

Université Paris-Panthéon-Assas
Institut de droit comparé
Master 2 Droit comparé des affaires

Sous la direction de Madame le Professeur Marie-Élodie Ancel

2023-2024



La régulation des contrôleurs d'accès (*gatekeepers*) en droit comparé : étude des évolutions normatives aux États-Unis et dans l'Union européenne

Mémoire sous la direction de Monsieur le professeur Convert

Tom Dulau

Séjour de recherche à la faculté de droit de Harvard

Avertissement préliminaire

L'Université Paris-Panthéon-Assas et la faculté de droit de Harvard n'entendent donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

« Nous sommes un marché de 450 millions de consommateurs, l'un des plus grands au monde, une fois et demi supérieur au marché américain. Tout le monde veut y être et nous sommes ouverts, mais à nos conditions. »

Thierry Breton, Commissaire européen chargé du marché intérieur

Remerciements

Je souhaiterais tout d'abord remercier Monsieur le Professeur Convert d'avoir accepté de superviser la rédaction de ce mémoire et de m'avoir éclairé de ses précieux conseils.

Je voudrais aussi remercier Madame le professeur Ancel de m'avoir admis au sein de cette promotion du Master 2 Droit comparé des affaires m'ayant ainsi donné l'opportunité d'effectuer ce séjour de recherche à l'étranger.

Enfin, je tiens à remercier mes parents pour leur accompagnement et leur soutien au cours de ces cinq années de parcours universitaire.

Table des abréviations

<i>Antitrust Bull.</i>	<i>Antitrust Bulletin</i>
<i>Antitrust L.J.</i>	<i>Antitrust Law Journal</i>
<i>Athens J.L.</i>	<i>Athens Journal of Law</i>
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
<i>Bus. Entrepreneurship & Tax L. Rev.</i>	<i>Business, Entrepreneurship & Tax Law Review</i>
Cf.	<i>Confer</i>
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
<i>Colum. Bus. L. Rev.</i>	<i>Columbia Business Law Review</i>
Cong.	Congrès
CRS	<i>Congressional Research Service</i>
<i>Dalloz IP/IT</i>	<i>Revue Dalloz Droit de la propriété intellectuelle et du numérique</i>
Décis.	Décision
<i>Del. J. Corp. L.</i>	<i>Delaware Journal of Corporate Law</i>
DGA	<i>Data Governance Act</i>
DMA	<i>Digital Market Act</i>
DOJ	<i>Department of Justice</i>
DSA	<i>Digital Service Act</i>
<i>ECLIC</i>	<i>EU and Comparative Law Issues and Challenges Series</i>
Éd.	Édition
EEE	Espace économique européen
EU	<i>European Union</i>
<i>Fordham L. Rev.</i>	<i>Fordham Law Review</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
<i>Harv. L. & Pol'y Rev.</i>	<i>Harvard Law & Policy Review</i>
<i>Hastings L.J.</i>	<i>Hastings Law Journal</i>
H.R.	<i>House of Representatives</i>
Ibid.	<i>Ibidem</i>
N°	Numéro

<i>J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judiciary</i>	<i>National Association of Administrative Law Judiciary</i>
<i>NC J. Int'l L.</i>	<i>North Carolina Journal of International Law</i>
NSA	<i>National Security Agency</i>
P.	Page(s)
PDG	Président-directeur général
<i>Rich. J.L. & Tech.</i>	<i>Richmond Journal of Law and Technology</i>
<i>RTD Com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
<i>RTD Eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
S.	<i>Senate</i>
<i>SMU L. Rev.</i>	<i>Southern Methodist University Law Review</i>
SSRN	<i>Social Science Research Network</i>
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>U. Bologna L. Rev.</i>	<i>University of Bologna Law Review</i>
<i>U. Chi. L. Rev.</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
UE	Union européenne
<i>U. Pa. L. Rev.</i>	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
<i>U. Pitt. L. Rev.</i>	<i>University of Pittsburgh Law Review</i>
U.S.	<i>United States</i>
V.	<i>Voyez</i>
<i>Wall St. J.</i>	<i>The Wall Street Journal</i>
<i>Wash. Ctr. For Equitable Growth</i>	<i>Washington Center For Equitable Growth</i>
<i>Yale L.J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>
YARS	<i>Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies</i>

Sommaire

Introduction	8
Partie préliminaire : Évolution à des stades inégaux des différentes régulations aux États-Unis et dans l'Union européenne.....	12
Titre 1 : Les prémices d'une régulation des <i>gatekeepers</i> au sein de l'Union européenne : une initiative audacieuse et encore balbutiante.....	12
Titre 2 : La régulation étatsunienne des <i>Big Tech</i> affaiblie mais en pleine mutation.....	29
Partie 1 : La problématique de l'identification des acteurs à réguler et les difficultés d'une telle régulation.....	42
Titre 1 : Le contrôleur d'accès, notion centrale du règlement sur les marchés numériques	42
Titre 2 : Les <i>Big Tech</i> et les États-Unis : une relation ambiguë freinant leur régulation	49
Titre 3 : Les difficultés de régulation intrinsèques à la nature des contrôleurs d'accès et à leur place au sein de la société des données	52
Partie 2 : Méthodes de régulation des <i>gatekeepers</i> différenciées aux U.S. et dans l'Union européenne : mise en lumière d'approches discordantes (entre intervention <i>ex post</i> et <i>ex ante</i>)	56
Titre 1 : Avantages et inconvénients de chaque approche	56
Titre 2 : Une approche européenne marquée par des interventions <i>ex ante</i>	65
Titre 3 : La méthode étatsunienne caractérisée par une régulation <i>ex post</i> : inventaire des différents projets de lois, actions judiciaires et droit prospectif.....	69
Conclusion.....	79

Introduction

Le droit de la concurrence constitue désormais un sujet d'actualité brûlante, tant au sein de l'Union européenne qu'aux États-Unis. Aussi, après avoir été pendant des décennies une discipline essentiellement technocratique, la politique concurrentielle attire aujourd'hui l'attention des législateurs, de la doctrine et du grand public.

L'un des moteurs de cette tendance a été la montée en puissance d'une poignée de grandes entreprises numériques dont Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft (désignées par l'acronyme GAFAM). Si ces entreprises dites *Big Tech* influent sur la vie quotidienne de milliards de personnes, elles sont également accusées d'avoir obtenu et consolidé des positions dominantes au sein des marchés numériques en adoptant des comportements anticoncurrentiels.

La régulation de ces puissants acteurs vise ainsi à les encadrer dans le but d'assurer un fonctionnement correct et sain des marchés numériques. C'est là qu'entre en jeu le droit de la concurrence dont l'objectif est de garantir le respect du principe de libre concurrence au sein d'une économie de libre marché. Aux États-Unis, ce droit est encore connu sous son nom d'origine, à savoir le droit *antitrust*.

Cependant, l'identification de ces mêmes « géants du numérique » à encadrer n'est pas aisée. Peuvent alors être observées des différences terminologiques dans l'Union européenne et outre-Atlantique quant à la désignation de ces puissants acteurs. L'Union européenne et son règlement sur les marchés numériques (ou DMA) a ainsi fait le choix du terme « contrôleur d'accès » ou *gatekeeper*, en anglais. Cette désignation est alors à préférer au terme GAFAM (ou GAFA) qui ne désigne qu'une poignée de grandes entreprises numériques américaines (à comprendre comme étatsunienne) tout en invisibilisant d'autres entreprises non-étatsuniennes telles que ByteDance. Le terme « géant du numérique », plus large et moins juridique, convient néanmoins pour désigner ces acteurs et trouve son équivalent aux États-Unis avec le dénomination de *Big Tech*. L'absence de définition juridique de ces acteurs, notamment outre-Atlantique, ne les empêche pas cependant pas d'être des sujets de droit à part entière.

Les « évolutions normatives » ramènent quant à elles à une certaine évolution de la régulation des contrôleurs d'accès. Cette dernière est en effet en pleine mutation et en constante évolution, et c'est cela que ce travail de recherche tend à mettre en lumière.

Ce mémoire se penchera donc sur la régulation de ces géants du numérique, notamment par le moyen du droit de la concurrence (ou droit *antitrust*). Le sujet se concentrera donc sur l'identification de ces acteurs ainsi que sur les différentes régulations visant à les encadrer sur les territoires européen et étatsunien. Ce thème amène ainsi à l'emploi d'une démarche de droit comparé.

Il convient aussi de préciser que les développements s'arrêteront au droit de la concurrence, bien que la régulation des *gatekeepers* intéresse de nombreuses autres matières dont le droit du numérique ou le droit fiscal.

Le mémoire se penchera par conséquent sur les régulations existantes tout en cherchant à aller au-delà afin de dégager des possibles évolutions futures menant ainsi à l'étude d'un droit prospectif en la matière. Aussi, il conviendra de mettre en lumière l'historique d'un tel encadrement ayant mené à l'élaboration d'une idée de régulation des contrôleurs d'accès.

Le sujet de la régulation de ces *gatekeepers* soulève certainement de nombreux enjeux. Tout d'abord, à la vue de la société de l'information et des données dans laquelle les *Big Tech* évoluent, leur influence et leur omniprésence au niveau mondial ne fait plus aucun doute. Cependant, leur puissance génère de nombreuses problématiques, voire des dangers et la nécessité d'une régulation de ces derniers n'est donc plus à démontrer. Aussi, si la société civile s'inquiète de ces *Big Tech*, la doctrine produit également beaucoup d'écrits sur le sujet et les législateurs ainsi que les représentants politiques militent dans le sens d'un encadrement des contrôleurs d'accès, notamment aux États-Unis. De surcroît, la législation existante ne suffit plus à réguler ces géants du numérique et se trouve ainsi dépassée. Le besoin d'une approche novatrice se dégage alors.

Cependant, les *Big Tech* font l'usage d'un fort *lobbying* et se montrent même offensifs face aux tentatives de régulation. Leur encadrement ne se montre ainsi pas aisé. De plus, le choix de la méthode à emprunter constitue le cœur de ce sujet. En effet, différentes méthodes aux contours et caractères bien distincts pourraient permettre l'encadrement de ces *Big Tech*. Il

est ainsi possible d'observer deux principales approches divergentes au sein de l'Union européenne et des États-Unis, la première se démarquant par son approche *ex ante* (*a priori*), tandis que l'autre emprunte traditionnellement une approche *ex post* (*a posteriori*). Au-delà de ces deux approches différenciées, le sujet marque aussi par l'évolution de ces régulations à des stades différents, au sein de la Communauté européenne et outre-Atlantique.

De surcroît, si ce secteur est marqué par des évolutions normatives récentes, notamment grâce au DMA européen, ces dernières sont encore très récentes et sont en train d'être mises en application pour la première fois. Aux États-Unis, les choses se situent à un stade bien différencié, bien que de nombreux projets de lois soient récemment et fréquemment présentés devant le Congrès et que de nombreuses procédures *antitrust* soient introduites à l'encontre des GAFAs. Le sujet est donc marqué par des évolutions normatives récentes et est par conséquent très actuel.

Tous ces enjeux mènent conséquemment à l'emploi d'une approche comparatiste visant à comparer deux systèmes juridiques dans un but d'amélioration du droit mais aussi d'harmonisation de ce dernier, à long terme. Une telle analyse mènera aussi à l'étude de ces différents droits afin d'apprécier leur efficacité. Se pose ainsi la question de la méthode de droit comparé à adopter mais aussi de la délimitation géographique du sujet. A la vue des problématiques posées et de l'adoption de nouvelles règles de droit visant à la régulation des *gatekeepers*, la méthode fonctionnelle semble être la plus à même à traiter ce thème. Aussi, il s'agira principalement de comparer les différentes solutions apportées aux problèmes de droit de la concurrence générés par les *Big Tech* au sein des systèmes étudiés.

En effet, des problèmes analogues se dégagent tant aux États-Unis qu'au sein de l'Union européenne et des solutions doivent y être apportées bien que les concepts juridiques et les règles puissent varier d'un territoire à l'autre. La méthode fonctionnelle va ainsi s'intéresser à ces solutions tout en tentant de trouver un équivalent fonctionnel. Cette approche conduira donc à envisager les règles selon deux perspectives que sont la fonction occupée par la norme et l'efficacité de cette dernière.

Il semble que le choix de l'étude de l'Union européenne et des États-Unis soit particulièrement pertinent, déjà parce que les droits de ces zones marquent par les familles différentes auxquelles ils appartiennent principalement (*civil law* et *common law*), mais aussi parce que l'union régionale que constitue la Communauté européenne est bien différente dans

sa forme de l'État fédéral américain. Cette délimitation semble également particulièrement pertinente puisque, comme précisé plus tôt, l'Union européenne et les États-Unis emploient des méthodes bien distinctes afin de tenter de réguler les *gatekeepers*, et c'est cela que l'usage du droit comparé visera à dégager. Seront ainsi mis en relation le droit communautaire européen, le droit fédéral étatsunien et le droit des États fédérés ainsi que le droit prospectif se dégageant au sein de ces derniers territoires.

Ce mémoire de recherche portera donc sur la régulation des contrôleurs d'accès (*gatekeepers*) en droit comparé menant à l'étude des évolutions normatives aux États-Unis et dans l'Union européenne.

Il conviendra donc dans un premier temps d'étudier l'évolution à des stades inégaux des différentes régulations aux États-Unis et dans l'Union européenne (Partie préliminaire) avant de mettre en lumière la problématique de l'identification des acteurs à réguler et les difficultés d'une telle régulation (Partie 1). Enfin, sera étudiée la différenciation des méthodes de régulation des *gatekeepers* aux États-Unis et dans l'Union européenne, ces dernières oscillant entre interventions *ex post* et *ex ante* (Partie 2).

Partie préliminaire : Évolution à des stades inégaux des différentes régulations aux États-Unis et dans l'Union européenne

La régulation des *gatekeepers* en droit de la concurrence a connu une évolution rapide ces dix dernières années, que ce soit aux États-Unis ou au sein de l'Union européenne. Peut ainsi être observé un florilège de différentes normes juridiques visant à encadrer les activités des géants du numérique. Cependant, si l'Union européenne a fait le choix récent et audacieux d'un règlement européen en la matière (Titre 1), le droit *antitrust* étatsunien peine pour le moment à atteindre ce même niveau, bien que celui-ci soit en pleine évolution (Titre 2).

Titre 1 : Les prémices d'une régulation des *gatekeepers* au sein de l'Union européenne : une initiative audacieuse et encore balbutiante

La supervision des contrôleurs d'accès opérée par l'Union européenne est récente et constitue une première mondiale. Il convient donc d'étudier le chemin sinueux qui a mené à ce règlement sur les marchés numériques (Chapitre 1) avant de mettre en lumière les prémices de sa mise en application (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La genèse du règlement européen sur les marchés numériques

Si le DMA vient tout juste d'être mis en application, l'Union européenne n'en est pour le moins pas novice en termes de régulation de l'activité des *gatekeepers* (Section 1). Peinant toutefois à contenir efficacement ces derniers, elle a fait le choix de l'adoption de deux règlements visant à les encadrer davantage (Section 2). Alors adopté, le DMA poursuit des objectifs précis entrant dans ce même « chantier numérique » européen (Section 3).

Section 1 : La régulation de l'activité des grandes plateformes antérieure au règlement

La régulation de l'activité des grandes plateformes numériques antérieure à la législation européenne sur les marchés numériques prenait déjà place au niveau de l'Union européenne, novatrice dans ce domaine (§1), mais aussi à l'échelon national français qu'il conviendra de détailler tant ce dernier a aussi su faire preuve d'audace en suivant ce même objectif (§2).

§1 : Réactions précoces de l'Union européenne face aux géants du numérique

A ce stade, l'Union européenne avait déjà accompli beaucoup à l'égard des *gatekeepers* au regard de sa politique numérique encadrant ce secteur (A). De surcroît, la proactivité de la Commission a, elle aussi, permis de contenir les géants du numérique, du moins pendant un temps (B).

A) Une politique numérique novatrice au sein de l'Union européenne

L'Union européenne a eu pour objectif de développer son propre modèle en matière de numérique avant même que l'idée d'un règlement sur les marchés numériques ne fasse surface. Cette politique numérique vise une grande variété de domaines tels que la protection des données personnelles, le développement de la société numérique et, bien sûr, la régulation des grandes plateformes. Elle va en cela au-delà de l'approche étatsunienne qui se concentre principalement sur le *consumer welfare*. Depuis plusieurs années, l'Europe (à comprendre comme l'Union européenne) tente ainsi d'harmoniser les législations nationales de ses États membres tout en encadrant les activités du secteur numérique à travers son propre modèle de régulation¹. Elle était d'ailleurs pionnière dans le secteur de la protection des données à la vue de l'adoption, dès 1995, d'une directive sur la protection des données personnelles. Cette dernière fut révisée en profondeur en 2018 donnant ainsi naissance au règlement général sur la protection des données (RGPD)².

¹ V. la suppression des frais d'itinérance pour les voyageurs dans l'Union européenne (2017) ou encore la décision d'adéquation concernant la circulation sécurisée et fiable des données entre l'Union européenne et les États-Unis (2023)

² Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE

En ce qui concerne la régulation de l'activité des grandes plateformes, l'Union européenne a, dès la seconde moitié des années 2010, commencé à limiter l'expansion de ces dernières sur le marché européen. Elle a ainsi intensifié sa lutte contre leurs pratiques de concurrence déloyale au même moment que les États-Unis. Cette politique était notamment marquée par des sanctions de la part de la Commission européenne contre les abus de position dominante des *gatekeepers* (v. *infra*). Parmi les autres pratiques mises en cause figure par ailleurs l'optimisation fiscale³. La Commission cherche également à modifier les règles en matière de TVA à l'ère du numérique⁴.

B) *La proactivité de la Commission*

Depuis 2020, la Commission a accéléré son rythme d'application du droit de la concurrence à l'égard des géants du numérique. Aussi, la plupart des enquêtes *antitrust* menées à l'encontre des GAFAM ont en commun le fait qu'une entreprise dominante exclut du marché ses concurrents réels ou potentiels. La plupart de ces procédures sont par ailleurs intentées au titre des articles 101 et 102 du TFUE⁵. Il convient aussi de préciser que la Commission a pu, notamment durant les années 90, être inspirée par des pratiques *antitrust* étatsuniennes à l'égard des géants du numérique encore émergents (v. *infra*).

L'enquête de la Commission sur Google Shopping ayant débuté en octobre 2010 était le point de départ d'autres enquêtes menées ou toujours en cours par la Commission à l'encontre des *Big Tech*, dont Google qui en est la cible principale. Il est d'ailleurs possible d'observer le même type de procédures *antitrust* à l'encontre des GAFAM aux États-Unis, notamment à l'égard de Google ces dernières années. Au sein de l'Union européenne, ces différentes « générations » d'enquêtes illustrent donc la proactivité de la Commission quant à la régulation des GAFAM, et ce, avant même que le DMA soit entré en vigueur. Ladite affaire Google Shopping est l'un des plus gros contentieux ouverts par Bruxelles à l'encontre du groupe

³ « Aujourd'hui marque le début d'une nouvelle ère pour l'imposition des sociétés dans l'Union européenne », Communiqué de presse de la Commission européenne, 1^{er} janvier 2024

⁴ V. la suspension du projet européen de redevance sur le numérique ou « taxe GAFA » (juillet 2021) ou encore la proposition législative de la Commission sur la TVA à l'ère du numérique (décembre 2022)

⁵ Claudia L. Beckmann, Katharina Filip et Nicola Tosini, « Navigating antitrust enforcement against Big Tech in the UE: a conceptual map », *Antitrust between EU law and national law*, Bruylant, 2019

californien. Du reste, ce dernier détient d'ailleurs le record des trois plus grosses amendes jamais infligées par la Commission pour pratiques anticoncurrentielles. Elles représentent au total plus de huit milliards d'euros et constituent l'exemple parfait de la politique de sanctions de l'Union contre les abus de position dominante des oligopoles étatsuniens sur le marché numérique européen⁶. A la différence de ces condamnations, il semble que les États-Unis n'aient pas réussi à atteindre de tels niveaux de sanctions à l'égard des *Big Tech* (v. *infra*).

Il convient d'ajouter que c'est probablement la lenteur des enquêtes et des recours judiciaires qui a motivé l'Union européenne à élaborer une nouvelle législation sur les marchés numériques afin de réguler les géants du numérique⁷. Il est d'ailleurs possible d'observer les mêmes motivations outre-Atlantique.

§2 : Des autorités françaises actives face aux gatekeepers

Si l'Union européenne a su se montrer ferme face aux géants du numérique, la France n'est quant à elle pas en reste. En effet, l'Autorité de la concurrence a, depuis quelques années, montré la voie face aux abus des *gatekeepers* (A). Aussi, l'administration française a su se montrer offensive contre ces derniers (B), et, dans l'objectif d'une régulation toujours plus protectrice, un projet de loi national conduit même à aller au-delà du cadre européen (C).

A) Une Autorité de la concurrence audacieuse

L'Autorité de la concurrence française a, tout comme la Commission, su se montrer audacieuse (voire novatrice) afin de réguler les géants du numérique. Elle est ainsi venue prononcer des mesures conservatoires à l'encontre de Meta dans le secteur de la vérification

⁶ Catherine Prieto, « Nouveaux abus de position dominante de Google : après celui lié à Google Shopping, ceux relatifs à Android », *RTD Eur.*, 2018, p. 513

Anne-Sophie Choné-Grimaldi, « Les abus de position dominante dans le secteur numérique (réflexions à partir de la décision Google-Android) », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 343

Fayrouze Masmi-Dazi, « Google Shopping : le Tribunal de l'Union sonne le glas d'une ère d'outrance numérique », *Dalloz actualité*, 22 novembre 2021

⁷ « DMA : le règlement sur les marchés numériques veut mettre fin à la domination des géants du Net », *vie-publique.fr*, 5 mars 2024

publicitaire indépendante en anticipant de la sorte l'application future du DMA⁸. Cette décision prend la suite de nombreuses autres décisions toujours rendues par l'Autorité qui tendent à prouver que la régulation des géants du Web par les autorités de la concurrence est toujours effective⁹. Le droit de la concurrence et le DMA se montrent alors complémentaires et ces décisions constituent des signaux forts envoyés par l'Autorité sur sa capacité à répondre aux problématiques du secteur numérique¹⁰.

Cette même Autorité de la concurrence est aussi venue sanctionner Google, à hauteur de 220 millions d'euros, pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des serveurs publicitaires pour éditeurs de sites Web et d'applications mobiles¹¹. Cette décision s'inscrit elle aussi dans la continuité d'une multiplication des condamnations prononcées à l'encontre des GAFAM, tant par les autorités de concurrence nationales que par la Commission européenne. De plus, cette décision, bien qu'elle ne soit pas exempte de toute critique, peut se vanter de son efficacité : saisie en 2019, l'Autorité a rendu sa décision en 2021. L'Autorité s'est ainsi montrée bien plus efficace que le DOJ ou la FTC outre-Atlantique.

Ces décisions sont donc probablement annonciatrices d'autres condamnant les pratiques anticoncurrentielles des GAFAM. Ces nouvelles décisions seront en ce cas à mettre en relation avec le DMA, mais aussi aux potentielles futures condamnations des *Big Tech* aux États-Unis. Aussi, l'Autorité de la concurrence a pris de l'avance sur ses homologues européens ou étatsuniens et pourrait d'ailleurs être suivie par la Commission européenne dans le cadre de ses enquêtes en cours¹².

B) La CJIP Google

⁸ Aut. conc. 4 mai 2023, n° 23-MC-01

⁹ Décis. 10-MC-01 ; décis. 10-D-30 ; décis. 19-MC-01 ; décis. 19-D-26 ; décis. 21-D-07 ; décis. 22-D-12

¹⁰ Vincent Giovannini, « L'Autorité de la concurrence prononce des mesures conservatoires à l'encontre de Meta dans le secteur de la vérification publicitaire indépendante et anticipe l'application du DMA », *Dalloz actualité*, 20 juin 2023

¹¹ Aut. conc. 7 juin 2021, n° 21-D-11

¹² Gérard Haas et Eve Renaud-Chouraquin, « De la nécessité de réguler les GAFA : l'exemple dans le secteur du *display* », *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 655

Avant même que la France n’adopte une taxe sur les services numériques (TSN)¹³, elle avait déjà pris des mesures fiscales offensives vis-à-vis de certains GAFAM. En novembre 2012, la Direction des vérifications nationales et internationales de la Direction générale des finances publiques adressait une proposition de rectification à la filiale irlandaise de Google.

