



Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Sébastien SORIANO,
Arcep : Inventons une
régulation “Robin des Bois”
qui reprenne le pouvoir
aux géants du numérique
pour le distribuer à tous !

Interview | Concurrences N° 3-2018

www.concurrences.com

Sébastien Soriano

sebastien.soriano@arcep.fr

Président, Arcep, Paris

Sébastien Soriano

sebastien.soriano@arcep.fr

Président, Arcep, Paris

Interview réalisée par Charlotte Tasso-de Panafieu et Olivier Fréget, avocats, cabinet Fréget – Tasso de Panafieu, Paris

Sébastien SORIANO, Arcep : Inventons une régulation “Robin des Bois” qui reprenne le pouvoir aux géants du numérique pour le distribuer à tous !

Depuis 2017

Création et enseignement du cours de master *Regulation and the Digital Economy* au sein de l'Ecole d'affaires publique de Sciences Po

2016-2018

Président puis Vice-Président du BEREC, organe des régulateurs européens des télécoms

Depuis janvier 2015

Président de l'Arcep, autorité de régulation des communications électroniques et des postes

Mai 2012 – décembre 2014

Directeur de cabinet de la ministre Fleur Pellerin à Bercy (PME, innovation, économie numérique) puis conseiller spécial au Quai d'Orsay (commerce extérieur, tourisme) et Rue de Valois

2009-2012

Rapporteur général adjoint à l'Autorité de la concurrence

Depuis plusieurs années, au-delà ou en complément de votre mission de régulateur, vous avez alerté l'opinion avec quelques prises de position fortes quant aux dangers de “l'économie de plateformes”. Pourriez-vous nous préciser où se situe pour vous le risque principal ? S'agit-il d'un risque de nature “industrielle”, en quelque sorte celui de subordination de l'industrie européenne des contenus et du développement logiciel, voire des télécoms, ou bien de questions plus fondamentales qui touchent à nos libertés individuelles, les deux ne s'excluant évidemment pas ?

Il s'agit bien des deux. Nous avons, à l'Arcep, adopté un “manifeste”, dont le fil directeur est de développer les réseaux comme un “bien commun”, c'est-à-dire une infrastructure ouverte sur laquelle puissent se construire librement à la fois l'économie de demain et l'espace public dans toutes ses dimensions. De ce point de vue, les plateformes ne sont pas mauvaises en elles-mêmes, bien au contraire. En facilitant la mise en relation d'utilisateurs entre eux et/ou avec des partenaires référencés, elles ont notamment facilité l'accès au marché à de nombreux acteurs – que l'on pense aux petits commerçants qui ont pu développer de la vente en ligne et se faire connaître par de la publicité payée au clic, ou encore aux particuliers avec l'économie collaborative.

Le problème survient lorsque les plateformes mettent en place des stratégies de domination que l'on pourrait appeler “féodales”, c'est-à-dire de servitude volontaire des consommateurs et partenaires, ce qui intervient en général dans un deuxième temps de leur développement. Pour schématiser, dans un premier temps, la plateforme se fait une place. Les effets de réseaux jouent alors contre elle (il est peu intéressant de mettre son appartement à louer sur une plateforme qui n'est que peu visitée) et il lui faut redoubler d'innovation et d'attention pour conquérir une clientèle. Selon l'expression consacrée par Nicolas Colin et Henri Verdier, elle doit créer une “alliance avec la multitude”.

Mais une fois un certain seuil passé, ce qu'on appelle la “loi de Metcalfe”, c'est-à-dire la mécanique des effets de réseaux, joue à plein pour la plateforme : les clients acquis en attirent d'autres, ou bien directement (plus il y a de membres sur un réseau social, plus c'est intéressant de le rejoindre) ou bien par effet de

réseau croisé entre les différentes faces de la plateforme (plus il y a de chauffeurs affiliés à un service VTC, plus il est attractif pour les utilisateurs). C'est alors que la plateforme peut être tentée de passer d'une logique d'attraction, dans laquelle son intérêt est *a priori* aligné avec celui de ses utilisateurs, à une logique d'exploitation, dans laquelle elle "profite de la situation" vis-à-vis des utilisateurs ou des partenaires affiliés.

Les logiques d'exploitation peuvent prendre des formes très différentes. Citons trois exemples :

- un réseau social dont l'algorithme de classement va inciter l'utilisateur à passer le plus de temps possible en ligne pour pouvoir monétiser l'attention *via* de la publicité ;
- un service VTC qui va organiser la rareté dans l'attribution des courses entre chauffeurs pour maximiser le nombre de véhicules qui tournent en permanence ;
- un assistant vocal qui va mettre en avant des partenaires qui le rémunèrent plutôt que les options les plus adaptées pour l'utilisateur.

