



COMPTE RENDU DE LA CONFERENCE LES
"BARBARES ATTAQUENT LA REGULATION"

15 décembre 2015

LES BARBARES ATTAQUENT LA REGULATION

Les barbares, ce sont ces entrepreneurs qui révolutionnent tous les secteurs d'activités, industries comme institutions, qu'ils traversent.

Leur arme : le numérique.

Si certains secteurs comme l'industrie du disque ou les voyages sont déjà convertis, d'autres sont en train d'y goûter.

Le 5 novembre 2015, la citadelle de la régulation a été prise d'assaut !



Conférence co-organisée par l'ARCEP et The Family et avec la participation de (de gauche à droite sur la photo) :

- **Anne Yvrande-Billon**, vice-présidente de l'ARAFER (Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières)
- **Jean-Claude Huysen**, directeur des agréments, des autorisations et de la réglementation de l'ACPR (autorité de contrôle prudentiel et de résolution)
- **Daniel Gordon**, senior director de la CMA (Competition and market authority, UK)
- **Sébastien Soriano**, président de l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes)
- **Nicolas Colin**, Co-Fondateur & Partner de TheFamily,
- **Yann Marteil**, Directeur Général de Via ID, groupe MOBIVIA



1. INTRODUCTION PAR SEBASTIEN SORIANO

Il existe nécessairement un temps de décalage entre l'arrivée d'une avancée technologique et sa « digestion » par les pouvoirs publics. Pour les régulateurs, un défi lié à la révolution numérique est ainsi d'internaliser les enjeux de ce nouveau monde, pour comprendre ce qui a changé et adapter leur régulation.

C'est sur ce constat, résumé par le concept « pour réguler les barbares il faut barbariser la régulation », que l'ARCEP a organisé son colloque annuel le 5 novembre 2015, en partenariat avec The Family. Pourquoi ce terme de « barbares » pour qualifier les entrepreneurs de l'économie numérique ? Non pas pour leur violence aveugle mais bien pour signifier que, comme au temps de l'antiquité, on ne comprend peut-être ni leur langue ni leur culture, mais il est pourtant impossible de leur résister : ils obligent tout le monde à se remettre en cause.

2. PRESENTATION PAR NICOLAS COLIN

➤ S'interroger sur le sens de la régulation

La régulation est la marque d'une économie parvenue à maturité. Elle est mise en place pour répondre à une situation bien connue : dans certains secteurs (bien délimités), des imperfections de marché (bien comprises et documentées) permettent à des entreprises d'abuser de leurs positions dominantes.

Historiquement, la régulation a pour finalité de corriger ces imperfections de marché dans l'intérêt des consommateurs et des autres entreprises dans la chaîne de valeur. Dans les secteurs concernés, comme les télécommunications, la banque ou les transports, il a donc fallu délimiter les marchés et documenter leurs imperfections avant de prendre de vigoureuses mesures de correction : nationalisation de l'opérateur dominant, contrôle des prix, obligation d'ouvrir les infrastructures aux concurrents, séparation des activités...

La régulation sectorielle ne commence donc que lorsque l'on sait tirer un trait autour d'un marché, l'isoler. Cette approche rencontre malheureusement ses limites lorsque l'économie quitte l'état stable de sa maturité et rentre dans un contexte radicalement nouveau : celui de la transition. C'est ce qui se passe depuis la révolution numérique.

➤ Maturité dans l'économie numérique ?

Depuis l'explosion de la bulle spéculative des années 1990, de nouvelles manières de produire et de consommer font leur apparition dans tous les secteurs. Les positions des entreprises en place sont remises en cause. La valeur est redistribuée au sein des filières. Une relation nouvelle se noue entre les entreprises et les individus. A mesure que le numérique dévore le monde, de nouveaux modèles d'affaires se déploient et déjouent les catégories traditionnelles de la régulation. Les entreprises numériques ne rentrent en effet pas dans les cases prévues, et la régulation est de moins en moins protectrice, voire dans certains cas, de plus en plus malthusienne. La porosité entre activités ne cesse d'augmenter, les entreprises se différencient à l'infini : il est alors très difficile d'isoler une activité du fonctionnement du marché et de la placer sous un régime de régulation particulier.