Une enquête préliminaire était finalement ouverte en juin 2015 et c’est dans ce contexte que des négociations avec le procureur de la République financier en vue de la conclusion d’une CJIP ont débuté. Aux termes de ces négociations, Google s’est ainsi acquittée de près d’un milliard d’euros pour solder ses contentieux en France¹⁴.

C) Un projet de loi numérique allant au-delà des règlements européens

Le projet de loi visant à sécuriser et à réguler l’espace numérique (voté le 10 avril 2024) vise à conformer la législation française avec les règlements européens DMA, DSA et DGA. Cependant, ce dernier insère également d’autres dispositions visant à renforcer la régulation des acteurs du numérique et va ainsi au-delà des règlements européens¹⁵.

En ce qui concerne le DMA, l’Autorité de la concurrence et le ministère de l’Économie et des Finances pourront, selon ce projet de loi, investiguer, recevoir des renseignements et coopérer avec la Commission européenne sur les pratiques des contrôleurs d’accès, dans le cadre du « réseau européen de concurrence »¹⁶.

Section 2 : DMA et DSA ou « le grand chantier numérique de l’Union européenne »

Insatisfaite, consciente de l’insuffisance de sa réglementation et consacrant la nécessité de mettre un terme à la domination des géants du Web, l’Union européenne a entrepris, à la

¹³ Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019

¹⁴ CJIP, 3 septembre 2019, PNF-15 162 000 335

Pauline Dufourq, « Justice négociée et lutte contre la fraude fiscale : quels enseignements tirer de la dernière CJIP Google ? », *Dalloz actualité*, 17 octobre 2019

¹⁵ Pierre Januel, « Une nouvelle loi numérique qui va au-delà des règlements européens », *Dalloz actualité*, 11 mai 2023

¹⁶ V. le projet de loi visant à sécuriser et réguler l’espace numérique (ECO12309270L)

différence des États-Unis, un « grand chantier numérique » ces dernières années (§1) menant notamment à l'adoption de deux textes phares dans ce domaine : le DMA (§2) et le DSA (§3).

§1 : « Le grand chantier numérique de l'Union européenne »

En décembre 2020, la Commission européenne a présenté deux propositions législatives visant à réguler le marché du numérique : la législation sur les services numériques (DSA) et la législation sur les marchés numériques (DMA). Ensemble, le DSA et le DMA dessinent ainsi les contours d'un cadre adapté aux défis posés par les géants du numérique. Ce paquet législatif sur les services numériques forme un ensemble unique de règles s'appliquant dans l'ensemble de l'Union européenne afin de créer un espace numérique plus sûr dans lequel les droits fondamentaux des utilisateurs sont protégés. Il permet également d'établir des conditions de concurrence égales pour les entreprises. Le DMA et le DSA forment ainsi deux textes complémentaires visant le même objectif principal : réguler l'espace numérique au sein de la Communauté européenne¹⁷. Les *Big Tech* sont désormais davantage encadrés et régulés au sein de l'EEE qu'aux États-Unis.

§2 : Aperçu du DMA prévenant les abus de position dominante des gatekeepers

Formant l'un des deux piliers de cette régulation numérique inédite, le DMA a été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 1^{er} octobre 2022. Ce dernier est progressivement applicable depuis le 2 mai 2023 et est entré en vigueur le mardi 6 mars 2024 au sein de l'Union européenne.

Fondé sur l'article 114 du TFUE, ce règlement sur les marchés numériques entend alors prévenir les abus de position dominante des géants du numérique, que sont les GAFAM, mais aussi le géant chinois ByteDance. Le texte vise pareillement à renforcer la liberté de choix des

¹⁷ Lucien Rapp, « Télécommunications et communications électroniques », *Répertoire de droit européen*, février 2023, p. 138-141

consommateurs européens. Avec le DMA, l'Union européenne cherche ainsi à mettre fin à la domination des géants du Net en leur imposant de nouvelles règles¹⁸.

§3 : Esquisse du DSA luttant contre les contenus et produits illégaux en ligne

Le DSA, second pilier de cette régulation numérique, a été publié le 27 octobre 2022 et a été mis en application en deux temps. Tout d'abord, uniquement pour les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche depuis le 25 août 2023. Ensuite, pour les autres plateformes, 15 mois après son entrée en vigueur, soit le 17 février 2024.

Ce règlement sur les services numériques prévoit donc de lutter contre les contenus et produits illégaux en ligne : haine, désinformation, contrefaçons... L'objectif est de faire d'Internet un espace plus sûr pour ses utilisateurs. Ce texte consacre ainsi que, « ce qui est illégal dans le monde physique le sera aussi en ligne »¹⁹.

Section 3 : Les objectifs affichés du DMA

Ce règlement sur les marchés numériques apporte des réponses à certains constats urgents (§1) en proposant des solutions innovantes palliant un cadre de régulation apparu insuffisant au fil des années (§2).

§1 : Des réponses à l'urgence de certains constats

¹⁸ Julien Ancelin, « La proposition de *Digital Market Act* : rétablir la concurrence pour préserver la souveraineté numérique de l'Union ? », *RTD Eur.*, 2021, p. 545

Cécile Crichton, « Le *Digital Market Act*, un cadre européen pour la concurrence en ligne », *Dalloz actualité*, 8 janvier 2021

¹⁹ Edouard Dubout, « Modérer la modération : le *Digital Services Act* ou la civilisation du numérique », *RTD Eur.*, 2023, p. 7

Cécile Crichton, « Publication de la proposition de règlement « *Digital Services Act* » », *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 7

Le DMA vise à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles des géants d'Internet et à corriger les déséquilibres générés par leur domination sur le marché numérique européen. En effet, le risque de position dominante des GAFAM est bien réel malgré le fait qu'Internet stimule la concurrence. Aussi, la position des géants du numérique peut conduire à décourager leurs potentiels concurrents commerciaux et à exclure du marché leurs concurrents moins puissants, voire leurs cocontractants²⁰. Il est d'ailleurs pertinent de constater que les quelques 109 considérants de ce règlement dressent ce même constat²¹. De plus, la même situation peut être constatée outre-Atlantique.

Les géants du Web agissent ainsi comme des « gardes-barrières » ayant une capacité de blocage d'accès au marché de quasiment toutes les entreprises. Comme le constate le Club des Juristes dans son article, « impossible désormais de développer ou maintenir son activité sans passer par la plateforme d'Amazon, sans offrir aux consommateurs des applications mobiles sur iPhone ou sur Android, sans faire de la publicité en ligne via les services proposés par Facebook ou Google »²².

Cette situation de dominance impose ainsi aux *gatekeepers* une responsabilité accrue et une importante vigilance quant au respect des règles de concurrence. La multiplication d'amendes record prononcées par les autorités de concurrence nationales et européennes contre ces géants d'Internet démontrait que ces sanctions étaient insuffisantes. De surcroît, ces amendes intervenaient souvent trop tard, à la suite de longues enquêtes. De la sorte, ces procédures chronophages n'incitent pas les GAFAM à modifier en profondeur leur comportement. Il faut aussi ajouter à cela les recours intentés par ces derniers. C'est aussi principalement pour ces raisons que l'Union européenne est intervenue en adoptant le DMA²³. Le même constat est par ailleurs à souligner aux États-Unis mais ces derniers ce sont, pour le moment, contentés de procédures *antitrust* à l'égard des GAFAM.

L'objectif de ce règlement sur les marchés numériques est d'ailleurs parfaitement résumé en son article 1^{er}, alinéa 1^{er} : « L'objectif du présent règlement est de contribuer au bon

²⁰ Bertrand Brunessen, « La volonté de réguler les activités numériques », *RTD Eur.*, 2021, p. 160

²¹ Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques)

²² « L'Autorité de la concurrence, meilleur rempart au pouvoir des GAFA ? », *Les Échos*, 28 novembre 2019

²³ Clément Wierre, Frédérique Dalle et Myriam Quémener, *Quels droits face aux innovations numériques ?*, Gualino, 2020

fonctionnement du marché intérieur, en établissant des règles harmonisées visant à garantir à toutes les entreprises la contestabilité et l'équité des marchés dans le secteur numérique de l'Union là où des contrôleurs d'accès sont présents, au profit des entreprises utilisatrices et des utilisateurs finaux. »

Ce dernier outil de régulation est mis en place *a priori* (ou *ex ante*) afin de : créer une concurrence loyale entre les acteurs du numérique, notamment au profit des petites et moyennes entreprises et des start-up européennes ; stimuler l'innovation, la croissance et la compétitivité sur le marché numérique ; renforcer la liberté de choix des consommateurs européens. Une telle approche prend alors le contrepied de celle adoptée pour l'heure aux États-Unis avec le droit antitrust originel s'appliquant tant bien que mal aux *Big Tech*. Le DMA vient au sein de l'EEE en complément du droit de la concurrence qui, sanctionnant *a posteriori* (ou *ex post*) des ententes ou abus de position dominantes, ne parvenait plus à réguler de façon efficace le marché numérique européen (v. *supra*). Au moyen de cette nouvelle législation, l'Union européenne souhaite ainsi devenir un modèle, au niveau mondial, dans le domaine de l'économie numérique et pourrait bien inspirer les législateurs par-delà l'Atlantique²⁴.

§2 : Un règlement innovant complétant un cadre de régulation insuffisant

Le cadre normatif précédant le DMA est apparu trop faible face à l'hégémonie et à la toute-puissance des géants du numérique (A). Ainsi taillé pour répondre à ces problématiques concurrentielles, ce règlement s'illustre par son caractère innovant (B).

A) La faiblesse du cadre de régulation préexistant au DMA

Si la Commission met régulièrement en œuvre des procédures en droit de la concurrence à l'encontre des grandes entreprises du numérique comme la FTC et le DOJ le font outre-Atlantique, le DMA comporte un objectif encore plus ciblé puisqu'il établit en son sein des obligations à l'égard d'un nombre très limité de plateformes ayant acquis un pouvoir économique considérable : les *gatekeepers*. En effet, une régulation économique efficace dans

²⁴ « DMA : le règlement sur les marchés numériques veut mettre fin à la domination des géants du Net », *vie-publique.fr*, 5 mars 2024

le but d'assurer des conditions concurrentielles sur les marchés numériques était nécessaire et le cadre de régulation préexistant au DMA n'apparaissait pas suffisant afin d'assurer une concurrence saine sur les marchés où sont présents ces contrôleurs d'accès²⁵.

Aussi, les développements précédents ont bien démontré qu'il était urgent de mettre en place une régulation qui ne soit pas une variation du droit de la concurrence mais qui intervienne aussi à titre préventif (c'est-à-dire *ex ante*) afin de prohiber des comportements portant atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur numérique. L'Union européenne a donc agi en ce sens avec sa législation sur les marchés numériques.

Tout d'abord, la nature *ex post* du cadre précédant²⁶ (c'est-à-dire en réaction aux infractions commises) impliquait une intervention des autorités après que celles-ci avaient détecté une infraction au droit de la concurrence. Bien que de nombreux contentieux passés aient permis d'identifier les enjeux concurrentiels et les défis posés par les caractéristiques phares des marchés numériques, des comportements anticoncurrentiels ont vu le jour et ont pu avoir des effets défavorables sur le marché intérieur, tant au sein de l'Union européenne qu'aux États-Unis. Ainsi, des entreprises concurrentes ont parfois pu être évincées avant que des mesures correctrices ne soient mises en œuvre²⁷. Par ailleurs, la répétition des abus de certaines plateformes tend à illustrer que les montants des amendes infligées par la Commission n'étaient probablement pas suffisamment dissuasifs²⁸. Ensuite, l'identification des marchés pertinents, véritables notions centrales du droit de la concurrence, ont été remis en cause dans le contexte des marchés numériques²⁹.

Aussi, le droit de la concurrence n'est pas en mesure d'apporter une réponse efficace à la dynamique du marché des *gatekeepers*. En effet, les standards de preuve très exigeants et les outils d'analyse du droit de la concurrence ne sont pas adaptés à cette économie caractérisée par sa gratuité ainsi que par sa forte asymétrie d'information. En outre, le droit de la concurrence ne permet pas d'apporter des réponses suffisamment rapides et efficaces aux comportements anticoncurrentiels des géants du Web. Au surplus, il apparaît que les remèdes proposés échouent

²⁵ Mélanie Clément-Fontaine, « Panorama rapide de l'actualité « Technologies de l'information » des semaines des 1^{er} et 8 mai 2023 », *Daloz actualité*, 17 mai 2023

²⁶ Les pratiques surveillées par les autorités de concurrence sont les suivantes : abus de position dominante (*ex post*), ententes (*ex post*) et opérations de concentration (généralement *ex ante*).

²⁷ V. l'affaire « Google Shipping »

²⁸ V. les trois amendes prononcées sur trois ans à l'égard de Google pour un total de huit milliards d'euros

²⁹ Cf. la notion de marché pertinent dans l'affaire Google Android devant la Commission européenne

largement à corriger les effets des pratiques identifiées et sanctionnées au titre du droit de la concurrence³⁰. Tant de constats alarmant ont conséquemment mené l'Union européenne à légiférer sur ce point.

B) Les innovations du DMA répondant aux enjeux concurrentiels propres à l'économie des plateformes

C'est dans ce contexte que la Commission européenne a, avec le soutien d'une grande majorité d'États membres, proposé ce cadre de régulation *ex ante* complémentaire à la politique de concurrence traditionnelle. Une évolution dans ce même sens est pour l'heure en discussion devant le Congrès étatsunien (v. *infra*). Fixant un nouveau cadre de régulation en amont du marché numérique européen, le règlement complète semblablement les règles de concurrence contenues en les articles 101 et 102 du TFUE. Ces dispositions sanctionnent cependant seulement *a posteriori* les géants du numérique reconnus auteurs d'ententes et d'abus de position dominante. Le DMA propose ainsi une nouvelle approche afin de répondre à l'hégémonie des GAFAM. Au surplus, il vise à proscrire certains comportements concurrentiels néfastes des *gatekeepers*, devenus courants en raison des situations quasi-oligopolistiques, voire monopolistiques acquises par ces derniers³¹.

Cette régulation asymétrique (c'est-à-dire qu'elle ne vise qu'un ensemble réduit d'acteur) vise les « services de plateforme essentiels » de ces contrôleurs d'accès. Les dispositions centrales du DMA rééquilibrent donc subséquemment les relations entre les utilisateurs et les *gatekeepers* tout en renforçant la contestabilité des positions de ces contrôleurs d'accès³². De la sorte, le DMA propose une régulation innovante : imposer une vingtaine d'obligations et interdictions, en amont de toute infraction ou abus, à des acteurs considérés comme incontournables. Pour faire respecter ces obligations, la Commission européenne dispose d'ailleurs de nombreux types de sanctions³³.

³⁰ Éliisa Amadiou, Mailys Amat, Arthur Dinhof et Ivo Montecino, « Le *Digital Markets Act*, un nouveau cadre de régulation européen des grandes plateformes numériques », *Les Thémas de la DGE*, n° 7, février 2023

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Catherine Morin-Desailly et Florence Blatrix Contat, « Proposition de résolution au nom de la commission des affaires européennes, en application de l'article 73 quater du Règlement, sur

Chapitre 2 : Les débuts de la mise en œuvre du DMA couvrant les « services de plateforme essentiels » des *gatekeepers*

Il conviendra dans ce second chapitre d'analyser la chronologie séquencée de la mise en application du DMA visant à la mise en conformité des *gatekeepers* (Section 1) selon les services qu'ils proposent (Section 2).

Section 1 : Chronologie d'une mise en application progressive visant à la mise en conformité des géants du numériques

Si la mise en application du DMA se fit successivement au regard d'étapes bien distinctes (§1), ce dernier texte marque en outre par son adaptabilité temporelle et donc par sa flexibilité (§2).

§1 : Une exécution successive

La législation sur les marchés numériques traversa, comme tout règlement européen, des phases préliminaires classiques (A) avant d'entrer en application (B). La désignation de six contrôleurs d'accès par la Commission a néanmoins constitué une étape phare de la mise en œuvre de ce texte (C). Cependant, l'exécution naissante du DMA ne s'est pas arrêtée là et la Commission a, par la suite, procédé à des enquêtes de marché précisant son application (D) et visant *in fine* à la mise en conformité des *gatekeepers*, parfois cible de contestations (E).

A) Les étapes préliminaires

la proposition de règlement sur les marchés numériques (DMA) : Proposition de règlement sur les marchés numériques (DMA) », Rapport d'information sénatorial n° 34, 7 octobre 2021

Suite à la proposition initiale de la Commission européenne en décembre 2020, le DMA a été adopté par le Parlement européen et le Conseil en date du 14 septembre 2022. Il a ensuite été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 12 octobre 2022. Enfin, le DMA est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2022³⁴.

B) L'entrée en application du DMA

Le DMA est officiellement entré en application le 2 mai 2023. Les entreprises répondant aux critères du règlement disposent alors de deux mois pour informer la Commission qu'elles atteignent les seuils de désignation en qualité de contrôleur d'accès. Dans le cas contraire, la Commission peut procéder à des enquêtes pour identifier ces contrôleurs d'accès. Elle peut aussi qualifier comme tels des entreprises ou, à l'inverse, les exempter d'une telle qualification. Une fois désignées comme contrôleurs d'accès, les entités disposent d'un délai maximum de six mois pour se conformer aux obligations prévues par le DMA³⁵.

La Commission a par ailleurs reçu des notifications en date du 1^{er} mars 2024 de Booking, ByteDance et X indiquant que leurs services atteignaient potentiellement les seuils fixés dans le règlement sur les marchés numériques. Cela les rendait donc susceptibles d'être soumis aux nouvelles règles de l'Union européenne sur les plateformes des contrôleurs d'accès. La Commission prendra une décision sur ces notifications dans un délai de 45 jours ouvrables, c'est-à-dire au plus tard le 13 mai 2024³⁶. Après examen, la Commission a décidé en date du 13 mai 2024 de ne pas désigner les services de publicité en ligne X Ads et TikTok Ads comme *gatekeeper*.

C) La première désignation de six contrôleurs d'accès

Aussi, la Commission a, en date du 5 septembre 2023, désigné six *gatekeepers* que sont Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta et Microsoft. Il semble alors pertinent de relever

³⁴ V. la [chronologie du « paquet législatif » relatif aux services numériques](#) et le [calendrier d'application du règlement européen sur les marchés numériques](#)

³⁵ Article 3 du règlement sur les marchés numériques

³⁶ Foo Yun Chee, « X, ByteDance, Booking.com could face tough EU rules », *Reuters*, 4 mars 2024

que des *gatekeepers* peuvent parfois être différents de ceux visés aux États-Unis par des actions *antitrust* (v. *infra*). Du reste, vingt-deux services de plateforme essentiels sont visés dans les décisions de désignation³⁷. Ces entreprises disposaient donc de six mois pour se mettre en conformité avec les 24 obligations énoncées aux articles 5, 6 et 7 du DMA.

D) *Les enquêtes de marché*

Des enquêtes de marché ont également été ouvertes le 5 septembre 2023 concernant certains services (Bing, Edge, Microsoft Advertising, iMessage). Ces enquêtes permettent ainsi à la Commission d'examiner plus en détail les observations de certaines entreprises (Microsoft et Apple). Le 12 février 2024, elle a conclu que ces quatre services ne constituent pas des services de plateforme essentiels³⁸. De plus, la Commission a, en date du 13 mai 2024, ouvert une enquête de marché sur le réseau social X afin de poursuivre l'évaluation de la réfutation soumise par X³⁹.

E) *Date butoir, contestations et rapports de conformité*

À partir du 7 mars 2024, Apple, Alphabet, Meta, Amazon, Microsoft et ByteDance (à savoir les six contrôleurs d'accès premièrement désignés par la Commission⁴⁰) doivent se conformer pleinement à toutes les obligations prévues par le règlement sur les marchés numériques, sous peine de sanctions. Néanmoins, certains d'entre eux (TikTok, Meta et Apple) contestent leur désignation⁴¹.

³⁷ [Lien vers les six décisions](#)

³⁸ Anne-Laure Pasquet, « DMA : la Commission clôture les enquêtes de marché concernant Apple et Microsoft », *Dalloz IP/IT*, 2024, p. 121

³⁹ Alain Ronzano, « Les *gatekeeper* sont à présent sept : Booking rejoint le club, avant une possible arrivée de X (ex-Twitter) », *L'actu-concurrence*, n° 52/2024, 13 mai 2024

⁴⁰ La Commission a, en date du 13 mai 2025, désigné Booking comme nouveau contrôleur d'accès, augmentant ainsi la liste à 7 *gatekeepers*.

⁴¹ Supantha Mukherjee, « TikTok joins Meta in appealing against EU gatekeeper status », *Reuters*, 16 novembre 2023

Martin Coulter, « Apple files legal challenge to EU's Digital Markets Act », *Reuters*, 17 novembre 2023

Les contrôleurs désignés doivent aussi, à cette même date, soumettre des rapports de conformité et les mettre à jour au moins une fois par an⁴². La Commission publiera ensuite un résumé non confidentiel de chaque rapport de conformité.

§2 : Un texte temporellement adaptable et flexible

Dans un souci d'efficacité et compte tenu du dynamisme du secteur numérique, la Commission a fait, avec son DMA, le choix d'un outil modulable et adaptable. Celle-ci se conserve ainsi la possibilité d'ajuster les seuils de désignation des contrôleurs d'accès. Cette dernière s'engage également à réexaminer régulièrement (au moins tous les trois ans) les entreprises entrant dans la catégorie de contrôleur d'accès et à publier et tenir de façon continue une liste des contrôleurs d'accès et la liste des services de plateforme essentiels pour lesquels ils doivent se conformer aux obligations dudit règlement. La Commission examine aussi (au moins une fois par an) si de nouvelles entreprises fournissant des services de plateforme essentiels satisfont à ces exigences. Enfin, si elle constate que les faits sur lesquels repose la désignation des entreprises fournissant des services de plateforme essentiels comme contrôleurs d'accès ont évolué, elle adopte une décision confirmant, modifiant ou abrogeant la décision de désignation⁴³.

Ainsi, dans un secteur innovant qui évolue rapidement, un risque existe toujours que les mesures réglementaires soient rapidement obsolètes face aux technologies émergentes et à l'adoption de modèles d'entreprise différents. C'est pourquoi le DMA a introduit un certain nombre d'options qui s'articulent autour d'un mécanisme d'enquête sur le marché⁴⁴, dont l'objectif est de permettre à la Commission de répondre à l'évolution des circonstances économiques et commerciales⁴⁵. Le caractère modulable et adaptable du DMA vient ainsi consacrer les avantages de l'approche *antitrust* étatsunienne.

Section 2 : Les activités visées par le DMA

⁴² [Lien vers les rapports de conformité](#)

⁴³ Article 4 du règlement sur les marchés numériques

⁴⁴ Articles 16 à 19 du règlement sur les marchés numériques

⁴⁵ Peter Alexiadis et Alexandre de Streela, « The EU's Digital Markets Act: Opportunities and Challenges Ahead », *SSRN*, mai 2022

Le règlement vise à la régulation des *gatekeepers* couvrant des services en ligne répandus et couramment utilisés, fournis ou proposés par les grandes plateformes du marché numérique. Ces derniers sont désignés comme des « services de plateforme essentiels » et sont au nombre de dix : services d'intermédiation en ligne ; moteurs de recherche en ligne ; services de réseaux sociaux en ligne ; services de plateformes de partage de vidéos ; services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation ; systèmes d'exploitation ; navigateurs internet ; assistants virtuels ; services d'informatique en nuage ; services de publicité en ligne⁴⁶. Une même entreprise peut d'ailleurs être désignée comme étant contrôleur d'accès pour plusieurs de ces services de plateforme essentiels.

