

# Europe – États-Unis : La convergence n'est pas pour tout de suite

Par Joëlle TOLEDANO

Université Paris-Dauphine, Académie des Technologies,  
Conseil national du numérique et Anfr

L'espoir d'une convergence des politiques publiques américaines et européennes pour mieux encadrer le pouvoir des grands acteurs du numérique ? Après une comparaison rapide des initiatives européenne et américaine sur le numérique, l'article montre que les projets américains s'inscrivent dans une perspective nationale plus vaste d'une remise en cause de l'application du droit de la concurrence.

L'espoir d'une convergence des politiques publiques américaines et européennes pour mieux encadrer le pouvoir des grands acteurs du numérique, appelés GAFA (ou GAFAM pour les entreprises américaines Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft) par les Français et *Big Tech* par les Américains est-il fondé ? Le doute est permis à court terme. Certes, la présidence Biden a pris des initiatives en ce sens et certains projets de loi actuellement en débat au Congrès américain pourraient être adoptés, plutôt après les élections de mi-mandat. Toutefois, ces projets se heurtent non seulement à l'opposition prévisible des acteurs concernés, mais surtout à tout un système institutionnel – tribunaux jusqu'à la Cour suprême – qui depuis quelques dizaines années considère souvent que le « laisser-faire » serait la forme la plus efficace de préservation de l'intérêt des consommateurs. D'où la nécessité que des lois et des dispositions budgétaires qui vont au-delà du seul numérique soient également votées. Pour l'instant, malgré l'existence d'un puissant mouvement d'idées s'appuyant sur des travaux académiques et des relais d'opinion efficaces, le succès n'est pas garanti.

Après une comparaison rapide des initiatives européenne et américaine sur le numérique, nous verrons que les projets américains s'inscrivent dans une perspective nationale plus vaste d'une remise en cause de l'application du droit de la concurrence.

## COMMENT ENCADRER LA PUISSANCE DES *BIG TECH* ?

Les diagnostics, tant en termes de verrouillage de la concurrence que de règles inéquitables imposées aux utilisateurs des écosystèmes de ces acteurs, ont convergé fin 2020. Aux États-Unis, le rapport “Cicilline” de la Chambre des représentants, publié fin 2020, sur les pratiques de Google, Amazon, Facebook et Apple, ainsi que les procédures *antitrust* lancées à l'encontre de Google et Facebook s'inscrivaient dans le prolongement des analyses et des contentieux européens (Namur et Toledano, 2021).

Fin 2020, la Commission européenne a proposé deux projets de règlements destinés à harmoniser les législations nationales sur le numérique. D'une part, le “Digital Markets Act” (DMA) vise à limiter les effets de la domination des plus grandes plateformes, qualifiées de « contrôleurs d'accès », en encadrant leurs activités ; d'autre part, le “Digital Services

Act” (DSA) vise à freiner la propagation en ligne de contenus dangereux (haineux, pédopornographiques...) et de produits illicites.

Aux États-Unis, plusieurs projets de lois ont été déposés, d’abord à la Chambre des représentants, puis au Sénat. En juin 2021, la Commission des lois de la Chambre des représentants avait voté six textes, les quatre premiers relatifs à un encadrement spécifique des pratiques concurrentielles des plus grands acteurs du numérique, les deux derniers destinés à faciliter le travail des autorités fédérales et des autorités publiques locales de concurrence.

Au niveau concurrentiel, le “American Innovation and Choice Online Act” interdirait aux plateformes dominantes de pratiquer une discrimination anticoncurrentielle, de pratiquer l’auto-préférence ; le “Ending Platform Monopolies Act” rendrait possible le démantèlement ou la séparation de certaines parties des entreprises ; le “Platform Competition and Opportunity Act” empêcherait les fusions et acquisitions les plus problématiques ; et le “Access Act” aiderait les utilisateurs à transférer leurs données, en assurant l’interopérabilité entre les réseaux ou les plateformes.

Par ailleurs, le “Merger Filing Fee Modernization Act” permettrait d’augmenter les taxes payées par les entreprises en cas de fusion au profit des agences d’application de la loi *antitrust* ; le “State Antitrust Enforcement Venue Act” autoriserait les procureurs généraux des États à rester dans le tribunal de leur choix lorsqu’ils intentent une poursuite *antitrust* fédérale, sans subir le déplacement d’une affaire vers un lieu plus favorable au défenseur.