L'histoire de la reine rouge, personnage de l'ouvrage « L'autre côté du miroir » de Lewis Carroll, illustre bien cette idée. La reine court en effet tout en restant sur place. Son argument : « Si nous ne courons pas, nous reculons avec le décor ». On retrouve cette idée

avec l'économie numérique, qui évoluent constamment et dont le changement est nécessaire pour survivre.

➤ **L'économie numérique, une économie de rendements croissants**

L'économie numérique dispose d'une autre caractéristique : celle d'installer des rendements croissants dans l'ensemble de notre économie. Les rendements croissants étaient auparavant la particularité des infrastructures de réseaux, et n'existaient pas en dehors de quelques secteurs (les activités postales, les télécommunications ou encore le secteur ferroviaire). L'économie numérique installe aujourd'hui des rendements croissants dans tous les secteurs. De ce fait, ces entreprises se diversifient sur des marchés voisins, trouvent des synergies avec d'autres acteurs. Pour autant, ces positions dominantes se révèlent souvent précaires.

Dans cette instabilité généralisée, comment réguler une économie qui n'atteint jamais un état de maturité ? Une régulation est-elle nécessaire ? Cette question est d'autant plus importante que les sujets de régulation sont d'ores et déjà identifiés comme un enjeu central par les entreprises numériques, qui n'hésitent plus à mettre en places des équipes de lobbyistes au plus proche des lieux de pouvoir et de décisions.

➤ **Que doit-on réguler ?**

Il existe deux grandes approches de la régulation dans l'histoire aux Etats-Unis :

Approche de Brandeis

Louis Brandeis, avocat américain et membre de la Cour suprême des Etats-Unis, s'intéresse à la survie des entrepreneurs et des PME dans une économie bouleversée par l'arrivée de puissantes entreprises industrielles qui bouleversent les chaînes de valeur.

Réguler les chaînes de valeur

Cette approche n'est pas viable car réguler les chaînes de valeur de l'économie numérique s'avère trop complexe (nombre d'acteurs, leur taille etc.).

Réguler les infrastructures

Il s'agit de s'assurer qu'il y ait égalité d'accès aux infrastructures essentielles, pour que ceux qui les opèrent ne les exploitent pas seulement au profit d'autres activités intégrées. Pour faire écho au débat actuel, c'est de cette approche que découle les sujets de neutralité de l'internet et de loyauté des plateformes.

Mais force est de constater qu'aujourd'hui, même les infrastructures les plus lourdes sont concurrencées par des entrepreneurs qui fédèrent une communauté d'utilisateurs pour recréer rapidement une infrastructure distribuée à capacité égale des infrastructures traditionnelles. C'est le cas par exemple de Blablacar qui, grâce au covoiturage, a recréé une capacité de transport approchant celle de l'infrastructure ferroviaire.

Réguler les API [Application programming interface]

Ouvrir l'accès à ses propres ressources permet à une entreprise de se défendre contre la réplique de son infrastructure, en incitant à l'utilisation de sa plateforme. Dans l'économie numérique, ce qui ressemble le plus aux infrastructures essentielles ce sont les API.

Par exemple, Netflix déploie aujourd'hui son activité sur l'infrastructure d'Amazon grâce aux API Amazon web services. Ces ressources sont mises à disposition de l'ensemble du marché par Amazon, et tout se passe pour l'instant très bien. Mais il y a un risque que ces interfaces

de programmation posent tôt ou tard des problèmes concurrentiels, et il faudra alors apprendre à les réguler.

Approche de Nader

Nader lui prône l'idée que la régulation devait prendre la défense des intérêts du consommateur final, seul point fixe des chaînes de valeur.

Le Walmart effect

Walmart est une entreprise développée par un passionné d'informatique, qui utilise massivement et depuis longtemps les données. Chez Walmart, les prix baissent chaque année, ce qui peut parfois s'avérer une spirale destructrice pour l'économie locale. Les gens ont ainsi accusé Walmart de tous les maux (dur avec ses employés, effet de paupérisation des fournisseurs...) mais ce cas est particulièrement à réguler si l'on s'intéresse à la défense des intérêts du consommateur final. En effet, Walmart continue à baisser ses prix de détail quoiqu'il arrive, et cela même en l'absence de compétiteur.

