

Bouleversements numériques : quelles mesures les organismes de réglementation canadiens devraient-ils adopter?

Auteur : George N. Addy

Collectivement surnommée la « quatrième révolution industrielle » ou l'industrie 4.0, l'ère de l'innovation technologique de masse est en train de transformer les industries et les économies au Canada et à l'échelle de la planète. La rapidité et l'étendue inégalées des bouleversements posent de nouveaux défis aux régimes de réglementation existants, qui tentent tant bien que mal de suivre le rythme auquel les modèles d'affaires évoluent. Le présent texte examine en détail ces nouveaux défis et propose des stratégies fondées sur des principes afin d'aider les pouvoirs publics au Canada qui ont pour mission de faire passer notre cadre réglementaire à l'ère numérique.

La montée de l'économie numérique

En quelques décennies seulement, Internet, qui n'était au départ qu'un simple outil de recherche et de communication, s'est transformé et est devenu le générateur d'activité économique le plus important depuis que le commerce existe. Les plateformes pair-à-pair, aussi appelées l'« économie du partage », sont en train de transformer les marchés de façon radicale et de faire tomber les frontières. Nous

avons tous pu constater l'effet perturbateur de Uber et de Lyft sur le modèle d'affaires traditionnel de l'industrie du taxi et de Airbnb sur le secteur de la location et de l'hébergement touristiques. Et ça ne fait que commencer. Tout comme l'iceberg qui flotte au large des côtes de l'île Fogo, à Terre-Neuve, l'économie numérique en cache beaucoup plus sous la surface. Contrairement à l'iceberg, toutefois, le volume d'activité économique numérique qui est sous la surface n'est pas en train de fondre : il est plutôt en train de prendre de l'ampleur à un rythme exponentiel. En août 2014, PricewaterhouseCoopers

En août 2014, PricewaterhouseCoopers mentionnait que, pour l'économie du partage seulement, les cinq principaux secteurs avaient généré des produits totalisant 15 milliards de dollars à l'échelle mondiale en 2013 et prédisait qu'ils atteindraient 335 milliards de dollars d'ici 2025.

mentionnait que, pour l'économie du partage seulement, les cinq principaux secteurs avaient généré des produits totalisant 15 milliards de dollars à l'échelle mondiale en 2013 et prédisait (revue de presse en anglais) qu'ils atteindraient 335 milliards de dollars d'ici 2025. Le McKinsey Global Institute a constaté (rapport en anglais) que les flux de données mondiaux, qui se sont multipliés par 45 depuis 2005, constituaient un apport de 2,8 billions de dollars à la croissance du PIB mondial en 2014, soit plus que l'apport des échanges mondiaux de biens physiques.

L'ampleur de la croissance de l'économie numérique entraîne un potentiel de bouleversements économiques et politiques qui ne cesse d'augmenter ainsi que des avantages et des inconvénients socioéconomiques complexes. Les pouvoirs publics et un grand nombre de chercheurs universitaires, de groupes de réflexion dans le secteur privé, d'associations commerciales et de groupes d'intérêt en sont maintenant à l'analyse complexe et critique de notre infrastructure de réglementation et de gouvernance. Dans son dernier rapport, le Conseil consultatif en matière de croissance économique du gouvernement fédéral souligne la nécessité d'établir un « régime de réglementation souple conçu pour la nouvelle économie » et recommande la création d'un groupe d'experts sur la souplesse réglementaire qui serait chargé de formuler des recommandations au Conseil du Trésor et au Cabinet sur les mesures

qui doivent être prises. Il est encourageant de constater la prise de conscience grandissante face à la nécessité d'évaluer si l'activité dans l'espace numérique doit être réglementée et, le cas échéant, comment elle doit l'être.

Défis sur le plan de la réglementation

Le rythme du changement soulève de sérieuses questions concernant nos modèles institutionnels et de gouvernance et leur capacité d'adaptation. Est-ce que nos politiques et nos processus législatifs et réglementaires peuvent s'adapter à de nouvelles technologies? Est-ce que nos institutions sont en mesure de bien comprendre les conséquences que ces changements entraînent? Bien que bon nombre de gens soient optimistes et croient que, avec le temps, les organismes de réglementation seront en mesure de s'adapter à notre nouvelle réalité numérique et de suivre l'évolution de celle-ci, nous constatons que, en fait, c'est tout le contraire qui se produit : les changements technologiques évoluent de façon exponentielle plutôt que linéaire, ce qui aura pour effet d'exacerber avec le temps le manque de connaissances des institutions et l'absence de réglementation connexe.

