

Numérique et marché : souveraineté de fait, souveraineté par le droit

Par Annie BLANDIN
Professeur à l'IMT Atlantique

Un discours critique se déploie sur les orientations prises par la France et l'Union européenne dans le domaine de la souveraineté numérique. Il se focalise en partie sur la place du droit. Celui-ci cantonnerait l'Union dans un rôle subalterne quand d'autres (les États-Unis au premier chef) maîtrisent les fondations du numérique. Pour éclairer cette question, l'article présente la souveraineté numérique de fait et la souveraineté par le droit. La situation de fait amène les grandes plateformes à se propulser dans le champ de la souveraineté. Pour rattraper un certain retard, l'Union européenne mise sur la régulation concurrentielle tout en œuvrant à poser les jalons d'une éthique par la souveraineté.

INTRODUCTION

La question de la souveraineté est désormais bien installée dans le paysage numérique au point de susciter parfois une sorte de *sovereignty washing* ou d'injonction à la souveraineté. En passant de l'intention à l'action, un nouveau vocabulaire se fait jour et l'on parle désormais souvent d'autonomie stratégique. Cette évolution témoigne également de l'insertion de la notion de souveraineté numérique dans un contexte plus large, celui d'une forme de renouveau de la souveraineté. Celui-ci se manifeste dans de nombreux domaines et se traduit notamment par des actions de relocalisation de production, celle de certains médicaments par exemple. En fait de souveraineté, il est question en réalité de politique industrielle, de compétition, d'enjeux géopolitiques.

On a beaucoup fait pour la souveraineté numérique ou sous couvert de sa promotion, et tout à la fois assez peu, si l'on en croit les résultats contrastés et souvent faibles. Il n'est donc pas étonnant que se déploie un discours critique sur les orientations prises par la France et l'Union européenne. Celui-ci emprunte cependant une forme inattendue. Car c'est la place du droit lui-même qui fait désormais débat : trop de droit, pas assez, pas forcément le bon droit, un droit à l'efficacité limitée ?

Pour éclairer ce débat, nous proposons ici de présenter la souveraineté sous deux aspects, la souveraineté de fait et la souveraineté par le droit et la régulation. Bien sûr, il peut paraître paradoxal de parler de souveraineté de fait s'agissant d'une construction juridique. Cependant, il est indéniable que le numérique contribue à redéfinir les contours de la souveraineté. En effet, « un État ne saurait être souverain numériquement comme il est souverain politiquement » écrit le professeur Quiviger¹. Lorsque le numérique paraît, on parle de souveraineté en réseau avec la multiplication des pôles de normativité, de stratégie de souveraineté, de souveraineté efficace. Qu'elle soit de fait ou fondée sur le

¹ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/une-approche-philosophique-du-concept-emergent-de-souverainete-numerique>

droit, la souveraineté présente en tout cas deux facettes, l'une qui la projette sur le numérique, l'autre dans le champ du numérique.

LA SOUVERAINETÉ DE FAIT

Le marché est indéniablement l'étalon qui permet de mesurer un certain état de la souveraineté dont il est l'expression.

Le marché, expression de la souveraineté sur le numérique

Il est désormais impossible de parler de souveraineté numérique sans évoquer les formes de concurrence entre souveraineté étatique voire européenne et pouvoir des entreprises. On sait à quel point le marché du numérique est dominé par de grandes plateformes américaines. Il s'agit là d'un état de fait.

Toutefois, cette configuration du marché n'est pas le résultat d'une génération spontanée.

Sur le plan économique, l'effet réseau joue à plein et amplifie le phénomène du *winner-take-all* où le *leader* tend à acquérir une position dominante durable. C'est tout un écosystème qui est soumis de surcroît à ces plateformes. Par ailleurs, la domination américaine trouve ses racines dans la maîtrise des fondations du numérique, qui elle-même se nourrit d'une politique économique et juridique favorable à l'innovation et à l'investissement. Par fondations, nous entendons en particulier les infrastructures de réseau, le logiciel et les données.

L'asymétrie entre la situation américaine et européenne est manifeste, sans compter la Chine qui occupe désormais une place essentielle dans le monde numérique. Elle repose pour partie sur une attitude proactive là où une certaine priorité serait donnée à l'action juridique souvent défensive en Europe. On ferait pourtant un raccourci en laissant croire que la situation des États-Unis est étrangère à sa politique juridique.

