



Master 2 Droit comparé des affaires

Dirigé par madame le Professeur Marie-Élodie Ancel

2026

**L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE
DANS LE SECTEUR DE L'INTELLIGENCE
ARTIFICIELLE : COMPARAISON DU DROIT
AMERICAIN ET DU DROIT DE L'UNION
EUROPEENNE**

Lucia DA SILVA

Sous la direction de Monsieur le Professeur David Bosco

Effectué à University of California, Los Angeles

Remerciements

Je tiens, avant toute chose, à remercier Monsieur le Professeur David Bosco, d'avoir dispensé les enseignements d'antitrust au sein de notre master et d'avoir accepté d'être mon directeur de mémoire afin de m'accompagner dans sa rédaction. Ces cours n'ont que renforcé mon attrait pour cette branche du droit.

Je tiens également à remercier l'*University of California, Los Angeles*, de m'avoir accueilli le temps d'un échange universitaire dans le cadre de ce master 2, et de m'avoir intégré comme une véritable élève américaine sans jamais me faire sentir à part. Un grand merci aux équipes de la *Hugh & Hazel Darling Law Library*, ainsi qu'à toute l'équipe pédagogique de UCLA qui se sont toujours montrées disponibles afin de m'aider dans mes recherches pour ce mémoire.

Je tiens, en outre, à remercier ma famille et mes amis en France qui, malgré la distance géographique, ont été d'un soutien sans faille et m'ont toujours encouragée dans la rédaction de ce mémoire. Merci aussi à mes amis rencontrés ici, aux États-Unis, lors de cet échange et de la rédaction de ce mémoire, grâce à qui cette expérience s'est révélée être tout ce dont j'avais toujours rêvé.

La rédaction de ce mémoire me tient particulièrement à cœur car j'ai pour projet d'immigrer aux États-Unis, et particulièrement en Californie, afin d'y exercer dans le secteur de l'antitrust et de la compliance pour une entreprise du secteur de la Tech. La recherche pour ce mémoire m'a permis d'approfondir mes connaissances et d'en apprendre davantage sur un sujet qui, je l'espère, deviendra un jour mon métier. Je poursuivrai ce chemin vers les États-Unis en intégrant le L.L.M. de UC Law San Francisco dès août prochain.

Enfin, je tiens à remercier Madame le Professeur Marie-Élodie Ancel, directrice du Master 2 Droit comparé des affaires, d'avoir toujours soutenu les élèves de ce master, ainsi que les projets que nous avons menés pour celui-ci, et surtout de nous permettre de vivre des expériences internationales aussi enrichissantes qu'un échange à UCLA.

Résumé

Le présent mémoire s'intéresse à l'application du droit de la concurrence dans le secteur de l'intelligence artificielle. Pour ce faire, il comparera les systèmes juridiques américains et européens. Ces deux systèmes, comme nous le verrons dans le présent mémoire, font face aux nouveaux défis que l'émergence des acteurs de l'IA a imposé au droit de la concurrence.

Face à ces nouveaux enjeux, les systèmes juridiques américains et européens ont tenté d'appréhender les comportements des acteurs de l'IA en développant de nouvelles doctrines à partir du droit positif. Mais, nous le verrons, malgré les tentatives des régulateurs, les nouvelles pratiques anticoncurrentielles caractérisant le secteur semblent insaisissables avec les outils classiques du droit de la concurrence. La problématique de la présente étude est la suivante : Dans quelle mesure le droit des États-Unis et le droit de l'Union européenne de la concurrence parviennent-ils à appréhender les spécificités structurelles du secteur de l'intelligence artificielle, et quelles philosophies de la régulation de l'économie numérique leurs choix respectifs révèlent-ils ?

Que ce soit le contrôle des concentrations, les abus de position dominante ou les ententes, aucun secteur du droit de la concurrence n'est épargné quand il s'agit de l'IA. Du point de vue du contrôle des concentrations, les mécanismes de *killer-acquisitions* sub-seuils, d'*acqui-hires* et de *partnership investments* ont tous mis en lumière les failles des droits positifs américains et européens, échappant ainsi à la régulation en place et laissant prospérer des pratiques objectivement anticoncurrentielles. La fermeture d'accès au marché imposée par la structure même du secteur de l'IA a, quant à elle, remis en cause la qualification classique de *Monopolization* et d'abus de position dominante. Enfin, l'émergence d'une collusion algorithmique propre au secteur de l'IA, et toutes les nouvelles pratiques en découlant, ont démontré que la notion classique d'entente n'est plus adaptée au secteur du numérique comme elle pouvait l'être lors de son élaboration pour des acteurs plus traditionnels du marché.

