

# La régulation des marchés à l'aune de la transition écologique et numérique

RLC 4502

## De la régulation des marchés à l'aune des transitions énergétique et numérique

La régulation justifie toute intervention sur les marchés si, laissés à eux-mêmes, ils n'assurent pas au mieux le bien-être général. Entraînant à court terme une redistribution des surplus entre agents économiques, l'intervention est équilibrée et bénéfique si elle protège, à long terme, la position de tous, y compris les offreurs qui créent la richesse assurant le niveau de vie de tous. Deux cas opposés sont examinés : le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières relevant de la transition énergétique, le contrôle des murs de traceurs dans le cadre de la protection des données relevant de la transition numérique. Le premier répond aux objectifs d'une régulation efficace. Le second, focalisé sur les consommateurs, néglige l'offre ce qui risque de nuire à l'intérêt de tous à plus long terme.



Par Laurent  
BENZONI

Professeur  
de sciences  
économiques,  
Université Paris-  
Panthéon-Assas/  
CRED

Président TERA  
Consultants

Les transitions énergétiques et numériques constituent désormais une préoccupation majeure des politiques économiques. Pour cette raison, elles sont un facteur majeur de l'évolution de la régulation des marchés. Une évolution qui peut emporter la création de nouveaux risques pour les entreprises. Transition énergétique et numérique présentent deux caractéristiques communes : (i) elles affectent l'ensemble de l'économie et non un secteur particulier (ii) leurs enjeux dépassent les frontières administratives des nations.

Pour traiter du sujet de la régulation à l'aune de ces deux problématiques, plutôt que de partir d'un discours général qui pourrait s'appliquer à des cas particuliers, un cheminement inverse est retenu : prendre deux exemples particuliers pour esquisser une conclusion générale.

Pour la transition énergétique, l'exemple concerne le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières MACF établi par le récent règlement européen 2023/956 du 10 mai 2023. Pour le numérique, il sera question de la régulation des données abordée par l'analyse des lignes directrices des murs de traceurs (*cookie walls*) adoptée

par la CNIL le 29 septembre 2020. Il sera possible de tirer quelques enseignements communs de ces deux exemples qui, de prime abord, paraissent fort éloignés dans leurs préoccupations et leurs objectifs.

### I. – Régulation et transition énergétique : le cas du mécanisme d'ajustement carbone aux frontières

Le 1<sup>er</sup> janvier 2005, l'Europe instaure une taxe carbone pour toutes les unités industrielles dépassant un certain seuil d'émission de CO<sub>2</sub>. Sur le plan de la théorie économique, il s'agit de l'application du principe pollueur payeur proposé par Arthur Pigou dès 1912 dans son ouvrage *Wealth and Welfare* (richesse et bien-être). Seule évolution par rapport au modèle initial d'A. Pigou, l'introduction d'une flexibilité dans sa mise en œuvre par la création d'un marché du carbone permettant des échanges de quotas d'émission entre entreprises, un dispositif appelé « système d'échange de quotas d'émission ». Les entreprises émettant moins de CO<sub>2</sub> que le seuil autorisé, disposent de quotas de

# Les outils de prévention : état des lieux et perspectives

CO<sub>2</sub> qu'elles peuvent revendre aux entreprises situées au-dessus du seuil d'émission. Ces dernières achètent des quotas d'émission de CO<sub>2</sub> souvent qualifiés de « droits à polluer ».

Problème : il s'agit d'un dispositif européen. Aussi, les unités de production fortement émettrices de CO<sub>2</sub> localisées en Europe étaient pénalisées par rapport à leurs concurrentes situées hors d'Europe, dès lors que les marchés sont soumis au libre-échange (accords du GATT et de l'OMC) ce qui garantit la libre circulation des marchandises et l'absence de taxation des marchandises échangées. La crainte est de voir croître rapidement « les fuites de carbone », à savoir la réorientation des approvisionnements vers des unités de production localisée en dehors de l'Union européenne, avec une réimportation des marchandises non soumises à la réglementation européenne sur le carbone. Avec les fuites de carbone, non seulement l'objectif de réduction des émissions de carbone n'est pas atteint mais, de surcroît, le dispositif produit un risque concurrentiel pour les entreprises installées en Europe qui sont taxées, donc désavantagées par rapport aux concurrents extra-européens non taxés.