Quelle est la source de votre conviction selon laquelle ces risques ne seront pas résolus par le fonctionnement du marché et l'obsolescence technologique ? Après tout, IBM a fait peur, Microsoft a fait peur, mais finalement ils sont rentrés dans le rang. Ne nous suffit-il pas de nous mettre "au bord du fleuve de l'histoire industrielle" afin de voir se succéder les vagues technologiques ?

Personne n'a la boule de cristal. Ce que je constate depuis dix ans, c'est cependant une forte stabilité dans le paysage des *Big Tech*, ces grands acteurs qui dominent le marché numérique en Europe. Paradoxalement, alors que les rythmes d'innovation ne font que s'accélérer, les grands acteurs qui structurent l'économie numérique restent les mêmes. Tout cela ne s'est pas fait tout seul et il faut reconnaître la capacité d'adaptation exceptionnelle de ces structures et des entrepreneurs qui les ont fondées. Il est impressionnant de voir comment Google a pivoté vers le mobile ou Amazon vers le *cloud*.

Mais en arrière-plan, je constate une accumulation continue et exponentielle de deux ingrédients fondamentaux dans les mêmes mains : les données collectées, d'une part, et les talents qui travaillent dans ces structures, d'autre part. Or les choix technologiques poussés par ces acteurs, notamment le recours aux algorithmes d'apprentissage profond (*deep learning*) dans le contexte de l'intelligence artificielle, vont s'appuyer massivement sur ces deux ingrédients : les données parce qu'elles permettent d'entraîner les algorithmes pour les rendre plus efficaces, les talents pour apporter et développer de nouveaux projets, et éviter qu'ils se développent ailleurs.

“Les plateformes mettent en place des stratégies de domination “féodales”, c'est-à-dire de servitude volontaire”

Si vous me permettez cette expression, je dirais que Metcalfe a mis Schumpeter K.O. debout. Les effets de réseaux atteignent une ampleur sans précédent dans l'économie de la donnée promue par les *Big Tech*. On a tort de comparer la donnée à un nouveau pétrole, car les données sont potentiellement infinies et la valeur créée par leur collecte et leur exploitation croît de manière exponentielle, sans réelle limite. La course à l'invention géniale devient totalement déséquilibrée sous ce paradigme et le marché ne peut trouver son propre ressort pour se corriger dans la durée. Le principe même de concurrence par les mérites, et la saine discipline qu'elle impose aux acteurs du marché, est de plus en plus ténu.

Regardez les acteurs qui promettent de dominer le marché des assistants vocaux et enceintes connectées : tous sont des grands acteurs déjà en place. Il est trop tôt pour dire si ces technologies vont s'imposer, mais si c'est le cas, le pouvoir de ces acteurs va être encore démultiplié par le contrôle de ces nouvelles interfaces par lesquelles les consommateurs se laisseront aiguillonner par les algorithmes. Sans parler des données qu'elles permettront encore d'accumuler.

De nombreux marchés connaissent des situations oligopolistiques, et pourtant fonctionnent en concurrence, notamment si les acteurs ne sont pas liés d'une manière ou d'une autre par des liens permanents. En l'occurrence, Apple, Google, Amazon n'apparaissent pas présenter une ligne unie ; pourquoi cette forme de concurrence serait-elle insuffisante ?

Je ne suis pas aussi optimiste que vous. Dans un article récent, "*America has a monopoly problem—and it's huge*", Joseph Stiglitz pointe les graves dérives des marchés oligopolistiques, dans la *Tech* et au-delà, aux États-Unis. Or ces dérives ne portent pas uniquement sur les paramètres les plus immédiats et usuels que l'on invoque en analyse concurrentielle, à savoir les prix et les quantités. Stiglitz montre par exemple comment les structures oligopolistiques déforment le marché du travail en affaiblissant considérablement le pouvoir de négociation des travailleurs les moins bien formés.

“Metcalfe (qui a théorisé les effets de réseau) a mis Schumpeter K.O. debout”

Stiglitz insiste aussi sur une dimension essentielle : l'efficacité allocative. Souvent, on invoque les bienfaits de la concurrence parce qu'elle favorise l'efficacité productive, c'est-à-dire l'adéquation entre l'offre et la demande sur le marché de biens ou de services en cause (bonne qualité, bon prix, bonne disponibilité, etc.). Mais la concurrence

est aussi supposée stimuler l'efficacité allocative, c'est-à-dire le juste emploi des ressources utiles à la production : le capital, le travail, les ressources rares, etc.