La régulation du secteur de l'IA révèle aussi que les philosophies européennes et américaines en matière de concurrence sont bien différentes et quelles que soient les doctrines, propres à chaque système, appliquées, celles-ci se révèlent insuffisantes afin de réguler correctement la concurrence dans les marchés numériques. Qu'il s'agisse de la régulation *ex ante* européenne, fondée sur l'adoption de différents règlements préventifs, ou l'*enforcement ex post* américain, fondé sur un modèle prétorien répressif porté par l'exécutif, aucune de ces deux visions n'a été efficace. L'Europe est paralysée par une production normative parfois incomplète et adoptée tardivement, couplée à une mauvaise articulation des normes régissant la concurrence, et les États-Unis sont affaiblis par les tensions idéologiques entre la FTC et le DOJ (principaux acteurs de l'*enforcement* de l'antitrust) et l'alternance politique à la tête de l'exécutif.

Sommaire

Remerciements	2
Résumé.....	3
Sommaire	4
Liste des abréviations	5
Introduction	7
<i>Partie 1 : L'incapacité commune des systèmes juridiques américain et européen à appréhender les stratégies et comportements anticoncurrentiels des acteurs de l'IA</i>	10
Titre 1 : L'intention claire des acteurs de l'IA d'échapper au contrôle des concentrations par la mise en place de nouvelles stratégies d'acquisition	11
Section 1 : Les <i>killer acquisitions</i> sub-seuils, ou le nouvel outil démontrant la faiblesse du système de notification comme verrou anticoncurrentiel : les affaires Illumina/Grail et Meta/Within	11
Section 2 : Les acqui-hires et partnership investments comme nouveaux moyens pour les acteurs de l'IA de procéder à des acquisitions déguisées : les affaires Microsoft/InflectionAI, Amazon/Anthropic et Microsoft/OpenAI	22
Titre 2 : L'insuffisance des règles substantielles classiques face aux pratiques unilatérales et concertées des acteurs de l'IA	31
Section 1 : La mise à l'épreuve des qualifications de <i>Monopolization</i> et d'abus de position dominante face aux tactiques de fermeture d'accès aux marchés des acteurs de l'IA	31
Section 2 : La remise en question des notions d'accord et de pratique concertée par l'émergence de la collusion algorithmique	39
<i>Partie 2 : Les deux philosophies antagonistes de la régulation du secteur de l'IA : la prévention européenne face à l'enforcement américain</i>	47
Titre 1 : Le choix européen de la régulation <i>ex ante</i> afin de prévenir les pratiques anticoncurrentielles des acteurs de l'IA	47
Section 1 : L'efficacité du Digital Markets Act face aux Big Tech remise en cause par ses carences quant à la régulation des nouveaux acteurs de l'IA	48
Section 2 : Une production normative européenne excessive complexifiant l'articulation du droit de la concurrence face aux enjeux de l'IA : l'AI Act et le Data Act	57
Titre 2 : Le choix américain de l'enforcement <i>ex post</i> au travers du modèle prétorien et politique afin de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles des acteurs de l'IA	67
Section 1 : L' <i>enforcement</i> fédéral affaibli dans le secteur de l'IA par les tensions entre l'activisme néo-brandeisien de la FTC et la résistance des juridictions	67
Section 2 : L'impossible stabilité des régulations antitrust face à l'alternance politique de l'exécutif américain	78
Conclusion	89
Bibliographie	90
Table des matières	96

Liste des abréviations

ADLC	Autorité de la concurrence (française)
AI Act	Règlement (UE) n° 2024/1689 du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle
AICOA	American Innovation and Choice Online Act (S.2992, 117th Congress, 2021)
API	Application Programming Interface (interface de programmation applicative)
Big Tech	Grandes entreprises technologiques dominantes du secteur numérique
CA	Chiffre d'affaires
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (ancienne dénomination)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMA	Competition and Markets Authority (autorité britannique de concurrence)
CWS	Consumer Welfare Standard (standard du bien-être du consommateur)
Data Act	Règlement (UE) n° 2023/2854 du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données
DMA	Digital Markets Act — Règlement (UE) n° 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique
DOJ	Department of Justice (ministère américain de la Justice)
DPLA	Developer Program License Agreement
EO	Executive Order (décret présidentiel américain)
FLOPs	Floating Point Operations Per Second (opérations à virgule flottante par seconde)
FTC	Federal Trade Commission (commission fédérale du commerce américaine)
GAFAM	Google, Apple, Facebook (Meta), Amazon, Microsoft
GAMMAN	Google, Apple, Meta, Microsoft, Amazon, Netflix
GSEs	General Search Engines (moteurs de recherche généraux)
HHI	Herfindahl-Hirschman Index (indice de concentration du marché)
HSR	Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976
IA	Intelligence artificielle
IAUG	IA à usage général (modèles d'IA à usage général, General Purpose AI — GPAI)
ISA	Internet Services Agreement (accord iOS entre Google et Apple)
JCPA	Journalism Competition and Preservation Act (S. 673, 117th Congress, 2021)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LLM	Large Language Model (grand modèle de langage)
MaaS	Model as a Service (modèle en tant que service)
MADAs	Mobile Application Distribution Agreements
NGS	Next-Generation Sequencing (séquençage de nouvelle génération)
NLF	New Legislative Framework (nouveau cadre législatif européen)

OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEM	Original Equipment Manufacturer (fabricant d'équipements d'origine)
RGPD	Règlement général sur la protection des données — Règlement (UE) n° 2016/679 du 27 avril 2016
RSAs	Revenue Sharing Agreements (accords de partage de revenus)
SOT	Size of Transaction Test (critère de taille de transaction, HSR)
SOP	Size of Person Test (critère de taille des parties, HSR)
SSNIP	Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price (test du monopoleur hypothétique)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TUE	Traité sur l'Union européenne
UCLA	University of California, Los Angeles
UE	Union européenne
VR	Virtual Reality (réalité virtuelle)

Introduction

Lors du Sommet sur l'Intelligence Artificielle, tenu le 11 février 2025 à Paris, le vice-président américain JD Vance a prononcé cette phrase : « Now, our administration -- the Trump Administration -- believes that AI will have countless, revolutionary applications in economic innovation, job creation, national security, health care, free expression, and beyond. And to restrict its development now would not only unfairly benefit incumbents in the space, it would mean paralyzing one of the most promising technologies we have seen in generations. »¹ Il réaffirme ici l'idée claire de l'administration Trump depuis le début de son deuxième mandat à savoir que la régulation, quelle qu'elle soit, des acteurs de l'IA doit être la moins paralysante possible pour ce secteur en plein essor. Ce discours marque une véritable rupture avec la position qu'avait l'administration Biden sur le sujet. En effet, l'administration Biden, qui elle a vécu la naissance et le développement fulgurant de l'IA générative, n'était pas si prompt au laissez-faire pour ces nouveaux acteurs.

Le lancement en 2022 de ChatGPT par l'entreprise OpenAI a créé une course à l'innovation et permis l'émergence d'une multitude de nouveaux acteurs dans le secteur. Ce sujet est aujourd'hui au cœur des débats relatifs tant à l'avenir du monde du travail qu'à l'avenir de la liberté d'expression ou de la propriété intellectuelle. Mais le premier secteur où l'IA a réellement provoqué un bouleversement est le droit de la concurrence. De fait, la mise en place par ces nouvelles entreprises de stratégies nouvelles influençant la concurrence sur le marché a poussé les systèmes juridiques mondiaux à réagir. Toutefois, comme nous le verrons dans ce propos, les réactions n'ont pas été similaires.

L'intelligence artificielle pose d'abord un problème de définition, or cette définition est essentielle afin de pallier les potentiels abus du point de vue du droit de la concurrence.

La définition d'intelligence artificielle est d'abord partagée entre son sens classique ou commun et sa définition juridique. Pour son sens classique l'intelligence artificielle est définie par le dictionnaire Larousse comme un « Ensemble de théories et de techniques mises en œuvre en vue de réaliser des machines capables de simuler l'intelligence humaine. »² Le Parlement européen pose également une définition de l'IA ressemblant à celle de son sens commun : « L'IA désigne la possibilité pour une machine de reproduire des comportements liés aux humains, tels que le raisonnement, la planification et la créativité ».³ Le point commun de ces deux définitions est le fait pour l'IA de reproduire le comportement humain.

Toutefois, sa définition juridique s'éloigne de cette conception. L'article 3 de l'AI Act (règlement européen) définit l'IA de la façon suivante : « "système d'IA", un système basé sur une machine qui est conçu pour fonctionner avec différents niveaux d'autonomie et qui peut

¹ J.D. VANCE, *Remarks by the Vice President at the Artificial Intelligence Action Summit*, Paris, 11 février 2025, The American Presidency Project, disponible sur : <https://www.presidency.ucsb.edu/node/376290> [consulté le 15 mai 2026]

² *Dictionnaire Larousse*, v° « Intelligence artificielle », disponible sur : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/intelligence_artificielle [consulté le 15 mai 2026]

³ Parlement européen, « Qu'est-ce que l'intelligence artificielle et comment est-elle utilisée ? », disponible sur : <https://www.europarl.europa.eu/topics/fr/article/20200827STO85804> [consulté le 15 mai 2026]

faire preuve d'adaptabilité après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des données qu'il reçoit, comment générer des résultats tels que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer des environnements physiques ou virtuels »⁴. On voit déjà que la définition juridique de l'intelligence artificielle n'inclut pas de référence au comportement humain. Il conviendra pour notre propos de retenir la conception juridique de la définition de l'IA.