Compte tenu de la rapidité avec laquelle la situation évolue, la simple idée de concevoir une réglementation détaillée, solide, efficace et bénéfique pour la société qui soit en mesure de suivre le rythme des changements technologiques pose un défi extrême, voire quasiment impossible à relever. Les plateformes d'économie numérique comportent plusieurs facettes et la plupart d'entre elles sont sans frontière. Les participants du marché sont dispersés partout dans le monde et voient de plus en plus le jour en tant qu'« entreprises mondiales » : un sondage révèle en effet que 86 % des entreprises de démarrage fondées sur la technologie ont déclaré avoir exercé des activités transfrontalières, avoir fait des affaires avec des clients et des fournisseurs

étrangers ou avoir effectué des opérations de financement à l'étranger dès le premier jour. Les opérations se font pratiquement instantanément, souvent sans contact humain direct. Et, bien entendu, l'économie numérique change continuellement. Les interactions humain-humain, humain-machine et machine-machine sont caractéristiques de l'économie numérique et contribuent des éléments multidimensionnels à un secteur déjà extrêmement complexe et dynamique.

Bon nombre des organismes de réglementation de nos jours reconnaissent que la rapidité et le caractère imprévisible de l'innovation technologique font en sorte que des modifications importantes aux modèles de réglementation actuels doivent être apportées. Certains de ces organismes vont même jusqu'à admettre que le fait que la réglementation ne soit pas en mesure de suivre le rythme des activités qu'elle vise à réglementer n'est pas sans conséquence, reconnaissant que cet écart a un effet dissuasif sur l'innovation en raison des coûts directs liés à la conformité à la réglementation ainsi que des coûts indirects créés par l'incertitude à cet égard. À cela s'ajoutent les coûts énormes qui pourraient être liés aux conséquences négatives fortuites découlant d'une intervention réglementaire malavisée, et le résultat est clair : de mauvaises mesures réglementaires pourraient faire plus de tort que de bien.

En plus de ces défis de taille, les pouvoirs publics chargés d'élaborer une réglementation adaptée au 21^e siècle peuvent également faire face à de la résistance de la part des organismes de réglementation et des entreprises qui dépendent encore de l'ancienne économie. Les organismes de réglementation existants sont peu susceptibles de devenir des partenaires consentants dans un contexte susceptible d'entraîner une transformation en profondeur de leur organisation, voire la disparition complète de celle-ci. L'évolution au sein des institutions a tendance à se faire graduellement, au fil des modifications apportées à la réglementation, plutôt que dans le cadre d'une

reformulation, fondée sur des principes, de la mission et des mécanismes des entités de réglementation. Avec le temps, le sentiment d'urgence est susceptible d'amener les chefs de gouvernements et les décideurs à convenir avec ces organismes que les changements extrêmement importants engendrés par l'évolution technologique s'inscrivent en réalité dans le cours normal de la mission des organismes en question. Les pouvoirs publics et les organismes de réglementation sont parfois encouragés par les entreprises existantes à adopter cette approche étant donné qu'elles se trouvent ainsi à « déjouer » le système dans le but de retarder ou d'atténuer l'incidence sur le marché de toute activité novatrice.

Facteurs à considérer au moment de l'élaboration des nouvelles structures de réglementation

Compte tenu des défis susmentionnés, il est évident qu'une approche fondamentalement nouvelle s'impose afin de remplir les objectifs réglementaires de protection de la concurrence et des consommateurs sans ralentir les progrès sociaux et économiques. Au moment de repenser la réglementation pour l'adapter à l'ère numérique, les pouvoirs publics devraient adopter une approche rigoureuse fondée sur des principes, en tenant compte de ce qui suit.