À cet égard, les colossales dépenses d'innovation des *Big Tech* posent question. Qu'il s'agisse des grands projets de diversification ou de recherche (comme les projets de Google dans la santé ou de Facebook dans la réalité virtuelle) ou de l'importance des salaires versés dans la guerre pour l'acquisition des talents, on peut se demander si cet argent et cette force de travail ne seraient pas plus utiles ailleurs. Qu'on ne se méprenne pas sur mes propos : ces dépenses et ces recrutements sont pleinement légitimes du point de vue des *Big Tech* et il ne s'agit certainement pas de les dénoncer en tant que tels. Mais convenons que ces ressources seraient bien mieux employées ailleurs : dans des projets de recherche partagés (qu'il s'agisse de recherche publique ou de travaux à la fois *open source* et *open data*) ou si ces brillants employés, disposant souvent de compétences rares, dans les *data sciences* ou autres, fondaient leurs start-up ou irriguaient l'ensemble du tissu économique et social en allant travailler chez les verticaux, dans l'administration ou ailleurs.

Qui plus est, cette générosité, que l'on observe aussi pour l'acquisition de start-up, est aussi un instrument de domination : en accroissant le potentiel d'innovation interne, on assèche le tissu innovant extérieur. Or on sait que les innovations internes sont souvent étouffées pour ne pas remettre en cause la rentabilité des produits existants, surtout dans une structure de marché oligopolistique. *In fine* elles ne bénéficient pas au consommateur et n'alimentent pas la mécanique de destruction créatrice. Là encore, Schumpeter en prend un coup !

Je reviens à votre question sur le caractère suffisant d'une concurrence de type oligopolistique. Plutôt que de concurrence entre les *Big Tech*, je parlerais de cohabitation dans la domination. Cela me paraît particulièrement flagrant sur le terrain de l'innovation, à travers une stratégie assez convergente de captation des ressources et d'occupation du terrain. Il faut briser le mythe prométhéen entretenu par les *Big Tech*, qui voudrait que toute innovation qui se respecte ne puisse sortir que de leurs labos.

Est-ce que, finalement, il s'agit du fait que ces entreprises animent des écosystèmes à la fois très étroitement contrôlés et universels qui vous inquiète plus particulièrement ? IBM ou Microsoft en son temps n'étaient que des écosystèmes qui ne reliaient, parfois avec des contraintes fortes, que des partenaires technologiques. La circonstance que toute l'économie jusque dans ses pans les plus traditionnels comme les hôtels, l'alimentation, la restauration puisse désormais être également subordonnée change-t-elle pour vous la donne ?

Disons que c'est ce qui rend le problème d'autant plus aigu. À l'extrême, ce qui se profile, c'est la mise en silo du monde. Nous voyons se développer des systèmes qui conquièrent peu à peu l'entière de nos économies... et de nos existences. Aujourd'hui quand vous choisissez un

Smartphone A, B ou C, en réalité vous choisissez aussi un logiciel de cartographie, un service de paiement, un système d'identification en ligne.

Grâce à cette omniprésence et aux places de marché que constituent les magasins d'applications, des acteurs comme Apple et, à travers Android, Google sont en position de force pour accéder à la donnée et ponctionner une part croissante des acteurs de l'économie traditionnelle, ceux qu'on appelle les "verticaux". La manière dont Apple centralise les usages sur des systèmes comme Apple Wallet et Siri est particulièrement éloquent.

“Stiglitz insiste sur une dimension essentielle : l'efficacité allocative”

On compare souvent les géants du Net à des ogres dévorant peu à peu l'ensemble de notre quotidien. Ce que je vois m'inspire plutôt un vaste pacte faustien : une prise de contrôle rampante en échange d'un peu de confort, qui pourrait bien gagner un jour l'âme même de nos sociétés. L'accélération des fermetures de magasins à laquelle on assiste sous les coups de boutoir d'Amazon m'inquiète particulièrement, à titre personnel, du fait des conséquences que cela aura sur le vivre-ensemble.

Si l'on vient au point particulier des assistants vocaux, on est en pleine phase d'émergence de ces outils avec une concurrence féroce entre Apple (Siri), Amazon (Alexa) et Google. Pourquoi cette concurrence ne peut-elle suffire à nous protéger de leurs éventuelles emprises ?

Vous seriez prêts à laisser l'ensemble de nos économies et une part croissante de nos vies aux mains de trois ou même dix multinationales ? Vraiment, je pose la question. Regardez les grands acteurs français de la distribution et des médias, qui multiplient les accords avec ces dispositifs d'assistants vocaux depuis quelques mois. Les verticaux ne vont pas avoir d'autre choix si ces systèmes s'imposent comme des interfaces centrales, car ne pas y être, ce sera se condamner à une mort à petit feu.