S'agissant du droit de la concurrence, son rôle est de protéger le marché. Il est important pour notre propos de différencier l'antitrust américain du droit européen de la concurrence. L'antitrust américain vise à la fois les cartels, la *monopolization* et les mergers (contrôle des concentrations), là où le droit européen de la concurrence vise les pratiques concurrentielles, à savoir le comportement des acteurs sur le marché ce qui réunit les ententes et abus de position dominante. Le contrôle des concentrations est à part dans le droit européen.

Les ententes et cartels désignent la coordination de comportements des acteurs sur le marché ce qui mène à fausser la concurrence. La *monopolization* et l'abus de position dominante visent les entreprises puissantes qui utilisent cette puissance sur le marché pour tirer un profit excessif ou exclure ses concurrents du marché. Quant aux mergers et contrôle des concentrations on désigne ici la fusion des acteurs du marché. Cette fusion va mener à rétrécir les structures du marché ce qui impactera le consommateur en limitant la concurrence.

Le droit de l'Union européenne sépare en deux catégories le droit de la concurrence car les pratiques concurrentielles des acteurs (ententes et abus de position dominante) sont contrôlées *ex post* là où le contrôle des concentrations s'effectue *ex ante*. L'antitrust américain applique la même distinction entre contrôle à priori et à posteriori mais ne scinde pas le droit de la concurrence en deux ensembles.⁵

La comparaison entre l'antitrust américain et le droit européen de la concurrence nous intéresse ici pour différentes raisons. La naissance du droit de la concurrence s'est faite aux Etats-Unis. La plupart des doctrines du droit de la concurrence y sont nées et surtout c'est ce pays qui a adopté en premier, en 1890, la plus importante législation relative au droit de la concurrence : le *Sherman Act*.⁶ Cet acte a été adopté en réaction au monopole des trusts qui a soulevé dans le pays un véritable débat démocratique⁷. Le *Sherman Act* régle la *monopolization* et les collusions⁸. Sa portée a d'abord été restreinte par Cour Suprême américaine dans l'arrêt *Knight* (1895)⁹ qui a par la suite décidé de lui redonner toute la force que le législateur américain souhaitait lors de son adoption dans les arrêts *American Tobacco* et *Standard Oil* visant à démanteler les trusts coupables de pratiques anticoncurrentielles.¹⁰

⁴ Règl. (UE) n° 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, *JOUE*, n° L 2024/1689, 12 juill. 2024, art. 3, § 1, pt 1 (ci-après « *AI Act* »)

⁵ D. BOSCO, cours d'Antitrust, Master 2 Droit comparé des affaires, Université Paris-Panthéon-Assas, 2025-2026

⁶ C. PRIETO et D. BOSCO, *Traité de droit européen de la concurrence*, Bruylant, § 110

⁷ C. PRIETO et D. BOSCO, *op. cit.*, §§ 113 et 114

⁸ *Sherman Antitrust Act*, 15 U.S.C. §§ 1 et 2 (1890)

⁹ C. PRIETO et D. BOSCO, *op. cit.*, § 116

¹⁰ C. PRIETO et D. BOSCO, *op. cit.*, § 117

Les États-Unis sont aussi le berceau de doctrines déterminantes dans le droit de la concurrence parmi lesquelles deux ont été particulièrement influentes. La première est la *Rule of Reason*, consacrée dans l'arrêt *Standard Oil* de 1911 et théorisée par le juge Brandeis. Cette doctrine impose au juge de mettre en balance les effets pro et anticoncurrentiels d'une pratique, en tenant compte de la structure du marché et de la puissance de l'entreprise concernée¹¹. La règle *per se*, à l'inverse, prohibe sans analyse économique les ententes horizontales sur les prix du fait d'une présomption que cette pratique est anticoncurrentielle¹². À ces instruments jurisprudentiels, s'ajoute le *Clayton Act*, qui ciblait spécifiquement les concentrations et pratiques exclusives susceptibles d'affaiblir la concurrence¹³, et le *Federal Trade Commission Act*, qui institue la FTC afin de compléter l'*enforcement* judiciaire par un dispositif administratif¹⁴. C'est cette tradition prétorienne et administrative qui distingue l'antitrust américain du droit européen de la concurrence.

L'Union européenne a, en effet, fondé son droit de la concurrence sur des fondements textuels. Les articles 101 et 102 TFUE prohibent respectivement les ententes et les abus de position dominante¹⁵. En plus de ces dispositions, l'Union a adopté le règlement n°139/2004 afin de mettre en place un contrôle *ex ante* des concentrations¹⁶.

