

Prédiction algorithmique :
enjeux en termes de protection
du consommateur et de la
concurrence

*Les enseignements de la pratique
décisionnelle de la Federal Trade
Commission américaine*

Frédéric MARTY
CNRS – UMR 7321 GREDEG
Chercheur associé CIRANO

CONFÉRENCE CIRANO, MONTRÉAL, 16 NOVEMBRE 2022



L'avantage lié aux données dans une économie basée sur les algorithmes

- Contrôler des flux de données massifs, diversifiés et en renouvellement constant peut donner un avantage sur les concurrents et sur les consommateurs
 - Problèmes en termes de contestabilité et de loyauté de la concurrence
- Quels impacts sur le consommateur et les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation numérique ou concurrentes ?
- Quels remèdes ?
 - Enseignements de la pratique décisionnelle de la FTC
 - Un contexte particulier : le *New Brandeis Movement* (présidence de Lina Khan)
 - Un outil juridique : la Section 5 du FTC act relative *aux unfair and deceptive commercial practices* (Statement novembre 2022)

Structure

- I. La protection du consommateur face au risque de manipulations algorithmiques basées sur l'accès aux données
 - A. Limites du modèle information / consentement
 - B. Enseignements tirés de la pratique décisionnelle de la FTC en matière de protection du consommateur

- II. De la manipulation du consommateur à la distorsion de concurrence
 - A. D'une information biaisée ou tronquée à un avantage concurrentiel
 - B. Analyse des remèdes concurrentiels mis en œuvre par la FTC

Comment protéger le consommateur des risques de manipulations algorithmiques ? (1/2)

- Différentes sources de données : identification, observation du comportement, déduction
 - Croisement avec des données provenant de tiers (courtiers en données)
 - Gains d'efficacité (appariement, etc...) mais
- Possibilités « augmentées » de microciblage en ligne (publicité) et de manipulations algorithmiques
 - Architectures de choix biaisées / *Dark Patterns*
 - *Bad Nudges & Bad Sludges*
 - *Augmented Dark Patterns : hyper-nudging* (Yeung, 2017)
 - Personnalisation et ajustement en temps réel des offres et des recommandations
 - Opacité liée au foisonnement des prix en ligne, à la personnalisation et aux possibles *dark patterns*

Comment protéger le consommateur des risques de manipulations algorithmiques ? (1/2)

- Effets des *Dark Patterns* sur les consommateurs et capacités de ces derniers à les détecter
 - Mai 2022: rapport de Lupiáñez-Villanueva et al. pour la Commission européenne : détection difficile et pratiques s'inscrivant dans une zone grise
 - 2021: Luguri et Strahilevitz dans le *Journal of Legal Analysis* : problème des *mild dark patterns*
- Le modèle information / consentement est-il suffisant pour prévenir les risques pour le consommateur ?
- La personnalisation est porteuse en même temps de gains d'efficience
- La détection et la sanction de stratégies dommageables de la part des firmes sont difficiles mais les effets sur les consommateurs significatifs
 - Risques pourtant significatifs pour les consommateurs – décisions hautement conséquentes mais hors du périmètres des différents projets de régulation de l'IA (projet de Règlement IA Commission européenne, avril 2021)
 - Biais décisionnels des consommateurs / myopie : gains immédiats v. dommages potentiels, futurs et peu attribuables
 - Dommages sur des marchés tiers
 - Vulnérabilités différenciées

Les enseignements de la pratique décisionnelle de la FTC (1/3)

- Quatre risques pour les consommateurs identifiés par la FTC : manipulation, discrimination, exploitation, exclusion des services numériques (Levine, 2022)
 - *Weaponization* des données collectées à l'encontre du consommateur
 - Réduction de l'éventail des choix et manipulation des comportements en ligne (de Marcellis-Warin et al., 2022)
 - Effets du microciblage / assuétudes (FTC, septembre 2020)
 - Exploitation de l'avantage informationnel (discrimination tarifaire, versioning)
 - Conditions d'accès dégradées au marché (marchés du crédit ou de l'assurance par exemple)
- Information et consentement insuffisants ?
 - *Take it or leave it*
 - Surcharge informationnelle, biais décisionnels (myopie...)
 - Différence *opt in / opt out* (voir décision Apple ATT – Autorité de la concurrence, mars 2021)
 - Conditions de collecte et de traitement changeantes dans le temps... impossibilité du suivi