Le marché, propulseur du numérique dans le champ de la souveraineté

C'est en tout cas cette configuration concurrentielle du marché qui conduit les grandes plateformes américaines à revendiquer certains attributs de la souveraineté tant il est vrai que le régalien n'est jamais très éloigné du marché. Les prétentions souveraines affichées par les grandes plateformes en témoignent, à l'instar de Google qui veut organiser les informations à l'échelle mondiale dans le but de les rendre accessibles et utiles à tous ou encore de Facebook qui veut connecter le monde entier².

On peut dire qu'elles détiennent les attributs de la souveraineté : un territoire transnational qui est celui de leur marché et du lieu d'édiction de normes, une population dont le système cognitif est contrôlé et l'attention captée, une langue car l'anglais prédomine, des monnaies virtuelles, une fiscalité optimisée. Mais la principale originalité vient de la maîtrise de la production/utilisation de données et de l'accès à l'information (moteurs de recherche, assistants vocaux très prescriptifs).

Le tableau serait incomplet si l'on ne mentionnait pas le fait que certaines entreprises de l'Union européenne veulent aussi se positionner en promoteurs de la souveraineté numérique par la maîtrise des briques de l'Internet, sans que le droit ne les y encourage nécessairement. On en trouve par exemple dans le domaine du logiciel (libre à plus forte raison) ou encore dans celui du *cloud*. Ces entreprises (on pourrait y ajouter les pouvoirs

² BLANDIN-OBERNESSER A. (2016), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruylant.

publics dans le cadre du réarmement de la filière numérique de l'État) attendent plus de volontarisme politique en la matière.

Le marché lieu de normes

Pour les grandes plateformes commerciales en tout cas, le marché devient un véritable lieu de production de normes. De normes techniques en premier lieu. Le mouvement dit de « plateformisation » en est une illustration³. Le modèle technique de la plateforme est en effet générique et reproductible. Vient se greffer sur cette infrastructure, un modèle d'affaires qui est consubstantiel à l'économie du numérique. Ce sont aussi des normes sociales qui sont créées, notamment sur la base de l'usage du mobile et des réseaux sociaux. Ces normes résultent d'une interaction entre un usage prescrit par les entreprises (par exemple, enfermement dans une bulle informationnelle, manipulation informationnelle) et de pratiques libératrices et créatrices des utilisateurs⁴. Plus encore, ces entreprises jouent un rôle déterminant dans la fixation de la norme, comme modèle anthropologique et civilisationnel fondé désormais sur l'accompagnement algorithmique personnel de la vie⁵.

Ce sont enfin des normes juridiques qui sont créées. On peut ainsi qualifier les conditions générales d'utilisation ou encore la modération voire la régulation des contenus. Celle-ci offre un exemple éclairant des chevauchements entre souveraineté étatique et « privée ». Est-ce un hasard si Facebook a officialisé son projet de Conseil de surveillance avant le début de l'examen par l'Assemblée nationale de la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur Internet en 2019 ? Pompeusement appelé « Cour suprême » par Mark Zuckerberg, ce Conseil est chargé de statuer sur les litiges liés à la modération des contenus par ses plateformes.

La modération des contenus par les réseaux sociaux est fondée sur des standards et procédures certes privés, mais dans un cadre juridique comprenant des obligations de faire, en l'occurrence de retrait des contenus illégaux⁶. On observe un double mouvement de mise en concurrence des normes privées avec les normes publiques et d'appropriation de normes publiques par le privé. Si à première vue, le Conseil de surveillance apparaît comme l'expression d'une aspiration souveraine, l'examen de ses premières décisions montre que celui-ci a (aussi) recours aux standards internationaux de protection des données⁷.

LA SOUVERAINETÉ PAR LE DROIT

Ainsi propulsées dans le champ de la souveraineté, les entreprises rencontrent l'État et les fonctions régulatrices. Selon les termes du président de la République, « Les États-Unis ont les Gafa (Google, Amazon, Facebook et Apple), la Chine a les BATX (Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi). Et l'Europe ? Nous avons le RGPD. Il est temps de ne pas dépendre uniquement des solutions américaines ou chinoises ! »⁸. Si on ne fait que du droit, « on

³ LEROY M. (2023), *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, Dalloz.