⁴⁶ Article 2 §1^{er} du règlement sur les marchés numériques

Titre 2 : La régulation étatsunienne des *Big Tech* affaiblie mais en pleine mutation

Si la régulation étatsunienne des géants du Web marque par l'affaiblissement de son droit *antitrust*, ce dernier est en pleine mutation. Il conviendra dès lors de se pencher sur l'historique les évolutions contemporaines de ce même droit (Chapitre 1) avant même de se pencher sur la spécificité du droit de la concurrence américain de par la nature fédérale qui lui est propre (Chapitre 2). Enfin, la mutation du droit *antitrust* étatsunien à l'égard des *Big Tech* se démarque par sa réticence initiale palliée par des mutations modernes (Chapitre 3) peinant toutefois à remédier à l'inadaptation manifeste de ce droit *antitrust* face au monde numérique contemporain (Chapitre 4).

Chapitre 1 : Historique et évolutions contemporaines du droit *antitrust* aux États-Unis

Depuis sa création consacrée par le *Sherman Act* (Section 1), le droit *antitrust* a connu d'importants ajouts, notamment avec la loi *Clayton* et la création d'une *Federal Trade Commission* (Section 2). Cependant, l'application du droit *antitrust* à la société numérique encore récente ne sera entamée qu'en 1998 avec l'affaire Microsoft (Section 3).

Section 1 : Le *Sherman Act*

Le droit de la concurrence, ou droit *antitrust*, est apparu aux États-Unis avec le *Sherman Antitrust Act* de 1890. Ce dernier texte découle de la remise en cause, à la fin du XIX^e siècle, des grands *trusts* d'affaires tels que les *trusts* pétroliers⁴⁷.

Cette loi a instauré deux interdictions en ses sections 1 et 2. La première interdit tout contrat, entente, engagement ou accord entre entreprises étatsuniennes (ou étrangères) cherchant à faire obstacle au fonctionnement normal du commerce. La seconde prohibe quant à elle toute tentative ou situation de monopole.

⁴⁷ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1910)

Le champ d'application de la loi *Sherman* est étendu en ce qu'il vise aussi bien le commerce interétatique que le commerce international des États fédérés avec le reste du monde. Cet *Act* couvre toutes les entraves au commerce, y compris celles qui, bien qu'étrangères, produisent des effets directs et importants sur le commerce étatsunien.

Ces violations *per se* du *Sherman Act* sont alors analysées au cas par cas par la Cour suprême des États-Unis⁴⁸. Ces atteintes sont donc contraires à la raison (*rule of reason*) et prennent les formes suivantes : situations de monopoles concrétisées par des actes objectifs (prix cassés ou discriminatoires) ; répartitions des marchés ; cas de boycottage ; distributions sélectives de clientèle ; sujétion de contrats liés.

Les sanctions prévues par ladite loi sont sévères : trois années d'emprisonnement ou une amende de 100 000 dollars. De plus, la partie civile est en droit de réclamer des dommages et intérêts souvent très élevés⁴⁹.

Section 2 : Le *Clayton Act* et le *Federal Trade Commission Act*

Le *Sherman Act* a par la suite été modifié par le *Clayton Antitrust Act* en 1914. Les atteintes à la notion de concurrence dans un secteur commercial déterminé sont ainsi susceptibles de tomber sous le coup de cette loi fédérale.

Plusieurs activités sont prohibées par le *Clayton Act* dont les prix discriminatoires (sauf s'ils sont justifiés) et les contrats exclusifs. Cette loi contient aussi des dispositions très détaillées relatives aux fusions et acquisitions d'entreprises⁵⁰. Aussi, les concentrations qui échappaient au champ du *Sherman Act* font l'objet du *Clayton Act*.

En outre, le *corpus juris* étatsunien fut augmenté par le *Federal Trade Commission Act* adopté la même année. Cette loi offre la particularité de couvrir, en plus des activités visées et interdites par les lois *Sherman* et *Clayton*, « toute pratique déloyale visant à fausser la concurrence »⁵¹. Ces termes très vagues permettent ainsi de nombreux recours en justice. C'est

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Morgan, T. D., *Cases and materials on modern antitrust law and its origins* (4^e éd.), West, 2009

Sagers, C. L., *Antitrust* (3^e éd.), Aspen Publishing, 2021

⁵⁰ Section 7 du *Clayton Antitrust Act*

⁵¹ Section 5 du *Federal Trade Commission Act*

la *Federal Trade Commission* qui a la charge de faire appliquer cette section. Cette compétence s'exerce par ailleurs concurremment avec le Département de la Justice des États-Unis⁵².

Section 3 : L'affaire Microsoft

À l'instar du *Sherman Act*, une grande partie du *Clayton Act* a été développée par les tribunaux étatsuniens et, en particulier, par la Cour suprême. Plusieurs précédents judiciaires ont ainsi marqué l'histoire du droit *antitrust* et de sa lutte contre les monopoles aux États-Unis. Beaucoup ont conduit au démantèlement au moins partiel des groupes concernés⁵³. En ce qui concerne les géants du numérique, la société géante Microsoft a ainsi été soumise à de multiples pressions de la part du gouvernement fédéral⁵⁴.

Le 19 octobre 1998, un procès devant la cour fédérale de Washington a été intentée par le DOJ rejoint par dix-neuf États fédérés contre Microsoft qui était accusé de violer la législation *antitrust*⁵⁵. Ce procès débute en octobre 1998 et commence ainsi un sinueux processus judiciaire qui passera par de nombreuses phases : condamnation de Microsoft, possibilité d'un démantèlement de la firme pour finir par un compromis (*settlement*)⁵⁶. Les sanctions (dont des amendes qui s'annonçaient pourtant élevées) disparaissent donc.

Cependant, cette affaire avait trouvé des échos au sein de la Communauté européenne. La Commission avait à ce moment-là annoncé en février 2000 l'ouverture d'une enquête et avait fini par condamner Microsoft en 2004. La firme devait verser 497 millions d'euros d'amende, mettre son système en conformité avec les exigences de Bruxelles et fournir à ses concurrents les informations nécessaires pour assurer l'interopérabilité des systèmes⁵⁷. La Commission refusait alors toute concession. Des questions se posent quant à la cohérence de la législation *antitrust* entre les juridictions lorsque le même comportement d'une entreprise au

⁵² Sullivan, L. A., Grimes, W. S. et Sagers, C. L., *The law of antitrust: an integrated handbook* (3^e éd.), West Academic Publishing, 2016

Sullivan, E. T. et Harrison, J. L., *Understanding antitrust and its economic implications* (7^e éd.), Carolina Academic Press, 2019

⁵³ *United States v. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (1982)

⁵⁴ Roland Séroussi, « Le droit américain de la concurrence et les lois *antitrust* », *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod, 2011, p. 145-150

⁵⁵ Andrew I. Gavil et Harry First, *The Microsoft Antitrust Cases*, MIT Press, 2014

⁵⁶ *United States of America v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)

⁵⁷ *Microsoft Corp. v. Commission*, T-201/04 (2007)

sein d'un environnement juridique similaire sont poursuivis dans une juridiction et pas dans une autre⁵⁸.

Chapitre 2 : La spécificité fédérale : une régulation des *gatekeepers* à deux niveaux

La régulation des *gatekeepers* par le droit *antitrust* se fait, aux États-Unis, à deux niveaux du fait de la nature de cet État fédéral. Celle-ci s'exerce donc, tant au niveau de ce dernier (Section 1) qu'au seuil des États fédérés (Section 2). Il convient aussi de mettre en avant le rôle des parties privées dans l'enclenchement de procédures *antitrust* (Section 3).

Section 1 : L'État fédéral

Le droit *antitrust* de l'État fédéral américain est animé tant au niveau du gouvernement fédéral (§1), qu'à celui du Congrès (§2). Le Président des États-Unis a lui aussi un rôle accru à jouer en la matière (§3).

§1 : Le seuil du gouvernement fédéral

Les principales législations fédérales ont déjà été évoquées ci-dessus. Aussi, comme vu plus tôt, la FTC et la *Antitrust Division* du DOJ (ci-après, « les agences ») veillent toutes deux à l'application de ces lois. À certains égards, leurs compétences se chevauchent. Cependant, les deux agences se complètent dans la pratique. Au fil des années, elles ont ainsi développé une expertise dans des secteurs ou des marchés particuliers. Aussi, avant d'ouvrir une enquête, ces dernières se consultent afin d'éviter les doublons⁵⁹.

⁵⁸ John P. Jennings, « Comparing The US And EU Microsoft Antitrust Prosecutions: How Level is the Playing Field? », *Erasmus Law and Economics Review*, n° 1, mars 2006, p. 71-85

⁵⁹ *Guide to Antitrust Laws* de la FTC

Thomas E. Kauper, « The Justice Department and the Antitrust Laws: Law Enforcer or Regulator? », *Antitrust Bull.*, n° 35, 1990

Jay B. Sykes, « Antitrust Law: An Introduction », Rapport n° IF11234 de la CRS, 21 juillet 2022

§2 : Le Congrès

Le Congrès façonne quant à lui directement les perceptions des agences sur la manière d'appliquer la loi en modifiant les lois *antitrust* ou en imposant d'autres exigences. Il confirme la nomination des commissaires de la FTC et de l'*Assistant Attorney General for Antitrust* et utilise ces processus de nomination pour indiquer ses préférences en matière de politique concurrentielle. Les auditions de contrôle et les interactions régulières entre les commissions et les dirigeants des organes chargés de l'application de la loi constituent d'autres outils permettant au Congrès de suggérer ce que les autorités *antitrust* devraient faire ou ne pas faire⁶⁰.

§3 : Le Président des États-Unis

Le Président influe également sur l'application du droit *antitrust* en tant qu'il nomme les responsables des autorités chargées de l'application de ce droit. L'exécutif exerce également une influence considérable en préparant le budget. De la sorte, l'augmentation ou la diminution des dépenses peut affecter les priorités données en matière d'application du droit *antitrust* et, plus généralement, entraîner une réévaluation de ce que les agences devraient essayer d'accomplir. La nomination des juges fédéraux par le Président contribue également à déterminer comment les tribunaux détermineront les limites doctrinales à l'intérieur desquelles les agences doivent opérer. Il convient toutefois de noter que ces trois instruments politiques (nominations au sein des agences, établissement du budget et nominations judiciaires) impliquent l'exercice de fonctions partagées avec le Congrès⁶¹.

Section 2 : Le seuil des États fédérés

⁶⁰ William E. Kovacic, « Congress and the Federal Trade Commission », *Antitrust L.J.*, n° 57, 1989

⁶¹ William E. Kovacic, « Public Choice and the Public Interest: Federal Trade Commission Antitrust Enforcement During the Reagan Administration », *Antitrust Bull.*, n° 33, 1988

A l'échelle des États fédérés, l'évolution et l'application du droit de la concurrence se fait à deux niveaux, à savoir au seuil législatif des États fédérés (§1) et par les Procureurs généraux de ces États (§2).

§1 : Les lois des États fédérés

Du fait de sa nature fédérale, le droit étatsunien de la concurrence est élaboré, aussi bien au niveau de l'État fédéral des États-Unis que par les cinquante États fédérés. En outre, les États américains peuvent également appliquer leurs propres lois *antitrust* pour le commerce se déroulant à l'intérieur des frontières de leur propre État. Ces lois des États fédérés reflètent d'ailleurs en grande partie les lois *antitrust* fédérales. Cependant, la codification des lois *antitrust* étatiques varie considérablement d'un État à l'autre. Dans de nombreux cas, les lois *antitrust* des États sont plus étendues que les lois *antitrust* fédérales en termes de quantité et de qualité des comportements prohibés. L'interprétation des lois *antitrust* des États peut, mais pas toujours, refléter substantiellement les lois *antitrust* fédérales⁶².

§2 : Les Procureurs généraux des États

Les procureurs généraux des États (*State Attorneys General*) peuvent jouer un rôle important dans l'application de la législation *antitrust*. Ils peuvent intenter des actions *antitrust* fédérales au nom de personnes résidant dans leur État (actions *parens patriae*) ou au nom de l'État. Ces *State Attorneys General* peuvent également intenter des actions afin de faire appliquer les lois *antitrust* de leurs États. Lors d'enquêtes sur les fusions, le procureur général d'un État peut coopérer avec les autorités fédérales⁶³.

Cependant, il convient de préciser que les gouvernements des États ne peuvent intenter une action en dommages indirects du fait des dommages causés à leur économie après la constatation d'une infraction à la législation *antitrust*⁶⁴.

⁶² *Guide to Antitrust Laws* du Bureau du Procureur général de l'État de Washington

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Hawaii v. Standard Oil Co. of Cal.*, 405 U.S. 251 (1972)

Section 3 : Le rôle accru des parties privées

Des parties privées peuvent également intenter des actions en justice afin de faire appliquer les lois *antitrust*. En réalité, la plupart des actions *antitrust* sont intentées par des entreprises et des particuliers en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour violation des lois *Sherman* ou *Clayton*. Les parties privées peuvent également demander le prononcé d'ordonnances judiciaires empêchant tout comportement anticoncurrentiel (*injunction*) ou intenter des actions en vertu des lois *antitrust* des États. Les particuliers et les entreprises ne peuvent néanmoins pas intenter de procès en vertu de la loi sur la FTC⁶⁵.

Chapitre 3 : La régulation des contrôleurs d'accès aux États-Unis : réticences initiales et amorces de mutations contemporaines

Ce changement d'approche vers une régulation plus stricte des *gatekeepers* aux États-Unis est consacré tant au niveau du pouvoir exécutif (Section 1) que de la doctrine et de son école *New Brandeis* (Section 2).

Section 1 : Un changement de volonté politique

William E. Kovacic qualifiait l'évolution du droit de la concurrence aux États-Unis de « pendulum narrative » (récit pendulaire). Par cette expression, il décrivait un droit marqué par des évolutions cycliques, oscillant sans cesse entre régulations, évolutions importantes et stagnations, menant parfois à des lacunes. Ainsi, l'auteur explicitait les mouvements de va et vient du droit de la concurrence américain et soulignait que les diverses dynamiques de mise en application de ce dernier ont été très différenciées selon les décennies et les administrations⁶⁶. Cependant, les *Big Tech* ne sont désormais plus étrangères aux enquêtes et actions en justice de

⁶⁵ *Guide to Antitrust Laws* de la FTC

⁶⁶ William E. Kovacic, « The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms », *Antitrust Law Journal*, n° 71, 2003

de l'administration étatsunienne. Ce qui a commencé en 1998 avec l'affaire Microsoft (v. *supra*) se poursuit désormais et il est possible d'observer une accélération spectaculaire du mouvement au cours des dix dernières années, prenant ainsi la suite de l'Union européenne (v. *infra*).

Ainsi, alors qu'aucune plainte n'avait été déposée sous l'administration de George W. Bush (2001-2009) en vertu de la loi contre les monopoles, le président Barack Obama (2009-2017) a rapidement cherché à changer la ligne directrice fédérale en matière de droit *antitrust*. Aussi, en changeant la philosophie de la division *antitrust* du ministère de la Justice, il a également souligné qu'il engagerait des poursuites judiciaires lorsque les monopoles « tenteront d'utiliser leur domination sur le marché afin d'étrangler la concurrence et, en dernière analyse, nuire aux consommateurs »⁶⁷.

La Commission européenne fut d'ailleurs un grand facteur d'accélération et d'évolution du droit *antitrust* aux U.S. dirigé vers les *Big Tech*, et ce, jusqu'aujourd'hui. Il est ainsi intéressant d'observer à quel point leurs mouvements sont intrinsèquement liés⁶⁸. Cependant, la réglementation aux États-Unis n'a pas réussi à garantir que ces géants d'Internet s'engagent sur le marché sans utiliser leur pouvoir disproportionné et n'a, pour le moment, pas complètement suivi l'orientation prise par l'Union européenne. A l'ère de la numérisation, les grandes entreprises d'Internet en sont venues à détenir un pouvoir important, notamment en ce qui concerne la politique et l'élaboration de règles pour leur propre secteur. Les *Big Tech* ont ainsi profité de la faiblesse du droit *antitrust* étatsunien en ce qui concerne les monopoles et oligopoles⁶⁹.

Il est donc possible d'assister à un changement de la dynamique concurrentielle : les nouveaux concurrents peuvent trouver difficile, voire impossible, de concurrencer efficacement ou de défier les super-plateformes dominantes. La capacité des marchés à s'auto-corriger est ainsi remise en cause à mesure que les niveaux de concentration augmentent et que les stratégies commerciales permettent à ceux qui sont en place de contrôler et de limiter les innovations perturbatrices⁷⁰.

⁶⁷ Roland Séroussi, « Le droit américain de la concurrence et les lois *antitrust* », *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod, 2011, p. 145-150

⁶⁸ Shamayeta Rahman, « Antitrust in Times of Information Technology: An Analysis of Big Tech Monopoly Cases », *University of Denver's Electronic Theses and Dissertations*, 2020

⁶⁹ Ariel Ezrachi et Maurice E. Stucke, *The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2019

⁷⁰ Maurice Stucke et Allen Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016

Mais ces dernières années pourraient bien constituer un point de bascule important, notamment sous l'impulsion de l'administration Biden (v. *infra*). Des dynamiques de changements peuvent ainsi être observées tant au niveau fédéral que des États fédérés : rapports de commissions, litiges importants et historiques contre les *Big Tech*, projets de lois, nombreux écrits doctrinaux... Passé ce temps d'inactions et de difficultés, le droit *antitrust* étatsunien prend ainsi la suite du droit européen et vise à réguler les *gatekeepers* de façon plus efficace et offensive. Il serait donc possible d'assister à une véritable renaissance du droit *antitrust* américain, plus de cent ans après sa constitution et consécration⁷¹. La question de la régulation des géants du numérique est donc brûlante et en pleine mutation⁷².

Section 2 : Le mouvement *New Brandeis* caractéristique de cette progression

Ce nouveau cycle est consacré par une école dite *New Brandeis* se démarquant par son progressisme et ses idées anti-monopoles⁷³. Cette école ne promeut ni une intervention illimitée, ni l'abandon de l'analyse économique dans l'application de la législation *antitrust* mais s'accorde à dire que l'intervention *antitrust* doit être mesurée afin d'éviter d'entraver la concurrence, l'innovation et les investissements. Elle met ainsi en exergue la question du degré d'intervention du droit de la concurrence étatsunien⁷⁴. Cette école peut ainsi être divisée en deux idées⁷⁵.

Premièrement, les néo-brandeisiens refusent que l'*antitrust* serve uniquement des objectifs économiques tels que le bien-être des consommateurs. Au contraire, ils soutiennent

⁷¹ Shreeja Sen et Eshani Vaidya, « The Evolution of Big Tech Litigation », *Bot Populi*, 27 novembre 2023

⁷² Shamayeta Rahman, « Antitrust in Times of Information Technology: An Analysis of Big Tech Monopoly Cases », *University of Denver's Electronic Theses and Dissertations*, 2020

⁷³ Joshua D. Wright et Douglas H. Ginsburg, « The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice », *Fordham L. Rev.*, n° 81, 2013

⁷⁴ Maurice E. Stucke et Ariel Ezrachi, « The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement », *Harvard Business Review*, 15 décembre 2017

⁷⁵ Tom Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018

Sandeep Vaheesan, « The Profound Nonsense of the Consumer Welfare Standard », *Antitrust Bull.*, n° 64, 2019

Sanjukta Paul, « Recovering the Moral Economy Foundations of the Sherman Act », *Yale L.J.*, n° 131, 2021

une vision normative plus large selon laquelle l'*antitrust* déconcentre les marchés, promeut l'équité et disperse le pouvoir économique et politique.

En second lieu, ces néo-brandeisiens affirment que le critère du bien-être du consommateur est à écarter. Ils allèguent qu'en appliquant une approche exclusivement économique à l'*antitrust*, les tribunaux ont adopté des théories simplistes minimisant les dommages causés par la concentration conduisant à des marchés non concurrentiels marqués par des prix plus élevés et une qualité dégradée. Certains membres de cette école font valoir que ces déficiences sont particulièrement graves vis-à-vis des *Big Tech* dont beaucoup sont capables de renoncer à des profits immédiats pour établir une position dominante à long terme, tirant ensuite parti de cette position dominante dans d'autres secteurs d'activité.

Cette réponse néo-brandeisienne semble impliquer une préférence pour des règles claires par rapport au type d'analyse factuelle utilisée par le droit actuel et marque la mutation de ce droit sous l'impulsion des abus des entreprises *Big Tech*⁷⁶.

Chapitre 4 : Les problématiques de l'application des lois *antitrust* aux entreprises *Big Tech*

La doctrine *antitrust* européenne et étatsunienne a évolué de manière significative au fil du temps, souvent en réponse à des changements politiques et économiques. Toutefois, ces changements ne sont pas intervenus suffisamment rapidement par rapport à ceux du monde du numérique. L'obsolescence de ce droit *antitrust* n'est ainsi pas seulement due à un manque de volonté de la part du législateur ou de l'exécutif mais a aussi à voir avec la difficulté de l'application d'un droit de la concurrence inadapté aux caractéristiques des *Big Tech*. Ces derniers, aux contours bien spécifiques, rendent l'application de ce droit inefficace et amène à la question de son adaptation, de sa modification, voire de sa refonte totale⁷⁷.

Le caractère récent des *Big Tech* rend parfois l'application du droit *antitrust* étatsunien peu efficace à leur égard. Se pose alors deux solutions principales. La première serait de compléter les lois *antitrust* par des règles sectorielles en matière de concurrence visant la

⁷⁶ Lina M. Khan et Sandeep Vaheesan, « Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents », *Harv. L. & Pol'y Rev.*, n° 11, 2017

⁷⁷ Jay B. Sykes, « Antitrust Reform and Big Tech Firms », Rapport n° R46875 de la CRS, 21 novembre 2023

régulation de ces grandes plateformes numériques. La seconde viserait quant à elle à ajuster les charges de la preuve et à la modification de certaines règles doctrinales. Ces deux approches posent en fait la question du caractère exceptionnel, ou non, des *Big Tech* et de leurs traits uniques de nature à leur conférer un traitement spécial selon le droit de la concurrence américain⁷⁸.

Comme vu plus tôt, le droit *antitrust* consiste en une approche *in concreto*, (à l'exception des violations *per se* de ce dernier, v. *supra*). Les tribunaux américains font l'emploi, de façon quasi-systématique, d'approches *case-by-case* afin de déterminer si les comportements attaqués sont anticoncurrentiels. C'est d'ailleurs à cause de cette perspective que les procédures *antitrust* sont souvent couteuses et chronophages. Les partisans d'une réforme législative ont souligné que ces caractéristiques rendent ce droit inapte à la régulation des marchés de plateformes numériques caractérisés par leurs aspects structurels uniques et originaux⁷⁹.

Il convient aussi de rappeler que la structure des marchés numériques et les barrières à l'entrée et à l'expansion des concurrents générés par le monopole des *Big Tech* mènent aussi à une application du droit *antitrust* originel compliqué. Les lois *antitrust* américaines ne sont pas satisfaisantes pour réguler les géants du numérique, ces derniers étant fortement différents des entreprises que ces lois visaient à réguler à la fin du XIX^e et au début XX^e siècle. Les sociétés telles qu'Amazon ont des modèles de *business* qui leur permettent d'atteindre des positions de monopoles ou de dominance de marchés et ainsi de mettre sur le banc les concurrents potentiels en gardant des prix bas et en améliorant toujours leurs services⁸⁰.