Je suis pessimiste sur le caractère équitable des équilibres qui pourront se dessiner, car on retrouve une asymétrie bien connue des lecteurs de la revue *Concurrences*, celle entre les distributeurs et les producteurs. On voit bien qu'entre une poignée de multinationales omniprésentes et à la pointe de la technologie, d'une part, et les verticaux, d'autre part, le match est perdu d'avance. Sans doute que les premiers partenariats signés seront raisonnables, car les *Big Tech* ont besoin d'amorcer la pompe, mais après...

“Plutôt que de concurrence entre les Big Tech, je parlerais de cohabitation dans la domination”

Aujourd'hui, le principal garde-fou semble être davantage du côté de la confiance que les utilisateurs auront en

ces systèmes, en termes de protection de la vie privée notamment. Si l'adoption est rapide aux États-Unis, elle semble plus lente en Europe.

Vous semblez dubitatif sur la capacité des autorités de concurrence à résoudre les risques que vous identifiez. Pourquoi ? Est-ce une question de temps des procédures ? de “logiciel”, au sens où le droit de la concurrence est par nature répressif et que, ces questions étant nouvelles, il est difficile aux acteurs en cause de se voir reprocher de ne pas avoir respecté les règles qui apparaissent aujourd’hui nécessaires mais n’avaient pas été nécessairement formalisées auparavant ?

D’abord il y a un enjeu primordial sur lequel les autorités de concurrence sont attendues, c’est le contrôle des concentrations. Avec le recul, comment a-t-on pu laisser des entreprises comme DoubleClick, YouTube, WhatsApp ou Instagram être rachetées par Google et Facebook ? C’est évidemment facile à dire après coup et la solution n’est pas forcément aisée. À cet égard, je tiens à saluer l’action d’Isabelle de Silva, présidente de l’Autorité de la concurrence, pour moderniser les règles actuelles.

Avec un contrôle des concentrations mis à jour, on peut d’abord espérer favoriser la croissance d’alternatives aux *Big Tech*, ce qui est bien entendu de première importance. Cela pourrait aussi favoriser un marché des fusions et acquisitions plus ouvert, car les *Big Tech* tirent les valorisations vers des niveaux astronomiques, et ce, pour des raisons souvent stratégiques et non industrielles : l’enjeu est d’éviter que l’activité acquise ne prospère à l’extérieur et ne remette en cause la rente interne. Avec des valorisations plus raisonnables, on peut penser que des acteurs européens et/ou des verticaux pourraient acquérir davantage de start-up et intégrer leurs talentueuses équipes, ce qui entraînerait une meilleure diffusion de l’innovation dans le tissu économique.

S’agissant de la répression des pratiques anticoncurrentielles, la Commission européenne fait un retour en force grâce à l’action résolue de Margrethe Vestager, qui a mis fin aux regrettables atermoiements de la commission Barroso.

Pour autant, il ne faut pas prêter au droit de la concurrence une promesse qu’il ne saurait tenir.

J’ai eu la chance de travailler auprès de Bruno Lasserre lorsqu’il présidait l’Autorité de la concurrence et il avait coutume de décrire ainsi (qu’il m’excuse si je déforme ses mots) le partage des rôles entre droit de la concurrence *ex post* et régulation *ex ante* : le droit de la concurrence est un gardien de l’économie de marché et de son ressort essentiel, la concurrence par les mérites, tandis que la régulation *ex ante* intervient pour dessiner le paysage d’un secteur dont l’ordre ne peut intervenir spontanément et auquel la société assigne des objectifs d’intérêt général qui dépassent l’enjeu purement économique.

“Il ne faut pas prêter au droit de la concurrence une promesse qu’il ne saurait tenir”

La plupart des phénomènes liés aux plateformes – l’importance des effets de réseaux, les modèles de “servitude volontaire”, l’accumulation des données tous azimuts – ne sont pas répréhensibles en eux-mêmes. Hormis quelques écarts notables, comme ceux sanctionnés pour Google en 2017 et 2018, et d’autres cas qui suivront certainement, on est, de mon point de vue, dans le registre de la concurrence par les mérites.

C’est un modèle de domination qui est à l’œuvre. La question est maintenant de savoir comment réagir à la situation de mainmise grandissante de ces acteurs sur nos sociétés et nos économies à laquelle ce processus a abouti. Si le droit *ex post* peut évidemment y contribuer, on ne peut lui assigner un tel objectif. Le droit de la concurrence ne peut défaire ce qu’il a laissé faire. Il faut d’autres instruments en complément. Une régulation *ex ante* est à inventer.

Les acteurs traditionnels happés dans ces nouveaux écosystèmes alors qu’ils essaient d’assurer leur “transformation numérique” s’inquiètent, eux, des coûts que leur imposent ces nouveaux *gatekeepers*. Bien souvent, leurs marges se trouvent ainsi amputées de commissions pouvant aller vers 30 %. Peut-on parler de prix excessifs au sens du droit de la concurrence ? La question est redevenue à la mode alors que la question des abus d’exploitation était taboue jusqu’à récemment.