⁴ BLANDIN A. & LEHAGRE E. (2019), « La protection de l'individu face à l'automatisation de la présentation des contenus par les plateformes », *Études digitales*, Les plateformes, 2.

⁵ Voir les travaux d'Éric Sadin et notamment la conférence donnée au séminaire IMT Atlantique de Saint-Jacut-de-la-Mer (juin 2023).

⁶ Règlement 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), JOUE n°L.277 du 27/01/2022, p. 1.

⁷ NDIOR V. (2022), « Le Conseil de surveillance de Facebook et la protection des libertés », RDLF, chron. n°23.

⁸ Entretien donné par Emmanuel Macron au fonds Atomico, <https://medium.com/atomico/french-president-emmanuel-macron-niklas-zennström-europes-technology-future-dec-2020-238d477c4a01>

va se faire balader », écrit l'économiste Joëlle Toledano⁹. Si le droit est ainsi stigmatisé, c'est d'abord pour la vision défensive qu'il est supposé incarner dans ce contexte précis. C'est aussi parce qu'on lui offrirait la préséance : « Face aux informaticiens de la Silicon Valley, nous n'avions chez nous, aux manettes, que des politiques, des juristes ou des communicants ¹⁰ » écrit Tariq Krim.

La régulation concurrentielle tardive du marché

La critique vaut pour la régulation concurrentielle qui est la grande réponse européenne apportée aux problèmes identifiés, alors que les positions sur le marché sont pour beaucoup figées. Réguler le marché revient d'une certaine manière à réguler les grandes plateformes. Dans quelle mesure poursuit-on dans ce domaine des objectifs souverains ? Il y a ici une différence entre le discours et la règle de droit. Le discours est volontariste, le droit est prudent. Pas question en tout cas de stigmatiser les entreprises dont on veut réduire la puissance, fussent-elles américaines ou justement parce qu'elles le sont. Il s'agit pourtant bien de restaurer le rôle de l'État dépossédé et de faire place à des entreprises européennes.

Le règlement sur les marchés numériques (DMA en anglais) identifie une catégorie particulière de plateformes numériques qui ont vocation à être régulées de manière asymétrique. Ce sont les contrôleurs d'accès. Aux fins de leur désignation, le règlement prévoit des critères assortis d'un système de présomptions. Les critères sont l'impact significatif sur le marché intérieur, l'exploitation d'un service de plateforme essentiel, la position bien établie et durable.

Si l'objectif avait été clairement souverain, il eût fallu que la définition couvre également les manifestations de la puissance des plateformes dans le champ non économique et en particulier régalien. C'est ce que proposait par exemple l'Arcep et le Conseil national du numérique, l'enjeu étant d'appréhender la dimension systémique ou structurante des plateformes et le fait que leur action dépasse le seul champ économique. L'avenir nous dira en tout cas quelle est l'efficacité du dispositif et son concours à des évolutions qui se font parfois plus par le marché que par le droit¹¹.

La propulsion au-delà du marché

Une fois le marché devenu plus concurrentiel et loyal, la voie serait libre pour que se déploient les valeurs incarnées par des entreprises européennes. C'est l'objet des règles relevant de l'éthique comme traduction de valeurs dans l'action¹². Promouvoir la souveraineté numérique pour maîtriser notre destin sur les réseaux est indéniablement un objectif digne d'être poursuivi. Encore faut-il déterminer quel sens on veut donner à cette recherche de souveraineté, faute de quoi sa définition aurait des allures de tautologie.

C'est ici que la notion de « troisième voie » numérique prend tout son intérêt (entre les États-Unis et la Chine). Il y a manifestement des valeurs européennes dans le domaine du numérique. La voie européenne repose sur des acquis et de nouvelles trajectoires. Parmi les acquis figure par exemple la recherche d'un niveau élevé de protection de certaines valeurs et de certains droits (protection des données personnelles et de la vie privée, liberté d'expression, diversité culturelle...). Au titre des trajectoires, l'enjeu est par

⁹ TOLEDANO J. (15 décembre 2020), « Si l'on ne fait que du droit, on se fera balader », *L'opinion*.