1. UN CONTEXTE RÉGLEMENTAIRE NON INTRUSIF FAVORISE L'INNOVATION

Lorsqu'il est question d'évaluer la meilleure approche pour le Canada, il est intéressant de voir ce qui se passe ailleurs pour se faire une meilleure idée. La position de chef de file mondial des entreprises américaines dans ce secteur est indéniable. Le contexte juridique et réglementaire non intrusif qui est propre aux États-Unis a créé un environnement qui a permis l'éclosion d'entreprises telles que

Google, Apple et Facebook, pour n'en nommer que quelques-unes. Cette approche n'est pas le seul fruit du hasard; dans son document (en anglais) intitulé « *Framework for Global Electronic Commerce* » qu'elle a publié en 1997, l'administration Clinton encourageait directement l'autoréglementation de l'industrie et une intervention gouvernementale limitée. Cette administration a également adopté plusieurs lois importantes : 1) la loi intitulée *Communications Decency Act* (en particulier l'article 230, qui accorde aux entreprises fondées sur Internet l'immunité contre toute responsabilité liée au contenu); 2) la loi intitulée *Digital Millennium Copyright Act*, qui rétablit l'équilibre entre les intérêts des titulaires de droits d'auteur et les entreprises fondées sur Internet; et 3) la loi intitulée *Online Copyright Infringement Liability Limitations Act*, qui offre des mesures de protection aux entreprises faisant du commerce sur Internet.

Le contexte américain marque un écart important par rapport aux régimes très interventionnistes de l'Europe et de l'Asie. L'absence de chefs de file mondiaux en provenance de ces régions du monde n'est pas une coïncidence. Si le Canada a vraiment l'intention de promouvoir la croissance novatrice dans le domaine de l'économie numérique et dans les secteurs tels que l'intelligence artificielle, il aurait intérêt à s'inspirer davantage de l'approche adoptée aux États-Unis et à se tenir loin des modèles européens et asiatiques.

2. LE MARCHÉ NUMÉRIQUE S'AUTODISCIPLINE

Il convient également de se rappeler que la punition infligée par les utilisateurs suivant un manquement peut avoir d'immenses conséquences sur le plan financier et permettre de régler des problèmes plus rapidement et plus efficacement que toute mesure adoptée par un organisme de réglementation. Une mauvaise conduite est souvent plus rapidement et efficacement punie par le marché numérique que par les organismes de réglementation. On se rappellera l'impact financier défavorable de la vidéo sur YouTube montrant un passager aérien en sang qui

est sorti de force d'un avion ou encore de détaillants qui se font voler les données des cartes de crédit de leurs clients. La perte de valeur de plusieurs milliards de dollars que Facebook a accusée en quelques jours seulement à la suite de l'annonce d'atteintes à la protection des données récemment a eu beaucoup plus d'impact sur la société que toute action gouvernementale prise à l'encontre de celle-ci.

3. LES INTÉRÊTS DES ENTREPRISES EXISTANTES ET LE STATU QUO RÉGLEMENTAIRE ANNULENT LES GAINS POUVANT ÊTRE TIRÉS DE L'INNOVATION

Lorsqu'elles font des recommandations, les entreprises établies et existantes tiennent souvent compte, et cela est tout naturel, de leur propre intérêt plutôt que d'objectifs sociaux plus larges, et leur collaboration étroite à tout processus de conception réglementaire peut fausser les résultats de ce processus et avoir des conséquences sociales et économiques qui ne sont pas optimales. Bien qu'il soit inévitable que les bouleversements causés par l'innovation sur le marché soulèvent des problèmes de transition importants, l'opinion des entreprises établies et existantes ne doit pas détourner notre attention de facteurs plus fondamentaux. L'économie numérique fondée sur Internet constitue un moyen extrêmement efficace de concilier l'offre et la demande pour des biens et des services, et les fournisseurs et intermédiaires moins efficaces seront écartés. Il sera sans doute nécessaire de tenir compte de ceux qui sont touchés par cette transition, mais le processus en soi ne doit pas être considéré comme un changement négatif, mais plutôt comme une occasion de créer de la nouvelle prospérité.

