'intervention de l'utilisation massive des données (désignée par l'anglicisme *big data*), loin d'être un mythe ou un effet de mode, est une réalité qui s'installe durablement dans tous les secteurs économiques et notamment les secteurs régulés. Le président Tuot livre à ce titre un chiffre particulièrement éloquent : alors que la mine de données la plus importante avant l'intervention du big data était le fonds de la Bibliothèque nationale de France, qui accueille environ 14 téraoctets de données, un réseau social comme Facebook collecte aujourd'hui en une journée plus de 500 téraoctets de données.

Le président Soriano identifie pour sa part deux évolutions majeures qui rendent d'une importance cruciale la régulation par la data. En premier lieu, parce que le monde devient de plus en plus virtuel et que la régulation porte de plus en plus sur le numérique lui-même, la régulation par la data devient l'un des instruments centraux de régulation et pourrait parfois être le seul. En effet, du fait de ses caractéristiques intrinsèques que sont la rapidité d'innovation, par nature incompatible avec le temps législatif, d'une part, et l'extraterritorialité de certains acteurs régulés, d'autre part, le numérique constitue un défi considérable pour les pouvoirs publics qui cherchent à l'encadrer. La régulation de ces nouveaux acteurs et de ces nouvelles technologies ne peut donc être opérée au travers des outils de régulation traditionnels. La seconde évolution, interrogée par le rapport Villani<sup>(5)</sup> relatif à l'intelligence artificielle, réside dans l'enjeu de la mise à disposition des données. Celles-ci constituent désormais une véritable substance de régulation et la prochaine infrastructure à ouvrir, comme ont pu être ouverts les réseaux ferroviaires, d'énergie ou de télécommunications.

Ce constat s'inscrit en outre dans un cadre européen où il est indéniablement complexe d'aligner les législations, notamment sur le plan fiscal.

Il est donc essentiel de s'interroger sur la question de savoir si le mode de régulation des secteurs économiques est modifié par l'utilisation de ces données massifiées. Se posent également tant la question de l'impact de la technique, autrement dit les modalités d'utilisation de ces données, avec notamment le développement de l'intelligence artificielle, que la question récurrente de la responsabilité qui découle de l'automatisation de la régulation.

(3) CNIL, déc. n° 2018-007, 5 mars 2018, mettant en demeure la société Direct Energie.

(4) Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, dit « Règlement général sur la protection des données » ou « RGPD ».

(5) « Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne », rapport au Premier ministre, Cédric Villani, mars 2018.

## B. – Une régulation assise sur un instrument polymorphe

Malgré la nouveauté de ces questions, demeure un constat unanimement partagé par les intervenants tenant à ce que la notion même de « donnée » reçoit des définitions multiples et, partant, pose des problèmes de circonscription du périmètre de la régulation.

Le professeur Louvaris souligne que la donnée n'existe pas pour être régulée. Elle est d'abord un droit subjectif, fait de considérations liées aux individus. La donnée revêt plusieurs visages : elle est tour à tour une infrastructure, une ressource, un outil... Certains participants, comme M. Bouquet, jugent complexe d'établir une typologie des données, intrinsèquement marquées par leur immense variété et leur renouvellement permanent. Par suite, une approche par les usages et les finalités de ces données s'impose dans certains secteurs, pour établir une typologie et tenter de délimiter des marchés pertinents. D'autres, à l'instar de MM. Ducoing et Pivois ont tenté d'établir des classifications binaires et opérationnelles des catégories de données traitées par leurs entreprises.

SNCF Réseau dispose ainsi de deux types de données : d'une part, des données relatives aux actifs industriels physiques, autrement dit les éléments de l'infrastructure du réseau, et, d'autre part, les données relatives aux flux commerciaux (sillons et circulation des trains) sur le réseau, qui renvoient aux enjeux de concurrence entre les opérateurs. Ces deux types de données renvoient de facto à deux modèles distincts de régulation. Les données relatives aux actifs industriels renvoient à un modèle de régulation fondé sur le contrôle de l'État sur la qualité et la productivité des opérations menées sur les actifs industriels – autrement dit, sur le réseau, dont il définit par ailleurs la consistance – et opéré notamment au travers de la programmation des investissements. S'agissant en revanche des données de flux, sous le regard des clients qui commandent des sillons, la régulation est opérée par le régulateur, afin de s'assurer que le gestionnaire de l'infrastructure qu'est SNCF Réseau n'introduit pas de biais entre les opérateurs afin de favoriser l'un d'eux, ou que les opérateurs entre eux n'introduisent pas eux-mêmes de tels biais en surréservant des sillons, par exemple. Il y a ici un enjeu réputationnel avec une incitation forte sur la performance. La présidente Falque-Pierrotin souligne qu'il est de plus en plus difficile de distinguer données personnelles des données qui ne le seraient pas du fait des outils de croisement et d'analyse de plus en plus puissants.