¹⁰ KRIM T. (6 février 2023), « La souveraineté est morte... Vive la résilience ! », *Le Point*.

¹¹ BLANDIN A., ISAAC H. & EL ANDALOUSSI M. (2020), « Concurrence et régulation des plateformes, étude de cas sur l'interopérabilité des réseaux sociaux », Avis du Conseil national du numérique, <https://cnnumerique.fr/files/2020-07/ra-cnnum-concurrence-web%281%29.pdf>

¹² VANDERLINDEN J.-P., « L'éthique face aux incertitudes : l'adaptation au changement climatique », <https://www.youtube.com/watch?v=H2S4FDgmi3M>

exemple de contrebalancer l'approche « Marché intérieur » porté par la Commission européenne par une politique industrielle ambitieuse et une politique de concurrence mieux utilisée pour défendre les intérêts européens, notamment en termes d'investissements dans les infrastructures. On place également beaucoup d'espoir dans la mise en valeur de l'intérêt général, notamment à travers la construction d'un cadre pour le partage des données. La promotion des communs est à cet égard un marqueur de la troisième voie.

Le droit face à la norme du marché

Face à la norme du marché, le droit est appelé à trouver sa place. Une première approche consiste à éviter que le droit ne se construise au détriment de l'innovation conçue comme un impératif pour la souveraineté. C'est sûrement le dispositif de protection des données personnelles avec le RGPD qui offre la meilleure illustration de la tension entre droits fondamentaux et innovation. Un certain équilibre peut être atteint par le biais du pragmatisme des responsables de traitements de données, par exemple lorsqu'ils appliquent le RGPD dans une optique de gestion des risques, plutôt que de s'y conformer en tout point.

C'est aussi une tension mise en évidence à propos de la régulation de l'intelligence artificielle. Son fervent défenseur qu'est l'entrepreneur chinois Kai Fu Lee met en garde contre une certaine frilosité européenne en la matière. Évoquant l'attachement des Européens à la protection de la vie privée, il estime qu'un équilibre doit être trouvé entre encouragement à l'innovation et encadrement de l'IA¹³. Tout récemment, c'était au tour du président de la République Emmanuel Macron lors du salon VivaTech 2023, de dire que « Innover sans réguler est une folie. Réguler sans innover ce serait comme tailler des haies que l'on n'a pas »¹⁴.

L'innovation en elle-même ne fait pas débat dans cette approche. C'est pourquoi il est nécessaire d'envisager aussi ou alternativement le droit comme un rempart contre le modèle civilisationnel évoqué plus haut. On peut en effet regretter que certains problèmes ne soient réglés qu'à la marge. Par exemple, ce n'est pas parce que le futur règlement sur l'IA s'intéresse aux biais algorithmiques que la solution promue constitue une carte blanche pour l'avenir.

CONCLUSION

Il n'y aurait donc pas de souveraineté numérique possible sans choix civilisationnels issus de la délibération collective. On renoue alors avec le sens originel de la souveraineté, celle du peuple. La souveraineté numérique n'est en tout cas pas un état qu'il s'agirait de sanctuariser mais un processus au sein duquel le fait et le droit se conjuguent. L'Union européenne aspire à créer un nouvel état de fait, un nouvel état du monde numérique. La critique de la place du droit est alors nécessaire sur le fondement d'une évaluation de son efficacité¹⁵. La tâche est difficile car c'est un peu comme si la force symbolique du droit interdisait d'en faire la critique. Le RGPD en est l'exemple type tant il fait parfois figure de totem pour ses concepteurs et destinataires. Nombreux sont pourtant les traitements de données qui échappent à son cadre, sans que soient véritablement inquiétés les auteurs de dérives majeures dans le domaine de la sécurité des données en particulier.

¹³ KAI-FU L. (2021), *IA., la plus grande mutation de l'histoire*, J'ai lu.

¹⁴ https://www.liberation.fr/economie/economie-numerique/macron-annonce-500-millions-deuros-supplementaires-pour-lia-francaise-20230614_4INTV2VMYRHIPJMIYO747IFBAE/

¹⁵ VERGNOLLE S. (2020), *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, thèse de doctorat, Université Panthéon Assas (Paris 2).