Pour pallier ce risque concurrentiel, la Commission européenne décide alors d'allouer des droits à polluer gratuits aux activités les plus menacées par les fuites de carbone : sidérurgie, production d'électricité, ciment, transport aérien, etc. Cela conduit à maintenir le niveau d'émission de CO<sub>2</sub> de ces activités, pourtant les plus grosses émettrices, et à fixer le prix de marché du carbone à un niveau très bas puisque les gros acheteurs potentiels ne sont pas actifs sur le marché. L'effet de la politique européenne sur le bien commun universel qu'est le climat est *de facto* très amenuisé.

En 2023, l'Union européenne adopte le paquet climat « Paré pour 55 » (*Fit for 55*) pour réduire de 55 % les émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030. La fin de des quotas gratuits de CO<sub>2</sub> est programmée pour 2034. Le problème des fuites de carbone doit donc être traité. Pour ce faire, afin de ne pas pénaliser, les unités de production localisées en Europe qui en bénéficiaient, l'Union européenne instaure un surcoût sur les marchandises en provenance de pays non européens qui n'imposent pas au moins les standards européens de limitation des émissions de CO<sub>2</sub>. L'objectif est clair : empêcher les fuites de carbone pour ne pas pénaliser les productions localisées en Europe. Ce dispositif dit « mécanisme d'ajustement carbone aux frontières » (MACF) affiche un caractère extraterritorial, la règle européenne s'impose hors d'Europe et impose un potentiel surcoût, une taxe qui ne dit pas son nom, sur les importations de marchandises soumises au MACF produit dans des pays ne respectant pas les standards européens.

L'annexe 1 du règlement de mai 2023 fournit la liste des marchandises soumis au MACF : ciments, production d'électricité, engrais, produits de la sidérurgie (fer, fonte, acier), produits de l'aluminium, autres. Les 6 pays les plus affectés par le MACF seraient : la Russie, la Turquie, la

Chine, le Royaume-Uni, l'Ukraine et la Corée du Sud. Soit ces pays respectent les niveaux européens des émissions de CO<sub>2</sub>, soit leurs marchandises soumises au MACF supporteront une barrière tarifaire.

Le MACF est-il compatible avec le libre-échange et les règles de l'OMC ? Le considérant 15 du règlement du MACF précise : « *Le MACF est une mesure climatique qui devrait favoriser la réduction des émissions de gaz à effet de serre mondiales et prévenir le risque de fuite de carbone, tout en garantissant la compatibilité avec le droit de l'Organisation mondiale du commerce* ». Méthode Coué ; l'Europe s'auto-absout par avance car cette mention du droit de l'OMC révèle plus une faiblesse qu'une robustesse du dispositif. Ainsi, deux pays affectés par le MACF ont déjà déclaré qu'ils porteraient l'affaire devant l'OMC dès le déploiement du dispositif, au demeurant fort complexe.

L'Europe pourra plaider qu'il s'agit de lutter contre le « dumping climatique » dans l'intérêt de l'humanité tout entière et non pas dans celui de ses entreprises. Cependant, l'exception climatique ne figure pas dans les accords de l'OMC qui ne souffrent pas la création de taxes ciblant les importations.

*De facto*, le corpus fondamental des règles du commerce international de la concurrence ayant permis avec le libre-échange, la globalisation des économies et la croissance économique mondiale au cours des dernières décennies, semble incompatible avec des politiques de transition énergétique décidées localement et non mondialement.