L’Arcep a conduit une étude inédite autour des terminaux (Smartphone, tablettes, assistants vocaux), qui a nécessité plus d’un an de travail et de consultations. Nous avons justement mis en évidence leur rôle croissant de *gatekeeper*. Notre point de départ en tant que régulateur des “tuyaux” que sont les réseaux télécoms, c’est de regarder les terminaux comme des “robinets”.

Depuis l’adoption du règlement “Internet ouvert” en 2015, nous sommes les gardiens de la “neutralité du Net”, qui est un principe d’ouverture des réseaux qui garantit l’accès des utilisateurs aux applications et aux contenus et vice-versa. Or le moins que l’on puisse dire, c’est que ce principe n’est nullement garanti au niveau des terminaux et que les utilisateurs se voient imposer de nombreuses restrictions, au premier rang desquelles le filtrage opéré par le magasin d’applications auquel vous faites allusion.

Les terminaux modèlent fortement notre expérience utilisateur d’internet et cela va aller croissant avec leur sophistication. Plus le terminal va nous apporter du confort, plus il va faire de choix à notre place. On retrouve la servitude volontaire que j’évoquais plus haut. Le phénomène pourrait s’accélérer avec les assistants vocaux, du fait de l’interface vocale, qui réduit les options qui peuvent être présentées aux utilisateurs.

“C’est un modèle de domination qui est à l’œuvre. La question est maintenant de savoir comment réagir à la situation de mainmise à laquelle ce processus a abouti”

Les taux de commission sont un symptôme d’un contrôle plus global. Les travaux de l’Arcep ont par exemple montré que des alternatives pouvaient exister aux applications, à travers les *progressive web apps*, qui se rapprochent du modèle de la navigation web. Mais ce modèle, moins rémunérateur, perce difficilement.

L’importance des débats autour de la neutralité du Net, lors de sa suppression aux États-Unis en fin d’année dernière, est positive en ce qu’elle rappelle qu’internet doit être un espace ouvert, où chacun peut s’exprimer et innover sans permission. Pour autant, définir la neutralité du Net comme aujourd’hui, uniquement au niveau des réseaux et sans englober les terminaux, risque de conduire à terme à vider ce principe de sa substance.

Faut-il ainsi envisager la constitution d’une régulation ex ante de type Télécom ? Quels outils de régulation ex ante peut-on envisager ? Imposer une interopérabilité entre systèmes, entre assistants vocaux, des APIs ouverts ? Le risque alors n’est-il pas finalement de limiter la différenciation qu’auraient pu amener de nouveaux acteurs sur ces aspects et finalement de conforter les acteurs en place ?

C’est la question que soulève Emmanuel Macron lorsqu’il appelle à VivaTech en mai dernier à inventer de nouvelles régulations pour le numérique, afin de concilier innovation et bien commun, dans le droit fil du sommet Tech for Good et du rapport Villani, *AI for Humanity*. C’est tout l’enjeu des états généraux des nouvelles régulations numériques lancés par Mounir Mahjoubi le 26 juillet dernier au secrétariat d’État au Numérique.

S’agissant des modalités de régulation que vous évoquez, ce sera aux états généraux de les explorer, et l’Arcep y prendra toute sa part. Je me contenterai ici de revenir sur une conviction profonde exprimée à plusieurs reprises : dans un environnement complexe et à innovation ultrarapide, la priorité de la régulation devrait être de maximiser le pouvoir d’agir des entrepreneurs (ce que j’appelle la régulation pro-innovation) et le pouvoir de choisir des utilisateurs (ce que j’appelle l’architecture du choix – j’y reviendrai).

Un mot sur la régulation pro-innovation. Lorsque l’on évoque le mot “régulation”, on se représente souvent un jeu de contraintes s’imposant aux entreprises qui, par nature, ne peut que contrarier leur capacité d’action et donc d’innovation par rapport à une situation sans régulation. Dès lors, la régulation serait une sorte de “père castrateur” qui n’aurait vocation qu’à brider.

Mais regardez ce que nous avons fait dans les télécoms en vingt ans : la régulation a permis à des entrepreneurs de talent d’apporter des innovations que l’on n’aurait même pas osé imaginer et de construire de grandes réussites

industrielles ou personnelles s’étendant à d’autres secteurs, d’autres pays ou continents et d’autres écosystèmes. Avec tout le respect que je dois à l’opérateur historique, qui n’a pas ménagé sa peine pour s’adapter et lui aussi innover, peut-on sérieusement soutenir que la régulation des télécoms a bridé l’innovation depuis sa mise en place en 1997 ?