Si l'antitrust américain et le droit européen de la concurrence ont pour objectif commun de préserver la libre concurrence sur le marché, ils divergent quant à leur manière d'atteindre cet objectif. Les États-Unis préfèrent la répression *ex post*, alors que l'UE a choisi un système préventif, articulé autour d'une autorité administrative indépendante, et attaché non seulement au bien-être du consommateur mais à la préservation du marché intérieur¹⁷. C'est cette divergence entre les deux philosophies caractérisant ces deux systèmes juridiques que le secteur de l'IA va mettre à l'épreuve.

Les deux systèmes juridiques se sont, depuis l'émergence de l'IA, retrouvés confrontés à des pratiques anticoncurrentielles inédites que ni les notions classiques d'entente ou d'abus de position dominante, ni les mécanismes de contrôle des concentrations n'ont été capables d'appréhender¹⁸. Le secteur de l'IA se caractérise par une concentration des ressources stratégiques entre les mains d'un nombre restreint d'acteurs, et par une dynamique d'auto-renforcement des positions dominantes qui rend la domination à la fois rapide à s'installer et difficile à qualifier juridiquement au moment où elle émerge. Les acteurs de l'IA ont su exploiter les lacunes des droits positifs en développant des stratégies d'acquisition sans prise de contrôle formelle, verrouillant les marchés par des accords d'exclusivité algorithmique, ou créant des formes inédites de collusion autonome. Face à ces défis communs, les réponses

¹¹ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) et H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The law of Competition and Its Practice*, 5e éd., West Academic Publishing, 2016, p.354

¹² H. HOVENKAMP, *op. cit.*

¹³ *Clayton Antitrust Act*, 15 U.S.C. §§ 12 *et seq.* (1914)

¹⁴ *Federal Trade Commission Act*, 15 U.S.C. §§ 41 *et seq.* (1914)

¹⁵ Art. 101 et 102 TFUE

¹⁶ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004

¹⁷ C. PRIETO et D. BOSCO, *op. cit.*, §§ 146 à 167

¹⁸ OCDE, *Artificial intelligence, data and competition*, DAF/COMP(2024)2, 6 mai 2024 et FTC, *Generative AI Companies: An FTC Study under Section 6(b)*, 2024

américaines et européennes ont divergé mais ont toutes les deux échoué à surmonter ces défis. C'est cette tension entre ambition normative et inefficacité des outils qui constitue l'objet du présent mémoire.

Ainsi, il conviendra de se demander : Dans quelle mesure le droit des États-Unis et le droit de l'Union européenne de la concurrence parviennent-ils à appréhender les spécificités structurelles du secteur de l'intelligence artificielle, et quelles philosophies de la régulation de l'économie numérique leurs choix respectifs révèlent-ils ? Afin de répondre à cette problématique, il faudra dans un premier temps étudier l'incapacité commune des systèmes juridiques américains et européens à appréhender les stratégies et comportements anticoncurrentiels des acteurs de l'IA (**Partie 1**). Dans un second temps, il s'agira d'étudier les divergences profondes entre les réponses du modèle *ex ante* européen et de l'*enforcement* américain (**Partie 2**).

Partie 1 : L'incapacité commune des systèmes juridiques américain et européen à appréhender les stratégies et comportements anticoncurrentiels des acteurs de l'IA

L'émergence de l'IA a redessiné les contours de l'économie numérique selon une logique que ni le droit américain, ni le droit européen n'ont anticipée. Le secteur se caractérise par une concentration extrême de ressources critiques (données, puissance de calcul, capital humain) entre les mains d'un nombre restreint d'acteurs qui ont su transformer leur avance technologique en barrières à l'entrée quasi-infranchissables.

Face à ce phénomène, les deux systèmes juridiques révèlent une incapacité commune à saisir les stratégies anticoncurrentielles des acteurs de l'IA, et ce, peu importe qu'elles soient mises en place dans le contrôle des concentrations ou dans celui de l'abus de position dominante et des ententes. Cette incapacité est le produit d'outils conçus pour des marchés industriels traditionnels, dont les présupposés économiques et juridiques se trouvent systématiquement contredits par la réalité de l'économie de l'IA.

Ainsi, le Titre 1 de cette partie démontrera que les acteurs de l'IA ont manifesté une intention claire d'échapper au contrôle des concentrations en développant de nouvelles stratégies d'acquisition contournant les mécanismes de notification existants. Le Titre 2, lui, mettra en évidence l'insuffisance des règles substantielles classiques face aux pratiques unilatérales et concertées qu'ils déploient.