Seuls les premiers, approuvés par le comité des lois du Sénat, et les dernier projets semblent bénéficier d’une démarche bipartisane, condition nécessaire pour espérer leur adoption. Un texte plus récent pourrait s’inscrire dans cette tendance : le “Open App Markets Act” établit des règles déverrouillant le contrôle total exercé par les grands magasins d’applications (plus de 50 millions d’utilisateurs). Son approbation par le comité des lois du Sénat en février 2022 a surpris par son ampleur (20 voix contre 2) malgré une campagne de *lobbying* intense (Ryan, 2022).

Comme le DMA européen, les deux projets “American Innovation and Choice Online Act” et “Open App Markets App” cherchent à dynamiser la concurrence sur les marchés numériques, et s’appliqueraient à un nombre très limité d’acteurs. Ironie de l’histoire, les *lobbies* représentant ces entreprises géantes et même trente sénateurs se plaignent de critères d’application retenus par la Commission qui ménageraient trop les plus petits acteurs, notamment européens<sup>1</sup>. Une importante comparaison des deux démarches, réalisée par un groupe d’experts originaires des deux côtés de l’Atlantique (Schnitzer *et al.*, 2021), conclut en particulier à la nécessité d’une plus grande articulation des textes débattus en Europe et aux États-Unis pour les rendre plus efficaces.

Sur la régulation des contenus des réseaux sociaux, aucune convergence n’avait encore été trouvée entre des positions démocrates et républicaines diamétralement opposées. Mais les révélations de la lanceuse d’alerte Francès Haugen et des surnommés *Facebook Files* ont fait bouger les lignes (Kelly, 2022). Le “Social Media NUDGE Act” représente ainsi une évolution significative d’une démarche bipartisane en abordant le sujet sous l’angle technologique. Ce projet contourne le cœur des désaccords, à savoir l’évolution du fameux article 230<sup>2</sup>, qui exonère les plateformes de leur responsabilité sur les contenus, les laisse fixer leurs propres règles d’utilisation et limite la capacité d’action des autorités

<sup>1</sup> Cf. lettre au président des États-Unis, [https://delbene.house.gov/uploadedfiles/eu\\_digital\\_markets\\_act\\_letter.pdf](https://delbene.house.gov/uploadedfiles/eu_digital_markets_act_letter.pdf)

<sup>2</sup> Entre 2019 et 2020, 26 projets de lois ont cherché à amender l’immunité conférée par l’article 230 (Brannon, Holmes, 2021).

politiques au nom de la liberté constitutionnelle d'expression. Il charge l'autorité administrative en charge de la consommation et de la concurrence (la FTC) d'identifier, avec l'aide des Académies des sciences, des techniques et de la médecine, des interventions indépendantes du contenu, réduisant les méfaits de l'amplification algorithmique et de l'addiction aux médias sociaux.

Il existe là aussi un parallèle entre ce projet de loi et le DSA européen, même si les démarches sont très différentes. Alors que le DSA conditionne la préservation de l'irresponsabilité des plateformes en présence de contenus et de pratiques illicites au respect d'obligations luttant contre, *via* la mise en place d'une modération adaptée et de contrôles transparents, le projet américain s'attaque aux algorithmes au cœur du modèle économique de ces acteurs.

Malgré ces avancées, de nombreux observateurs sont sceptiques sur un éventuel vote des projets américains avant les élections de novembre 2022 (Piquard, 2022 ; Scott, 2022). Un début de convergence entre les deux rives de l'Atlantique attendra encore. Cependant, la démarche bipartisane, exceptionnelle ces dernières années, est soutenue par les Américains majoritairement convaincus que les *Big Tech* doivent être régulés (Pew, 2021). Mais cette régulation peut difficilement être déconnectée de la question du pouvoir de marché acquis par un nombre limité d'entreprises dans une très grande partie de l'économie. Quelle effectivité espérer de textes ciblés sur le numérique dans un environnement juridique et institutionnel américain qui ne changerait pas ?

## LES ÉTATS-UNIS VONT-ILS FAIRE ÉVOLUER LEURS LOIS *ANTITRUST* ?

Le projet numérique américain s'inscrit dans celui plus vaste de la nouvelle administration de promotion de la concurrence. Lors d'un discours accompagnant la signature en juillet 2021 d'un décret<sup>3</sup> destiné notamment à « promouvoir la concurrence dans l'économie américaine », le président Jo Biden déclarait : « Ce que nous avons vu au cours des dernières décennies, c'est moins de concurrence et plus de concentration qui freine notre économie. Nous le voyons dans la *big agriculture*, la *big tech*, la *big pharma*. Et la liste est longue. Plutôt que de se battre pour les consommateurs, elles absorbent leurs concurrents. Plutôt que de se battre pour les travailleurs, elles trouvent des moyens de prendre le dessus sur la main-d'œuvre. Et trop souvent, le gouvernement a en fait rendu plus difficile pour les nouvelles entreprises de percer et de rivaliser » (Biden, 2021).