Nous avons affirmé cette dimension à l’Arcep en assumant un “prisme pro-innovation” parmi nos quatre piliers stratégiques, en particulier pour l’internet des objets. De quoi s’agit-il ? Cela signifie de s’intéresser aux marges et aux signaux faibles, de savoir accompagner des nouveaux modèles, même s’ils semblent initialement à contre-courant ; c’est avoir pour seule obsession de baisser les barrières à l’entrée pour le plus grand nombre, même si cela doit contrarier les plus puissants.

“Emmanuel Macron appelle à inventer de nouvelles régulations pour le numérique”

Ce que je soutiens pour le numérique, c’est une régulation qui libère ! Cette approche est peut-être plus naturelle pour nous du fait du cadre de régulation dit “asymétrique” que nous appliquons dans les télécoms. Il s’agit de concentrer les obligations les plus intrusives sur les acteurs disposant de la plus grande puissance de marché, au bénéfice des autres. La logique est simple : contraindre un tant soit peu la liberté des puissants pour démultiplier considérablement la capacité d’action de tous.

Dans le numérique, le régulateur doit être plus Robin des Bois que père Fouettard. Pourquoi pas en imposant aux *Big Tech* l’interopérabilité de certaines fonctionnalités, comme vous l’évoquez, ou encore le partage de certains jeux de données ?

Croyez-vous qu’il faille aussi s’intéresser à une régulation des prix de gros comme, par exemple, l’Arcep la gère en matière d’accès aux infrastructures essentielles télécoms afin de contraindre les prix d’accès à ces plateformes ? De même, vous évoquez l’intérêt d’étendre les pouvoirs de règlement de différends des autorités de régulation, serait-ce par exemple pour permettre de revoir les prix pratiqués pour l’accès à certains services ? Quelle en serait alors la justification théorique ?

La notion d’“infrastructure essentielle” du droit de la concurrence est une inspiration utile mais elle ne permet pas d’appréhender l’enjeu de manière systémique. Si la terminologie est éloquente, la définition, qui est schématiquement celle d’une ressource incontournable non reproductible à un coût raisonnable, est trop centrée sur des critères économiques. Cela ne rend pas compte de la dimension de *hub* des grandes plateformes, c’est-à-dire de concentrateur d’échanges et de données, de place de marché. S’il fallait chercher une terminologie alternative, je parlerais plutôt de “système de communication structurant”.

Depuis toujours, les infrastructures de communication ont été soumises à une forme de contrôle de la part des États. L’extraordinaire réseau de routes de l’Empire inca

Ce document est protégé au titre du droit d’auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalmente sanctionné jusqu’à 3 ans d’emprisonnement et 300 000 € d’amende (art. L. 335-2 CPI). L’utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l’article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorized use of this document constitutes a violation of the publisher’s rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300,000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L. 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

ne pouvait être emprunté que sur ordre des autorités. Le premier réseau télégraphique, des frères Chappe, s'est déployé en France en 1793 sous la juridiction du ministère de la Guerre. La libéralisation des télécoms a permis dans le monde entier de déléguer au marché l'installation et l'exploitation des réseaux, mais sous la supervision attentive des gouvernements et des régulateurs.

“Ce que je soutiens, c'est une régulation qui libère ! La priorité devrait être de maximiser le pouvoir d'agir des entrepreneurs et le pouvoir de choisir des utilisateurs”

On a pu croire, aux premiers temps d'internet, que l'âge des communications sans contrôle était advenu. Mais c'est un malentendu, car on pensait alors au contrôle par les États, comme l'a revendiqué avec force John Perry Barlow dans sa fameuse “déclaration d'indépendance du cyberspace” en 1996.

Regardons la réalité en face : au contrôle des États s'est substitué le contrôle des *Big Tech*. Le temps est sans doute venu d'explorer une troisième voie, qui soit celle d'un contrôle distribué, aux mains des utilisateurs et des entrepreneurs. Pour l'État, l'enjeu n'est peut-être pas tant de reprendre le contrôle sur les *Big Tech* que d'être le garant de ce contrôle distribué, c'est-à-dire au fond d'une absence de contrôle.

C'est à mon avis à cette aune que se posera la question du rôle et des outils de la puissance publique, ce qui est, encore une fois, l'un des objectifs des états généraux des nouvelles régulations numériques.

Votre question sur le pouvoir de règlement des différends m'offre l'opportunité d'insister sur le fait que c'est, de manière générale, un ressort crucial de l'action du régulateur, qui permet une action rapide et pragmatique. Il est parfois préférable d'agir au cas par cas pour dégrager dans la durée des lignes de force plutôt que de construire *ab initio* une cathédrale pouvant se révéler trop théorique ou rapidement obsolète.