Cela est notamment possible parce que ces *Big Tech* sont capables de générer du profit en vendant les données de leurs utilisateurs à des tiers et en faisant de la publicité sur le Web et les applications. De cette manière, ces entreprises peuvent maintenir des coûts faibles pour les consommateurs (ou gratuits, dans le cas de sites Web comme Google et Facebook) tout en conservant une position dominante de monopole et en cassant les prix des entreprises moins

⁷⁸ « Unlocking digital competition », Rapport du *Digital Competition Expert Panel*, mars 2019
Rapport final du *Stigler Committee on Digital Platforms*, septembre 2019

William P. Rogerson et Howard Shelanski, « Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms », *U. Pa. L. Rev.*, n° 168, 2020

⁷⁹ Rohit Chopra et Lina M. Khan, « The Case for « Unfair Methods of Competition » Rulemaking », *U. Chi. L. Rev.*, n° 87, 2020

Mark Glick, Catherine Ruetschlin et Darren Bush Mark Glick, « Big Tech's Buying Spree and the Failed Ideology of Competition Law », *Hastings L.J.*, n° 72, 2021

⁸⁰ Ariel Ezrachi et Maurice E. Stucke, *How Big-Tech Barons Smash Innovation And How To Strike Back*, Harper Collins Publishers, 2022

puissantes. Ces méthodes de monétisation n'existaient pas à la fin des années 1800 et au début des années 1900, et les législateurs d'il y a plus de cent ans n'auraient pas pu imaginer une telle chose. Les lois *antitrust* devraient donc s'adapter davantage à l'évolution des entreprises qu'elles visent à réglementer⁸¹.

La logique originelle de ce droit se trouve donc chamboulée. En effet, les principes fondamentaux des lois *antitrust* s'articulent autour de l'idée selon laquelle une entreprise détenant un pouvoir de marché important a la capacité de pratiquer des prix plus élevés et de produire moins de biens que ceux qui auraient été produits dans le cadre d'une concurrence parfaite. Une entreprise dans cette position peut ainsi abuser de son pouvoir de monopole par le biais d'une multiplicité de techniques anticoncurrentielles visant à limiter les nouveaux arrivants et à restreindre le choix des consommateurs. La plupart des organes législatifs ont alors la charge de prouver deux éléments principaux lorsqu'ils tentent d'engager des poursuites dans la plupart des affaires *antitrust* : le fait que l'entreprise détient un pouvoir de monopole et qu'elle en abuse.

Dès lors, la situation se complique lorsque les grands monopoles numériques comportent des produits qui sont en concurrence avec d'autres produits légèrement différenciés au sein de certains marchés exclusivement numériques (notamment les applications Google dans le Google Play des appareils Android). Cela rend l'évaluation des marchés beaucoup plus difficile⁸².

L'un des grands problèmes qui se pose dans l'analyse du pouvoir de marché est également le manque d'outils appropriés à la mesure du pouvoir de marché au sein des industries des technologies de l'information. Par exemple, les résultats de l'indice de Lerner⁸³ sont souvent faussés car il ne tient pas compte des coûts fixes élevés ou des coûts marginaux

⁸¹ Cara MacDonald, « A New Antitrust Framework to Protect Mom and Pop from Big Tech », *National Association of Administrative Law Judiciary*, n° 42, 2021

⁸² Steven C. Salop, « Dominant Digital Platforms: Is Antitrust Up to the Task? », *Yale L.J.*, n° 130, 2021

⁸³ L'indice de Lerner permet de déterminer le pouvoir de marché d'une entreprise.

négligeables au sein de cette industrie⁸⁴. Se pose aussi la question de la durabilité des produits des technologies de l'information en cas d'analyse *antitrust*⁸⁵.

Aussi, bien que les entreprises aient traditionnellement besoin d'un flux constant de consommateurs et de continuer à améliorer leurs produits, il semblerait que les *Big Tech* aient trouvé divers moyens de ne pas fixer leurs prix au coût marginal. En plus de proposer des mises à jour et des modèles plus récents sur une base annuelle, ce qui entraîne des incompatibilités matérielles et logicielles forçant les consommateurs à faire un achat (obsolescence programmée), beaucoup se sont également dirigés vers un modèle d'abonnement ou de location assurant également un flux régulier de revenus. Les agences *antitrust* doivent donc tenir compte de l'évolution des modèles de génération de revenus utilisés par ces entreprises en situation de monopole, tout en prenant en considération la durabilité de ces produits, afin d'évaluer correctement le bien-être des consommateurs dans leurs pratiques de fixation des prix⁸⁶.

Les organismes de réglementation effectuent également des analyses prix-coûts pour déterminer si les entreprises disposent ou non d'un pouvoir de marché significatif, mais ce type d'études à court terme, bien que précieuses, tendent à offrir des résultats variables pour les entreprises du secteur numérique, notamment celles pouvant offrir leurs produits selon le modèle *freemium*⁸⁷. Il serait ainsi réducteur d'isoler complètement les produits des entreprises du numérique lorsqu'il s'agit des enquêtes *antitrust*, puisqu'en fin de compte, elles détiennent un pouvoir de marché sur plusieurs marchés, les performances sur chaque marché affectant leurs profits et leurs parts de marché sur d'autres⁸⁸.

Pour résumer, les caractéristiques des *Big Tech* et leurs comportements facilitent davantage les abus de pouvoir de marché qu'en ce qui concerne les entreprises traditionnelles. C'est dans l'urgence de ce contexte que l'Union européenne a décidé de légiférer sur le sujet et que les États-Unis tentent de suivre cette tendance.

⁸⁴ Herbert Hovenkamp, « Antitrust and Information Technologies », *Florida Law Review*, n° 68, 2017

⁸⁵ Michael L. Katz et Carl Shapiro, « Antitrust in Software Markets, », *Competition, Innovation and the Microsoft: Antitrust in the Digital Marketplace*, Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 29

⁸⁶ Michael Kades et Fiona Scott Morton, « Interoperability as a Competition Remedy for Digital Networks », *Wash. Ctr. For Equitable Growth*, septembre 2020

⁸⁷ Il s'agit d'une stratégie commerciale associant une offre *premium* haut de gamme et payante à une offre basique, en libre accès.

⁸⁸ Shamayeta Rahman, « Antitrust in Times of Information Technology: An Analysis of Big Tech Monopoly Cases », *University of Denver's Electronic Theses and Dissertations*, 2020

Partie 1 : La problématique de l'identification des acteurs à réguler et les difficultés d'une telle régulation

Si la notion de contrôleur d'accès est centrale au règlement sur les marchés numériques européen (Titre 1), la relation que les États-Unis entretiennent avec leurs *Big Tech* freine la régulation des géants du numérique outre-Atlantique (Titre 2). De surcroît, les difficultés de régulation des *gatekeepers* ont aussi à voir avec leur nature même et leur place au sein de la société des données (Titre 3).

Titre 1 : Le contrôleur d'accès, notion centrale du règlement sur les marchés numériques

Afin de désigner ses *gatekeepers*, la Commission européenne a recours à une appréciation au cas par cas (Chapitre 1) ayant mené à l'identification de six d'entre eux en septembre 2023, puis sept en mai 2024 (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La qualification de contrôleur d'accès : une appréciation au cas par cas de la Commission

S'il conviendra de déterminer les entreprises concernées par le DMA (Section 1), ce règlement est ciblé sur les *gatekeepers* et leurs « services essentiels » et se différencie ainsi de par son véritable caractère asymétrique (Section 2).

Section 1 : Les entreprises concernées par le DMA

Les *gatekeepers* désignés grâce à des critères de qualification (§2) constituent le champ d'application du règlement sur les marchés numériques (§1).

§1 : Le champ d'application personnel du règlement sur les marchés numériques

La définition des géants du numérique n'est pas aisée mais est cependant d'importance capitale quant à leur régulation. Cette précision terminologique est d'autant plus cruciale que ces acteurs sont divers et leur volume d'activité étendu et mobile. Le DMA a alors fait le choix du terme de « contrôleur d'accès » tandis que les États-Unis utilisent toujours le terme de *Big Tech*, faute de législation spéciale sur le sujet.

Le règlement européen dispose en son article 1^{er} qu'il s'applique « aux services de plateforme essentiels fournis ou proposés par des contrôleurs d'accès à des entreprises utilisatrices établies dans l'Union ou à des utilisateurs finaux établis ou situés dans l'Union, quel que soit le lieu d'établissement ou de résidence des contrôleurs d'accès et quel que soit le droit par ailleurs applicable à la fourniture des services »⁸⁹.

En visant ces *gatekeepers*, l'Union européenne vise ici les acteurs disposant d'un véritable pouvoir de marché. Elle parvient ainsi à l'éviter l'écueil d'une « liste noire » et pose des conditions objectives de qualification permettant d'appréhender leur diversité⁹⁰.

§2 : Les critères de qualification du DMA

Trois critères de qualification qualitatifs doublés par des critères quantitatifs (A) et des présomptions de qualification permettent ainsi de désigner ces contrôleurs d'accès (B). Au-delà, des critères généraux de désignation permettent également d'identifier ces derniers (C).

A) Les trois critères de qualification qualitatifs

La désignation d'une entreprise comme contrôleur d'accès repose sur trois critères qualitatifs et cumulatifs. L'entreprise doit ainsi avoir un poids important sur le marché intérieur, fournir un service de plateforme essentiel constituant un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre les utilisateurs finaux et jouir d'une position solide et durable

⁸⁹ Article 1^{er} §2 du règlement sur les marchés numériques

⁹⁰ Julien Ancelin, « La proposition de *Digital Market Act* : rétablir la concurrence pour préserver la souveraineté numérique de l'Union ? », *RTD Eur.*, 2021, p. 545

dans ses activités ou en bénéficier dans un avenir proche⁹¹. Ces critères de qualification sont toutefois doublés de critères quantitatifs ainsi que d'une possible présomption de qualification.

B) Le doublement de critères de qualification quantitatifs et la présomption de qualification

Pour lever les incertitudes quant à leur application, une présomption de qualification de *gatekeeper* est instituée et repose sur des seuils quantitatifs permettant de vérifier les facteurs qualitatifs précités. Il convient aussi de souligner qu'un renversement de présomption est toujours possible.

Le règlement précise de la sorte quelques critères d'analyse des trois conditions susmentionnées : pour l'impact, l'exigence d'un chiffre d'affaires annuel de 7,5 milliards d'euros au cours des trois derniers exercices au sein de l'EEE (ou une capitalisation boursière s'élevant à, au moins, 75 milliards d'euros au sein de l'EEE) dans au moins trois États membres ; pour la passerelle, la disposition de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs mensuels, établis ou situés dans l'Union, et plus de 10 000 utilisateurs commerciaux actifs annuels, établis dans l'Union au cours du dernier exercice financier ; et enfin, pour l'établissement et la durabilité de la position de marché, l'enregistrement des seuils de personnes exigés au titre du deuxième critère durant les trois dernières années d'exercice⁹².

Le volume considérable d'utilisateurs exigé par ces critères montre que la démarche engagée ne vise que les acteurs principaux du marché, principalement connus sous l'acronyme de GAFAM⁹³.

Cette présomption peut néanmoins être renversée par une entreprise fournissant un service de plateforme essentiel atteignant les seuils déclenchant la présomption d'échapper à la désignation comme *gatekeeper*. Cette exception est ouverte « en raison des circonstances dans

⁹¹ Article 3 §1^{er} du règlement sur les marchés numériques

⁹² Article 3 §2 du règlement sur les marchés numériques

⁹³ Articles 3 §5 et 17 §3 du règlement sur les marchés européens

lesquelles le service de plateforme essentiel concerné opère », ce que l'entreprise doit démontrer, la Commission pouvant ainsi décider de procéder à une enquête de marché⁹⁴.

C) Des critères généraux de désignation allant au-delà

Une entreprise peut également être désignée par la Commission comme contrôleur d'accès alors même qu'elle n'atteint pas tous les seuils précités en l'application de critères généraux de désignation. Pour cela, la Commission doit tenir compte de différents critères, sans qu'ils aient tous à être vérifiés. Ces derniers sont au nombre de sept⁹⁵.

Certains de ces critères font référence à la taille, dont le chiffre d'affaires ou la capitalisation boursière, du *gatekeeper*, mais aussi au nombre d'entreprises utilisatrices et d'utilisateurs finaux, à la captivité de ces derniers mais aussi à la structure d'entreprises conglomérale ou à l'intégration verticale des services de l'entreprise. Ils constituent donc des facteurs connus du droit de la concurrence. D'autres critères sont par nature liés à la fourniture de services de plateforme essentiels, il s'agit des effets réseaux et des avantages tirés des données, mais aussi des effets d'échelle dégagés par le contrôleur d'accès⁹⁶.

Si la réalisation d'une enquête de marché est facultative, la Commission peut en réaliser une, ce qui sera certainement nécessaire pour la désignation d'autres *gatekeepers* dont la taille comme la diversité des services proposés sont plus faibles⁹⁷.

Section 2 : Une régulation asymétrique ciblée uniquement sur les *gatekeepers* et leurs « services de plateforme essentiels »

⁹⁴ Thibault Douville, « Règlement sur les marchés numériques (*Digital Markets Act*) : questions choisies sur son champ d'application après la désignation des premiers contrôleurs d'accès », *RTD Com.*, 2023

⁹⁵ Article 3 §8 du règlement sur les marchés numériques

⁹⁶ Thibault Douville, « Règlement sur les marchés numériques (*Digital Markets Act*) : questions choisies sur son champ d'application après la désignation des premiers contrôleurs d'accès », *RTD Com.*, 2023

⁹⁷ Article 17 du règlement sur les marchés numériques

Le DMA constitue une régulation dite asymétrique puisqu'elle ne vise, sur la base de ses critères de présomption, qu'un ensemble réduit d'acteurs : les *gatekeepers*⁹⁸. Il convient de signaler que la Commission européenne a la possibilité de procéder à la désignation d'une plateforme comme *gatekeeper* y compris lorsque ces seuils ne sont pas atteints, via une enquête de marché sur la base d'une analyse qualitative. De leur côté, les entreprises ont également la possibilité de lancer une procédure de réfutation de leur qualité de *gatekeeper*⁹⁹.

Aussi, la qualification d'une entreprise de contrôleur d'accès implique qu'elle fournisse « un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux »¹⁰⁰. La catégorie des services de plateforme essentiels regroupe les services d'intermédiation en ligne, les services de recherche en ligne, les services de réseaux sociaux en ligne, les services de plateformes de partage de vidéos, les services de communications interpersonnelles non fondées sur la numérotation, les systèmes d'exploitation, les navigateurs internet, les assistants virtuels, les services d'informatique en nuage et les services de publicité en ligne, ces derniers ne pouvant être désignés que de manière complémentaire à un autre service de plateforme essentiel¹⁰¹.

Le choix a été fait par le législateur européen d'en établir une liste plutôt que d'en donner une définition générique, au risque de l'insuffisance ou de l'obsolescence des catégories retenues¹⁰². Par ailleurs, la catégorie des services de plateforme essentiels est hétérogène ce qui confère au règlement un champ d'application plus étendu que celui des plateformes. Cette approche est justifiée par la volonté du législateur européen de saisir globalement les contrôleurs d'accès à travers tous les éléments constitutifs de leur environnement : moteur de recherche, boutiques d'application, système d'exploitation, réseaux sociaux... Cela dit, les premières désignations des contrôleurs d'accès ont mis en lumière quelques difficultés de qualification des services de plateforme essentiels¹⁰³.

⁹⁸ Adam A. Ambroziak, « EU's perspective on the functioning of giant online platforms in the digital economy », *The European Union Digital Single Market*, Routledge, 2022

⁹⁹ Élisabeth Amadiou, Mailys Amat, Arthur Dinhof et Ivo Montecino, « Le *Digital Markets Act* : Un nouveau cadre de régulation européen des grandes plateformes numériques », *Les Thèmes de la DGE*, n° 7, février 2023

¹⁰⁰ Article 3 §1^{er} b) du règlement sur les marchés numériques

¹⁰¹ Article 2 §2 du règlement sur les marchés numériques

¹⁰² Thibault Douville, « Règlement sur les marchés numériques (*Digital Markets Act*) : questions choisies sur son champ d'application après la désignation des premiers contrôleurs d'accès », *RTD Com.*, 2023

¹⁰³ Jean-Christophe Roda, « Le *Digital Markets Act* », *Communication Commerce électronique*, n° 2 et 3, février et mars 2023

Chapitre 2 : L'identification de sept *gatekeepers* par la Commission

La Commission européenne a désigné en date du 6 septembre 2023 six contrôleurs d'accès que sont Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta et Microsoft en application du règlement sur les marchés numériques. Au total, 22 services de plateforme essentiels fournis par ces *gatekeepers* ont aussi été désignés¹⁰⁴. Ces décisions de désignation faisaient suite à une procédure d'examen de 45 jours menée par la Commission après la notification par Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft et Samsung de leur potentiel statut de contrôleur d'accès¹⁰⁵.

De plus, la Commission a conclu que, bien que Gmail, Outlook et Samsung atteignent les seuils fixés par ledit règlement pour être considérés comme contrôleur d'accès, Alphabet, Microsoft et Samsung ont fourni des arguments suffisamment solides indiquant que leurs services ne sauraient être considérés comme des points d'accès pour les services de plateforme essentiels concernés¹⁰⁶.

Au regard de la contestation de ces *Big Tech*, il est intéressant de souligner que la désignation par la Commission des premiers contrôleurs d'accès est à cet égard pertinente. TikTok soutenait ainsi ne pas détenir une position durable sur le marché en raison de son entrée sur le marché et de sa qualité de *challenger* par rapport aux réseaux sociaux comme Facebook. La Commission a toutefois écarté ces arguments¹⁰⁷.

A la suite de cette première désignation, le DMA semble cependant s'être refermé sur ses destinataires naturels. Ce sentiment doit cependant être relativisé. En protégeant les entreprises utilisatrices, le DMA promeut des bonnes pratiques. Celles-ci ont naturellement vocation à rayonner par-delà les destinataires de cet instrument, mais aussi peut-être au-delà les

¹⁰⁴ [Lien vers les six décisions](#)

¹⁰⁵ « Règlement sur les marchés numériques : la Commission désigne six contrôleurs d'accès », Communiqué de presse de la Commission européenne, 6 septembre 2023

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Résumé de la décision de la Commission du 5 septembre 2023 relative à une décision adoptée en vertu de l'article 3 du règlement (UE) 2022/1925 (Affaire DMA.100040 – ByteDance – Online Social Networking Services), Journal officiel de l'Union européenne, C 552 (2023)

frontières de l'EEE. Les acteurs qui y échappent ont, en effet, intérêt à les prendre en compte afin de proposer des offres de services attractives par rapport à celles des contrôleurs d'accès¹⁰⁸.

La Commission a par ailleurs, en date du 13 mai 2024, désigné un septième contrôleur d'accès qu'est Booking pour son service d'intermédiation en ligne¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Thibault Douville, « Règlement sur les marchés numériques (*Digital Markets Act*) : questions choisies sur son champ d'application après la désignation des premiers contrôleurs d'accès », *RTD Com.*, 2023

¹⁰⁹ « Commission designates Booking as a gatekeeper and opens a market investigation into X », Communiqué de presse de la Commission européenne, 13 mai 2024

Titre 2 : Les *Big Tech* et les États-Unis : une relation ambiguë freinant leur régulation

À la différence de l'Union européenne et de sa terminologie de « contrôleur d'accès », les États-Unis utilisent davantage le terme de *Big Tech* (géants du numérique). Le terme de *gatekeeper* n'est dès lors que très peu utilisé outre-Atlantique. Cette terminologie a aussi à voir avec la relation des *Big Tech* et des États-Unis. Si au sein de l'Union européenne, la vision à l'égard des géants du numérique est plus hostile et méfiante, ces derniers bénéficient aux États-Unis d'un regard plus clément et tolérant face à leurs abus, du moins jusqu'à récemment (v. *infra*).

Depuis les années 1980, les tribunaux américains ont progressivement affaibli les lois *antitrust* étatsuniennes et ont rendu de plus en plus difficile la contestation des pratiques anticoncurrentielles et des fusions d'entreprises, tant pour les autorités fédérales chargées de l'application des lois *antitrust* que pour la société civile. La lutte contre la concentration des monopoles est aujourd'hui considérée comme le point faible de la politique *antitrust* américaine¹¹⁰. C'est sous l'administration Reagan que l'application des lois *antitrust* a été détournée de sa lutte anti-monopole. Le principe de « consumer welfare » (bien-être des consommateurs) déjà présent dans la loi Sherman de 1890 devient alors l'objectif principal des lois *antitrust*, et ce, jusqu'à très récemment¹¹¹. Par ailleurs, les budgets alloués à la FTC ont été régulièrement réduits, jusqu'à atteindre des niveaux historiquement bas¹¹².

Le déclin d'une politique *antitrust* forte aux États-Unis en ce qui concerne les entreprises du numérique contraste avec les pays étrangers où l'application de la législation *antitrust* est à la fois plus répandue et plus importante¹¹³. Cette différence n'est pas surprenante à la vue du fait que les citoyens américains sont généralement plus favorables aux géants du Web que les citoyens d'autres pays¹¹⁴.

¹¹⁰ Stacy Mitchell, « The Rise and Fall of the Word « Monopoly » in American Life », *The Atlantic*, 20 juin 2017

¹¹¹ Jerrold Nadler et David N. Cicilline, « Investigation of Competition in Digital Markets », *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary*, 2020

¹¹² Michael Kades, « The state of U.S. federal antitrust enforcement », *Wash. Ctr. For Equitable Growth*, septembre 2019

¹¹³ Samuel T. Alen, « Too Big to Nail? Legislative Solutions to Big Tech Monopolies in an Age of Relaxed Antitrust Enforcement », *Suffolk University Law Review*, n° 55, 2022

¹¹⁴ Linda Lyons, « Youthful Optimism? Young Americans Happy with Big Business », *Gallup*, 2 mars 2004

Bien sûr, l'interprétation étroite des lois *antitrust* a été un atout essentiel dans le développement des *Big Tech* américains. D'une part, leur développement a été favorisé par le choix du gouvernement américain pour une délégation systématique de ses grands projets de systèmes d'information à ces entreprises, sans prendre en compte les facteurs de risques associés à la concentration des technologies propriétaires. De surcroît, ces délégations ont permis le développement de pratiques commerciales déloyales et agressives qui ont participé à la constitution d'un oligopole des géants d'Internet détenant aujourd'hui le contrôle des principaux socles matériels et logistiques relatifs à l'activité numérique étatsunienne. Aussi, le gouvernement américain a largement participé à l'émergence et au développement des *Big Tech*.

Au-delà, à l'instar de nombreuses entreprises, les États-Unis dépendent eux-mêmes des acteurs du numérique pour un grand nombre de services. De plus, l'État américain continue de confier aux *Big Tech* des projets pour lesquels il se place comme simple client, certes privilégié, mais néanmoins dépendant de ces acteurs¹¹⁵. Les projets financés par l'État fédéral ont, eux aussi, largement contribué à ce que les *Big Tech* deviennent les géants d'aujourd'hui aux États-Unis, et peut-être même dans le monde.

Les *Big Tech* montrent également une volonté de remplacer les structures traditionnelles de l'État. Il devient cependant plus compliqué de négocier avec un acteur économique quand le fonctionnement de certaines administrations de l'État, des projets soutenus par des financements publics, ainsi qu'une majorité des activités numériques professionnelles et personnelles, dépendent des entreprises que l'on souhaite réguler¹¹⁶.

Pour résumer, bien que le Vieux Continent ne soit néanmoins pas exempt de ce même effet, la constitution des géants du Web a été favorisée aux États-Unis par la convergence de plusieurs facteurs dont l'affaiblissement des lois anti-monopole depuis les années 80, la réduction des financements des administrations ayant un rôle déterminant dans le contrôle de la concurrence, l'accélération de la délégation au secteur privé et des financements publics vers des technologies privées et une difficulté à saisir les particularités des produits fondés sur une économie et société des données permettant de créer un droit adapté aux *gatekeepers*.