Titre 1 : L'intention claire des acteurs de l'IA d'échapper au contrôle des concentrations par la mise en place de nouvelles stratégies d'acquisition

Le contrôle des concentrations constitue, dans les deux systèmes juridiques, l'instrument par excellence d'une régulation *ex ante* des structures de marché. Son efficacité repose sur une condition nécessaire, à savoir que les opérations de rapprochement entre opérateurs économiques soient effectivement soumises à la connaissance des autorités compétentes.

Or, les acteurs de l'IA ont entrepris de neutraliser ce mécanisme en recourant à des stratégies d'acquisition inédites, qui exploitent délibérément les lacunes structurelles des systèmes de notification. Cette intention claire de se soustraire au contrôle préalable prend deux formes distinctes. D'abord, celle des *killer acquisitions* sub-seuils qui illustrent les limites intrinsèques du critère du chiffre d'affaires (Section 1). Ensuite, celle des *acqui-hires* et des *partnership investments*, qui permettent de réaliser de fait des acquisitions sans que celles-ci ne répondent à la qualification formelle de concentration (Section 2).

Section 1 : Les *killer acquisitions* sub-seuils, ou le nouvel outil démontrant la faiblesse du système de notification comme verrou anticoncurrentiel : les affaires Illumina/Grail et Meta/Within

La notion de *killer acquisition* désigne l'acquisition, par une entreprise dominante, d'une entreprise concurrente naissante dans l'objectif d'éliminer une menace concurrentielle avant qu'elle ne puisse se concrétiser. Dans le secteur de l'IA, cette pratique est devenue systémique, dans la mesure où les cibles sont précisément des entreprises dont la valeur stratégique est sans commune mesure avec leur chiffre d'affaires. Les seuils de notification, conçus pour identifier les opérations d'envergure susceptibles d'affecter les structures concurrentielles, sont inopérants face à des acteurs dont le pouvoir de marché est caractérisé par leur potentiel technologique et leur maîtrise des données plutôt que par leur revenu. Les seuils de notification sont inadaptés aux modèles mêmes du secteur de l'IA (§ 1) et cela se constate par l'échec des deux systèmes dans les affaires Illumina/Grail et Meta/Within (§ 2).

§ 1 — Des seuils de notification inadaptés à la singularité du secteur de l'IA

A. La logique originelle et les raisons derrière les seuils de notification

Le contrôle des concentrations repose, dans les deux systèmes, sur un mécanisme de notification fondé sur le chiffre d'affaires des parties à l'opération. Le choix de ce critère traduit la vision du législateur quant à la régulation du marché. La doctrine américaine a depuis longtemps souligné que tout mécanisme de contrôle *ex ante* doit opérer un arbitrage entre deux exigences contradictoires, celle de la précision analytique, qui commande de n'examiner que les opérations réellement susceptibles de causer un tort concurrentiel, et la praticabilité

administrative, qui exige des critères d'identification simples, stables et prévisibles¹⁹. Le système américain procède de cette philosophie. Si le HSR soumet lui aussi les concentrations dépassant certains seuils de valeur de transaction et de taille des parties à une obligation de notification préalable auprès du DOJ et de la FTC, le cadre analytique appliqué une fois cette notification déclenchée ne repose pas sur des critères quantitatifs figés mais sur une évaluation substantielle des risques concurrentiels. Les *Merger Guidelines* adoptées conjointement par les deux agences en 2023 illustrent cette orientation. Elles organisent l'analyse autour d'onze directives distinctes, couvrant notamment l'élimination d'un entrant potentiel dans un marché concentré, le renforcement ou l'extension d'une position dominante, et la prise en compte d'une série d'acquisitions cumulées par un même acteur²⁰. Ce dernier point revêt une importance particulière dans le secteur de l'IA, où les acteurs en position dominante ont systématiquement eu recours à des acquisitions répétées et apparemment fragmentaires pour consolider leur emprise sur des ressources stratégiques complémentaires. La logique américaine se distingue ainsi par sa souplesse analytique, au prix d'une moindre prévisibilité pour les opérateurs.

Dans les deux systèmes juridiques envisagés, le législateur a opté pour des critères quantitatifs objectifs, préférant la sécurité juridique à la précision analytique. En droit de l'Union européenne, cette orientation s'est traduite par l'adoption d'un mécanisme fondé sur le chiffre d'affaires des entreprises concernées. Le règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, dans son article premier, §2, institue une double condition de seuils. D'abord le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées doit dépasser cinq milliards d'euros. Ensuite, la condition que le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'Union européenne par chacune d'au moins deux des entreprises concernées dépasse deux cent cinquante millions d'euros²¹. Ces seuils ont vocation à délimiter la compétence exclusive de la Commission européenne, instaurant ainsi le mécanisme de « guichet unique » qui constitue l'une des caractéristiques les plus distinctives du système européen.