De plus, lorsque les décideurs cherchent à tirer parti de l'expertise des organismes de réglementation existants, ils doivent garder à l'esprit que ceux-ci pourraient ne pas être enthousiastes à l'idée d'apporter des changements radicaux aux approches qu'ils ont adoptées par le passé ni disposés à se départir de leurs pouvoirs, ce qui crée

un risque de « statu quo » réglementaire. Il est peu probable que la meilleure façon de concevoir un cadre réglementaire approprié pour une nouvelle réalité économique comprenne l'adaptation laborieuse d'un modèle institutionnel existant qui est susceptible de refléter des décennies de sa propre inertie et son lot de préjugés; les décideurs devraient plutôt recommencer à zéro en se fondant sur de nouveaux principes et en ayant à l'esprit des objectifs précis et clairs.

4. LES RETARDS INJUSTIFIÉS FREINENT LES OCCASIONS D'INNOVATION

Tout comme le *statu quo* réglementaire et le maintien des institutions en place, un simple retard est également susceptible de provoquer la perte d'occasions que présente l'économie numérique. Au lieu d'adopter une approche attentiste, graduelle et expérimentale, ce qui crée de l'incertitude pour les innovateurs et les oblige à attendre des précisions ou à se tourner vers d'autres territoires, les décideurs devraient plutôt agir avec conviction lorsque cela est possible et créer des environnements sûrs pour les nouveaux modèles d'entreprise rendus possibles par l'évolution technologique. Les éternelles rondes de consultation et les mises en application incohérentes et sporadiques peuvent faire en sorte que les fruits de l'innovation soient tués dans l'œuf.

Lignes directrices pour la réglementation à l'ère numérique

Compte tenu des principes examinés précédemment, nous proposons les recommandations suivantes afin d'aider les pouvoirs publics à élaborer nos nouveaux cadres réglementaires pour le contexte numérique.

1. ÉVALUER LES MODÈLES EXISTANTS

Afin de favoriser de façon optimale la protection des consommateurs et l'innovation, la première étape essentielle consiste à réévaluer la raison d'être de bon nombre de nos organismes de réglementation existants, soit procéder à un audit de *pertinence*. Quels étaient les objectifs sociaux ou les lacunes du marché qui ont mené à leur création? Est-ce que le problème subsiste? Est-ce que le recours aux institutions est encore nécessaire? Dans bon nombre de cas, le besoin de réglementation a disparu complètement, alors que certains faits nouveaux en apparence problématiques peuvent sembler menaçants pour des entreprises existantes, mais ne pas être réellement nuisibles. De plus, même si l'économie numérique engendre des problèmes entièrement nouveaux qui nécessitent l'adoption de nouvelles formes de réglementation, il est important d'examiner attentivement tout problème de la sorte et d'en arriver à une compréhension de leur nature et de leur importance fondée sur des preuves avant de prendre quelque mesure que ce soit.

À supposer que l'objectif de régulation des marchés ou social demeure valide, la prochaine étape serait de réévaluer comment le problème devrait être réglé, soit de procéder à un audit de *méthodologie*. Est-ce qu'il y a des moyens plus efficaces et moins intrusifs qui pourraient être utilisés pour atteindre les objectifs? Est-ce que l'approche envisagée permettra de régler la question ou est-ce que, à l'instar de la tentative initiale de la FCC des États-Unis de réglementer les drones, cela prendra des années pour l'élaborer et la mettre en application et ultimement régler un problème qui, à ce moment-là, aura alors été en grande partie surpassé par l'innovation technologique?

2. ACCEPTER DAVANTAGE DE RISQUES

La révolution technologique comporte le potentiel de créer de la prospérité et d'améliorer la vie des gens bien plus que tout autre fait nouveau dans l'histoire

récente. Toutefois, ces occasions ne peuvent être entièrement réalisées que si nous sommes prêts à modifier notre cadre réglementaire de façon à tenir compte de la nouvelle donne. Cela nous obligera à délaisser l'approche extrêmement prudente qui a été adoptée jusqu'à présent et à la remplacer par l'acceptation générale d'un degré plus élevé de risque et le jugement des principaux intéressés et des utilisateurs.