La collecte des données personnelles

Au final, la protection du consommateur devrait se repositionner sur les questions de protection de la vie privée. La récolte des données personnelles est en effet au cœur du modèle de nombreuses entreprises de l'économie numérique. Mais la nécessité d'une régulation n'est pas encore très claire : les utilisateurs diversifient en effet naturellement les risques en ne donnant qu'une partie de leurs données à diverses entreprises. Beaucoup de choses restent à inventer sur ce sujet et des pistes intéressantes sont à chercher du côté de la portabilité des données [Doc Searls / Cass Sunstein].

➤ Peut-on réguler la transition numérique elle-même ?

Y-at-il une régulation à inventer pour cette phase de transition qui va durer plusieurs décennies ? Il y a en effet un enjeu de compétitivité sous-jacent à lever les obstacles dans la transition numérique de notre pays.

La supériorité des USA dans l'économie numérique

Un pays de common law

Les Etats-Unis sont un pays de *common law* : le juge y a une plus grande faculté d'interprétation de la hiérarchie des normes que dans les pays de droit latin, dont les règles deviennent parfois obsolètes à mesure que l'innovation avance.

Un système fédéral

Un autre avantage du système américain est son fonctionnement fédéral : en mettant les Etats en concurrence, ce système incite à la prise des risques dans la régulation (ex : Nevada et la circulation des voitures sans chauffeur). Cette prise de risque permet l'expérimentation, c'est-à-dire de tester des innovations dans le but de montrer que le changement de règle ne crée pas de trouble à l'ordre public.

Autres facteurs spécifiques

Parmi ces autres facteurs : un rapport décontracté au contentieux, l'abondance du capital, ou encore le financement des campagnes électorales

L'introuvable droit à l'expérimentation

Pour permettre l'émergence de nouveaux modèles d'affaires, il nous faut aujourd'hui inventer un droit à l'expérimentation dont l'objectif est de donner aux entrepreneurs la marge de manœuvre nécessaire pour prouver qu'ils répondent de façon soutenable à un besoin insatisfait. En tant qu'intermédiaires entre la norme, les innovations technologiques et les attentes des utilisateurs, c'est un rôle que pourrait jouer les régulateurs.

Dans son livre blanc « Regulation, the Internet way », Nick Grossman décrit le monde du passé comme un monde où règne le contrôle à priori. Il faut commencer par montrer patte blanche, monter des dossiers, etc... Une fois toutes ces conditions remplies, on est autorisés à ouvrir son activité dans des conditions encadrées par la loi. Ce fonctionnement était justifié dans le monde du papier, mais Nick Grossman propose un changement d'approche pour l'économie numérique : passer d'un régime d'autorisation à un régime de responsabilisation, où les entrepreneurs rendent des comptes à travers la transmission permanente de données. Ce flux d'informations récolté par le régulateur permettrait, au bout d'un an par exemple, de faire des premières évaluations, et d'adapter le cas échéant la situation. Cette approche est celle mis en œuvre par le régulateur du secteur bancaire au Royaume-Uni, qui a d'ailleurs annoncé la mise en place une task force dont la seule mission est d'aider les nouveaux entrants sur le marché.

➤ Y-a-t-il une transition numérique de la régulation ?

Des sujets inédits : les plateformes

Les plateformes collaboratives sont les modèles d'affaires de l'avenir. Leur émergence laisse apparaître de nouveaux points de régulation, de plus en plus centrés sur les individus. Ces plateformes ont en effet un droit de vie ou de mort sur les individus qui opèrent dessus, et les changements constants de conditions générales d'utilisation (CGU) posent de nombreuses questions. D'autant plus que ces plateformes forme le socle d'une nouvelle relation au travail : une question importante de la régulation de demain est ainsi celle de garantir l'égalité des armes entre ceux qui détiennent la plateforme, et ceux qui construisent dessus (par exemple, comment aider les chauffeurs Uber à s'organiser, mutualiser les ressources et défendre leurs intérêts ?)

Ouverture des données

Dans l'économie numérique, l'individu est tout à la fois consommateur et producteur. Il est d'autre part connecté en réseaux, ce qui le rend plus puissant que certaines entreprises. Les entreprises qui arrivent à sortir du lot sont alors celles qui arrivent à s'allier avec les individus, pour canaliser leur puissance et la faire transiter par leur chaîne de valeur.