Il n'est guère surprenant que les États-Unis aient proposé à la conférence ministérielle de l'OMC en 2020 d'ajouter deux articles à l'accord :

« 1. *Le fait pour des pouvoirs publics de ne pas adopter, maintenir, mettre en œuvre, ni appliquer effectivement des lois et des réglementations assurant la protection de l'environnement à un niveau égal ou supérieur aux normes fondamentales constituera une subvention pouvant donner lieu à une action au titre de l'Accord.*

2. *Si une branche de production profite de façon disproportionnée de contrôles de la pollution ou d'autres mesures environnementales établis à un niveau inférieur aux normes fondamentales, un Membre pourra imposer un droit compensateur égal à l'avantage reçu par la branche de production lorsque les marchandises de cette dernière entrent sur son territoire douanier » (OMC, 17 déc. 2020, WT/GC/W/814).*

Le premier article vise à qualifier de « dumping climatique » toute activité opérant dans un pays ne respectant pas des normes environnementales dites « fondamentales » sans précision de ce que sont ces normes et qui les édicte.

Le second article autorise l'instauration de compensation (surcoût/taxes) à l'importation des marchandises importées dans les pays respectant les normes fondamentales.

L'adoption de ces deux articles constitueraient une légalisation du MACF ce qui semble attester que le MACF ne respecterait pas le droit de l'OMC en vigueur. La Chine serait le pays le plus impacté par le dispositif et les 156 pays membres de l'OMC n'ont toujours pas ratifié ces dispositions car, pour la majorité d'entre eux, leur intérêt ne converge pas avec celui des pays qui les promeuvent.

Pour les unités de production installées en Europe, grande est l'insécurité juridique créée par le MACF. Faut-il anticiper sa compatibilité ou son incompatibilité avec le droit de l'OMC tel qu'il est et non tel qu'il pourrait être ? La compatibilité avec le droit de l'OMC protégerait les unités de production localisées en Europe de la concurrence extra-européenne, l'incompatibilité les affaiblirait. Faut-il alors maintenir ou fermer ces unités ? La rationalité économique pousse à les fermer. S'il y a compatibilité, les unités extra-européennes verront leurs coûts alignés sur les unités basées en Europe, elles restent compétitives en dépit du MACF. S'il y a incompatibilité, les unités européennes ne seront plus compétitives.

## II. – Régulation et numérique : le cas des murs de traceurs

La régulation du numérique en France relève de plusieurs autorités : l'ARCEP pour les infrastructures, l'ARCOM pour les contenus audiovisuels et le piratage, l'ANSII pour la sécurité des réseaux, l'Autorité de la concurrence pour les infractions concurrentielles, l'ANFR pour les fréquences et aussi la CNIL compétente pour la régulation de l'accès et la protection des données personnelles.

Les données étant le carburant de l'économie numérique, la CNIL intervient dans des secteurs les plus variés, surtout depuis l'instauration du règlement général sur la protection des données (RGPD) entré en vigueur depuis 5 ans. Dans ce cadre, la CNIL a été amenée à réguler les murs de traceurs (ou « *cookie walls* »). Un mur de traceurs matérialise la décision de l'éditeur d'un site Internet d'empêcher l'accès à son site aux internautes qui refusent les cookies et autres traceurs, lesquels permettent de suivre l'activité des internautes lors de la navigation sur Internet afin de leur proposer des publicités personnalisées permettant de financer l'éditeur.

L'article 82 de la loi « Informatique et Libertés » transposant la directive 2002/58/CE prévoit l'obligation de recueillir le consentement des internautes pour l'installation de traceurs avant toute entrée sur un site. Le RGPD de 2018 renforce les exigences en matière de consentement des traceurs, lequel consentement doit désormais être manifesté de façon « libre, spécifique, éclairée et univoque » et ne pas résulter de la simple poursuite de la navigation. Aussi, interprétant ce texte, la CNIL publie le 4 juillet 2019 des lignes directrices proscrivant

les murs de traceurs. Le Conseil d'État par une décision du 19 juin 2020, a jugé qu'en interdisant *per se* les murs de traceurs au motif d'une atteinte au consentement des internautes, la CNIL avait outrepassé ce qu'elle pouvait prohiber dans le cadre d'un acte « de droit souple ».