Avant d'envisager de nouvelles régulations, n'avons-nous pas à faire le ménage de celles qui aujourd'hui structurent notre économie ? Le succès de certaines plateformes ne s'explique-t-il pas également par la conjonction d'une demande sociale non adressée et d'un mode de régulation obsolète, comme l'exemple d'Uber peut le laisser penser ?

Il est certain que le paradigme de réglementation du xx^e siècle a vécu.

On ne pourra pas soumettre le numérique à un mode d'intervention de type réglementation/sanction consistant à prescrire un comportement et à condamner les éventuels écarts par rapport à cette norme. Premièrement parce que l'innovation va trop vite : le temps de cerner une notion, de l'inscrire dans une définition et d'adopter la norme correspondante, il se passe plusieurs années. Entre-temps, la

notion ou son contexte ont changé. Deuxièmement parce que les acteurs agissent à une échelle internationale et que les États, isolément, peinent à faire respecter leurs règles. Il a fallu des décennies pour que le droit de la concurrence devienne une norme largement partagée à l'échelle mondiale.

Dans son article “*Regulation, the internet way*”, Nick Grossman, cofondateur du fonds Union Square Ventures, prend l'exemple des taxis pour montrer que les motivations historiques pour lesquelles un régime de licence avait été autrefois instauré pour cette activité (veiller au niveau de conduite des chauffeurs, lutter contre le blanchiment, etc.) pourraient être satisfaites avec un autre mode de régulation, sans licence mais à travers un *reporting* temps réel de données à une autorité publique (sur les transactions, le trafic, la notation des chauffeurs par les clients, etc.). Pour autant, il y a une période de transition à gérer, ce qui n'est jamais simple. Et la concurrence ne se fait pas toujours à armes égales : c'est tout l'enjeu du *level playing field* fiscal et réglementaire.

“Le paradigme de réglementation du XX^e siècle a vécu”

De plus, ne confondons pas l'action de réglementer (*rule making*) et celle de réguler (*regulating*). Votre question porte sur la mise à jour des réglementations existantes dans différents secteurs (le transport, la santé, les télécoms) pour s'adapter au numérique. Les enjeux de régulation que j'évoque portent, eux, sur les grandes plateformes et leur rôle modèle de domination spécifique.

Pour expliquer la différence entre réglementation et régulation, je file souvent la métaphore de la *playlist* et du DJ : la réglementation est comme une *playlist* de musique, elle déroule un programme précis et rigide ; la régulation est comme un DJ qui s'adapte à son public pour entraîner le plus grand nombre dans la fête.

Si l'on veut agir sur la stratégie de domination des *Big Tech* et reprendre le contrôle, c'est bien une régulation qui s'impose, non une réglementation. Une régulation, c'est-à-dire un cadre légal précis, composé, d'une part, de principes attachés à l'enjeu de régulation et, d'autre part, d'une boîte à outils aux mains d'un régulateur qui agit avec souplesse au service de ces principes.

Si la solution peut venir de la croissance d'entreprises européennes proposant une approche plus compatible avec nos mœurs, entre le droit de la consommation, les règles sociales, les multiples normes, leur incapacité à croître ne tient-elle pas en réalité plus à nous-mêmes qu'aux nouveaux “mogols” ?

Il y a un vrai défi pour l'Europe, qui est de préserver ses valeurs malgré les effets d'échelle imposés par le numérique et les effets de réseaux.

L'Europe a la passion de la diversité : diversité des origines, diversité des cultures, diversité des langues. Rappelons que la devise de l'Union européenne est : “Unie dans la diversité”. Cette diversité, on la retrouve

dans les politiques culturelles avec le pluralisme des médias et la diversité de la création. On la retrouve aussi, d'une certaine manière, au plan économique à travers l'exigence de concurrence. Or le modèle de domination des *Big Tech* est l'antithèse de l'idéal européen de diversité.

Certains, arguant que les GAFAs et autres BATX vont dominer le monde, appellent peu ou prou l'Europe à mettre ses valeurs entre parenthèses pour se lancer également dans la course à la domination. C'est un débat d'abord politique et il ne m'appartient pas de le trancher.

“Le modèle de domination des Big Tech est l'antithèse de l'idéal Européen de diversité”

Pour autant, les options de régulation des *Big Tech* que nous évoquons ici constituent bien une alternative à ce scénario. Il s'agirait tout à la fois de favoriser l'émergence de nouveaux entrants et de limiter les stratégies de silos des acteurs en place au profit de services plus interopérables et de données plus partagées. Ainsi les effets de réseaux ne seraient plus accaparés par quelques acteurs mais redistribués aux utilisateurs par le truchement de la concurrence.