Comme nous le mentionnons précédemment, l'une des principales caractéristiques de l'économie numérique réside dans la façon dont elle a profondément supprimé les intermédiaires et accéléré les effets de la rétroaction du marché. Ces caractéristiques confèrent à l'économie numérique et à ses participants la capacité inédite de s'autocorriger. Si les organismes de réglementation peuvent accepter qu'il en soit ainsi et ne pas succomber à la tentation de régler les problèmes en appliquant des solutions à court terme, il en résultera des bénéfices importants pour les consommateurs, les entreprises et l'économie dans son ensemble. Le fait de ne pas oser adopter une telle approche pourrait, par ailleurs, empêcher le Canada de rivaliser à l'échelle mondiale dans le secteur de l'économie numérique et, par conséquent, nous exposer au risque d'être laissés pour compte.

3. NE PAS FAIRE DE MICROGESTION

Le dynamisme casse-gueule de l'économie numérique signifie également que les organismes de réglementation doivent apprendre à lâcher prise s'ils veulent être efficaces. Une approche réglementaire traditionnelle fondée sur la surveillance et le contrôle directs ainsi que des règles prescriptives et détaillées ne fonctionnera tout simplement pas dans le contexte numérique. Il sera impossible de tenir les règles à jour sans mettre un frein à l'innovation ou l'interdire carrément. En effet, personne ne pourrait espérer concevoir un code de la route efficace si la vitesse maximale des nouvelles voitures doublait tous les deux ans. En outre, dans un environnement numérique en constante évolution, il est souvent

C'est seulement en privilégiant la réglementation fondée sur des principes et en choisissant de tolérer des risques supplémentaires bien évalués que nous pourrons créer un contexte permettant de miser sur le potentiel innovateur tout en nous assurant que les valeurs et les intérêts fondamentaux sont suffisamment protégés.

facile de contourner les microrègles au moyen d'innovations, ce qui transforme celles-ci en sources d'inefficacité inutiles.

Le contrôle de l'économie numérique devrait plutôt reposer sur des principes généraux dont l'application peut être souple et adaptée au contexte, plutôt que sur des règles précises qui imposent un fardeau supplémentaire sans être réellement efficaces. Les innovateurs ont besoin d'espace pour expérimenter sans avoir à subir inutilement les inconvénients de régimes réglementaires lents et mal outillés qui remettent leurs activités en question. C'est seulement en privilégiant la réglementation fondée sur des principes et en choisissant de tolérer des risques supplémentaires bien évalués que nous pourrons créer un contexte permettant de miser sur le potentiel innovateur tout en nous assurant que les valeurs et les intérêts fondamentaux sont suffisamment protégés.

4. FAIRE PREUVE DE SOUPLESSE

Le rythme auquel l'économie numérique évolue nous oblige également à adopter une approche très souple en matière de réglementation. Les institutions doivent être conçues d'une manière qui leur permet de réagir facilement aux nouvelles questions et aux nouveaux défis (presque) au même rythme que les innovations dans le domaine numérique.

À cette fin, il convient d'éviter le *statu quo* institutionnel, réglementaire et juridique. Le processus de modification législatif et réglementaire est long et laborieux, et les résultats de celui-ci peuvent être difficiles à changer une fois qu'ils ont pris racine. Il faudrait, autant que possible, utiliser moins d'outils formels et favoriser une plus grande capacité d'adaptation réglementaire, compte tenu des changements sans aucun doute importants qui sont attendus à l'avenir à l'égard de l'économie numérique. Bien que cette situation ait inévitablement pour effet d'aller quelque peu à l'encontre du désir inné de prévisibilité, une approche souple, combinée à un haut niveau de transparence, de consultation et d'obligation de reddition de comptes, donnera de meilleurs résultats qu'une approche bureaucratique lente et souvent opaque.

5. ÉQUILIBRE COÛTS-BÉNÉFICES

Même lorsqu'une certaine forme de réglementation de l'économie numérique est jugée nécessaire, par exemple pour des raisons de santé et de sécurité publiques, la nature et la portée de cette réglementation, de même que les moyens mis en œuvre pour administrer celle-ci, doivent être soigneusement examinées. Dans tous les cas, les préjudices perçus que la réglementation vise à régler doivent être mis en balance avec les risques de conséquences négatives fortuites et l'effet dissuasif sur l'innovation découlant de la mise sur pied précipitée d'organismes de réglementation ou d'une intervention bâclée.