¹¹⁵ Par exemple : collaboration de Google, Facebook et Apple avec la NSA ; projet *Joint Enterprise Defense Infrastructure* remporté par Microsoft en 2019 ; *idem* pour le marché de l'Armée américaine concernant ses casques de réalité virtuelle *Hololens* ; marché *Rural Digital Opportunity Fund* remporté par SpaceX en 2020 pour répondre aux problématiques de fractures numériques sur le territoire américain

¹¹⁶ Ophélie Coelho, « Les États-Unis, les *Big Tech* et le reste du monde... », *Institut Rousseau*, 22 juin 2021

L'administration Biden travaille aujourd'hui à affaiblir certains de ces facteurs mais ses actions interviennent tardivement, dans un contexte où les relations entre l'État américain et les *Big Tech* paraissent toujours plus complexes du fait des dépendances évoquées ci-dessus¹¹⁷.

¹¹⁷ Samuel T. Alen, « Too Big to Nail? Legislative Solutions to Big Tech Monopolies in an Age of Relaxed Antitrust Enforcement », *Suffolk University Law Review*, n° 55, 2022

Titre 3 : Les difficultés de régulation intrinsèques à la nature des contrôleurs d'accès et à leur place au sein de la société des données

Si la domination des *gatekeepers* est génératrice de défis concurrentiels, aux États-Unis comme dans l'Union européenne (Chapitre 1), le *lobbying* intense de ces derniers a pour conséquence de fortement ralentir leur régulation (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La domination des contrôleurs d'accès génératrice de défis concurrentiels

Le modèle économique des *Big Tech* repose principalement sur la combinaison de masses de données sur leurs utilisateurs ainsi que d'algorithmes puissants et opaques. La domination des contrôleurs d'accès est ainsi génératrice de défis concurrentiels, tant au sein de l'Union européenne qu'outre-Atlantique. Les forts effets de réseau et leurs écosystèmes contenant des « internautes-consommateurs » ont permis à ces importants acteurs d'acquérir une position de quasi-monopole sur le marché européen, laissant ainsi peu de place à la concurrence. Selon la Commission européenne, plus de 10 000 plateformes en ligne (dont 90 % sont des petites et moyennes entreprises) opèrent en Europe, mais seules les plus grandes plateformes captent l'essentiel de la valeur du marché numérique européen¹¹⁸. Aussi, alors qu'en 2007, seuls 55 % des habitants de l'Union à 27 avaient utilisé internet au cours des 3 derniers mois, ils étaient plus de 91 % à y avoir recouru en 2023. La part des européens ayant commandé des biens en ligne a quant à elle presque atteint les 70 % l'année dernière.

Pendant que les grandes entreprises du numérique continuent d'accroître leur part de marché et leur influence, les préoccupations relatives aux monopoles se sont accrues en parallèle et les entreprises et consommateurs subissent les effets de ces monopoles. De surcroît, la démocratisation d'Internet dans les années 2000 s'est accompagnée de l'émergence de nouveaux modèles économiques reposant sur une logique de développement de plateformes numériques. Ces dernières se caractérisent par leur nature « multiface » car elles s'adressent, d'un côté, à des utilisateurs particuliers et de l'autre, à des utilisateurs professionnels. Une des

¹¹⁸ Éliisa Amadiou, Mailys Amat, Arthur Dinhof et Ivo Montecino, « Le *Digital Markets Act*, un nouveau cadre de régulation européen des grandes plateformes numériques », *Les Thémas de la DGE*, n° 7, février 2023

spécificités de ce modèle réside dans le fait que l'accès aux services de la plateforme est le plus souvent gratuit pour le premier type d'utilisateurs tandis que le second type d'utilisateurs doivent rémunérer la plateforme pour bénéficier de l'accès à certains services. Par exemple, sur le réseau social Facebook, l'utilisation d'un compte destiné à un usage particulier n'est pas facturée tandis que c'est le cas pour l'affichage publicitaire destiné aux entreprises¹¹⁹.

La domination des marchés occupés par les *gatekeepers* a été renforcée par des stratégies d'intégration verticale et conglomérale, notamment permises par des rachats massifs d'entreprises, leur permettant de développer de nombreux services liés et difficilement contestables par de potentiels rivaux. Ces stratégies de diversification de leurs activités apparaissent notamment dans les capitalisations boursières des entreprises numériques¹²⁰.

Au-delà des usages pour les particuliers, le secteur du numérique génère d'immenses opportunités économiques et industrielles. Il soulève également d'importants enjeux géopolitiques et démocratiques. Face à la domination d'acteurs étrangers dans ce secteur, l'Union européenne cherche à s'adapter à l'ère numérique et les États-Unis prennent sa suite¹²¹.

Chapitre 2 : Un *lobbying* intense, frein à la régulation des contrôleurs d'accès

Aux États-Unis ainsi que dans l'Union européenne, les *Big Tech* ont alloué d'importants budgets aux *lobbying*, tant auprès de la Commission européenne (Section 1) qu'au sein du Congrès américain (Section 2) afin de freiner les projets de régulation de contrôleurs d'accès. Il semble cependant que l'emploi de ces dépenses n'empêche pas, *in fine*, l'élaboration de tels encadrements.

Section 1 : L'Union européenne surmontant partiellement le *lobbying* des géants du numérique

¹¹⁹ Samuel T. Alen, « Too Big to Nail? Legislative Solutions to Big Tech Monopolies in an Age of Relaxed Antitrust Enforcement », *Suffolk University Law Review*, n° 55, 2022

¹²⁰ Élisabeth Amadiou, Mailys Amat, Arthur Dinhof et Ivo Montecino, « Le *Digital Markets Act* : Un nouveau cadre de régulation européen des grandes plateformes numériques », *Les Thémas de la DGE*, n° 7, février 2023

¹²¹ Léo Lictévout et Barthélémy Gaillard, « La politique numérique de l'Union européenne », *Toute L'Europe*, 24 avril 2024

Le projet de DMA fit l'objet de nombreuses discussions et réactions avant son adoption et sa publication. Ce dernier fut aussi beaucoup commenté par la doctrine lors de sa parution et avait été accueilli favorablement par le Contrôleur européen de la protection des données¹²². L'enjeu était de taille et les débats se sont révélés assez tendus¹²³. Aussi, les GAFAM n'ont pas eu ces mêmes réactions enthousiastes à l'égard de ce projet de règlement et ces derniers ont investi énormément de dépenses de *lobbying* à Bruxelles¹²⁴. Une plainte a même été déposée par trois eurodéputés dénonçant des pratiques de *lobbying* dissimulé¹²⁵.

Par ailleurs, en ce qui concerne les critères de qualification quantitatifs de désignation des contrôleurs d'accès, le DMA exige, en ce qui concerne le poids sur le marché, un chiffre d'affaires annuel de 7,5 milliards d'euros au cours des trois derniers exercices au sein de l'EEE (ou une capitalisation boursière s'élevant à, au moins, 75 milliards d'euros au sein de l'EEE) dans au moins trois États membres. Sur ce point, il semble regrettable que les seuils de chiffre d'affaires et de capitalisation boursière aient été finalement relevés (dans le projet de DMA, 6,5 milliards de chiffre d'affaires et 65 milliards de capitalisation boursière étaient requis) dans la mesure où cette présomption permettait une application plus extensive du texte. Il est ainsi peut-être possible d'y voir le fruit du *lobbying* des GAFAM, intense durant ces négociations¹²⁶.

Section 2 : Le *lobbying* des *Big Tech* aux États-Unis constituant l'un des freins à leur régulation

Aux États-Unis, l'impact du *lobbying* des *Big Tech* sur les projets de régulation est aussi très important. En effet, les géants du numérique ont par exemple réussi à écarter deux propositions de lois visant à limiter leurs pouvoirs. Cela est sûrement le résultat d'un effort de *lobbying* sans précédent. Ces textes, pourtant soutenus officiellement par la Maison Blanche et des membres des partis démocrate et républicain, prévoyaient d'empêcher les GAFAM de

¹²² *Opinion 2/2021 on the Proposal for a Digital Markets Act*, 10 février 2021

¹²³ Romain Moutot, « Lutte contre les pratiques déloyales des GAFAM : le DMA est publié ! », *Dalloz actualité*, 16 novembre 2022

¹²⁴ Raphaël Balenieri, « Le DSA-DMA fait bondir les dépenses de *lobbying* des GAFAM à Bruxelles », *Les Échos*, 31 août 2021

¹²⁵ « Trois eurodéputés socialistes accusent des géants du Net de *lobbying* dissimulé », *Contexte*, 17 octobre 2022

¹²⁶ Sébastien Seibt, « Comment les GAFAM dépensent des millions en *lobbying* pour influencer Bruxelles », *France 24*, 31 août 2021

favoriser leurs propres services sur leur site et d'obliger Google ou Apple à ouvrir leurs iPhone et Android à d'autres boutiques d'applications¹²⁷.

Il semblait que ces projets de loi avaient pourtant toute leur chance d'être votés par le Congrès malgré un *lobbying* déjà important. Mais une intensification des pressions (y compris de la part des PDG d'Apple et Google) ont finalement permis aux *Big Tech* de remporter ces batailles¹²⁸. En un an, ces géants du numérique avaient dépensé plus de 100 millions de dollars en publicités ciblées, en promotion de travaux académiques orientés ou encore en cadeaux divers et variés pour parvenir à leur fin¹²⁹.

Cependant, les partisans de la limitation des pouvoirs des GAFAM n'ont pas dit leur dernier mot comme cela sera explicité plus tard. Ces dépenses illustrent toutefois parfaitement la difficulté et les freins à la régulation des *gatekeepers* aux États-Unis ainsi qu'au sein de l'Union européenne.

¹²⁷ Sébastien Seibt, « États-Unis : comment la *Big Tech* a fait capoter la tentative de limiter son pouvoir », *France 24*, 21 décembre 2022

¹²⁸ Cat Zakrzewski, Will Oremus, Gerrit De Vynck et Cristiano Lima-Strong, « With clock ticking, battle over tech regulation intensifies », *The Washington Post*, 27 juin 2022

¹²⁹ John D. McKinnon, « Tech Companies Make Final Push to Head Off Tougher Regulation », *The Wall Street Journal*, 12 décembre 2022

Partie 2 : Méthodes de régulation des *gatekeepers* différenciées aux U.S. et dans l'Union européenne : mise en lumière d'approches discordantes (entre intervention *ex post* et *ex ante*)

Chaque méthode de régulation des contrôleurs d'accès présente des avantages et inconvénients (Titre 1). L'approche européenne est principalement marquée par des interventions *ex ante* (Titre 2) tandis que celle étatsunienne est caractérisée par une régulation *ex post* (Titre 3).

Titre 1 : Avantages et inconvénients de chaque approche

Ces approches dissemblables sont donc à différencier (Chapitre 1) mais il convient aussi de mettre en lumière les risques et menaces générées par une possible adoption de l'approche *ex ante* aux États-Unis (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Lois *antitrust*, procédures judiciaires étatsuniennes et régulation européenne : la différenciation d'approches dissemblables

Il convient d'étudier ces différentes approches employées dans chaque territoire (Section 1) avant d'en dresser une appréciation quant à leur effectivité de régulation des contrôleurs d'accès (Section 2).

Section 1 : Aperçu des diverses approches aux États-Unis et dans l'Union européenne

Historiquement, différentes solutions ont été employées aux États-Unis et au sein de l'Union européenne afin de limiter les pertes de bien-être économique générées par des pouvoirs de marché. La première approche est celle du droit *antitrust* classique qui est aujourd'hui encore adoptée aux États-Unis (§1) et la seconde est celle de la régulation directe

des *Big Tech* au moyen d'un ensemble de règles *ex ante*, approche que le DMA vient consacrer (§2).

§1 : L'approche du droit antitrust étatsunien

L'approche visant à lutter contre le pouvoir de marché des *Big Tech* adoptée aux États-Unis est celle de l'application d'un droit *antitrust* classique, c'est-à-dire d'un ensemble de normes comportementales souples¹³⁰. Le droit *antitrust* ne tente ainsi pas de définir *ex ante* ce qu'une entreprise est exactement autorisée ou interdite de faire. Ce droit fait cependant le choix d'une évaluation *ex post* du respect par une entreprise de ces obligations¹³¹. Les contours spécifiques de ces normes sont de la sorte précisés par des tribunaux isolés politiquement¹³².

La principale limite de la législation *antitrust* a à voir avec un problème d'efficacité : cette dernière peut être indéterminée et lente¹³³. Le droit *antitrust* peut être indéterminé parce qu'il n'interdit que certains comportements et évalue généralement le caractère raisonnable de ces derniers au cas par cas et en fonction de l'effet d'une pratique sur le marché dans sa globalité¹³⁴. La législation *antitrust* aux États-Unis peut également être lente parce qu'elle est appliquée par le biais d'ordonnances judiciaires requérant des procès chronophages¹³⁵.

Il est toutefois important de ne pas surestimer ces limites. Au fur et à mesure que les précédents se développent, le droit de la concurrence étatsunien devient à la fois plus précis et plus rapide. Les directives du droit *antitrust* deviennent ainsi plus claires et produisent des effets plus immédiats au fur et à mesure que les précédents se développent autour des nouveaux marchés et des pratiques novatrices¹³⁶. Cependant, il convient de détailler ces deux limites afin d'en déceler tous les tenants et aboutissants et d'en déconstruire, au moins en partie, les mythes dont elles font l'objet.

¹³⁰ Thomas A. Lambert, « How to Regulate: a Guide for Policymakers », Cambridge University Press, 2017, p. 145-175

¹³¹ Ibid.

¹³² Herbert Hovenkamp, « Antitrust and Platform Monopoly », *Yale L.J.*, n° 130, 2021

¹³³ Robert E. Litan, « Antitrust and the New Economy », *U. Pitt. L. Rev.*, n° 62, 2001

¹³⁴ Thomas A. Lambert, « How to Regulate: a Guide for Policymakers », Cambridge University Press, 2017, p. 145-175

¹³⁵ Robert E. Litan, « Antitrust and the New Economy », *U. Pitt. L. Rev.*, n° 62, 2001

¹³⁶ Thomas A. Lambert, « Addressing Big Tech's Market Power: A Comparative Institutional Analysis », *SMU L. Rev.*, n° 75, 2022

Comme explicité ci-dessus, les principales limites de la législation *antitrust* sont qu'elle est quelque peu indéterminée et qu'elle progresse lentement puisqu'elle nécessite des actions en justice souvent complexes afin d'établir et de faire respecter des normes de conduite spécifiques¹³⁷. L'essence de cette dernière critique est que le droit *antitrust* ne fournirait pas d'orientation prospective, c'est-à-dire qu'il serait indéterminé. Toutefois, un certain nombre d'affaires actuellement en cours permettront sûrement bientôt de clarifier les directives *antitrust* pour les grandes plateformes numériques¹³⁸.

En ce qui concerne la prétendue lenteur du droit *antitrust*, l'hypothèse serait ici que cette lenteur de l'application et de l'adaptation de la législation *antitrust* aurait permis aux *Big Tech* de développer des pratiques générant des « pertes de bien-être social » sur les marchés numériques¹³⁹. Le bien-fondé de cette hypothèse est toutefois discutable. En effet, il ne s'agit pas ici de suggérer qu'il n'existe de problèmes de concurrence sur les marchés comprenant des plateformes numériques. La question qui se pose est simplement de savoir si le droit *antitrust* est « trop lent » pour ces marchés, comme l'ont suggéré l'économiste Mike Walker et d'autres partisans d'une « réglementation directe ».¹⁴⁰ Si les symptômes de pouvoir de marché se sont effectivement développés sur ces marchés avant que le droit *antitrust* ne puisse agir, la lenteur du droit *antitrust* pourrait justifier une approche différente, peut-être plus sujette aux erreurs (v. *infra*). Mais malgré la taille des plateformes numériques, certains soutiennent que les marchés auxquels elles font partie n'ont pas encore présenté de symptômes suffisamment graves de pouvoir de marché, et que les décisions *antitrust* se poursuivent à un rythme soutenu. Il apparaîtrait donc d'après cette partie de la doctrine que ni le manque de détermination, ni la lenteur excessive, ne justifieraient le rejet de la législation *antitrust* en tant que remède au pouvoir de marché des plateformes numériques, du moins pour l'heure actuelle¹⁴¹.

Ces mêmes partisans du droit *antitrust* comme remède aux pouvoirs de marché des *Big Tech* soulignent que les normes de la législation *antitrust* sont axées sur des objectifs plutôt que sur des moyens spécifiques, et sont donc moins susceptibles de « se tromper » lorsqu'elles sont

¹³⁷ Mike Walker, « Reviving Competition – Part 3: Strengthening the Laws to Address Monopoly Power », *Hearing Before the Subcommittee on Antitrust, Commercial & Administrative Law of the House of Commons on the Judiciary*, 117^e Congrès, 2021

¹³⁸ Par exemple : *United States v. Google LLC* (2023)

¹³⁹ Herbert Hovenkamp, « Antitrust and Platform Monopoly », *Yale L.J.*, n° 130, 2021

¹⁴⁰ Mike Walker, « Reviving Competition – Part 3: Strengthening the Laws to Address Monopoly Power », *Hearing Before the Subcommittee on Antitrust, Commercial & Administrative Law of the House of Commons on the Judiciary*, 117^e Congrès, 2021

¹⁴¹ Herbert Hovenkamp, « Antitrust and Platform Monopoly », *Yale L.J.*, n° 130, 2021

appliquées de manière générale. Les normes *antitrust* sont donc supposées régir le comportement d'une entreprise en l'absence de réglementation directe portant sur les problèmes de concurrence¹⁴².

L'approche adoptée aux États-Unis ne fait donc pour l'heure pas l'unanimité et les problématiques de concurrence générées par les géants du numérique sont loin d'atténuer ces controverses. Aussi, si certains sont partisans d'une réforme du droit *antitrust*, plus apte à la régulation des *Big Tech*, d'autres considèrent que ce droit est pour l'heure convenable. Cette joute doctrinale est ainsi loin de s'éteindre aux États-Unis, cela sera aussi explicité par la suite (*v. infra*).

§2 : L'approche des règles de conduite ex ante

Une seconde approche adoptée tant par le DMA que par plusieurs projets de loi en cours d'examen devant le Congrès américain consiste en l'application de règles de conduite *ex ante*. Cette autre stratégie de réglementation directe visant à répondre aux problèmes de pouvoir de marché générés par les *Big Tech* constitue un ensemble de règles *ex ante* spécifiant avec précision les comportements interdits ou autorisés par les entreprises¹⁴³.

Ces règles constituent un remède palliatif au pouvoir de marché en ce sens qu'elles cherchent à atténuer les symptômes du pouvoir de marché (par exemple, les prix supra-concurrentiels) sans guérir la « maladie sous-jacente » (à savoir l'absence de concurrence). D'autres types de règles de conduite peuvent imposer des comportements visant à favoriser la concurrence. Ces règles sont donc de nature thérapeutique¹⁴⁴.

Du fait de leur caractère plus rigide et prescriptif que les normes flexibles de la législation *antitrust*, les règles *ex ante* ont tendance à avoir une portée plus limitée et sont donc moins susceptibles d'être adaptées à un large éventail d'entreprises¹⁴⁵. Elles ont généralement

¹⁴² Herbert Hovenkamp, « Antitrust and the Regulatory Enterprise », *Colum. Bus. L. Rev.*, n° 335, 2004

¹⁴³ Thomas A. Lambert, « How to Regulate: a Guide for Policymakers », Cambridge University Press, 2017, p. 145-175

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid.

vocation à s'appliquer à un secteur ou à un groupe d'entreprises particulier et le DMA visant les contrôleurs d'accès en est l'exemple parfait.

La réglementation *ex ante* est quant à elle plus déterminée que la législation *antitrust* et peut de la sorte atteindre ses objectifs plus rapidement. Par exemple, les régulateurs peuvent poser des règles claires, immédiatement efficaces, empêchant les entreprises dominantes d'exercer leur pouvoir de marché ou visant à faciliter l'entrée sur le marché. Toutefois, la réglementation *ex ante* peut générer un effet secondaire important qui est moins prépondérant dans des normes *antitrust* plus flexibles : les coûts d'erreur¹⁴⁶. Ce risque est d'ailleurs le principal soulevé par les opposants d'une « réglementation directe » des *Big Tech*. La principale limite des règles de conduite *ex ante* serait ainsi qu'elles sont souvent génératrices d'erreurs coûteuses susceptibles d'être graves¹⁴⁷.

En juin 2021, les membres de la commission judiciaire de la Chambre des représentants des États-Unis ont présenté un projet de loi qui imposerait des séparations structurelles et des restrictions pour les plus grandes plateformes numériques (*v. infra*)¹⁴⁸. Des évolutions en ce sens sont toujours observées et une partie importante de la doctrine et des représentants politiques militent en ce sens aux États-Unis.

Section 2 : Appréciation de ces deux approches

Ces deux approches (loi *antitrust* et réglementation *ex ante*) ont été utilisées ou proposées pour répondre aux problèmes de pouvoir de marché posés par les plateformes numériques dominantes. Aux États-Unis, chacune des entreprises GAFA fait actuellement l'objet d'importants procès *antitrust*¹⁴⁹. En Europe, le DMA proposé par la Commission impose un ensemble de règles *ex ante* strictes aux grandes plateformes numériques considérées comme des *gatekeepers*. Plusieurs des projets de loi récemment présentés devant la Chambre des

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Herbert Hovenkamp, « Antitrust and Platform Monopoly », *Yale L.J.*, n° 130, 2021

¹⁴⁸ *Ending Platform Monopolies Act*, H.R. 3825, 117^e Cong., 2021

¹⁴⁹ *United States v. Google LLC* (2023)

représentants et le Sénat des États-Unis imposeraient alors un régime similaire à celui de l'Union européenne¹⁵⁰.

Ces approches sont, comme vu précédemment, toutes deux imparfaites. La législation *antitrust* est quelque peu indéterminée et pose problème du fait de sa lenteur. Les règles de conduite *ex ante* sont certes plus rapides et plus déterminées, mais elles sont également plus susceptibles de générer des erreurs génératrices de coûts élevés (v. *supra*).

Par exemple, à la vue du DMA et de son approche *ex ante*, il est possible de souligner l'innovation importante portée par ce règlement contribuant à l'apparition d'un nouveau droit autonome et complémentaire du droit de la concurrence. Cette innovation et la reprise de techniques propres au droit de la concurrence consacrent la naissance d'un « très grand droit de la concurrence » dont la coordination avec les autres droits européens et nationaux sera cruciale. Le DMA se classe ainsi comme un droit distinct du droit de la concurrence en plus d'être complémentaire aux droits en vigueur en Europe¹⁵¹.

Aux États-Unis, alors que l'action *antitrust* concernant les *Big Tech* est actuellement concentrée dans l'exécutif et les tribunaux, les questions de concurrence au sein de l'espace numérique ont également suscité l'intérêt du Congrès, qui pourrait adopter une législation pour lutter contre les comportements anticoncurrentiels des *Big Tech*. Plus précisément, une partie de la doctrine a proposé que le Congrès adopte des modifications de certains éléments de la législation *antitrust* afin de promouvoir la concurrence sur les marchés numériques. En revanche, une autre partie de la doctrine a préconisé une réglementation sectorielle de la concurrence pour les *Big Tech*¹⁵². Il existe donc, au sein même des États-Unis, une diversité d'approches se posant devant le Congrès¹⁵³.

Il est ainsi possible de mettre en lumière ces différences importantes entre les politiques *antitrust* aux États-Unis et dans l'Union européenne reposant sur différents facteurs. Certaines

¹⁵⁰ Par exemple : *Ending Platform Monopolies Act*, H.R. 3825, 117^e Cong., 2021 ; *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Services Switching Act of 2021*, H.R. 3849, 117^e Cong., 2021 ; *American Choice and Innovation Online Act*, H.R. 3816, 117^e Cong., 2021 ; *American Innovation and Choice Online Act*, S. 2992, 117^e Cong., 2022 ; *Open App Markets Act*, S. 2710, 117^e Cong., 2022

¹⁵¹ Jean-Louis Fourgoux, « Le DMA, nouveau droit ou renouveau des droits de la concurrence ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, mars 2023

¹⁵² Ryan Tracy, « Tech Giants Draw Fire in Congress », *Wall Street Journal*, 16 juillet 2019

¹⁵³ Parker Williams Hassard, « What's Not to Like?: The EU's Case against Big Tech and Important Lessons for the United States », *NC J. Int'l L.*, n° 47, 2022

de ces différences découlent des caractéristiques historiques, juridiques, politiques et institutionnelles divergentes des deux juridictions. Mais certaines de ces différences sont résolument plus philosophiques et économiques.