De son côté, Aéroports de Paris identifie les données relevant du périmètre de régulation de l'entreprise résultant du contrat de régulation économique signé avec l'État, qui fixe les investissements sur une durée de 5 ans et les indicateurs de performance. Ces données, relatives à ses activités de service public et, donc, aux infrastructures exploitées par Aéroports de Paris dont les compagnies aé-

riennes sont les usagers, doivent, au terme dudit contrat de régulation, être obligatoirement transmises à la Direction générale de l'aviation civile (DGAC). Au-delà de ces données, Aéroports de Paris agrège d'autres données revêtant une valeur économique – notamment les données de trafic, relevée à une maille très fine, les mesures de ponctualité des compagnies aériennes, la fiabilité de livraison bagages – qui, une fois traitées pourraient par exemple donner lieu à des cartographies, sur le modèle de celles opérées par l'ARCEP, sur la qualité des liaisons.

## C. – Une régulation économique mesurée sur les traitements algorithmiques

Évoquant la loi dite *Lemaire*<sup>(6)</sup>, qui reconnaît un droit à la communication des traitements algorithmiques sur le fondement desquels sont prises des décisions individuelles, la présidente Maugué expose que ces traitements algorithmiques seront le prochain enjeu de régulation pour le juge comme pour les régulateurs. Signe de cette émergence de nouvelles problématiques techniques pour la régulation par les données, la loi relative à l'orientation et la réussite des étudiants<sup>(7)</sup> a, de la même manière, reconnu un droit à la communication des codes sources automatisés pour le fonctionnement de la plateforme Parcoursup. Si ce droit à la communication d'algorithmes demeure encore très théorique, le Conseil d'État entend dès à présent l'animer et en assurer le bon exercice.

Le professeur Stöger souligne à ce titre que, bien qu'il se limite aux personnes physiques et morales, le RGPD constitue l'une des premières législations à considérer directement et frontalement la question des algorithmes et de leur encadrement.

Isabelle Falque-Pierrotin souligne que, à l'image de la loi de 1978 en France, le RGPD impose une transparence sur la logique interne des algorithmes et la nécessité, dans certains cas, de prévoir une intervention humaine. Elle considère que c'est une étape essentielle dans la régulation de ces nouveaux outils.

Les algorithmes, notamment développés par les services de vidéo à la demande (VoD/SVoD), s'affirment comme un enjeu crucial pour la CSA dans le cadre de ses missions de promotion de la diversité culturelle. C'est en effet par leur intermédiaire que le public accède de plus en plus à la création audiovisuelle et cinématographique. M. du Puy-Montbrun précise en outre que ces nouvelles technologies questionnent les principes de la protection des données des consommateurs, garantie en matière audiovisuelle par le principe du secret des choix de services et de programmes<sup>(8)</sup>. Ces enjeux apparaissent en effet plus

prégnants aujourd'hui du fait de l'exploitation croissante des données personnelles à l'occasion de nouveaux usages de l'audiovisuel, alors que la diffusion hertzienne traditionnelle de la radio et de la télévision offrait jusqu'à présent une forte protection du secret des choix.

Bien qu'ils constituent le prochain challenge technique auquel sera confrontée la régulation par les données et malgré leur potentiel important, les algorithmes ne sont que très peu utilisés par les régulateurs, déplore le président Soriano. Cette faible utilisation des algorithmes et le stade embryonnaire de leur régulation doivent néanmoins être attribués, selon le président Tuot, au manque de moyens techniques et humains des régulateurs sectoriels.

Enfin, il apparaît, selon le professeur Geoffron, que la régulation des algorithmes dépasse les seules industries de réseaux et s'étend aux secteurs bancaires et financiers. Le bitcoin, fondé sur des algorithmes issus des technologies blockchain, est ainsi l'occasion d'observer l'émergence d'organisations et de formes institutionnelles très hétérogènes et distinctes de celles actuellement à l'œuvre dès lors que cette monnaie virtuelle n'est pas contrôlée par une banque centrale et n'implique ni tiers de confiance, ni intermédiaires.

Résolument polymorphe, la donnée devient un levier d'une régulation économique renouvelée.

## II. – Les données, un nouvel instrument de régulation économique ?

Outre qu'elle en poursuit les mêmes visées, la régulation par les données renouvelle et transforme la régulation économique traditionnelle.