On concilie le meilleur des deux mondes : diversité et effets d'échelle. C'est le principe qui a fonctionné dans les télécoms : avec des régimes adaptés tels que l'accès aux infrastructures, l'interconnexion et la portabilité, les réseaux apparaissent comme un seul aux yeux des utilisateurs malgré leur caractère pluriel.

À l'inverse, pensez-vous que le nouveau règlement sur la protection des données peut contribuer à la maîtrise des risques que vous identifiez ? Les premières expériences en matière d'économie comportementale montrent pourtant des résultats paradoxaux : dès lors qu'un consommateur a un contrôle fin sur ses données, il semblerait que cela le conduise à partager plus de données. Sous couvert de rechercher un consentement individuel différencié par entreprise, n'est-on pas en train de créer une barrière à l'entrée pour les nouveaux entrants en réalité ? Ne devrait-on pas réfléchir, un peu comme à la base annuelle en son temps, à des mécanismes de listes d'exclusion où le consommateur ne devrait pas pouvoir refuser de donner son consentement sur certaines de ses données à certains sites – afin d'éviter que leur refus ne concerne que ceux de nouveaux acteurs – sans que cela vaille pour tous les sites ? C'était là le système de la liste rouge et il ne semble pas avoir si mal fonctionné lorsque les marchés liés aux données de la base annuelle se sont ouverts.

D'une manière générale, je suis réticent à faire supporter aux utilisateurs les conséquences des dysfonctionnements du marché. D'autres options pourraient être explorées de manière prioritaire, comme la mise en place de standards

ou l'interopérabilité de certaines fonctionnalités pour permettre aux différents systèmes de communiquer entre eux de manière transparente pour les utilisateurs.

Pour rebondir sur votre référence à l'économie comportementale, je voudrais par ailleurs revenir sur la question de l'“architecture des choix”, qui constitue à mes yeux, avec la régulation pro-innovation, le second pilier qui devrait structurer d'éventuelles régulations pour le numérique. Cette expression provient du fameux ouvrage *Nudge* de C. Sunstein et R. Thaler, qui souligne l'importance des conditions dans lesquelles les choix des utilisateurs sont effectués ou, pour le dire plus crûment, comment on peut insidieusement forcer la main aux consommateurs.

“Les régulateurs devraient peser plus fortement sur l'architecture des choix numériques”

Selon moi, les régulateurs devraient peser plus fortement sur l'architecture des choix numériques. Il s'agit d'aller au-delà de l'information loyale apportée au consommateur ou du simple consentement pris dans son acceptation étroite, pour structurer l'expérience de l'utilisateur au moment de ses choix les plus importants. Il nous faut agir sur le *nudge* du marché, ce petit coup de pouce qui oriente le consommateur dans une certaine direction.

Cela appelle une pensée et des outils nouveaux. Dans les secteurs des télécoms et des postes, que nous régulons à l'Arcep, nous nous y employons dans le cadre d'un programme dit de “régulation par la *data*”, qui consiste à utiliser le pouvoir de l'information pour orienter le marché dans la bonne direction. Ce programme se décline en trois chantiers principaux : (i) une connaissance intime de l'expérience utilisateur à travers la plateforme de signalement “J'alerte l'Arcep”, (ii) une information accrue apportée aux consommateurs à travers des outils permettant de comparer la couverture et la qualité des réseaux des opérateurs, (iii) un renforcement de la fiabilité des outils d'information et de comparaison dont se servent les consommateurs, à travers l'animation d'un écosystème et des partenariats, notamment avec des acteurs du *crowdsourcing*.

Ce n'est que le début de l'histoire et l'Arcep ne prétend certainement pas avoir fait le tour du sujet. Les législateurs européens et nationaux ont bien conscience des limites du consentement “à l'ancienne” et de la lassitude que peuvent créer les bannières d'alerte sur les *cookies* – c'est un des enjeux de la révision de la directive ePrivacy – ou les “J'accepte” que nous cochons tous sans lire la longue série de conditions d'accès au service que nous acceptons à défaut d'alternative. Au fond, les régulateurs doivent s'inspirer des start-up pour devenir *user centric*. ■

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenberg, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, Riccardo Falconi, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninou, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenberg, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Isabelle de Silva, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peepkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Erese, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Rafael Allendesalazar, Walid Chaiehoudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revues

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

> Abonnement Concurrences+

Devis sur demande
Quote on request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres: Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Basic

Revue Concurrences | Review Concurrences

HT
Without tax

TTC
Tax included

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 545,00 € | 654,00 € |
| <input type="checkbox"/> | Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
<i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i> | 595,00 € | 607,50 € |

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 760,00 € | 912,00 € |
|--------------------------|---|----------|----------|

Renseignements | Subscriber details

Prénom-Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence

68 rue Amelot - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France