Il convient également de souligner que la structure générale et l'approche du droit de la concurrence européen confère à la Commission une plus grande liberté pour s'écarter des principes économiques établis et des meilleures pratiques procédurales dans l'application de la législation *antitrust* ainsi que dans ses prises de décisions. L'application de la législation *antitrust* au niveau de l'Union européenne est presque entièrement dirigée par l'organe politique qu'est la Commission européenne. En conséquence, la législation *antitrust* européenne est nettement moins fondée sur l'économie et inévitablement plus politisée qu'aux États-Unis, du moins pour le moment¹⁵⁴.

Une des principales différences essentielles entre les lois *antitrust* européennes et américaines réside dès lors dans les objectifs que chacun cherche à poursuivre avec ses lois *antitrust*. Alors que les États-Unis se concentrent sur la protection de la concurrence au profit des consommateurs¹⁵⁵, l'Union européenne a construit et maintient ses lois sur la concurrence dans l'objectif d'atteindre un éventail plus large d'objectifs politiques, économiques et sociaux. En effet, la Commission a régulièrement déclaré que le droit européen de la concurrence poursuivait des « objectifs multiples »¹⁵⁶.

Chapitre 2 : Risques de dérives totalitaires et menaces économique de l'approche européenne

Une partie minoritaire de la doctrine américaine s'oppose à la réforme du droit *antitrust* étatsunien qui le rapprocherait du droit européen de la concurrence¹⁵⁷. Certains auteurs s'érigent

¹⁵⁴ Geoffrey A. Manne, « Why US Antitrust Law Should Not Emulate European Competition Policy », *Statement On A Comparative Look at Competition Law Approaches to Monopoly and Abuse of Dominance in the US and EU Before the United States Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights*, 19 décembre 2018

¹⁵⁵ Geoffrey A. Manne et Justin Hurwitz, « Big Tech's Big-Time, Big-Scale Problem », *Cato Policy Report*, juin 2018

¹⁵⁶ Johannes Laitenberger, « Enforcing EU competition law: Principles, strategy, and objectives », *Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, n° 44, 15 septembre 2017

¹⁵⁷ Geoffrey A. Manne, « Why US Antitrust Law Should Not Emulate European Competition Policy », *Statement On A Comparative Look at Competition Law Approaches to Monopoly and*

de la sorte contre l'exportation de cette approche européenne aux États-Unis qui amènerait à contourner les contraintes imposées par la justice qui se sont développées au cours des cent ans d'histoire du droit *antitrust* originel. Néanmoins, il convient préalablement de préciser que la majorité de la doctrine s'accorde sur une révision du droit *antitrust* ou du moins sur une régulation plus accrue et stricte des *Big Tech* aux États-Unis.

Ces opposants à l'approche européenne soulignent les dangers d'un pouvoir discrétionnaire excessif en matière d'ententes et d'abus de position dominante. Ils pointent ainsi du doigt nombreuses affaires de la Commission qu'ils considèrent comme dangereuses. Ils soulignent aussi que ce droit de la concurrence serait alors utilisé comme un « outil de censure ». Cette doctrine invoque aussi le danger d'une politisation du droit *antitrust* et rappelle que, lorsque le droit *antitrust* s'éloigne de ses analyses économiques, cela peut mener à des contradictions problématiques¹⁵⁸. De plus, certains vont encore plus loin et soulignent que, malgré de nombreuses affirmations contraires, il n'existe en fait aucun support économique rigoureux dans le sens des affirmations selon lesquelles les niveaux élevés de concentration sont un indicateur fort de préjudice à la concurrence¹⁵⁹.

Ils en concluent donc que les inconvénients de la législation *antitrust* étudiés plus haut (indétermination et lenteur) sont probablement moins importants que ceux générés par des règles de conduite *ex ante* (coûts d'erreur importants résultant d'exigences élevées en matière d'information) et par la surveillance continue d'agences fédérales (recherche de rentes et capture des agences)¹⁶⁰.

Les décideurs politiques aux États-Unis sont néanmoins actuellement soumis à des pressions, tant de la part des Républicains que des Démocrates, pour qu'ils agissent au sujet des géants du numérique qui sont devenues centrales dans la vie quotidienne du XXI^e siècle. Ce pan minoritaire de la doctrine (v. *supra*) invite à la prudence quant à l'adoption de règles de

Abuse of Dominance in the US and EU Before the United States Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights, 19 décembre 2018

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Geoffrey A. Manne, « Why US Antitrust Law Should Not Emulate European Competition Policy », *Statement On A Comparative Look at Competition Law Approaches to Monopoly and Abuse of Dominance in the US and EU Before the United States Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights*, 19 décembre 2018

¹⁶⁰ Thomas A. Lambert, « Addressing Big Tech's Market Power: A Comparative Institutional Analysis », *SMU L. Rev.*, n° 75, 2022

conduite *ex ante* sur le territoire des États-Unis. Au minimum, celle-ci préconise que les décideurs américains attendent l'issue des principales affaires *antitrust* en cours contre les plateformes numériques et qu'ils recueillent des données à partir des expériences menées au sein de l'Union européenne mais aussi au Royaume-Uni avant d'abandonner la législation *antitrust* originelle au profit de règles de conduite *ex ante* ou d'une nouvelle autorité de régulation des plateformes numériques¹⁶¹.

¹⁶¹ Ibid.

Titre 2 : Une approche européenne marquée par des interventions *ex ante*

Adoptant une démarche *ex ante*, le DMA européen pose des obligations et interdictions à la charge des *gatekeepers* (Chapitre 1) dont le respect est assuré par divers mécanismes détaillés au sein de ce même règlement (Chapitre 2) qui prévoit aussi des sanctions en cas d'infraction de ce dernier (Chapitre 3).

Chapitre 1 : Les obligations et interdictions du règlement sur les marchés numériques à la charge des *gatekeepers*

Le DMA a introduit la nouvelle notion de contrôleur d'accès ou *gatekeeper* afin de lui imposer certaines obligations de comportement spécifiques, et ce, sans préjudice de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles¹⁶². Ces obligations sont détaillées aux articles 5, 6 et 7 de ce même règlement¹⁶³ et se différencient donc de l'approche *antitrust* classique étatsunienne. Cependant, certains projets de législations américains comme le *American Innovation and Choice Online Act* reprennent nombre de ces obligations¹⁶⁴.

Les contrôleurs d'accès doivent par exemple : rendre aussi facile le désabonnement que l'abonnement à un service de plateforme essentiel ; permettre de désinstaller facilement des applications préinstallées ; rendre interopérables les fonctionnalités de base de leurs services de messagerie instantanée avec leurs concurrents plus modestes ; autoriser les vendeurs à promouvoir leurs offres et à conclure des contrats avec leurs clients en dehors des plateformes ; donner aux vendeurs l'accès à leurs données de performance *marketing* ou publicitaire sur leur plateforme ; informer la Commission européenne des acquisitions et fusions qu'ils réalisent¹⁶⁵.

¹⁶² Article 1 §6 du règlement sur les marchés numériques

¹⁶³ Cécile Crichton, « Le *Digital Market Act*, un cadre européen pour la concurrence en ligne », *Dalloz actualité*, 8 janvier 2021

Romain Moutot, « Lutte contre les pratiques déloyales des GAFAM : le DMA est publié ! », *Dalloz actualité*, 16 novembre 2022

Gheorghe-Sorin Lodoaba, « An Overview on the Scope of the Digital Markets Act: Fair Practices versus Ex-Ante Competition Law », *U. Bologna L. Rev.*, n° 8, 2023

¹⁶⁴ Sean Heather, « Striking Similarities: Comparing Europe's Digital Markets Act to the American Innovation and Choice Online Act », *U.S. Chamber of Commerce*, 17 juin 2022

¹⁶⁵ Ronan Pons et Céline Castets-Renard, « L'imminence du règlement sur les marchés numériques ou *Digital Markets Act* », *Recueil Dalloz*, 2022, p. 832

Les *gatekeepers* ne peuvent notamment plus : imposer les logiciels les plus importants par défaut à l'installation de leur système d'exploitation ; favoriser leurs services et produits par rapport à ceux des vendeurs qui utilisent leur plateforme ou exploiter les données des vendeurs pour les concurrencer ; réutiliser les données personnelles d'un utilisateur à des fins de publicité ciblée, sans son consentement explicite ; imposer aux développeurs d'application certains services annexes¹⁶⁶.

Il convient toutefois de préciser que ces obligations ne sont pas figées et que la Commission européenne est habilitée à mettre à jour les obligations des articles 5, 6 et 7¹⁶⁷. Les obligations imposées aux *gatekeepers* ne sont également pas absolues et peuvent faire l'objet de mesures de suspension¹⁶⁸ et d'exemption pour motif d'intérêt public¹⁶⁹. Le DMA se démarque ainsi de par sa flexibilité.

Chapitre 2 : De nombreux mécanismes assurant le respect de ces obligations et interdictions

Le DMA dispose que la Commission européenne a la charge exclusive du contrôle du respect des obligations des *gatekeepers*¹⁷⁰. Afin d'assurer le respect de ces obligations, le mécanisme de *compliance* (ou conformité) à la charge du contrôleur d'accès est de mise¹⁷¹ tout comme celui d'anticonournement¹⁷².

Bertrand Brunessen, « La volonté de réguler les activités numériques », *RTD Eur.*, 2021, p. 160
« DMA : le règlement sur les marchés numériques veut mettre fin à la domination des géants du Net », *vie-publique.fr*, 5 mars 2024

« Adoption de la législation sur les marchés numériques (DMA) », *entreprises.gouv.fr*, 24 octobre 2022

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Article 12 du règlement sur les marchés numériques

¹⁶⁸ Article 9 du règlement sur les marchés numériques

¹⁶⁹ Article 10 du règlement sur les marchés numériques

¹⁷⁰ Claudia Massa, « The Digital Markets Act between the EU Economic Constitutionalism and the EU Competition Policy », *YARS*, n° 26, 2022

Regina Huckova et Martina Semanova, « The Position and Regulation of Gatekeepers in the Context of the New European Legislation », *ECLIC*, n° 6, 2022

Maria Luisa Chiarella, « Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment », *Athens J.L.*, n° 9, 2023

¹⁷¹ Article 8 du règlement sur les marchés numériques

¹⁷² Article 13 du règlement sur les marchés numériques

Conjointement à l'obligation d'audit indépendant de toutes les techniques de profilage des consommateurs¹⁷³, le DMA prévoit une nouvelle obligation d'établissement d'un rapport interne « décrivant de manière détaillée et transparente les mesures qu'il a mises en œuvre pour garantir le respect des obligations énoncées aux articles 5, 6 et 7 » à la charge des contrôleurs d'accès¹⁷⁴. Ce rapport doit être rendu dans les six mois suivant la désignation du *gatekeeper*, mis à jour au moins annuellement et sa synthèse sera disponible sur le site de la Commission¹⁷⁵.

Ce dispositif de surveillance et de sanction est aussi fondé sur les enquêtes de marché. Ces dernières jouent ainsi un rôle central et sont précisées au quatrième chapitre du DMA. Cet outil octroie aux autorités de contrôles un rôle central dans la régulation des *gatekeepers*. Aussi, le texte envisage les conditions d'ouverture de cette enquête de marché¹⁷⁶ qui pourra être mobilisée pour la désignation des contrôleurs d'accès¹⁷⁷, en cas de non-respect systématique d'une obligation¹⁷⁸ ou pour étudier les nouveaux services et les nouvelles pratiques¹⁷⁹. Ces enquêtes de marché ont par ailleurs déjà fait leur preuves quant à la désignation des contrôleurs d'accès¹⁸⁰.

Afin d'assurer le respect du texte, la Commission dispose de plusieurs autres outils comme les demandes de renseignements¹⁸¹ ainsi que la conduite d'auditions et le recueil de déclarations¹⁸² mais aussi les inspections¹⁸³. La Commission pourra également imposer des mesures provisoires¹⁸⁴ et mobiliser des procédures d'engagement¹⁸⁵.

¹⁷³ Article 15 du règlement sur les marchés numériques

¹⁷⁴ Article 11 §1 du règlement sur les marchés numériques

¹⁷⁵ Article 11 §2 du règlement sur les marchés numériques

¹⁷⁶ Article 16 du règlement sur les marchés numériques

¹⁷⁷ Article 17 du règlement sur les marchés numériques

¹⁷⁸ Article 18 du règlement sur les marchés numériques

¹⁷⁹ Article 19 du règlement sur les marchés numériques

¹⁸⁰ Alain Ronzano, « Apple et Microsoft ne sont pas *gatekeepers* pour les services de plateforme iMessage, Bing, Edge et Microsoft Advertising », *L'actu-concurrence*, n° 15/2024, 13 février 2024

Alain Ronzano, « La Commission soupçonne quatre *gatekeepers* de ne pas se conformer pleinement aux obligations posées par le DMA », *L'actu-concurrence*, n° 36/2024, 25 mars 2024

Alain Ronzano, « La Commission désigne Apple comme contrôleur d'accès pour le système d'exploitation pour iPad », *L'actu-concurrence*, n° 47/2024, 29 avril 2024

¹⁸¹ Article 21 du règlement sur les marchés numériques

¹⁸² Article 22 du règlement sur les marchés numériques

¹⁸³ Article 23 règlement sur les marchés numériques

¹⁸⁴ Article 24 du règlement sur les marchés numériques

¹⁸⁵ Article 25 du règlement sur les marchés numériques

De surcroît, le DMA impose aux contrôleurs d'accès de mettre en place « une fonction de vérification de la conformité, qui est indépendante des fonctions opérationnelles du contrôleur d'accès et fait appel à un ou plusieurs responsables de la conformité, y compris le responsable général de la fonction de vérification de la conformité »¹⁸⁶. Les responsables de la conformité auront de la sorte différentes missions et la Commission cherche ainsi à responsabiliser les entreprises afin d'assurer une meilleure application du texte.

Il est toutefois à noter que les autorités nationales de la concurrence pourront enquêter sur d'éventuelles infractions aux règles du DMA et transmettre leurs conclusions à la Commission¹⁸⁷. Cela vise à un encadrement encore plus accru des *gatekeepers*.

Chapitre 3 : Des sanctions importantes en cas d'infraction

En cas de non-respect des obligations précisées aux articles 5, 6 et 7¹⁸⁸, la Commission pourrait infliger une amende allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par le *gatekeeper* au niveau mondial au cours de l'exercice précédent¹⁸⁹. En cas de récidive ou d'infraction similaire, l'amende pourrait monter jusqu'à 20 % du chiffre d'affaires¹⁹⁰. Ce montant inédit est encourageant face aux géants du numériques réalisant des chiffres d'affaires très importants¹⁹¹. Les astreintes prononcées peuvent aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au niveau mondial au cours de l'exercice précédent par jour¹⁹². En ce qui concerne les délais de prescription, le règlement sur les marchés numériques aligne le délai de prescription en matière d'imposition de sanctions avec celui en matière d'exécution. Les deux sont désormais de cinq ans¹⁹³.

¹⁸⁶ Article 28 du règlement sur les marchés numériques

¹⁸⁷ Articles 37 et 38 du règlement sur les marchés numériques

¹⁸⁸ Article 29 du règlement sur les marchés numériques

¹⁸⁹ Article 30 §1 du règlement sur les marchés numériques

¹⁹⁰ Article 30 §2 du règlement sur les marchés numériques

¹⁹¹ Romain Moutot, « Lutte contre les pratiques déloyales des GAFAM : le DMA est publié ! », *Dalloz actualité*, 16 novembre 2022

¹⁹² Article 31 du règlement sur les marchés numériques

¹⁹³ Articles 32 et 33 du règlement sur les marchés numériques

Titre 3 : La méthode étatsunienne caractérisée par une régulation *ex post* : inventaire des différents projets de lois, actions judiciaires et droit prospectif

Si des interventions sont observées au niveau fédéral dans le but de démanteler les *Big Tech* (Chapitre 1), les régulations *ex post* en ce sens sont pour l'heure plus actives au niveau des États fédérés (Chapitre 2) et des débats se posent alors devant le Congrès, notamment entre des lois adoptant une approche *antitrust* ou *ex ante* (Chapitre 3).

Chapitre 1 : Interventions au niveau fédéral : l'arlésienne du démantèlement

Si les procédures *antitrust* fédérales visant les GAFAs se sont faites de plus en plus importantes au cours de ces dix dernières années (Section 1), l'insuffisance de cette approche mène à l'éruption de nombreux projets de lois devant le Congrès se corrélant à une volonté affichée du gouvernement Biden de régulation des géants du numérique (Section 2).

Section 1 : Les procédures *antitrust* fédérales

Il convient tout d'abord de préciser que le DOJ et la FTC ont convenu de se répartir la responsabilité d'ouvrir des enquêtes sur les pratiques commerciales des GAFAs que sont Google, Apple, Facebook et Amazon. En vertu de ces accords, le DOJ est responsable des enquêtes sur Google et Apple, tandis que la FTC se charge de Facebook et d'Amazon¹⁹⁴. Les enquêtes du DOJ et de la FTC sur les géants du numérique viseront semblablement à déterminer si ces *Big Tech* ont illégalement monopolisé leurs marchés respectifs ou ont réalisé des fusions ou des acquisitions génératrices d'effets anticoncurrentiels¹⁹⁵. Il convient d'ailleurs de préciser que ces séparations structurelles des plateformes numériques concernent avant tout leurs sous-produits. Ainsi, Facebook pourrait par exemple être séparé de ses sous-produits comme Instagram ou

¹⁹⁴ Jay B. Sykes, « Antitrust and Big Tech », Rapport n° R45910 de la CRS, 11 septembre 2019

¹⁹⁵ Section 2 du *Sherman Act* et Section 7 du *Clayton Act*

WhatsApp¹⁹⁶. Les missions du DOJ et de la FTC ressemblent en ce sens à celles de la Commission européenne, du moins avant l'adoption du règlement sur les marchés numériques.

Le démantèlement des GAFAM est par ailleurs devenu l'un des « chevaux de bataille » du DOJ et de la FTC depuis fin 2010¹⁹⁷. Malgré plusieurs tentatives infructueuses, la DOJ ne désespère pas et a engagé une procédure *antitrust* à l'encontre de Google, toujours dans une perspective de démantèlement. Outre-Atlantique, il s'agit du cinquième procès depuis 2020 porté contre Google¹⁹⁸. Les divergences entre les partis républicain et démocrate ne permettent cependant pas pour le moment de parvenir au vote d'une loi visant expressément les *Big Tech* et leurs effets anticoncurrentiels sur le marché. Toutefois, si les efforts du gouvernement américain réussissent, Google devrait probablement devoir se séparer de ses activités de publicité en ligne¹⁹⁹. L'enjeu est d'autant plus de taille qu'un succès de cette procédure permettrait notamment de mettre en lumière la façon dont le *Sherman Act* pourrait s'appliquer aux géants du numérique²⁰⁰.

Cette dernière procédure contre Google n'est cependant pas la seule en cours ni la première ayant été engagée ces dix dernières années²⁰¹. Dans son rapport en date de 2019²⁰², la CRS suggérait différentes procédures à l'encontre de chacun des GAFA et le temps lui a donné raison²⁰³. En effet, si le DOJ, la FTC et les *Big Tech* entretiennent toujours des relations complexes (v. *supra*), les États-Unis se montrent désormais plus offensifs envers les *Big Tech*, à l'image des procédures engagées à l'encontre de chacun des GAFA. Un long chemin a ainsi

¹⁹⁶ Ophélie Coelho, « Les États-Unis, les *Big Tech* et le reste du monde... », *Institut Rousseau*, 22 juin 2021

¹⁹⁷ Nilay Patel, « DOJ's Jonathan Kanter says the antitrust fight against Big Tech is just beginning », *The Verge*, 12 février 2024

¹⁹⁸ Jay B. Skyes, « Antitrust Reform and Big Tech Firms », Rapport n° R46875 de la CRS, 21 novembre 2023

¹⁹⁹ Clara Saillant, « Google face à la justice américaine : le démantèlement aura-t-il lieu ? », *Dalloz actualité*, 24 février 2023

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Jay B. Skyes, « Antitrust Reform and Big Tech Firms », Rapport n° R46875 de la CRS, 21 novembre 2023

²⁰² Jay B. Sykes, « Antitrust and Big Tech », Rapport n° R45910 de la CRS, 11 septembre 2019

²⁰³ Anaïs Moutot, « Longtemps conciliants avec les GAFA, les États-Unis passent désormais à l'attaque », *Les Echos*, 15 décembre 2020

Jay B. Skyes, « Antitrust Reform and Big Tech Firms », Rapport n° R46875 de la CRS, 21 novembre 2023

été parcouru depuis la fin des années 1990 qui était marqué par l'échec du démantèlement de Microsoft sous l'administration de Bush²⁰⁴.

Ainsi, Amazon a pareillement été visé par des procédures *antitrust* souhaitant son démantèlement, et il en est de même pour Meta et Apple²⁰⁵. Le procès le plus conséquent et faisant couler le plus d'encre aux États-Unis reste cependant les cinq procédures visant Google qui se trouve ainsi « dans la tourmente »²⁰⁶. Il semble donc que ces différentes actions en justice à l'initiative du DOJ et de la FTC ne sont pas prêtes de diminuer en nombre et en intensité. Ce dynamisme se retrouvant également au sein de l'Union européenne. Cependant, aucun démantèlement à l'égard des *Big Tech* n'a pour l'heure pas été observé aux États-Unis et ces procédures sont donc à suivre de très près.

Section 2 : Projets de lois et volonté politique affichée sous l'administration Biden

Les principales législations *antitrust* fédérales étatsuniennes ont déjà été présentées plus tôt (v. *supra*). Cependant, comme cela a été démontré précédemment, ces lois datées ont du mal à réguler efficacement les *Big Tech*. En outre, différents partis politiques et le CRS militent de plus en plus pour une législation fédérale visant à une régulation plus directe des *Big Tech*. De la sorte, tandis que l'action *antitrust* visant à encadrer les *Big Tech* est actuellement concentrée dans la branche exécutive et les tribunaux étatsuniens, les questions de concurrence au sein des marchés numériques suscitent également l'intérêt du Congrès. Ce dernier pourrait ainsi adopter une législation dans le but de lutter contre les comportements anticoncurrentiels des géants du numérique²⁰⁷.

²⁰⁴ Clara Saillant, « Google face à la justice américaine : le démantèlement aura-t-il lieu ? », *Dalloz actualité*, 24 février 2023

²⁰⁵ Jay B. Skyes, « Antitrust Reform and Big Tech Firms », Rapport n° R46875 de la CRS, 21 novembre 2023

Shreeja Sen et Eshani Vaidya, « The Evolution of Big Tech Litigation », *Bot Populi*, 27 novembre 2023

« US takes on Apple as efforts to curtail Big Tech gather momentum », *Reuters*, 21 mars 2024

²⁰⁶ Megan Case, « Google, Big Data, & Antitrust », *Del. J. Corp. L.*, n° 46, 2022

²⁰⁷ Arnaud Leparmentier, « Le procès Google, test majeur pour l'*antitrust* américain », *Le Monde*, 12 septembre 2023

Sarah Halifa-Legrand, « Procès *antitrust* de Google : l'Amérique contre la *Big Tech* », *Le Nouvel Obs*, 24 octobre 2023

Une partie de la doctrine a par ailleurs proposé que le Congrès modifie certains éléments de la législation *antitrust* actuelle afin de promouvoir la concurrence sur les marchés du numérique²⁰⁸. En revanche, une autre partie milite quant à elle pour une réglementation sectorielle du droit de la concurrence s'applique aux géants du numérique et s'approchant d'avantage de la méthode adoptée par l'Union européenne²⁰⁹. Ainsi, il a été possible d'observer aux États-Unis l'introduction de nombreux projets de lois (*bills*) devant le Congrès étatsunien visant au démantèlement de ces géants du numérique²¹⁰. Aussi, en juin 2021, cinq nouvelles *bills* visant les géants du numérique étaient introduites devant la Chambre des représentants des États-Unis²¹¹.