### A. – Un instrument au service des finalités de la régulation économique

Parmi trois grands « chantiers » identifiés par M. Bohuon, le premier – et le plus aisé – relève de la capacité juridique du régulateur, autrement dit l'habilitation juridique des régulateurs du pouvoir de collecter les données nécessaires à l'exercice de leur fonction de régulation. C'est, selon M. Bohuon, le chantier le plus avancé, comme en témoigne le pouvoir de collecte largement reconnu par le législateur aux régulateurs sectoriels et protégé par le juge au travers de décisions telle que celle, précitée, du 16 février 2018 s'agissant de l'ARAFER.

Si ce pouvoir de collecte et d'usage des données par le régulateur est ainsi installé dans le paysage réglementaire hexagonal, la question s'est néanmoins posée de déterminer les buts et les fins auxquels un tel pouvoir doit répondre.

D'emblée, le consensus s'est opéré autour d'une finalité de transparence.

M. Bohuon envisage ainsi les données collectées comme un moyen de diminuer l'asymétrie d'information, véritable

(6) L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, pour une République numérique.

(7) L. n° 2018-166, 8 mars 2018, relative à l'orientation et à la réussite des étudiants.

(8) L. n° 86-1067, 30 sept. 1986 modifiée, relative à la liberté de communication, art. 3.

ADN de la relation régulateur-régulé. Ce but vertueux doit néanmoins être nuancé : le régulateur ne doit pas, selon M. Bohuon, céder à la tentation de vouloir « tout savoir » et d'introduire des sollicitations trop importantes. Une part d'asymétrie d'information doit en effet demeurer dans la relation régulateur-régulé.

Si un régulateur informé est un régulateur fort, pour le Dr. Ernert, le régulateur doit toutefois trouver la bonne distance entre une demande justifiée visant à obtenir des informations globales détaillées et l'installation d'une « administration » supplémentaire, avec des surcoûts inhérents liés au traitement des demandes de données de la part du régulateur.

La présidente Falque-Pierrotin abonde en ce sens : l'objet principal de la régulation par les données – dont le RGPD est un exemple topique – est en effet de réduire l'asymétrie d'information entre les détenteurs de données, d'une part, et le public et le régulateur, d'autre part. La transparence doit être renforcée par l'accès et l'octroi au public à des droits et informations renforcés ou nouveaux qui, de fait, restreignent la rente informationnelle des détenteurs de données. Tel est le cas, par exemple, du droit à la portabilité, qui donne la possibilité, par la récupération de ses données personnelles dans un format interopérable et son transfert à un autre opérateur, de porter atteinte au monopole informationnel du primo-détenteur de la donnée.

La régulation par les données à des fins de réduction de l'asymétrie d'information est, selon Mme Yvrande-Billon, consubstantielle à la création même de régulateurs indépendants. Elle est présentée, depuis les travaux de Jean Tirole, comme une réponse à la fin du mythe de l'État omniscient et bienveillant.

Il est d'autant plus nécessaire pour le régulateur de disposer d'un pouvoir de collecte de données afin de combler son déficit informationnel lorsque les marchés qu'il régule ne sont pas ouverts à la concurrence et ne peuvent donc lui fournir de signaux alternatifs. La comparaison des performances de l'entreprise régulée avec d'autres et, dans le temps, la constitution d'un référentiel éclairant la prise de décision, rendues possibles grâce aux collectes de données, permettent aux régulateurs d'exercer une régulation incitative par la transparence (*sunshine regulation*). En publiant et hiérarchisant les informations, il est ainsi possible au régulateur de faire jouer des mécanismes d'incitation réputationnelle dont l'importance est certaine dans des marchés monopolistiques où les consommateurs et usagers constituent un groupe d'intérêts souvent trop peu puissant pour former un vrai contre-pouvoir.

Cependant, alors même que cette régulation par les données, symbolisée par sa caractéristique la plus visible tenant à la collecte par le régulateur, est unanimement admise comme nécessaire, Mme Yvrande-Billon et M. Ducoing ont souligné sa mise en œuvre particulière en matière ferroviaire du fait des spécificités du secteur. Bien qu'il constitue un

secteur monopolistique par nature, le secteur ferroviaire ne connaît pas encore un niveau élevé de développement de la régulation par les données. En effet, si les pouvoirs d'imposer une transmission régulière et systématique de données par les opérateurs en dehors de procédures d'instruction et d'en sanctionner les manquements relèvent pour Mme Yvrande-Billon de l'évidence, ils n'ont été attribués au régulateur ferroviaire qu'en 2015, à l'occasion de la loi dite *Macron*<sup>(9)</sup>. Une fois établis, ces pouvoirs n'ont pas d'emblée été accueillis avec un grand enthousiasme par les opérateurs et ont donné lieu à plusieurs recours contentieux. Ceci est, pour Mme Yvrande-Billon, rejointe sur ce point par M. Bohuon, symptomatique d'un deuxième chantier à mener, culturel cette fois, visant à changer les mentalités et les pratiques dans certains secteurs économiques qui doivent s'habituer à ce que le régulateur dispose de données pour mieux objectiver ses décisions.

