

Résumé

Si l'industrie pharmaceutique a longtemps constitué le terrain sur lequel le Droit de la concurrence éprouvait ses limites, c'est désormais le secteur numérique qui en repousse continuellement les frontières. En particulier, les acquisitions numériques éprouvent successivement chacun des maillons du contrôle des concentrations, que cela soit dans l'Union européenne ou aux États-Unis.

L'étude est conduite à l'aune de l'analyse coût-erreur, formalisée par Isaac Ehrlich et Richard Posner puis transposée au Droit antitrust par Frank Easterbrook, laquelle préconise de faire porter le risque sur l'autorisation d'une opération nocive, l'erreur de type II, plutôt que sur l'interdiction d'une opération inoffensive, l'erreur de type I, l'autorisation erronée n'étant qu'une erreur temporaire que l'entrée de nouveaux concurrents viendra corriger quand l'interdiction erronée détruit définitivement une valeur qu'aucun mécanisme de marché ne restituera. Or cette prémisse s'effondre dans le secteur numérique, dès lors que la correction attendue supposerait l'entrée d'un opérateur nouveau alors que l'acquisition prédatrice a pour objet même la neutralisation de celui-ci. Il en résulte qu'une politique du contrôle des concentrations ne peut être pertinente pour le numérique qu'à la condition d'être interventionniste.

Les Droits substantiels américain et européen du contrôle des concentrations se révèlent relativement convergents dans leur appréhension du numérique. Le concept fonctionnel européen d'entreprise et le concept formel américain de « person » captent l'opérateur numérique par des voies opposées mais avec la même résultat, et les notions de concentration captent relativement bien les opérations numériques, seules quelques techniques d'évitement, dont notamment le reverse acquiring, laissant subsister une zone d'ombre qui relève moins d'une lacune des notions que de l'abstention des autorités. En outre, les instruments d'analyse de marché, remis en cause par la multifacialité des plateformes et par la gratuité apparente des services, ont été renouvelés de manière convergente dans l' Union et aux États-Unis, le nombre d'utilisateurs, la dégradation de la qualité et la valorisation de la cible venant relayer le prix et la part de marché. L'évaluation du risque d'entrave significative révèle en revanche une dissymétrie d' approche entre les deux systèmes, le Droit européen disposant d'un critère substantiellement adéquat qu'une exigence probatoire élevée prive d'une part de son effectivité, le Droit américain d'une doctrine de l'état naissant que les juges ont resserrée jusqu'à la faire coïncider avec l'analyse rétrospective à laquelle elle devait échapper, et d'un second volet de la section 7 du Clayton Act inutilisé malgré un fort potentiel.

Néanmoins, les Droits européen et américain de la mise en œuvre divergent bien davantage face au numérique. Les seuils européens en chiffre d'affaires comme les seuils américains en valeur de transaction échouent également à déclencher le contrôle, les premiers étant tenus en échec par l'absence de recettes des cibles numériques, les seconds par la circonstance qu'ils reposent sur un prix que les parties déterminent elles-mêmes. Le contrôle ex post ne rattrape qu'une fraction des opérations ainsi échappées, l'article 102 du TFUE, à travers l'arrêt *Towercast*, exigeant une dominance préalable, une identité de marché et l'insuffisance du contrepoids résiduel, et l'absence de forclusion de l'action fondée sur la section 7 du Clayton Act ne bénéficiant qu'aux seules autorités fédérales. Les procédures elles-mêmes sont déconnectées des réalités du secteur, l'obligation de suspension perdant toute prise sur une intégration qui procède de la réunion des données, et la cession perdant son objet une fois les modèles réentraînés sur la base combinée.

Ainsi, le contrôle des concentrations, aux États-Unis comme dans l' Union, ne manque pas de concepts pour saisir les acquisitions numériques. La défaillance réside dans les seuils de contrôle, dans la norme de preuve et dans l'abstention des autorités devant des fondements dont elles disposent sans en user. De fait, la correction des deux régimes suppose seulement que les législateurs et les autorités de concurrence acceptent de faire porter le risque sur les erreurs de type I, soit de privilégier l'interventionnisme à la permissivité.