Depuis quelques années, les États-Unis sont ainsi plongés dans ces débats sur la réforme de la législation *antitrust*, en particulier en ce qui concerne les géants numériques. Le projet de loi se nommant *Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act* pourrait par exemple entraîner des conséquences économiques importantes outre-Atlantique, en impactant la compétitivité du marché et le bien-être des consommateurs. Le projet de loi vise à prévenir les pratiques anticoncurrentielles des *Big Tech* en permettant au gouvernement de contester plus facilement les fusions et acquisitions. Ce projet s'est toutefois heurté à la résistance des GAFAM et des législateurs, ces derniers estimant qu'il pourrait affecter l'innovation numérique et technologique²¹².

Cette pression grandissante a atteint son apogée sous l'administration Biden à la suite du contexte de pandémie de Covid-19 durant laquelle la puissance des plateformes numériques avait atteint son apogée. Ces évolutions et initiatives s'inscrivent de ce fait dans un contexte grandissant de pression sur les *Big Tech* qui ne manquent d'ailleurs pas de se défendre, voire de se montrer offensifs²¹³. De surcroît, ces attitudes s'inscrivent dans un contexte de possible

²⁰⁸ Ces modifications concernaient notamment les prix d'éviction, les pratiques d'exclusion et l'examen des fusions.

²⁰⁹ Cette réglementation sectorielle inclurait notamment des règles de portabilité des données, des normes d'interopérabilité, des exigences de non-discrimination et des régimes de séparation.

²¹⁰ Thomas A. Lambert, « Addressing Big Tech's Market Power: A Comparative Institutional Analysis », *SMU L. Rev.*, n° 75, 2022

²¹¹ Tim De Chant, « Five new bills aim to break up Big Tech platforms, force them to play nice », *Ars Technica*, 14 juin 2023

²¹² Daniel Bron, « Rethinking Antitrust Laws in the Era of Tech Giants », *LinkedIn*, 24 juillet 2023

²¹³ Charles Thibout, « Démanteler les GAFAM : un jeu de dupes ? », *L'ENA hors les murs*, n° 4, 2019

interdiction de TikTok aux États-Unis, toujours sous l'impulsion de l'administration Biden²¹⁴. Depuis son investiture en janvier 2021, le président Biden a pris un nombre considérable de mesures dans le but de créer une dynamique favorisant une importante réforme *antitrust*. L'une de ses mesures phares a été la nomination de Lina Khan, spécialiste du droit l'*antitrust* et virulent critique des *Big Tech*, à la tête de la FTC ainsi que de la division *antitrust* du DOJ²¹⁵. Ces initiatives dans le sens d'une régulation plus accrue des géants du numérique n'ont pas l'air prêtes de faiblir, bien au contraire²¹⁶.

La question qui se pose dès lors est de savoir si cette guerre engagée constitue un effet d'annonce ou une véritable bataille contre les *Big Tech*. De plus, il convient de rappeler l'interdépendance de l'État américain à ces géants du numérique²¹⁷. Aussi, l'adoption de ces nombreux projets de loi, dont beaucoup ciblent les entreprises *Big Tech*, notamment Amazon, Apple, Facebook, Google et Microsoft, pourrait entraîner « la plus grande expansion du pouvoir *antitrust* du gouvernement américain depuis des générations »²¹⁸. Cependant, à l'instar du DMA entré en vigueur au sein de l'Union européenne, ces textes ne sont encore que des projets en discussion devant le Congrès et leurs votes paraissent difficiles au regard du contexte politique étatsunien actuel même « s'il existe une dynamique en faveur de la réforme *antitrust* des deux côtés de l'allée »²¹⁹. En effet, les législateurs ont ces dernières années commencé à reconnaître la nécessité d'une législation *antitrust* bipartisane pour contrôler le pouvoir et l'influence des

Clara Saillant, « Google face à la justice américaine : le démantèlement aura-t-il lieu ? », *Dalloz actualité*, 24 février 2023

²¹⁴ Aimee Picchi, « After Biden signs TikTok ban into law, ByteDance says it won't sell the social media service », *CBS News*, 26 avril 2024

²¹⁵ Eileen Guo, « What Biden means for Big Tech and Google in particular », *MIT Technology Review*, 10 novembre 2020

Dayna L. Linneman, « From Sherman to Shut down – Understanding Antitrust Legislation Targeting Big Tech », *Bus. Entrepreneurship & Tax L. Rev.*, n° 6, 2022

²¹⁶ Cecilia Kang et David McCabe, « U.S. Antitrust Case Against Google Is Just the Start », *The New York Times*, 3 mai 2024

²¹⁷ Charles Thibout, « Démanteler les GAFAM : un jeu de dupes ? », *L'ENA hors les murs*, n° 4, 2019

Clara Saillant, « Google face à la justice américaine : le démantèlement aura-t-il lieu ? », *Dalloz actualité*, 24 février 2023

²¹⁸ David Meyer and Nicole Goodkind, « What Will the Future Look Like? Europe Offers Some Clues », *Fortune*, 16 août 2021

Dayna L. Linneman, « From Sherman to Shut down – Understanding Antitrust Legislation Targeting Big Tech », *Bus. Entrepreneurship & Tax. L. Rev.*, n° 6, 2022

²¹⁹ Martha C. White, « Momentum Is Building for Antitrust Reform. What That Means for Big Tech », *MSN*, 12 novembre 2021

géants du numérique²²⁰. Depuis juin 2021, de nouveaux projets ont encore été introduits, tant devant le Sénat que la Chambre des représentants²²¹.

Chapitre 2 : Une intervention pour l'heure plus active au niveau des États fédérés

Malgré cette dizaine de procédures *antitrust* fédérales et de nombreux projets de lois en cours d'examen devant le Congrès étatsunien (v. *supra*), les interventions outre-Atlantique dans le but de réguler les *Big Tech* sont, pour l'heure, plus actives au niveau des États fédérés. Ainsi, de nombreuses procédures *antitrust* à l'encontre des géants du numérique ont été observées à l'échelle de ces États, dont certaines ont été soutenues par la FTC ou le DOJ²²².

En 2021 par exemple, la FTC ainsi que plus de 40 États américains ont poursuivi Meta, affirmant que l'entreprise avait éliminé la concurrence sur le marché en rachetant ses concurrents. En 2023, la même FTC et 17 *state attorneys general* ont poursuivi Amazon, affirmant que cette société faisait l'usage des stratégies anticoncurrentielles et déloyales dans le but de maintenir une position dominante sur le marché²²³.

Cette approche *ex post* de procédures *antitrust* se rapproche de celle anciennement adoptée par la Commission européenne et présente ainsi les mêmes avantages et inconvénients (v. *supra*). Néanmoins, celle-ci demeure insuffisante et n'a, pour le moment, pas fait ses preuves en tant qu'elle n'a pour le moment mené à aucun démantèlement des GAFAM outre-Atlantique. Cependant, il convient de souligner que ces procédures sont, pour la plupart, toujours en cours.

Chapitre 3 : Droit prospectif aux États-Unis : hésitations entre interventions *antitrust* et *ex ante* et volonté de création d'une agence fédérale

²²⁰ Cat Zakrzewski et Gerrit De Vynck, « Senate Advances Antitrust Legislation, Despite Reservations From California Democrats », *The Washington Post*, 20 janvier 2022

²²¹ Lauren Feiner, « Big Tech never loses a legislative fight – and they just did as package of new bills passes », *CNBC*, 6 octobre 2022

²²² Sarah Oh Lam, « A Review of Big Tech Antitrust Litigation in the Federal Courts », *Rich. J.L. & Tech.*, n° 28, 2022

²²³ Zena Assaad, « Why are Apple, Amazon, Google and Meta facing antitrust lawsuits and huge fines? And will it protect consumers? », *The Conversation*, 23 janvier 2024

Si l'idée d'une régulation plus accrue des *Big Tech* fait plutôt l'unanimité aux États-Unis, les moyens afin de parvenir à ce but sont divers et génèrent de nombreux débats. De surcroît, ces derniers posent aussi la question de l'avenir du droit *antitrust* et de ses futures évolutions tout en mettant en lumière le besoin de modernisation de ce droit (v. *supra*). Plusieurs méthodes sont ainsi avancées par la doctrine et les représentants politiques dans le but de réguler ces géants du numérique²²⁴. Une approche différente de celle contenue dans le DMA pourrait ainsi être adoptée outre-Atlantique.

Comme vu précédemment, certains militent pour la modernisation du droit *antitrust* dans sa formation classique. Ceux-ci souhaitent par exemple redéfinir les notions de pouvoir de marché, promouvoir l'interopérabilité et la portabilité des données, tenir compte des effets de réseau, mettre à jour les lignes directrices (*guidelines*) sur les fusions, le tout en encourageant l'innovation de ces *Big Tech* et visant une coopération mondiale de leur régulation²²⁵. Pour ces auteurs, partisans d'une réforme du droit *antitrust* étatsunien, cette solution serait la plus à même d'équilibrer les intérêts de ceux qui dominent le marché numérique, de leurs consommateurs et des représentants politiques. Cependant, il ne semble pas qu'une évolution en ce sens soit près d'aboutir dans un futur proche²²⁶.

Cependant, la modernisation de ce droit *antitrust* est génératrice de problématiques. Parmi elles, la résistance des *Big Tech* qui se montrent très souvent réfractaires quant à leur régulation. Un autre défi réside dans la mise en œuvre de nouvelles réglementations à l'échelle mondiale. En effet, les cadres juridiques, comportements et régulations à l'égard des géants du numérique varient d'un pays à l'autre. Par exemple, l'Union européenne a adopté au moyen du DMA une position plus affirmée que les États-Unis dans ses actions *antitrust* contre les entreprises du numérique. L'alignement de ces diverses approches en vue d'établir une norme mondiale pourrait s'avérer une tâche ardue bien qu'elle permettrait un encadrement efficace et complet des *Big Tech* qui opèrent à l'échelle mondiale²²⁷.

Les propositions ne manquent donc pas et la doctrine ne cesse d'écrire sur ce sujet, offrant des dizaines d'alternatives au droit *antitrust* classique et des améliorations de ce dernier

²²⁴ Daniel Bron, « Rethinking Antitrust Laws in the Era of Tech Giants », *LinkedIn*, 24 juillet 2023

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Dayna L. Linneman, « From Sherman to Shut down – Understanding Antitrust Legislation Targeting Big Tech », *Bus. Entrepreneurship & Tax. L. Rev.*, n° 6, 2022

²²⁷ Daniel Bron, « Rethinking Antitrust Laws in the Era of Tech Giants », *LinkedIn*, 24 juillet 2023

afin de le rendre plus efficace à l'égard des géants du numérique²²⁸. Ainsi, contrairement au DMA qui consacre l'adoption d'un nouveau droit au sein de l'Union européenne, une grande partie de la doctrine étatsunienne se montre souvent attachée au droit *antitrust* et milite pour une refonte partielle de ce dernier afin qu'il s'adapte aux marchés du numérique²²⁹.

Le rapport de la CRS met quant à lui en lumière deux modèles quant aux différents projets de réformes ayant vu le jour aux États-Unis. Le premier permettrait à un régulateur de désigner les plateformes couvertes offrant des services spécifiques et répondant à certains critères quantitatifs et qualitatifs. Les entreprises désignées seraient alors soumises au même ensemble de règles spéciales en matière de concurrence. L'autre approche serait plus ciblée et consisterait à appliquer des réglementations spéciales à des marchés particuliers²³⁰.

Sur le fond, les propositions de réforme du droit *antitrust* régissant les entreprises dites *Big Tech* se répartissent en cinq catégories : des règles de conduite *ex ante*, une séparation structurelle et des restrictions liées au type d'activité, l'adoption de règles spéciales sur les fusions, la mise en place de mandats d'interopérabilité et de portabilité des données, et une modification de la doctrine *antitrust* générale²³¹. Une fois analysées, ces différentes pistes comportent toutes des avantages et des inconvénients qui demandent donc la plus grande prudence quant au choix qui sera fait²³².

Se dégage aussi la volonté de création d'une agence fédérale pour réguler les *Big Tech*. Cette *Digital Consumer Protection Commission* formerait ainsi une agence fédérale qui pourrait veiller sur ces géants du numérique et traiter d'affaires *antitrust* et de protection des données personnelles. Cette commission pourrait ainsi se prononcer comme la FTC et le DOJ sur les projets d'acquisition et de fusion entre plateformes numériques²³³. Compte tenu de la lenteur

²²⁸ Rapport final du *Stigler Committee on Digital Platforms*, septembre 2019

William P. Rogerson et Howard Shelanski, « Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms », *U. Pa. L. Rev.*, n° 168, 2020

Ophélie Coelho, « Les États-Unis, les *Big Tech* et le reste du monde... », *Institut Rousseau*, 22 juin 2021

²²⁹ Cara MacDonald, « A New Antitrust Framework to Protect Mom and Pop from Big Tech », *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judiciary*, n° 42, 2021

²³⁰ Jay B. Sykes, « Antitrust Reform and Big Tech Firms », Rapport n° R46875 de la CRS, 21 novembre 2023

²³¹ *Ibid.*

²³² Thomas A. Lambert, « Addressing Big Tech's Market Power: A Comparative Institutional Analysis », *SMU L. Rev.*, n° 75, 2022

²³³ Aurélien Defer, « Aux États-Unis, des sénateurs veulent créer une agence fédérale pour réguler les Big Tech », *L'Usine Digitale*, 27 juillet 2023

relative de la législation *antitrust* et de la tendance des règles de conduite *ex ante* à produire des coûts d'erreur élevés, le modèle de surveillance d'une telle agence semble combiner les avantages de chaque approche à savoir la capacité de la législation *antitrust* à contextualiser les directives grâce à l'utilisation de normes souples et la capacité de la réglementation directe à agir rapidement sans attendre la résolution d'un litige. Le Royaume-Uni a récemment adopté un tel modèle avec le lancement d'une unité des marchés numériques au sein de l'agence *antitrust* du pays, la *Competition and Markets Authority* (CMA)²³⁴.

Par ailleurs, il convient de préciser qu'une partie minime de la doctrine a proposé la création d'une *Competition Court* spécialisée en droit *antitrust*. Les juges de ce tribunal auraient ainsi à connaître de multiples affaires *antitrust* tout en développant une expertise *antitrust* substantielle²³⁵. Enfin, certains représentants politiques souhaitent une nationalisation des GAFAM aux États-Unis, mais cela paraît peu crédible et probable²³⁶.

L'avenir de la législation *antitrust* est donc incertain, et nul ne sait quelle voie sera adoptée aux États-Unis : révision des lois existantes, adoption de nouvelles lois, retour aux anciennes lois ou création d'un nouvel ensemble de réglementations non-*antitrust* dédiées à la régulation des entreprises numériques. Chaque solution génère de nombreuses problématiques, et les responsables politiques devront trouver un équilibre entre la nécessité d'une concurrence libre et non réglementée favorisant l'innovation, et la nécessité de promouvoir une industrie où plus d'une poignée d'entreprises peuvent fonctionner afin de générer un marché sain²³⁷. L'élection présidentielle étatsunienne de cette fin d'année déterminera les quatre prochaines années d'application de la législation *antitrust* aux *Big Tech*²³⁸.

Pour résumer, trois principales approches pour lutter contre le pouvoir de marché des grandes plateformes numériques se dégagent ainsi outre-Atlantique : la législation *antitrust* traditionnelle, l'approche adoptée jusqu'à présent aux États-Unis, les règles de conduite *ex ante*,

²³⁴ Parmy Olson, « U.K. Launches New Competition Watchdog Targeting Big Tech », *Wall St. J.*, 6 avril 2021

Thomas A. Lambert, « Addressing Big Tech's Market Power: A Comparative Institutional Analysis », *SMU L. Rev.*, n° 75, 2022

²³⁵ Rapport final du *Stigler Committee on Digital Platforms*, septembre 2019

²³⁶ Ophélie Coelho, « Les États-Unis, les *Big Tech* et le reste du monde... », *Institut Rousseau*, 22 juin 2021

²³⁷ Cara MacDonald, « A New Antitrust Framework to Protect Mom and Pop from Big Tech », *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judiciary*, n° 42, 2021

²³⁸ Evelyn Mitchell-Wolf, « Big Tech Antitrust 2024 Enforcement Will Reach a Fever Pitch This Election Year », *eMarketer*, 6 mars 2024

l'approche adoptée par le DMA de l'Union européenne et plusieurs projets de loi en cours d'examen au Congrès américain ou une surveillance continue par des agences fédérales.

Conclusion

En résumé, la régulation des géants du numérique se fait urgente et nécessaire, tant au sein de l'Union européenne qu'outre-Atlantique. L'omniprésence de ces *Big Tech* est devenue problématique, tant pour les utilisateurs privés et professionnels que pour les États avec lesquels ils entretiennent des relations complexes, entre interdépendance et rapports de forces.

Cependant, il est possible d'observer durant ces dernières années une laborieuse mais progressive évolution de la régulation des *gatekeepers* par le biais du droit de la concurrence. Bien que ces changements soient balbutiants, les États semblent désormais se saisir du problème. En la matière, l'Union européenne et son règlement sur les marchés numériques fait preuve d'audace et pourrait de la sorte inspirer d'autres États. En ce qui concerne les États-Unis, ces derniers cherchent quant à eux à atteindre le même but bien qu'ils soient, pour le moment, un peu en retard sur le sujet.

Une telle régulation n'est cependant pas aisée face aux problématiques générées par l'omniprésence des *Big Tech* au sein de notre société des données. De plus, au-delà de ces problématiques se pose la question des différentes méthodes de régulation des *gatekeepers* et de la difficulté de trouver une approche appropriée à leurs contours et puissance. Aussi, chaque approche semble présenter des avantages et inconvénients. Par conséquent, les différentes approches de régulation *ex post* et *ex ante* ne sont pas parfaites bien qu'elles poursuivent une finalité commune.

Il convient cependant que la nécessité de réguler les *Big Tech* fait désormais presque l'unanimité au sein des États-Unis comme de l'Union européenne. Ce sujet et ses évolutions sont donc d'une actualité brûlante à l'heure des prémices de la mise en œuvre du DMA ainsi qu'à la vue des diverses procédures judiciaires *antitrust* pendantes à l'encontre de chacun des GAFAs aux États-Unis. Se pose aussi la question des effets concrets de ces régulations, tant sur les entreprises elles-mêmes que pour les utilisateurs de ces plateformes numériques.

Le DMA aura sûrement un impact significatif sur les marchés numériques au bénéfice des entreprises utilisatrices, des entreprises souhaitant rivaliser avec les *gatekeepers* ainsi que des utilisateurs finaux. Aux États-Unis, il conviendra toutefois d'attendre les délibérés des procédures menées par le DOJ et la FTD afin d'y voir plus clair sur les changements à venir. Il conviendra donc de suivre ces évolutions, faites de flux et de reflux mais sûrement de progrès dans le sens d'une régulation plus accrue des *Big Tech*.

Enfin, l'idéal serait bien sûr de tendre à une régulation mondiale adoptant la même méthode, tant ces *gatekeepers* opèrent universellement. Mais cela n'est pas chose aisée, bien que l'Union européenne ait réussi à le faire à son niveau. Il semble toutefois peu probable que les États-Unis adoptent une méthode similaire dans un futur proche, bien que beaucoup militent dans ce sens et que les évolutions européennes soient très suivies par-delà les frontières de l'EEE.

Bibliographie

Les sources ont été classées par langue de publication.

I. En langue française

A) Ouvrages

- Roland Séroussi, « Le droit américain de la concurrence et les lois *antitrust* », *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod, 2011, p. 145-150
- Clément Wierre, Frédérique Dalle et Myriam Quéméner, *Quels droits face aux innovations numériques ?*, Gualino, 2020

B) Revues

- Catherine Prieto, « Nouveaux abus de position dominante de Google : après celui lié à Google Shopping, ceux relatifs à Android », *RTD Eur.*, 2018, p. 513
- Charles Thibout, « Démanteler les GAFAM : un jeu de dupes ? », *L'ENA hors les murs*, n° 4, 2019
- Pauline Dufourq, « Justice négociée et lutte contre la fraude fiscale : quels enseignements tirer de la dernière CJIP Google ? », *Dalloz actualité*, 17 octobre 2019
- Anne-Sophie Choné-Grimaldi, « Les abus de position dominante dans le secteur numérique (réflexions à partir de la décision Google-Android) », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 343
- Julien Ancelin, « La proposition de *Digital Market Act* : rétablir la concurrence pour préserver la souveraineté numérique de l'Union ? », *RTD Eur.*, 2021, p. 545
- Bertrand Brunessen, « La volonté de réguler les activités numériques », *RTD Eur.*, 2021, p. 160
- Cécile Crichton, « Publication de la proposition de règlement « *Digital Services Act* » », *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 7
- Gérard Haas et Eve Renaud-Chourauquin, « De la nécessité de réguler les GAFA : l'exemple dans le secteur du *display* », *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 655
- Cécile Crichton, « Le *Digital Market Act*, un cadre européen pour la concurrence en ligne », *Dalloz actualité*, 8 janvier 2021
- Fayrouze Masmi-Dazi, « Google Shopping : le Tribunal de l'Union sonne le glas d'une ère d'outrance numérique », *Dalloz actualité*, 22 novembre 2021
- Ronan Pons et Céline Castets-Renard, « L'imminence du règlement sur les marchés numériques ou *Digital Markets Act* », *Recueil Dalloz*, 2022, p. 832

- Romain Moutot, « Lutte contre les pratiques déloyales des GAFAM : le DMA est publié ! », *Dalloz actualité*, 16 novembre 2022
- Thibault Douville, « Règlement sur les marchés numériques (*Digital Markets Act*) : questions choisies sur son champ d'application après la désignation des premiers contrôleurs d'accès », *RTD Com.*, 2023
- Edouard Dubout, « Modérer la modération : le *Digital Services Act* ou la civilisation du numérique », *RTD Eur.*, 2023, p. 7
- Lucien Rapp, « Télécommunications et communications électroniques », *Répertoire de droit européen*, février 2023, p. 138-141
- Jean-Christophe Roda, « Le *Digital Markets Act* », *Communication Commerce électronique*, n° 2 et 3, février et mars 2023
- Élisabeth Amadieu, Mailys Amat, Arthur Dinhof et Ivo Montecino, « Le *Digital Markets Act*, un nouveau cadre de régulation européen des grandes plateformes numériques », *Les Thèmes de la DGE*, n° 7, février 2023
- Clara Saillant, « Google face à la justice américaine : le démantèlement aura-t-il lieu ? », *Dalloz actualité*, 24 février 2023
- Pierre Januel, « Une nouvelle loi numérique qui va au-delà des règlements européens », *Dalloz actualité*, 11 mai 2023
- Mélanie Clément-Fontaine, « Panorama rapide de l'actualité « Technologies de l'information » des semaines des 1^{er} et 8 mai 2023 », *Dalloz actualité*, 17 mai 2023
- Vincent Giovannini, « L'Autorité de la concurrence prononce des mesures conservatoires à l'encontre de Meta dans le secteur de la vérification publicitaire indépendante et anticipe l'application du DMA », *Dalloz actualité*, 20 juin 2023
- Anne-Laure Pasquet, « DMA : la Commission clôture les enquêtes de marché concernant Apple et Microsoft », *Dalloz IP/IT*, 2024, p. 121
- Alain Ronzano, « Apple et Microsoft ne sont pas *gatekeepers* pour les services de plateforme iMessage, Bing, Edge et Microsoft Advertising », *L'actu-concurrence*, n° 15/2024, 13 février 2024
- Alain Ronzano, « La Commission soupçonne quatre *gatekeepers* de ne pas se conformer pleinement aux obligations posées par le DMA », *L'actu-concurrence*, n° 36/2024, 25 mars 2024
- Alain Ronzano, « La Commission désigne Apple comme contrôleur d'accès pour le système d'exploitation pour iPad », *L'actu-concurrence*, n° 47/2024, 29 avril 2024
- Alain Ronzano, « Les *gatekeeper* sont à présent sept : Booking rejoint le club, avant une possible arrivée de X (ex-Twitter) », *L'actu-concurrence*, n° 52/2024, 13 mai 2024