M. Ducoing témoigne à ce titre de l'appétit croissant du régulateur ferroviaire pour la connaissance des activités du gestionnaire d'infrastructures à travers les collectes de données. Néanmoins, il rappelle que la particularité de SNCF Réseau est de se trouver, parfois, en situation d'asymétrie inverse d'information : SNCF Réseau, à l'inverse du régulateur, ne dispose pas des données nécessaires à l'évaluation de la soutenabilité pour les opérateurs des tarifs d'utilisation de l'infrastructure, quand lui est faite l'obligation d'établir une tarification soutenable sous le contrôle du régulateur. Face à cette régulation des données en matière ferroviaire encore trop peu mature, M. Ducoing indique que cette situation donne aussi l'opportunité aux acteurs de co-construire la définition d'une régulation par les données.

Au total, l'utilisation des données constitue donc tout à la fois un outil d'aide à la décision publique et un outil de meilleure connaissance du marché par le régulateur et le consommateur et, *in fine*, d'aide aux choix de consommation. Le régulateur, titulaire d'un pouvoir de puissance publique, ne peut, aux termes de M. Bohuon, s'abstenir de mener une réflexion, comme auraient dû le faire certaines entreprises n'ayant pas anticipé le « virage » de la donnée, sur la gestion des données au bénéfice du consommateur, du citoyen et du justiciable.

## B. – Un instrument de renouvellement et de transformation de la régulation économique

Si elle constitue indéniablement un outil de régulation économique en ce qu'elle permet au régulateur de mieux connaître le marché qu'il encadre et ainsi d'éclairer ses décisions, demeure la question de savoir si l'utilisation des données constitue véritablement un nouvel instrument de régulation.

(9) L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

D'emblée, Mme Yvrande-Billon énonce que les données ne constituent pas un nouvel instrument de la régulation économique ; elles en sont le fondement. La création – précédemment évoquée – de régulateurs économiques indépendants de l'État précède le développement du *big data* dans nos sociétés contemporaines : la régulation n'est pas née avec la massification des données.

M. du Puy-Montbrun souligne que la régulation de l'audiovisuel est, pour une part significative et depuis sa naissance, une régulation par la donnée. L'objectif de pluralisme des courants d'opinion politique en fournit un exemple. Le CSA opère une régulation au moyen du recueil, de l'interprétation et de la publication des données de temps de parole des personnalités politiques dans les programmes radio et de télévision. La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique a d'ailleurs renforcé l'exigence de transparence et d'accessibilité de ces données, en prévoyant leur mise en ligne en format ouvert. En outre, le CSA recourt pour assurer sa mission de régulation aux données fournies par le public lui-même, notamment via le site [www.jalertelecsa.fr](http://www.jalertelecsa.fr).

L'Autorité de la concurrence est quant à elle rompue à la manipulation de grandes quantités de données, qui peuvent notamment être collectées par le biais d'enquêtes ou de saisies. Les données constituent par nature la matière première de l'Autorité de la concurrence et leur utilisation comme outil de régulation est, de fait, installée de longue date, empêchant la qualification de « nouvel instrument », selon Mme Faessel. En revanche, outre cette activité classique, le recours au *big data* et aux données agrégées constitue pour l'Autorité une réelle nouveauté en ce qu'il constitue l'opportunité de disposer de nouveaux modes de détection. Conscientes de ce potentiel, de nombreuses autorités de concurrence aux niveaux européen comme mondial s'engagent déjà dans cette démarche en constituant des équipes de *data mining*, spécialement formées à l'exploitation de ces données agrégées.

Ce constat d'absence de nouveauté est partagé par les opérateurs. M. Vaquieri indique à ce titre que la régulation par les données constitue de longue date une dimension naturelle de l'activité des opérateurs de réseaux, qu'il s'agisse dans le cas d'Enedis des données d'OPEX (exploitation et maintenance) et de CAPEX (investissements) sur la base desquelles la CRE établit et évalue les tarifs, des données relatives à la qualité du réseau ou des données afférentes au suivi de la régulation incitative. En sa qualité de titulaire de contrats de concession de la distribution publique d'électricité, Enedis connaît en outre une forme de régulation contractuelle qui prend de plus en plus en compte les enjeux des données. C'est également une régulation issue d'un cadre contractuel préexistant et matérialisé par le contrat de régulation économique signé avec l'État, qui fixe les investissements sur une durée de cinq ans et les indicateurs de performance, qui encadre sur le plan des données Aéroports de Paris.