La CNIL revoit sa copie et publie alors le 16 mai 2022 des lignes directrices sur les murs de traceurs où ne figure plus leur interdiction *per se*. Ces lignes directrices précisent deux conditions à respecter pour qu'un mur de traceurs soit conforme. *Primo*, l'éditeur posant un mur de traceurs doit vérifier qu'il existe une offre « *alternative réelle et équitable* » à son service, comprendre un site offrant un service comparable sans mur de traceurs. *Secundo*, à défaut d'alternative, cas d'un éditeur dominant ou incontournable, l'internaute refusant les traceurs doit pouvoir accéder au site à des « *conditions raisonnables* », comprendre que le site devra offrir un accès payant (« *pay wall* ») à un prix raisonnable. À l'éditeur d'apprécier et prouver qu'il satisfait les critères, la CNIL jugeant au cas d'espèce.

Prenons un cas hypothétique. Google est dominant au sens du droit de la concurrence pour les moteurs de recherche. Si Google pose un mur de traceurs, est-il dominant au sens de la CNIL ? Bing, Duck Duck Go, Qwant sont-ils des offres alternatives lui permettant de satisfaire le premier critère des lignes directrices ? TikTok est-il une offre alternative à Instagram, à Snapchat ? Le Monde une alternative au Figaro ? Un site de e-commerce disposant de l'exclusivité de la vente d'un produit est-il incontournable pour ce produit ? La CNIL décidera, mais sur quelles bases ? Selon quelles méthodes ? Les lignes directrices n'indiquent rien sur ces points cruciaux. L'insécurité juridique créée pour les éditeurs et les acteurs de la chaîne de valeur de la publicité en ligne est extrême.

Supposons à présent, un internaute refusant les traceurs sur un site dominant. Selon les lignes directrices, il devra pouvoir accéder au site à un prix « *raisonnable* ». Un prix trop élevé est considéré comme un moyen pour l'éditeur de forcer le consentement de l'internaute à accepter les traceurs. Avec ce critère de prix raisonnable, sommes-nous encore en économie de marché ou en économie administrée ? Quid de l'article L. 410-2 du Code de commerce garantissant la liberté des prix, que seule la loi ou un décret en Conseil d'État après avis de l'Autorité de la concurrence peut restreindre ? Ce deuxième critère, à l'instar du premier, introduit aussi une forte incertitude juridique pour son application, de surcroît, il altère considérablement la liberté d'entreprise.

Le considérant 4 du RGPD indique pourtant : « *Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu ; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité. Le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par*

# Les outils de prévention : état des lieux et perspectives

*la Charte, consacrés par les traités, en particulier le respect de (...) la liberté d'entreprise* ». Un principe de proportionnalité entre les différents droits fondamentaux doit donc prévaloir dans l'application du RGPD.

Quels sont les effets d'une interprétation extensive du RGPD qui aboutit à une régulation des données plaçant le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel au-dessus des autres droits fondamentaux notamment celui de la liberté d'entreprise ?

Il faut relever que, plus la possibilité du ciblage des consommateurs avec les traces qu'ils laissent lors de leur navigation sur Internet est réduite, plus la publicité sur Internet perd de sa valeur car cette valeur réside d'abord dans la précision du ciblage. La conséquence est que les gros acteurs de l'Internet, comme les GAFAM, compenseront mieux la perte de valeur du moindre ciblage en valorisant auprès des annonceurs publicitaires la puissance de leurs espaces publicitaires en raison de la multitude des internautes recourant à leurs services. En revanche, les acteurs de petite taille ne pourront évidemment pas mobiliser avec autant d'efficacité une perte de ciblage par une offre de puissance. Une telle interprétation du RGPD aboutit finalement à une régulation inappropriée de l'accès aux données personnelles qui favorise finalement les gros acteurs au détriment des petits et des acteurs de la chaîne de valeur de la publicité sur Internet. Cet impact concurrentiel contrarie l'objectif de souveraineté numérique que l'Europe souhaite par le développement d'acteurs européens puissants.