6. AGIR EN TEMPS OPPORTUN

Une réglementation qui est audacieuse et adaptable, mais qui est malavisée et qui ne tient pas compte du contexte, ne peut espérer produire de bons résultats. Le contexte devrait faire l'objet d'un suivi attentif, et des révisions devraient être effectuées au besoin. Toutefois, la surveillance et la consultation ne devraient pas retarder indûment les processus de réforme réglementaire ou la mise en place d'institutions et, par le fait même, mettre en péril les gains pouvant être tirés de l'innovation. Les décideurs devraient plutôt agir avec audace, en tenant compte de la meilleure information qui est mise à leur disposition au moment en cause, tout en limitant leur intervention à l'essentiel et en étant prêts à tout moment à apporter les correctifs nécessaires.

7. CONSIDÉRER LE GOUVERNEMENT COMME UN FACILITATEUR, ET NON COMME UN CONTRÔLEUR

La prolifération rapide des développements technologiques représente une occasion pour le gouvernement de repenser son rôle en matière d'innovation en cherchant à favoriser la croissance plutôt qu'à la freiner. Par exemple, la nouvelle directive relative aux services de paiement au Royaume-Uni qui, depuis janvier 2018, oblige toutes les banques à fournir aux fournisseurs tiers l'accès au compte de leurs clients au moyen d'interfaces de programmation d'applications ouvertes, facilite l'innovation en permettant aux sociétés, notamment aux entreprises de technologie financière, de développer des services financiers qui viennent s'appuyer sur les données et les infrastructures bancaires.

Le Canada est un petit pays ouvert dont la capacité de réussite est tributaire de politiques qui favorisent l'entrepreneuriat et l'innovation. Les politiques de cette nature entrent parfois en conflit avec notre approche prudente en matière de réglementation, le gouvernement cherchant, d'une part, à favoriser l'innovation, tout en continuant d'imposer, d'autre

part, un lourd fardeau réglementaire. Cependant, le gain immense pouvant découler d'une économie numérique vigoureuse, jumelé à la capacité de celle-ci de s'autoréglementer, offre une occasion parfaite de tenter de trouver un nouveau mode de soutien qui permet d'exploiter son plein potentiel.

Une approche de la réglementation optimiste, souple et fondée sur des principes favorisera une culture de l'innovation et donnera à tous les paliers de gouvernement les outils nécessaires pour favoriser cette croissance. Les technologies numériques offrent aux gouvernements l'occasion de déléguer des pouvoirs aux citoyens et d'améliorer l'accès aux marchés, aux services et aux infrastructures. Si nous avions ne serait-ce que la moitié d'une telle réglementation et au moins deux fois plus de formation, qui sait ce que nous pourrions accomplir?

inévitables du marché et les changements sociaux qu'elle entraîne sont, et demeureront, considérables. Les nouveaux défis auxquels les politiciens et les pouvoirs publics devront faire face seront immenses, tout comme la tentation de recourir aux anciennes approches pour les relever. Donner à la société les moyens de tirer le maximum d'avantages de ces avancées prendra du courage et de la discipline : le courage de résister à la tentation d'appliquer des solutions à court terme dictées par l'opportunisme politique et la discipline de ne pas déroger aux principes fondamentaux qui s'appliquent à ce secteur.

Le mot de la fin

Peu importe qu'on l'appelle ou non la « quatrième révolution industrielle », on ne saurait surestimer l'importance de l'économie numérique à l'heure actuelle et dans l'avenir. Les bouleversements

À PROPOS DE L'AUTEUR

**George N.
Addy**



George Addy est un associé principal au sein de Davies et il est à la tête du groupe de pratique Concurrence, lois antitrust et examen de l'investissement étranger. Il était auparavant vice-président directeur chez Telus, au moment où la société s'est lancée dans la course comme fournisseur de services de télécommunications et de données à l'échelle nationale. Il a en outre été un haut fonctionnaire fédéral alors qu'il dirigeait le Bureau de la concurrence. Tout au long de sa carrière, il a eu un intérêt marqué pour la réglementation et le secteur de la technologie.

MONTRÉAL

1501, avenue McGill College, 26^e étage
Montréal, QC Canada
H3A 3N9
514.841.6400

TORONTO

155 Wellington Street West
Toronto ON Canada
M5V 3J7
416.863.0900

NEW YORK

900 Third Avenue, 24th floor
New York NY U.S.A. 10022
212.588.5500