Concernant la CNIL, la question se pose un peu différemment dès lors que cette autorité est en charge avant tout de défendre des droits fondamentaux ; à travers cependant plus de 8 000 plaintes enregistrées par an, à travers les missions de contrôle qu'elle diligente sur place, sur pièces ou en ligne, cette autorité collecte néanmoins de plus en plus de données sur les pratiques des acteurs, lesquelles peuvent être essentielles dans l'analyse de marché.

L'utilisation des données n'est également pas une nouveauté pour les autorités publiques concédantes ou organisatrices. Bien qu'elles ne constituent à proprement parler ni des régulateurs, ni des opérateurs, elles disposent néanmoins d'un rôle de régulation particulièrement important de par le contrôle qu'elles exercent au travers des contrats d'exploitation conclus avec les opérateurs. En matière ferroviaire, M. Breteau rappelle ainsi qu'en tant qu'elles sont chargées de définir la consistance de l'offre ferroviaire sur le territoire, les autorités organisatrices se sont vues, dès l'octroi de cette compétence, dans la nécessité de collecter un grand nombre de données afin de disposer d'une connaissance fine de la demande, d'une part, et de s'assurer que le service est rendu à des coûts acceptables et justifiés, d'autre part.

Alors que, comme précédemment évoqué, le pouvoir d'influence du régulateur est indéniablement renforcé par l'usage de la donnée, celui-ci porte une forme de reconfiguration de la régulation. Et le président Tuot de conclure que la donnée n'est pas un nouvel espace de régulation : elle s'ajoute et transforme les espaces régulés tels que nous les connaissons.

### III. – Les effets de la régulation par les données pour les opérateurs

Si la production des données collectées peut être complexe pour les opérateurs, la clarté des modalités de leur traitement est indispensable à la bonne relation entre régulateur et régulé, transfigurée sous l'effet de la régulation par les données.

#### A. – Une régulation parfois complexe pour les opérateurs

L'un des écueils principaux auxquels sont confrontés les régulateurs en matière de régulation par les données tient à la disponibilité même des données souhaitées.

M. Bohuon fait ainsi état de ce qu'il est courant pour le régulateur voulant disposer de certaines données de constater que celles-ci ne sont pas disponibles, non parce que l'opérateur n'est pas disposé à les communiquer, mais parce que la donnée n'existe tout simplement pas. C'est par exemple le cas en matière de contrôle des investissements réalisés par les gestionnaires de réseaux de transport d'énergie, pour lequel il est souvent complexe d'accéder à des données relatives aux petites opérations de mainte-

nance. Le gestionnaire du réseau ne dispose que rarement de ces données, dont l'accès est néanmoins crucial pour le régulateur dès lors qu'une fois agrégées, elles représentent 30 % de l'investissement réalisé par l'opérateur.

Toutes les données ne sont en effet pas forcément disponibles et il est parfois très onéreux, y compris pour l'opérateur lui-même, de les constituer.

Le Dr. Ernert suggère par exemple, pour alléger la charge des entreprises, de mieux croiser les collectes déjà organisées par les autres autorités que sont la direction générale des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM), la Commission européenne au travers du Rail Market Monitoring (RMMS) de la Commission européenne ou encore Eurostat.

M. de Singly constate un écart entre les objectifs de la législation, concentrée sur les données relatives aux consommateurs, et les besoins de la régulation, concentrée bien plus souvent sur des données techniques et relatives aux infrastructures des opérateurs, à leur entretien et leur rénovation. En conséquence, il est parfois complexe pour l'opérateur d'être en capacité de fournir ces données, dès lors que les textes lui imposent plutôt de se concentrer sur un autre type de données. M. Ducoing rappelle à ce titre que la production des données n'a historiquement pas été pensée pour la satisfaction d'objectifs de régulation mais seulement pour la satisfaction d'objectifs internes de bon fonctionnement de l'entreprise.

Un bouleversement de nature culturelle doit donc s'opérer au sein des secteurs régulés, le régulé devant s'employer à agréger les données susceptibles d'intéresser le régulateur afin de pouvoir l'alimenter.

Le régulateur lui-même n'est pas exempt de ce chantier culturel et doit opérer en son sein une vraie réflexion quant à l'usage devant être fait de ces données.