De plus, une régulation inadéquate de l'accès aux données par une interprétation trop stricte du RGPD compromet l'innovation européenne.

ChatGPT révolutionne l'intelligence artificielle : il est américain. Il ne pouvait voir le jour en Europe car la méthode d'acquisition des données indispensables à l'apprentissage du logiciel, enfreint le RGPD comme l'a relevé la CNIL italienne qui a suspendu pour 1 mois l'accès à ChatGPT en Italie.

ChatGpt peut être contraint en Europe, mais cela ne vaut pas ailleurs. La CNIL en France reconnaît d'ailleurs dans sa décision relative à l'extension pour navigateur de Lusha System Inc que le RGPD n'est pas applicable à une société extra-européenne sans attache sur le territoire national. Bard, le logiciel d'intelligence artificiel de Google est déjà utilisé dans près de 200 pays, pas encore dans l'Union européenne car il ne satisfait pas aux demandes de la CNIL irlandaise concernant la conformité de ce logiciel au RGPD.

Il appert ainsi que dans la course au développement de l'intelligence artificielle, les sociétés non localisées en Europe disposent d'une plus grande latitude pour mener leurs projets. Si la régulation de l'accès aux données freine, voire bloque l'innovation, l'objectif d'une souveraineté numérique européenne restera illusoire.

## Conclusion

Que ce soit pour la transition énergétique ou le numérique, les choix de régulation ne procèdent pas de purs arbitrages économiques car il s'agit de faire la balance entre des objectifs d'intérêt général et des objectifs d'intérêts privés. Le paradigme de la main invisible cher à Adam Smith qui veut que la poursuite des intérêts individuels sur les marchés concurrentiels assure l'intérêt général dysfonctionne ici car tant les transitions énergétique et numérique portent sur des domaines soumis à de puissantes externalités. Or, les externalités qualifient tous ces effets de décisions privées et individuelles qui ne transitent pas par le marché. En présence d'externalités, le marché concurrentiel ne peut assurer la maximisation de l'intérêt général. L'intervention publique est alors requise ce qui justifie pleinement, sur le plan économique, la nécessité de cette régulation des transitions énergétique et numérique.

Cependant, parce qu'elles relèvent d'une dimension mondiale/globale et d'une dimension trans-sectorielle, les régulations de la transition énergétique et du numérique doivent être conçues en intégrant pleinement ces deux dimensions.

L'instauration d'une gouvernance mondiale relevant de l'utopie, toute régulation décidée à un niveau local peut produire de l'incertitude juridique et des risques concurrentiels comme on l'a vu dans les deux cas particuliers relatés dans cette présentation.

Les deux cas examinés se distinguent néanmoins par une approche très différente du principe de proportionnalité lorsque surgit un compromis nécessaire pour assurer le respect de droits fondamentaux qui apparaissent antagoniques pour atteindre un objectif donné.

S'agissant de l'émission du CO<sub>2</sub>, les décisions prises sur les quotas d'émission gratuits, puis sur l'instauration du MACF, montrent que la régulation a été instaurée pour atteindre l'objectif d'intérêt général de lutte contre le réchauffement climatique en tentant de préserver au mieux l'activité économique au sein de l'Union européenne.

S'agissant de la régulation des données par les autorités en charge du RGPD, leur interprétation du droit à la protection des données personnelles paraît surdéterminer les considérations de préservation et de développement de l'activité économique dans l'Union européenne. Cette philosophie de la régulation négligeant par trop la pérennisation des activités économiques au sein de l'Union contredit l'objectif d'intérêt général de développer la souveraineté numérique européenne face aux États-Unis et à la Chine. ■