Le choix du critère du chiffre d'affaires en droit européen procède d'une logique clairement exposée par la Commission dans sa Communication consolidée sur la compétence. Selon elle, le chiffre d'affaires constitue un indicateur objectif, simple à vérifier et peu susceptible de manipulation, permettant d'appréhender de manière satisfaisante l'importance économique des entreprises impliquées dans une opération de concentration²². Il offre en outre l'avantage d'être largement indépendant des qualifications juridiques nationales et des disparités comptables entre États membres, assurant ainsi une application uniforme du droit européen des concentrations sur l'ensemble du territoire de l'Union.

¹⁹ H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, West Academic Publishing, St. Paul, 2016, Chapitre 12

²⁰ Department of Justice et Federal Trade Commission, *Merger Guidelines*, 18 décembre 2023, Guideline 4 (élimination d'un entrant potentiel dans un marché concentré), Guideline 6 (renforcement ou extension d'une position dominante), Guideline 8 (série d'acquisitions multiples) (ci-après « *Merger Guidelines 2023* »)

²¹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* L 24 du 29 janvier 2004, art. 1er, § 2 (ci-après « Règlement n°139/2004 »)

²² Commission européenne, Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, *JOUE* C 95 du 16 avril 2008, citée in D. BOSCO et C. PRIETO, *Traité de droit européen de la concurrence*, Bruylant, n° 2385

Cette rationalité est d'autant plus compréhensible que les alternatives envisagées lors des travaux préparatoires se heurtaient toutes à des difficultés significatives. Le recours aux parts de marché, qui aurait permis un ciblage plus précis des opérations à portée concurrentielle réelle, supposait une définition préalable du marché pertinent, exercice long, coûteux et intrinsèquement incertain, incompatible avec l'impératif de rapidité et de prévisibilité que le mécanisme de contrôle *ex ante* doit satisfaire²³. À cela s'ajoute que le chiffre d'affaires retenu par le règlement obéit à une définition précise puisqu'il s'agit des montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les entreprises concernées au cours du dernier exercice social, correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite des remises et rabais, de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres taxes directement liées au chiffre d'affaires²⁴. Cette définition, fondée sur des flux effectivement réalisés et comptablement vérifiables, a précisément pour vocation d'assurer la fiabilité des données soumises à la Commission.

Il faut toutefois relever que le choix des seuils spécifiques a résulté, au-delà de toute rationalité économique, d'un compromis politique entre les États membres. La Commission souhaitait initialement retenir le seuil plus bas, afin d'étendre sa compétence à un plus grand nombre d'opérations. Mais plusieurs États membres, attachés à leurs prérogatives nationales en matière de contrôle des concentrations, ont obtenu l'augmentation de ce seuil²⁵. C'est dans cet équilibre entre ambition communautaire et préservation des souverainetés nationales que prennent sens les deux séries de seuils prévues par le règlement. L'objectif premier de ce dispositif à double détente est d'instaurer un véritable « guichet unique » permettant aux entreprises concernées de n'avoir à notifier qu'à une seule autorité pour l'ensemble des États membres affectés²⁶. À la première série de seuils s'ajoute une seconde série, prévue par l'article 1^{er}, §3, qui abaisse le seuil mondial à deux milliards cinq cents millions d'euros tout en introduisant des conditions cumulatives de présence dans au moins trois États membres²⁷, afin de capturer des opérations de dimension réellement européenne qui, sans atteindre les seuils généraux, auraient imposé aux entreprises la charge d'effectuer des notifications parallèles auprès de plusieurs autorités nationales²⁸.

B. L'inefficacité du critère du chiffre d'affaires face aux particularités structurelles des acteurs de l'IA

Si l'analyse des seuils de notification révèle une inadaptation formelle aux dynamiques concurrentielles propres au secteur de l'IA, c'est parce que ces seuils reposent sur un présupposé qui ne correspond plus à la réalité économique des acteurs du numérique, c'est-à-dire la corrélation entre chiffre d'affaires et puissance concurrentielle.