Depuis novembre 2020, les décisions destinées à faire évoluer la politique de concurrence vont bien au-delà des seuls marchés numériques. Le trio de juristes composé de Tim Wu, conseiller du président des États-Unis pour la technologie et la concurrence – entre autres, père de la neutralité du Net –, Lina Khan, présidente de la FTC – connue en particulier pour ses travaux sur Amazon –, et Jonathan Kanter, le responsable expérimenté de la division *antitrust* au ministère de la Justice – qui a travaillé en soutien d'adversaires ou concurrents des GAFA dont Google –, est clairement constitué de grands connaisseurs du numérique.

Les deux premiers font aussi partie des plus réformateurs de la politique de concurrence, qualifiés de « populistes » par Carl Shapiro ou de tenants de transformation par Bill Kovacic (Shapiro, 2021 ; Kovacic, 2021) ; les positions du dernier ne seraient pas éloignées de celles des deux premiers<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> «Executive order promoting competition in the American economy», July 09, 2021.

<sup>4</sup> Pour Kanter, voir par exemple Wikipédia ou le *New York Times* : <https://www.nytimes.com/2021/10/06/technology/biden-jonathan-kanter-big-tech.html>

Kovacic et Shapiro, respectivement juriste et économiste et tous deux observateurs très avertis, décrivent les tenants et aboutissants du grand débat sur la politique de concurrence en cours aux États-Unis. Leurs articles proposent des classifications similaires pour décrire des groupes dont les analyses et propositions sur le futur de l'*antitrust* sont différentes. Kovacic identifie trois groupes, les traditionalistes<sup>5</sup>, les expansionnistes et les tenants de la réforme – qualifiée ailleurs de radicale –, alors que Shapiro évoque les tenants de l'école de Chicago, les modernes et les populistes (ou néo-brandésiens). Shapiro se classe parmi les modernes, seuls à même de « protéger et promouvoir la concurrence en utilisant les meilleures et plus récentes théories et preuves économiques », tout en soutenant une alliance avec les populistes. Celle-ci trouve sa traduction dans le rapport programmatique de novembre 2020, « Rétablir la concurrence aux États-Unis ». Co-signé entre autres par Tim Wu et Carl Shapiro, il se présente comme un cadre pour la nouvelle présidence Biden (Baer *et al.*, 2020), et inspire visiblement la politique mise en œuvre depuis.

C'est le cas du décret visant à impulser dans de nombreux secteurs une politique pro-concurrentielle (note 5), puis des deux mesures successives concernant les lignes directrices en matière de fusion : dans un premier temps, retrait en septembre 2021 des lignes directrices datant de l'année précédente sur les fusions verticales<sup>6</sup>. Ces fusions, contrairement aux fusions horizontales, ont bénéficié d'*a priori* favorables repris dans ces lignes directrices alors qu'ils sont remis en cause par les travaux d'économie industrielle (Shapiro, 2021). En janvier 2022, une nouvelle consultation publique sur les fusions est lancée. Elle concerne non seulement les fusions verticales, mais aussi les questions du marché du travail, des acquisitions des entreprises de taille réduite, etc.<sup>7</sup>.

La même filiation se retrouve dans les actions menées sur le marché du travail contre les clauses abusives de non-concurrence ou de non-débauchage, ainsi que l'amélioration des conditions imposées aux travailleurs de la *gig economy*, payés à la tâche par de nombreuses plateformes du Net (Bloomberg, 2022).

Le projet de loi "Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act", soutenu pour l'instant par les seuls démocrates, et présent dans le rapport programmatique, est un élément clef du dispositif et pallierait l'insuffisance de l'*enforcement* (l'application effective de la loi) visant à lutter contre le « laisser-faire » que critique Shapiro (2021). Il s'agirait en particulier d'augmenter sensiblement les budgets de l'*antitrust* (FTC et DOJ – Department of Justice)<sup>8</sup>, d'interdire les fusions susceptibles de réduire la concurrence « au-delà d'un seuil minimal » et d'inverser la charge de la preuve, les entreprises devant justifier le bien-fondé d'une telle fusion devant les tribunaux. De plus, le texte permettrait de dissuader des comportements d'exclusion des entreprises dominantes, aujourd'hui protégées par des interprétations favorables de nombreux tribunaux, voire même par la Cour suprême qui apparaît comme un tenant du « laisser-faire ». Shapiro (2021) considère d'ailleurs que cette loi est rendue nécessaire par la position « non coopérative » des tribunaux qui n'intègrent pas les connaissances acquises ces trente dernières années<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Kovacic considère que les traditionalistes ont des pratiques qui ne se résument pas à l'école de Chicago, et intègre des apports de l'école de Harvard.