## B. – L'incertitude des modalités de traitement des données collectées

L'une des interrogations majeures soulevées par le pouvoir de collecte de données dont disposent les autorités de régulation réside dans les modalités et les garanties afférentes au traitement des données recueillies.

À titre d'exemple, compte tenu des enjeux concurrentiels liés aux données économiques agrégées par Aéroports de Paris, des risques tenant au secret des affaires et au respect de la concurrence entre les compagnies aériennes sont très prégnants, *a fortiori* dès lors qu'Aéroports de Paris est un opérateur coté en bourse qui ne peut pas publier de données – de trafic notamment – à tout moment de l'année.

D'éloquents exemples de droit comparé doivent ici être évoqués. Le Dr. Ernert indique à ce titre que l'intégralité des filiales du groupe Deutsche Bahn est soumise à une collecte de données qui répond à trois caractéristiques : la nécessité, la proportionnalité et la confidentialité.

En Autriche, relève le professeur Stöger, la confidentialité des données fait l'objet d'une attention particulière. La publication des données des entreprises par une autorité de régulation peut en effet poser des problèmes quant à la protection desdites données. Ceci s'explique par le fait qu'une telle publication n'est pas, au sens technique, regardée comme une décision individuelle (« Bescheid ») adressée à l'entreprise concernée : en conséquence, la constitution autrichienne impose que, si le législateur prévoit une telle compétence de publication des données par un régulateur, celle-ci doit faire l'objet de garanties telles qu'une possibilité de recours contre cette décision de publication devant une cour administrative ou civile si cette publication porte atteinte aux droits des entreprises. Si cela constitue une spécificité autrichienne, elle doit néanmoins attirer l'attention sur la protection juridique des entreprises contre la publication illégale ou disproportionnée de leurs données par une autorité étatique et notamment de régulation. En matière de publication, à destination des consommateurs, de ces données par le régulateur, la Cour constitutionnelle autrichienne a également fait preuve d'une large tolérance. S'agissant par exemple du calculateur des prix du carburant, qui permet au consommateur de trouver la station-service la moins chère dans les environs, proposé par l'autorité de régulation autrichienne des marchés de l'énergie, la Cour a estimé que ce service qui implique la publication, sous réserve de secrets d'affaires, de données communiquées au régulateur par les entreprises poursuivait des fins au bénéfice du consommateur. Cette décision illustre l'attitude bienveillante de la Cour vis-à-vis de la régulation par les données au profit du consommateur.

En France, le cadre juridique est le suivant. Par exemple, dans la mesure où l'ARAFER doit être regardée comme une administration au sens de la loi *Lemaire* précitée<sup>(10)</sup>, les données qu'elle recueille au titre de son pouvoir de collecte sont susceptibles de devenir publiques, avec pour corollaire la possibilité d'être gratuitement accessibles pour le public, en *open data*, et donc, aux concurrents de l'entreprise. Toutefois, l'Autorité est tenue de respecter, lorsqu'elle publie en ligne de telles données, le secret en matière commerciale et industrielle. Par ailleurs, aucune disposition législative ou réglementaire du code des transports ne permet actuellement à une entreprise du secteur de contester *a priori* le traitement de la confidentialité opéré par l'ARAFER. Néanmoins, afin de prendre en compte la position des entités régulées concernées, le règlement intérieur de l'Autorité permet, d'une part, à celles-ci de mentionner, concomitamment à la transmission de leurs documents, les données qu'elles considèrent être couvertes par des secrets protégés

(10) La loi *Lemaire* fait obligation aux administrations publiques au sens large de publier en ligne dans un standard ouvert leurs documents et bases de données ainsi que les données qu'elles détiennent présentant un intérêt économique ou social, sous réserve pour certains documents d'anonymisation ou d'occultation des mentions touchant notamment à la vie privée et à des secrets protégés.

par la loi et, d'autre part, à l'Autorité d'inviter ces entités à lui indiquer, avant toute publication, les données qui pourraient être couvertes par un secret en matière commerciale et industrielle.

## C. – La transformation de la relation régulateur/opérateur

Face au développement des nouvelles technologies, le président Soriano indique que les régulateurs devront développer une forme de *nudge*<sup>(11)</sup> afin d'orienter les comportements des consommateurs et du marché.

L'ARCEP a, à ce titre, choisi de ne pas opérer ce *nudge* elle-même et d'adopter une approche d'État-plateforme afin d'accompagner les écosystèmes d'acteurs désireux de travailler les données et d'orienter les consommateurs. Alors même que la plupart des homologues de l'ARCEP avaient commencé à développer eux-mêmes des outils de crowdsourcing, l'ARCEP a voulu s'appuyer sur la compétence technique diffuse et souvent plus performante présente au sein de la société civile.