Les enseignements de la pratique décisionnelle de la FTC (2/3)

- Les limites de la transparence, l'impossibilité d'évaluer les risques et la coercition *de facto* permettent de mobiliser la Section 5 du FTC Act de 1914 relative aux *unfair and deceptive commercial practices*
 - Complémentarité avec la Section 2 du Sherman Act de 1890 (lien DMA / règles de concurrence) – *Policy Statement*, 10 novembre 2022
- Que faire quand le consommateur subit un préjudice lié à un algorithme entraîné avec des données indûment collectées?
 - Suppression des données (FTC / Hyperbeard, juin 2020)
 - Indemnisation des consommateurs (FTC / Flo Health, juin 2021)
 - Destruction des algorithmes (FTC / Everalbum, mai 2021)

Les enseignements de la pratique décisionnelle de la FTC (3/3)

- Lecture en termes d' « abus d'exploitation » :
 - Extraction excessive de données
 - Dégradation progressive de la qualité
 - Tromperie sur une revente de données à des tiers (FTC / Twitter, mai 2022)

De la manipulation du consommateur à la distorsion de concurrence

- *Deception distorts competition* – opinion dissidente de Rohit Chopra (FTC / Zoom, février 2021)
- Trier le bon grain de l'ivraie
 - L'orientation des choix peut générer des gains d'efficacité (limitation des coûts de transaction, meilleur appariement, paternalisme libéral, mérites intrinsèques de la discrimination en matière économique...)
- Double problème
 - Les algorithmes ne sont pas tous bénévoles
 - L'efficacité n'est pas le seul critère : souveraineté du consommateur, des complémentaires,... : contestabilité et loyauté (cf. DMA européen, octobre 2022)
- Prise en compte des effets de la manipulation des préférences sur le marché des biens et services et sur le marché des idées – bulles de filtre et pluralisme de l'information
- Effets des stratégies trompeuses sur la dynamique des marchés (effet à long terme des stratégies surtout quand elles sont mises en œuvre en phase de décollage d'un marché, notamment dans le numérique – voir FTC / Zoom)

Quels remèdes concurrentiels ? Retours d'expériences de la FTC

- Identifier les pratiques, les prévenir, rétablir les conditions de la concurrence (Brandeis, opinion dissidente, FTC v Graz, US Supreme Court, 1920)
- La cessation des pratiques (FTC / Zoom, février 2021) suffit-elle ? La faute est-elle lucrative ?
- Faut-il passer à des *radical restorative remedies* (Gal et Petit, 2021)?
 - Partage des algorithmes, suspension provisoire de services, compensation financière)
 - FTC : injonction à annuler les pratiques et neutralisation de l'avantage indument acquis
 - Parallèle UE (DMA, octobre 2022)
- FTC / Twitter mai 2022
 - Amende de 150 millions
 - Cessation des pratiques
 - Programmes de conformité – logique de régulation procédurale (Kirat et Marty, 2015)

Des remèdes peu effectifs ?

- Critiques de Rohit Chopra sur la décision FTC / Facebook de juillet 2019 (opinion dissidente)
 - *Slap on the wrist*
 - *Cost of doing business*
- Pénalité financière : Facebook (5 milliards \$- 9% des revenus annuels) – Twitter (150 millions – 3% des revenus annuels)
- Exemplarité de la pratique décisionnelle : Twitter cesse ses extractions excessives de données après la décision Facebook
 - Logique de conformité, pression des investisseurs (cf. Twitter, opinion convergente Wilson et Phillips, 2022)
- Question déterminante au-delà de la cessation des pratiques du prononcé de remèdes permettant de « neutraliser » l'avantage compétitif indûment acquis
 - Logiques préventives et curatives (Section 5 FTC Act / Section 2 Sherman Act)

Modèle économique Twitter (annexe)

Monétisation des données relatives aux utilisateurs

- Valorisation publicitaire
 - Tweets sponsorisés
 - Comptes suggérés
 - Tendances personnalisées
- Audiences personnalisées
 - Vente des numéros de cellulaire et des adresses de courriels à des courtiers en données à des fins de croisement