<sup>6</sup> <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/09/federal-trade-commission-withdraws-vertical-merger-guidelines>

<sup>7</sup> <https://www.ftc.gov/policy/studies/submit-comment-merger-enforcement-request-information>

<sup>8</sup> Qui ont stagné alors que le PIB et les opérations de fusion augmentaient.

<sup>9</sup> Shapiro p. 34 (2021) : "Our antitrust statutes are general enough and flexible enough to accommodate the changes necessary to fix antitrust, if the courts cooperate".

## LA CONVERGENCE N'EST PAS POUR TOUT DE SUITE

Comment finira ce mouvement de fond ? Des républicains se joindront-ils aux démocrates pour modifier substantiellement les lois *antitrust* ? C'est possible, mais s'agira-t-il juste de mesures limitant le pouvoir des grandes plateformes numériques ?

Les difficultés rencontrées par la présidente de la FTC et décrites avec une certaine ironie par la commissaire Wilson (2022) mettent en évidence les limites des pouvoirs de l'institution et l'insuffisance des moyens pour mener à bien le programme annoncé. Certes, les procédures engagées à l'encontre de Google par le DOJ et de Facebook par la FTC continuent. Mais elles nécessitent des moyens tels que la FTC ne semble pas encore en mesure de déclencher une plainte contre Amazon.

Au final, l'évolution du droit de la concurrence tel qu'il est souhaité et envisagé par un mouvement important ira peut-être très au-delà des évolutions envisagées en Europe pour encadrer le pouvoir des géants du numérique. Mais, à court terme, l'Europe ne pourra compter que sur elle-même...

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

BAER W., BAKER J. B., KADES M., SCOTT MORTON F., ROSE N., SHAPIRO C. & WU T. (2020), "Restoring competition in the United States: A vision for antitrust enforcement for the next administration and Congress", *Washington Center for Equitable Growth*.

BIDEN J. (2021), "Remarks by President Biden at signing of an executive order promoting competition in the American economy", July 09.

BLOOMBERG LAW (2022), "Antitrust regulators continue push to expand gig worker rights", February 22.

BRANNON V. C. & HOLMES E. N. (2021), "Section 230: An Overview", *Congressional Research Service*, R46751, April 07.

KELLY M. (2022), "New algorithm bill could force Facebook to change how the news feed works", *The Verge*, February 10.

KOVACIC W. E. (2020), "The Chicago obsession in the interpretation of US antitrust history", *The University of Chicago Law Review*, 87(2), pp. 459-494.

KOVACIC W. E. (2021), "Root and branch reconstruction: The modern transformation of U.S. antitrust law and policy?", *Antitrust*, 35(3), pp. 46-56.

MAXWELL W. (2020), « Régulation des plateformes : "Européens et Américains convergent sur la nécessité de réforme" », *Légipresse* n°383, juin.

NAMUR D. & TOLEDANO J. (2021), « La crise a-t-elle renforcé les GAFAM ? », *Enjeux numériques*, n°14, juin, pp. 101-105.

PEW RESEARCH CENTER (2021), "56% of Americans support more regulation of major technology companies", <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/07/20/56-of-americans-support-more-regulation-of-major-technology-companies/>

PIQUARD A. (2022), « Réguler Google, Apple, Facebook, Amazon et les autres géants du numérique : les États-Unis vont-ils suivre la voie de l'Europe ? », *Le Monde*, 13 janvier.

RYAN T. & HIGGINS T. (2022), "Apple finds itself under scrutiny in Washington's Big Tech clampdown; CEO Tim Cook called senators in vain effort to derail bill targeting Apple's app store", *Wall Street Journal*, February 20.

SCOTT M. (2022), “Can Washington get anything done?”, *Digital Bridge, Politico*, January 13.

SHAPIRO C (2021), “What went wrong and how to fix it”, *Antitrust*, 35(3), Summer.

SCHNITZER M., CRÉMER J., CRAWFORD G. S., DINIELLI D., FLETCHER A., HEIDHUES P. & SEIM K. (2021), “International coherence in digital platform regulation: An economic perspective on the US and EU proposals”, *Digital Regulation Project*, Yale Tobin Center for Economic Policy, Policy Discussion Paper n°5.

WILSON C (2022), “Governing is hard: Antitrust enforcement in the first year of the Biden administration”, Remarks for the Mercatus Antitrust Forum: One Year of Biden Antitrust, US Federal Trade Commission, January 26.