M. Bouquet et le professeur Louvaris relèvent ainsi que la régulation n'est plus seulement réalisée par des régulateurs identifiés : se construit à la fois une externalisation de la régulation et une co-régulation, avec l'intervention de quasi tiers de confiance. Dans le cadre de la régulation par la *data*, le régulateur n'hésite donc plus, pour la réalisation de ses missions de régulation, à faire appel à la multitude des consommateurs ou aux opérateurs du marché. De même, les autorités organisatrices de la mobilité (visées par le projet de loi d'orientation sur les mobilités dit *LOM*) accéderont à certaines données dans le cadre de l'exercice de leurs missions de service public et auront donc vocation à jouer un rôle de régulateur (régulation des trafics pour lutter contre les congestions, prévention des accidents, etc.).

L'un des exemples les plus éloquentes de cette démarche réside dans le partenariat noué entre l'ARCEP et la startup QoSi qui mesure la qualité des réseaux mobiles et fixes. Auparavant opérée seulement par des prestataires se déplaçant dans des véhicules *ad hoc*, la collecte des données de qualité peut aussi désormais être opérée par tout consommateur au moyen de l'outil 4Gmark, qui teste la qualité du réseau utilisé. M. Renaudineau indique qu'une fois ces données collectées grâce à cet appel à la multitude, le coût d'acquisition de ces données apparaît particulièrement réduit et, *de facto*, disruptif.

Une fois agrégées, ces données sont très utiles pour les opérateurs – qui peuvent parfaire leur connaissance de

leurs performances et se positionner par rapport à la concurrence –, pour les acteurs de l'aménagement numérique du territoire et pour le consommateur – qui peut choisir son opérateur en connaissance de cause et ainsi récompenser l'opérateur qui a réalisé des investissements ou, à l'inverse, sanctionner celui qui ne l'a pas fait.

M. Renaudineau souligne à ce titre la transformation du rôle du consommateur qui, sous l'effet de la régulation par les données, devient un véritable « *consom'acteur* ».

Les autorités organisatrices sont, selon M. Breteau, friandes de cette décentralisation du recueil de données, qui présente un avantage de simplicité et d'incitation. Cela implique néanmoins d'avoir des garanties de fiabilité des données recueillies, gage d'opposabilité de ces recueils aux opérateurs du secteur.

L'enjeu réside en effet dans la question de la certification ou de labellisation de ces données recueillies. M. Bouquet suggère par exemple une décentralisation complète du processus en confiant cette certification à d'autres entreprises spécialisées. Le professeur Louvaris observe qu'une telle certification constituerait alors, non certes, une démission de la puissance publique mais une dilution de la puissance publique régulatrice.

Ce modèle français de régulation s'exporte et de plus en plus d'autorités, à l'instar de la *Telecom Regulatory Authority of India*, ont recours à des solutions externes de collecte de données. L'ARAFER indique, par l'entremise de Mme Yvrande-Billon, être déjà en phase de réflexion quant à la mise en oeuvre de cette régulation par les données 2.0 au travers de la mise en place d'outils de *crowdsourcing* afin de croiser les données collectées chez les opérateurs régulés avec les données transmises au régulateur par les consommateurs.

Au-delà de ces questions, reste aux régulateurs à aborder un chantier technique consistant à se doter de l'expertise technique et des systèmes d'informations nécessaires au traitement des données collectées. Sont néanmoins pointés le coût important des investissements idoines, difficiles à réaliser pour les autorités de régulation. Selon Mme Faessel, ces dernières font face à la question du bilan coût/avantage de l'utilisation des données pour la réalisation des missions de régulation, qui nécessite en effet des outils informatiques adaptés, notamment du point de vue du stockage de ces données, et des ressources humaines formées et aptes à les exploiter.

M. Bohuon souligne qu'en pratique, l'apparition de cette régulation par les données provoque un changement, voire une disparition de certains métiers au sein des autorités de régulation, à l'instar des métiers d'analyse de mouvements financiers anormaux sur les marchés de gros de l'énergie, progressivement remplacés par une expertise informatique. À l'inverse, d'autres fonctions actuellement dites « de support » comme celles du directeur des systèmes d'informations auront sans doute vocation

(11) Le *nudge*, ou « coup de pouce », est un concept socio-économique relevant du « paternalisme libéral » développé notamment par MM. Thaler et Sustein qui fait valoir que des suggestions indirectes peuvent, sans forcer, influencer les motivations, les incitations et la prise de décision des groupes et des individus, au moins de manière aussi efficace sinon plus efficacement que l'instruction directe, la législation, ou l'exécution.

à prendre une importance croissante au sein des autorités de régulation.