L'idée d'une régulation par la transparence s'inspire de ce constat pour l'appliquer à la mission des régulateurs. L'objectif est de donner à voir pour permettre à l'intelligence collective de détecter les imperfections de marché. C'est le sujet des promesses de l'open data, mais beaucoup de questions reste encore à résoudre : quelles sont les données à ouvrir ? Dans quelles conditions économiques ?

Organiser la transparence, associer la multitude

Enfin, un défi important est celui d'associer la multitude, c'est à dire les individus eux-mêmes, à la régulation. Cet aspect rejoint les questions précédentes de portabilité et d'ouverture des données, ou encore de compréhension des nouveaux besoins et de défense

des intérêts des travailleurs indépendants. Comment aider les individus à collecter la totalité des données qui les concernent, pour les mutualiser et construire une forme de contre-pouvoir ?

3. TEMOIGNAGES DE REGULATEURS

➤ ARAFER : vers une « data-driven regulation » dans les transports

La diffusion de données est un outil de régulation à ne pas négliger. Bien sûr, diffuser des indicateurs n'a pas les mêmes vertus disciplinantes que le pouvoir d'approuver leurs tarifs ou de leur imposer des sanctions, mais il ne faut pas ignorer l'effet incitatif de ce que les Anglo-Saxons appellent la « sunshine regulation ». La régulation par la transparence permet en effet d'actionner des mécanismes « d'incitation réputationnelle », et de combler un déficit d'information d'autant plus grand que le marché régulé n'est pas ouvert à la concurrence. La publication de ce type d'informations constitue en outre un moyen d'évaluer et d'éclairer les politiques publiques.

Dans le secteur ferroviaire, le pouvoir de « recueillir des données, procéder à des expertises et mener des études » n'a été attribué à l'Arafer que par la toute récente loi Macron. En créant un observatoire des transports, en lançant plusieurs consultations publiques et en renforçant ses relations avec d'autres régulateurs sectoriels, l'Arafer entend clairement se tourner vers une « data-driven regulation »: une régulation éclairée par les données, pour accomplir au mieux ses missions, historiques et nouvelles.

➤ CMA : soutenir la confiance dans la révolution numérique

La question de la confiance des consommateurs dans l'économie numérique est une question importante pour les régulateurs. Il y a en effet potentiellement de véritables nouveaux défis à relever, par exemple en ce qui concerne le traitement des données personnelles. Mais la défiance des consommateurs peut aussi simplement être une méfiance du changement (même si ce changement est susceptible d'être bénéfique).

Un exemple parlant pour illustrer ce thème est celui des sites de comparaison de prix. L'émergence de ces comparateurs a le potentiel de fluidifier des marchés dans les secteurs où la transparence et la comparaison des offres a toujours été particulièrement complexe (par exemple la banque ou l'énergie).

Mais la confiance des consommateurs sur l'objectivité du service fourni par ces comparateurs peut également poser problème. La question est de savoir si ces services doivent être considérés comme des prestations de conseil, par opposition à des services de revendeurs. Selon la réponse à cette question, l'approche réglementaire la plus appropriée pourrait être très différente.

➤ ACPR : une dialectique permanente entre innovation et réglementation

Le cadre réglementaire bancaire a beaucoup évolué ces dernières années avec l'arrivée de ces nouvelles technologies (par exemple pour prendre en compte l'utilisation de la monnaie électronique, ou le financement participatif). Cette évolution du cadre réglementaire se caractérise en particulier par une baisse du « ticket d'entrée » permettant à ces nouveaux acteurs régulés de démarrer leur activité. Ont ainsi été créées des licences réservées à ces activités spécialisées, notamment dans le domaine des paiements, avec un cadre prudentiel adapté à leurs spécificités.

Par contre, d'autres innovations, comme les monnaies virtuelles de type Bitcoin, restent encore explicitement placées hors du champ de la régulation bancaire ; toutefois, certains voient dans avec la technologie blockchain une opportunité à saisir pour rendre plus efficient (i.e. plus efficace et moins cher) les systèmes traditionnels de paiement, de change ou encore les systèmes de règlement/livraison. La dialectique innovation/réglementation a donc encore de beaux jours devant elle et le cadre réglementaire devra continuer d'évoluer, parfois pour prendre en compte les innovations des acteurs du marché, mais parfois aussi pour favoriser certaines évolutions.