C) Textes normatifs et décisions de justice

- Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/Conseil d'Etat
- Règlement (UE) 2022/612 du Parlement européen et du Conseil du 6 avril 2022 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (refonte)

- Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques)
- Règlement (UE) 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)
- Résumé de la décision de la Commission du 5 septembre 2023 relative à une décision adoptée en vertu de l'article 3 du règlement (UE) 2022/1925 (Affaire DMA.100040 – ByteDance – Online Social Networking Services), Journal officiel de l'Union européenne, C 552 (2023)
- Proposition de Règlement du Conseil modifiant le règlement (UE) n° 904/2010 en ce qui concerne les modalités de coopération administrative en matière de TVA nécessaires à l'ère numérique
- Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019
- Loi n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique
- CJIP, 3 septembre 2019, PNF-15 162 000 335
- Aut. conc. 7 juin 2021, n° 21-D-11
- Aut. conc. 4 mai 2023, n° 23-MC-01
- Catherine Morin-Desailly et Florence Blatrix Contat, « Proposition de résolution au nom de la commission des affaires européennes, en application de l'article 73 quater du Règlement, sur la proposition de règlement sur les marchés numériques (DMA) : Proposition de règlement sur les marchés numériques (DMA) », Rapport d'information sénatorial n° 34, 7 octobre 2021

D) Articles de presse

- « L'Autorité de la concurrence, meilleur rempart au pouvoir des GAFAs ? », *Les Échos*, 28 novembre 2019
- Anaïs Moutot, « Longtemps conciliants avec les GAFAs, les Etats-Unis passent désormais à l'attaque », *Les Echos*, 15 décembre 2020
- Raphaël Balenieri, « Le DSA-DMA fait bondir les dépenses de *lobbying* des GAFAs à Bruxelles », *Les Échos*, 31 août 2021
- Sébastien Seibt, « Comment les GAFAM dépensent des millions en *lobbying* pour influencer Bruxelles », *France 24*, 31 août 2021
- Justine Daniel, « Qu'est-ce que la taxe GAFAs ? », *Toute l'Europe*, 18 janvier 2022
- « Trois eurodéputés socialistes accusent des géants du Net de *lobbying* dissimulé », *Contexte*, 17 octobre 2022
- « Adoption de la législation sur les marchés numériques (DMA) », *entreprises.gouv.fr*, 24 octobre 2022
- Sébastien Seibt, « États-Unis : comment la *Big Tech* a fait capoter la tentative de limiter son pouvoir », *France 24*, 21 décembre 2022
- Jean-Louis Fourgoux, « Le DMA, nouveau droit ou renouveau des droits de la concurrence ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, mars 2023
- Arnaud Leparmentier, « Le procès Google, test majeur pour l'*antitrust* américain », *Le Monde*, 12 septembre 2023

- Sarah Halifa-LeGrand, « Procès *antitrust* de Google : l'Amérique contre la *Big Tech* », *Le Nouvel Obs*, 24 octobre 2023
- « DMA : le règlement sur les marchés numériques veut mettre fin à la domination des géants du Net », *vie-publique.fr*, 5 mars 2024
- Léo Lictévout et Barthélémy Gaillard, « La politique numérique de l'Union européenne », *Toute L'Europe*, 24 avril 2024

E) Communiqués de presse

- « Règlement sur les marchés numériques : la Commission désigne six contrôleurs d'accès », Communiqué de presse de la Commission européenne, 6 septembre 2023
- « Aujourd'hui marque le début d'une nouvelle ère pour l'imposition des sociétés dans l'Union européenne », Communiqué de presse de la Commission européenne, 1^{er} janvier 2024

II. En langue anglaise

A) Ouvrages

- Michael L. Katz et Carl Shapiro, « Antitrust in Software Markets, », *Competition, Innovation and the Microsoft: Antitrust in the Digital Marketplace*, Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 29
- Morgan, T. D., *Cases and materials on modern antitrust law and its origins* (4^e éd.), West, 2009
- Andrew I. Gavil et Harry First, *The Microsoft Antitrust Cases*, MIT Press, 2014
- Maurice Stucke et Allen Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016
- Sullivan, L. A., Grimes, W. S. et Sagers, C. L., *The law of antitrust: an integrated handbook* (3^e éd.), West Academic Publishing, 2016
- Thomas A. Lambert, « How to Regulate: a Guide for Policymakers », Cambridge University Press, 2017, p. 145-175
- Claudia L. Beckmann, Katharina Filip et Nicola Tosini, « Navigating antitrust enforcement against Big Tech in the UE: a conceptual map », *Antitrust between EU law and national law*, Bruylant, 2019
- Ariel Ezrachi et Maurice E. Stucke, *The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2019
- Sullivan, E. T. et Harrison, J. L., *Understanding antitrust and its economic implications* (7^e éd.), Carolina Academic Press, 2019
- Sagers, C. L., *Antitrust* (3^e éd.), Aspen Publishing, 2021
- Adam A. Ambroziak, « EU's perspective on the functioning of giant online platforms in the digital economy », *The European Union Digital Single Market*, Routledge, 2022

- Ariel Ezrachi et Maurice E. Stucke, *How Big-Tech Barons Smash Innovation And How To Strike Back*, Harper Collins Publishers, 2022

B) Revues

- William E. Kovacic, « Public Choice and the Public Interest: Federal Trade Commission Antitrust Enforcement During the Reagan Administration », *Antitrust Bull.*, n° 33, 1988
- William E. Kovacic, « Congress and the Federal Trade Commission », *Antitrust L.J.*, n° 57, 1989
- Thomas E. Kauper, « The Justice Department and the Antitrust Laws: Law Enforcer or Regulator? », *Antitrust Bull.*, n° 35, 1990
- Robert E. Litan, « Antitrust and the New Economy », *U. Pitt. L. Rev.*, n° 62, 2001
- William E. Kovacic, « The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms », *Antitrust Law Journal*, n° 71, 2003
- Herbert Hovenkamp, « Antitrust and the Regulatory Enterprise », *Colum. Bus. L. Rev.*, n° 335, 2004
- John P. Jennings, « Comparing The US And EU Microsoft Antitrust Prosecutions: How Level is the Playing Field? », *Erasmus Law and Economics Review*, n° 1, mars 2006, p. 71-85
- Joshua D. Wright et Douglas H. Ginsburg, « The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice », *Fordham L. Rev.*, n° 81, 2013
- Herbert Hovenkamp, « Antitrust and Information Technologies », *Florida Law Review*, n° 68, 2017
- Lina M. Khan et Sandeep Vaheesan, « Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents », *Harv. L. & Pol'y Rev.*, n° 11, 2017
- Johannes Laitenberger, « Enforcing EU competition law: Principles, strategy, and objectives », *Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, n° 44, 15 septembre 2017
- Maurice E. Stucke et Ariel Ezrachi, « The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement », *Harvard Business Review*, 15 décembre 2017
- Sandeep Vaheesan, « The Profound Nonsense of the Consumer Welfare Standard », *Antitrust Bull.*, n° 64, 2019
- Rohit Chopra et Lina M. Khan, « The Case for « Unfair Methods of Competition » Rulemaking », *U. Chi. L. Rev.*, n° 87, 2020
- Shamayeta Rahman, « Antitrust in Times of Information Technology: An Analysis of Big Tech Monopoly Cases », *University of Denver's Electronic Theses and Dissertations*, 2020
- William P. Rogerson et Howard Shelanski, « Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms », *U. Pa. L. Rev.*, n° 168, 2020
- Mark Glick, Catherine Ruetschlin et Darren Bush Mark Glick, « Big Tech's Buying Spree and the Failed Ideology of Competition Law », *Hastings L.J.*, n° 72, 2021
- Herbert Hovenkamp, « Antitrust and Platform Monopoly », *Yale L.J.*, n° 130, 2021
- Cara MacDonald, « A New Antitrust Framework to Protect Mom and Pop from Big Tech », *National Association of Administrative Law Judiciary*, n° 42, 2021
- Sanjukta Paul, « Recovering the Moral Economy Foundations of the Sherman Act », *Yale L.J.*, n° 131, 2021

- Steven C. Salop, « Dominant Digital Platforms: Is Antitrust Up to the Task? », *Yale L.J.*, n° 130, 2021
- Samuel T. Alen, « Too Big to Nail? Legislative Solutions to Big Tech Monopolies in an Age of Relaxed Antitrust Enforcement », *Suffolk University Law Review*, n° 55, 2022
- Megan Case, « Google, Big Data, & Antitrust », *Del. J. Corp. L.*, n° 46, 2022
- Parker Williams Hassard, « What's Not to Like?: The EU's Case against Big Tech and Important Lessons for the United States », *NC J. Int'l L.*, n° 47, 2022
- Regina Huckova et Martina Semanova, « The Position and Regulation of Gatekeepers in the Context of the New European Legislation », *ECLIC*, n° 6, 2022
- Sarah Oh Lam, « A Review of Big Tech Antitrust Litigation in the Federal Courts », *Rich. J.L. & Tech.*, n° 28, 2022
- Thomas A. Lambert, « Addressing Big Tech's Market Power: A Comparative Institutional Analysis », *SMU L. Rev.*, n° 75, 2022
- Dayna L. Linneman, « From Sherman to Shut down – Understanding Antitrust Legislation Targeting Big Tech », *Bus. Entrepreneurship & Tax L. Rev.*, n° 6, 2022
- Claudia Massa, « The Digital Markets Act between the EU Economic Constitutionalism and the EU Competition Policy », *YARS*, n° 26, 2022
- Maria Luisa Chiarella, « Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment », *Athens J.L.*, n° 9, 2023
- Gheorghe-Sorin Lodoaba, « An Overview on the Scope of the Digital Markets Act: Fair Practices versus Ex-Ante Competition Law », *U. Bologna L. Rev.*, n° 8, 2023

C) Textes normatifs et décisions de justice

- *Sherman Antitrust Act* (1890)
- *Clayton Antitrust Act* (1914)
- *Federal Trade Commission Act* (1914)
- *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1910)
- *Hawaii v. Standard Oil Co. of Cal.*, 405 U.S. 251 (1972)
- *United States v. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (1982)
- *United States of America v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)
- *Microsoft Corp. v. Commission*, T-201/04 (2007)
- *United States v. Google LLC* (2020)
- *United States v. Google LLC* (2023)
- *Opinion 2/2021 on the Proposal for a Digital Markets Act*, 10 février 2021
- *Ending Platform Monopolies Act*, H.R. 3825, 117^e Cong., 2021
- *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Services Switching Act of 2021*, H.R. 3849, 117^e Cong., 2021
- *American Choice and Innovation Online Act*, H.R. 3816, 117^e Cong., 2021
- *American Innovation and Choice Online Act*, S. 2992, 117^e Cong., 2022
- *Open App Markets Act*, S. 2710, 117^e Cong., 2022

D) Articles de presse

- Linda Lyons, « Youthful Optimism? Young Americans Happy with Big Business », *Gallup*, 2 mars 2004
- Stacy Mitchell, « The Rise and Fall of the Word « Monopoly » in American Life », *The Atlantic*, 20 juin 2017
- Ryan Tracy, « Tech Giants Draw Fire in Congress », *Wall Street Journal*, 16 juillet 2019
- Michael Kades et Fiona Scott Morton, « Interoperability as a Competition Remedy for Digital Networks », *Wash. Ctr. For Equitable Growth*, septembre 2020
- Eileen Guo, « What Biden means for Big Tech and Google in particular », *MIT Technology Review*, 10 novembre 2020
- Parmy Olson, « U.K. Launches New Competition Watchdog Targeting Big Tech », *Wall St. J.*, 6 avril 2021
- Ophélie Coelho, « Les États-Unis, les Big Tech et le reste du monde... », *Institut Rousseau*, 22 juin 2021
- David Meyer and Nicole Goodkind, « What Will the Future Look Like? Europe Offers Some Clues », *Fortune*, 16 août 2021
- Martha C. White, « Momentum Is Building for Antitrust Reform. What That Means for Big Tech », *MSN*, 12 novembre 2021
- Cat Zakrzewski et Gerrit De Vynck, « Senate Advances Antitrust Legislation, Despite Reservations From California Democrats », *The Washington Post*, 20 janvier 2022
- Peter Alexiadis et Alexandre de Streela, « The EU’s Digital Markets Act: Opportunities and Challenges Ahead », *SSRN*, mai 2022
- Sean Heather, « Striking Similarities: Comparing Europe’s Digital Markets Act to the American Innovation and Choice Online Act », *U.S. Chamber of Commerce*, 17 juin 2022
- Cat Zakrzewski, Will Oremus, Gerrit De Vynck et Cristiano Lima-Strong, « With clock ticking, battle over tech regulation intensifies », *The Washington Post*, 27 juin 2022
- Lauren Feiner, « Big Tech never loses a legislative fight – and they just did as package of new bills passes », *CNBC*, 6 octobre 2022
- John D. McKinnon, « Tech Companies Make Final Push to Head Off Tougher Regulation », *The Wall Street Journal*, 12 décembre 2022
- Tim De Chant, « Five new bills aim to break up Big Tech platforms, force them to play nice », *Ars Technica*, 14 juin 2023
- Daniel Bron, « Rethinking Antitrust Laws in the Era of Tech Giants », *LinkedIn*, 24 juillet 2023
- Aurélien Defer, « Aux États-Unis, des sénateurs veulent créer une agence fédérale pour réguler les Big Tech », *L’Usine Digitale*, 27 juillet 2023
- Supantha Mukherjee, « TikTok joins Meta in appealing against EU gatekeeper status », *Reuters*, 16 novembre 2023
- Martin Coulter, « Apple files legal challenge to EU’s Digital Markets Act », *Reuters*, 17 novembre 2023
- Shreeja Sen et Eshani Vaidya, « The Evolution of Big Tech Litigation », *Bot Populi*, 27 novembre 2023
- Zena Assaad, « Why are Apple, Amazon, Google and Meta facing antitrust lawsuits and huge fines? And will it protect consumers? », *The Conversation*, 23 janvier 2024
- Nilay Patel, « DOJ’s Jonathan Kanter says the antitrust fight against Big Tech is just beginning », *The Verge*, 12 février 2024

- Foo Yun Chee, « X, ByteDance, Booking.com could face tough EU rules », *Reuters*, 4 mars 2024
- Evelyn Mitchell-Wolf, « Big Tech Antitrust 2024 Enforcement Will Reach a Fever Pitch This Election Year », *eMarketer*, 6 mars 2024
- Aimee Picchi, « After Biden signs TikTok ban into law, ByteDance says it won't sell the social media service », *CBS News*, 26 avril 2024
- Cecilia Kang et David McCabe, « U.S. Antitrust Case Against Google Is Just the Start », *The New York Times*, 3 mai 2024

E) Rapports et guides

- Geoffrey A. Manne, « Why US Antitrust Law Should Not Emulate European Competition Policy », *Statement On A Comparative Look at Competition Law Approaches to Monopoly and Abuse of Dominance in the US and EU Before the United States Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights*, 19 décembre 2018
- Jerrold Nadler et David N. Cicilline, « Investigation of Competition in Digital Markets », *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary*, 2020
- Mike Walker, « Reviving Competition – Part 3: Strengthening the Laws to Address Monopoly Power », *Hearing Before the Subcommittee on Antitrust, Commercial & Administrative Law of the House of Commons on the Judiciary*, 117^e Congrès, 2021
- Tom Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018
- Geoffrey A. Manne et Justin Hurwitz, « Big Tech's Big-Time, Big-Scale Problem », *Cato Policy Report*, juin 2018
- « Unlocking digital competition », Rapport du *Digital Competition Expert Panel*, mars 2019
- Rapport final du *Stigler Committee on Digital Platforms*, septembre 2019
- Jay B. Sykes, « Antitrust and Big Tech », Rapport n° R45910 de la CRS, 11 septembre 2019
- Jay B. Sykes, « Antitrust Law: An Introduction », Rapport n° IF11234 de la CRS, 21 juillet 2022
- Jay B. Sykes, « Antitrust Reform and Big Tech Firms », Rapport n° R46875 de la CRS, 21 novembre 2023
- *Guide to Antitrust Laws* de la FTC
- *Guide to Antitrust Laws* du Bureau du Procureur général de l'État de Washington

Table des matières

Table des abréviations	5
Sommaire	7
Introduction	8
Partie préliminaire : Évolution à des stades inégaux des différentes régulations aux États-Unis et dans l'Union européenne.....	12
Titre 1 : Les prémices d'une régulation des <i>gatekeepers</i> au sein de l'Union européenne : une initiative audacieuse et encore balbutiante	12
Chapitre 1 : La genèse du règlement européen sur les marchés numériques	12
Section 1 : La régulation de l'activité des grandes plateformes antérieure au règlement	12
§1 : Réactions précoces de l'Union européenne face aux géants du numérique.....	13
A) Une politique numérique novatrice au sein de l'Union européenne	13
B) La proactivité de la Commission.....	14
§2 : Des autorités françaises actives face aux <i>gatekeepers</i>	15
A) Une Autorité de la concurrence audacieuse	15
B) La CJIP Google	16
C) Un projet de loi numérique allant au-delà des règlements européens.....	17
Section 2 : DMA et DSA ou « le grand chantier numérique de l'Union européenne »	17
§1 : « Le grand chantier numérique de l'Union européenne ».....	18
§2 : Aperçu du DMA prévenant les abus de position dominante des <i>gatekeepers</i> ...	18
§3 : Esquisse du DSA luttant contre les contenus et produits illégaux en ligne	19
Section 3 : Les objectifs affichés du DMA	19
§1 : Des réponses à l'urgence de certains constats.....	19
§2 : Un règlement innovant complétant un cadre de régulation insuffisant.....	21
A) La faiblesse du cadre de régulation préexistant au DMA	21

B) Les innovations du DMA répondant aux enjeux concurrentiels propres à l'économie des plateformes.....	23
Chapitre 2 : Les débuts de la mise en œuvre du DMA couvrant les « services de plateforme essentiels » des <i>gatekeepers</i>	24
Section 1 : Chronologie d'une mise en application progressive visant à la mise en conformité des géants du numériques	24
§1 : Une exécution successive.....	24
A) Les étapes préliminaires	24
B) L'entrée en application du DMA.....	25
C) La première désignation de six contrôleurs d'accès.....	25
D) Les enquêtes de marché.....	26
E) Date butoir, contestations et rapports de conformité.....	26
§2 : Un texte temporellement adaptable et flexible.....	27
Section 2 : Les activités visées par le DMA.....	27
Titre 2 : La régulation étatsunienne des <i>Big Tech</i> affaiblie mais en pleine mutation.....	29
Chapitre 1 : Historique et évolutions contemporaines du droit <i>antitrust</i> aux États-Unis	29
Section 1 : Le <i>Sherman Act</i>	29
Section 2 : Le <i>Clayton Act</i> et le <i>Federal Trade Commission Act</i>	30
Section 3 : L'affaire Microsoft	31
Chapitre 2 : La spécificité fédérale : une régulation des <i>gatekeepers</i> à deux niveaux.....	32
Section 1 : L'État fédéral.....	32
§1 : Le seuil du gouvernement fédéral	32
§2 : Le Congrès	33
§3 : Le Président des États-Unis	33
Section 2 : Le seuil des États fédérés	33
§1 : Les lois des États fédérés	34
§2 : Les Procureurs généraux des États.....	34
Section 3 : Le rôle accru des parties privées	35

Chapitre 3 : La régulation des contrôleurs d'accès aux États-Unis : réticences initiales et amorces de mutations contemporaines.....	35
Section 1 : Un changement de volonté politique.....	35
Section 2 : Le mouvement <i>New Brandeis</i> caractéristique de cette progression.....	37
Chapitre 4 : Les problématiques de l'application des lois <i>antitrust</i> aux entreprises <i>Big Tech</i>	38
Partie 1 : La problématique de l'identification des acteurs à réguler et les difficultés d'une telle régulation.....	42
Titre 1 : Le contrôleur d'accès, notion centrale du règlement sur les marchés numériques	42
Chapitre 1 : La qualification de contrôleur d'accès : une appréciation au cas par cas de la Commission.....	42
Section 1 : Les entreprises concernées par le DMA.....	42
§1 : Le champ d'application personnel du règlement sur les marchés numériques.	42
§2 : Les critères de qualification du DMA	43
A) Les trois critères de qualification qualitatifs	43
B) Le doublement de critères de qualification quantitatifs et la présomption de qualification.....	44
C) Des critères généraux de désignation allant au-delà	45
Section 2 : Une régulation asymétrique ciblée uniquement sur les <i>gatekeepers</i> et leurs « services de plateforme essentiels ».....	45
Chapitre 2 : L'identifications de sept <i>gatekeepers</i> par la Commission	47
Titre 2 : Les <i>Big Tech</i> et les États-Unis : une relation ambiguë freinant leur régulation	49
Titre 3 : Les difficultés de régulation intrinsèques à la nature des contrôleurs d'accès et à leur place au sein de la société des données	52
Chapitre 1 : La domination des contrôleurs d'accès génératrice de défis concurrentiels	52
Chapitre 2 : Un <i>lobbying</i> intense, frein à la régulation des contrôleurs d'accès	53
Section 1 : L'Union européenne surmontant partiellement le <i>lobbying</i> des géants du numérique.....	53

Section 2 : Le <i>lobbying</i> des <i>Big Tech</i> aux États-Unis constituant l'un des freins à leur régulation.....	54
Partie 2 : Méthodes de régulation des <i>gatekeepers</i> différenciées aux U.S. et dans l'Union européenne : mise en lumière d'approches discordantes (entre intervention <i>ex post</i> et <i>ex ante</i>)	56
Titre 1 : Avantages et inconvénients de chaque approche	56
Chapitre 1 : Lois <i>antitrust</i> , procédures judiciaires étatsuniennes et régulation européenne : la différenciation d'approches dissemblables.....	56
Section 1 : Aperçu des diverses approches aux États-Unis et dans l'Union européenne	56
§1 : L'approche du droit <i>antitrust</i> étatsunien.....	57
§2 : L'approche des règles de conduite <i>ex ante</i>	59
Section 2 : Appréciation de ces deux approches	60
Chapitre 2 : Risques de dérives totalitaires et menaces économique de l'approche européenne	62
Titre 2 : Une approche européenne marquée par des interventions <i>ex ante</i>	65
Chapitre 1 : Les obligations et interdictions du règlement sur les marchés numériques à la charge des <i>gatekeepers</i>	65
Chapitre 2 : De nombreux mécanismes assurant le respect de ces obligations et interdictions	66
Chapitre 3 : Des sanctions importantes en cas d'infraction	68
Titre 3 : La méthode étatsunienne caractérisée par une régulation <i>ex post</i> : inventaire des différents projets de lois, actions judiciaires et droit prospectif.....	69
Chapitre 1 : Interventions au niveau fédéral : l'arlésienne du démantèlement	69
Section 1 : Les procédures <i>antitrust</i> fédérales	69
Section 2 : Projets de lois et volonté politique affichée sous l'administration Biden ..	71
Chapitre 2 : Une intervention pour l'heure plus active au niveau des États fédérés.....	74
Chapitre 3 : Droit prospectif aux États-Unis : hésitations entre interventions <i>antitrust</i> et <i>ex ante</i> et volonté de création d'une agence fédérale	74

Conclusion.....	79
Bibliographie.....	81
Table des matières	89