L'investissement dans les systèmes d'informations revêt également une importance cruciale pour les opérateurs et notamment ceux dont l'activité inclut désormais une collecte croissante de données comme Enedis dont les investissements rendus nécessaires par l'afflux de données collectées par le compteur intelligent Linky sont néanmoins contraints par l'encadrement de ses revenus.

Le recours aux données est également, selon M. Bohuon, l'occasion d'une transformation du contrôle opéré par le régulateur. Dans le domaine de l'énergie par exemple, le contrôle aujourd'hui exercé par le régulateur, nécessairement plus fort en amont qu'en aval du fait des forts régimes d'autorisation préalables, pourra laisser place demain à un contrôle plus lâche grâce à l'introduction de contrôles dans la durée, plus fins et plus puissants.

Il constitue également une alternative certaine aux pouvoirs classiques d'enquête reconnus aux régulateurs, sectoriels comme horizontaux. Face à ce pouvoir, qui représente selon M. Bohuon tant une dépense d'énergie considérable qu'un aveu de l'échec d'une relation apaisée entre régulateur et régulé et ne permet de résoudre que des situations de blocage, il faut en amont privilégier des systèmes plus souples de communication des données. Mme Yvrande-Billon abonde en ce sens et rappelle que dans le cadre de la régulation par les données, le pou-

voir d'enquête n'est pas le plus efficace : l'idée est plutôt de mettre en œuvre une relation de confiance entre régulateur et régulé, ainsi qu'une transmission régulière d'informations sur le long terme, afin de constituer des historiques de données. Mme Falque-Pierrotin oppose de la même manière le pouvoir de sanction, que les homologues de la CNIL considèrent comme une arme de dissuasion massive et utilisent largement dans leur mission de régulation, et cette communication des données qui, seul, constitue un instrument de régulation « quotidienne ». Tous admettent néanmoins la nécessité d'un pouvoir coercitif, qui doit être mis en œuvre au moins une fois pour constituer une menace efficace.

Mme Falque-Pierrotin souligne de la même manière la coexistence nécessaire entre le pouvoir de sanction, compris comme une arme de dissuasion massive, et la construction d'outils de régulation souples avec les professionnels qui constitue selon elle un instrument de régulation « quotidienne ». La CNIL a ainsi développé dans les dernières années des « packs de conformité » sectoriels, code de conduite et rendez-vous réguliers entre le régulateur et un secteur donné, apportant au premier une gestion en temps réel de l'évolution d'un secteur et au second la prévisibilité du cadre juridique.

Au total, la donnée s'affirme résolument comme un outil de régulation transformant en profondeur les actuels espaces régulés, qu'il s'agisse du rôle du régulateur, des opérateurs ou du consommateur. ■

#### Ont participé aux débats des 8<sup>e</sup> Rencontres dauphinoises de la régulation :

**Bernard Stirn**, Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, *modérateur général* – **Thierry Tuot**, Conseiller d'Etat, Professeur associé à l'Université Paris-Dauphine, *modérateur* – **Patrice Geoffron**, Professeur d'économie à l'Université Paris-Dauphine, Directeur du CGEMP, *modérateur* – **Christine Maugué**, Présidente de la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'Etat – **Isabelle Falque-Pierrotin**, Présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) – **Sébastien Soriano**, Président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) – **Anne Yvrande-Billon**, Vice-présidente de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) – **Brice Bohuon**, Directeur général de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) – **Marianne Faessel**, conseillère chargée des affaires internationales auprès de la Présidente de l'Autorité de la concurrence – **Guillaume du Puy Montbrun**, chargé de mission auprès du Président du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) – **Antoine Louvaris**, Professeur de droit à l'Université Paris-Dauphine – **Karl Stöger**, Professeur de droit à l'Université de Graz – **Jean-François Vaquieri**, Directeur de la régulation et des affaires juridiques, Enedis – **Jean-François Ducoing**, Directeur de la régulation, SNCF Réseau – **Bertrand de Singly**, Délégué stratégie, GRDF – **Gaël Bouquet**, Directeur juridique, Comité des constructeurs français d'automobiles (CCFA) – **Pierre-Edouard Pivois**, Responsable du pôle réglementation et droits des sociétés, Groupe Aéroports de Paris – **Vincent Breteau**, Directeur général adjoint, Région Normandie – **Dr. Alexander Ernert**, Directeur de la régulation, Deutsche Bahn Euro Cargo Rail – **Fabien Renaudineau**, co-fondateur de Qosi – **Claudie Boiteau**, Professeur de droit à l'Université Paris-Dauphine, Directrice du Master Droit et régulation des marchés.