Dans l'antitrust, le *HSR Antitrust Improvements Act* de 1976 conditionne l'obligation de notification préalable à deux critères cumulatifs. Le premier critère est le « *Size of Transaction*

²³ D. BOSCO et C. PRIETO, *Traité de droit européen de la concurrence*, Bruylant, n° 2385

²⁴ *Ibid.*, n° 2393

²⁵ D. BOSCO et C. PRIETO, *Traité de droit européen de la concurrence*, Bruylant, n° 2386

²⁶ *Ibid.*, n° 2412

²⁷ Règlement n°139/2004, préc., art. 1^{er}, § 3

²⁸ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, n° 2386

Test » (SOT) qui exige que la valeur de la transaction dépasse un seuil ajusté d'environ 92 millions de dollars. Le deuxième critère est le « *Size of Person Test* » (SOP), lequel se fonde sur le chiffre d'affaires annuel ou les actifs des parties à l'opération²⁹. Ce critère a été posé à une époque où la valeur d'une entreprise se mesurait essentiellement à ses flux de revenus réalisés et se révèle inadapté aux acteurs du secteur de l'IA. En effet, les entreprises évoluant dans ce secteur, et plus particulièrement celles développant des modèles fondationnels, sont caractérisées par une dissociation profonde entre leur valeur stratégique et leur chiffre d'affaires. Cette dissociation tient à la nature même du modèle économique dominant. Les principales entreprises d'IA opèrent dans une phase pré-commerciale prolongée pendant laquelle elles concentrent leurs ressources sur l'entraînement de modèles de grande envergure, l'acquisition de données d'entraînement et le recrutement de talents rarissimes, sans générer de revenus significatifs. Ainsi que l'a mis en évidence la FTC dans son étude menée en application de la Section 6(b) du *FTC Act*, les coûts d'entraînement des modèles d'IA de grande taille approchent désormais le milliard de dollars, et l'expertise nécessaire à leur développement est concentrée dans « seulement quelques groupes dans le monde »³⁰. C'est précisément cette concentration de valeur en dehors de tout revenu comptabilisable qui rend les seuils fondés sur le chiffre d'affaires impuissants à appréhender les opérations les plus stratégiquement significatives. La même étude de la FTC décrit en détail la structure verticale de la chaîne de valeur de l'IA et établit que la valeur concurrentielle décisive réside dans l'accès aux données d'entraînement, aux algorithmes, à la puissance de calcul et au capital humain, et non dans un chiffre d'affaires qui, par définition, ne peut être généré avant que le produit n'existe³¹.

L'inadaptation structurelle des seuils est par ailleurs documentée empiriquement. Dans son rapport sur les acquisitions non notifiées au titre du HSR entre 2010 et 2019 effectuées par cinq grandes plateformes, la FTC a recensé 616 transactions qui n'ont pas donné lieu à notification obligatoire, dont 94 dépassaient pourtant le seuil SOT mais demeuraient sous le seuil SOP³². En outre, 47,9% des cibles acquises avaient moins de cinq ans d'existence au moment de l'acquisition, soit précisément le profil d'entreprises pré-revenus dont la valeur est entièrement constituée d'actifs incorporels et dont le chiffre d'affaires, par hypothèse nul ou négligeable, ne peut activer le SOP³³. Ce phénomène s'est reproduit à très grande échelle dans le cadre des partenariats stratégiques noués entre les grandes plateformes numériques et les développeurs de modèles fondationnels. L'investissement de Microsoft dans OpenAI, d'un montant total de 13,75 milliards de dollars, celui d'Amazon dans Anthropic à hauteur de 8 milliards de dollars, et celui de Google dans Anthropic pour 2,55 milliards de dollars, n'ont déclenché aucune notification obligatoire, ni au titre du *HSR Act*, ni au titre du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil, dont l'article premier subordonne la compétence de la Commission européenne à des

²⁹ 15 U.S.C. § 18a (Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976)

³⁰ Federal Trade Commission, *Generative AI Companies: An FTC Study under Section 6(b) of the FTC Act*, 2024, p. 12 (citant Dario Amodei, PDG d'Anthropic)

³¹ Federal Trade Commission, *Generative AI Companies: An FTC Study under Section 6(b) of the FTC Act*, 2024, Section 3 (« The AI Tech Stack »)

³² Federal Trade Commission, *Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms, 2010-2019: A Report of the Federal Trade Commission*, 2021, p. 4-5

³³ *Ibid.*, p. 7

seuils de chiffre d'affaires mondial et européen³⁴. Ces opérations illustrent la capacité des acteurs dominants à acquérir des positions stratégiques décisives sans jamais franchir les seuils d'alerte des régulateurs de la concurrence, précisément parce que les cibles ne disposent pas encore d'un chiffre d'affaires substantiel au moment de l'opération.

Face à ce constat, plusieurs autorités de concurrence ont engagé une réflexion sur la révision des critères de notification. En France, l'Autorité de la concurrence, dans son avis n°24-A-05 relatif au secteur de l'IA, a appelé à une réforme des seuils applicables aux opérations de concentration dans le secteur numérique, soulignant l'insuffisance des critères fondés sur le chiffre d'affaires pour capturer la valeur concurrentielle réelle des acteurs de l'IA³⁵. Au niveau de l'Union européenne, la Commission, dans sa Communication révisée sur la définition du marché en cause adoptée en 2024, a reconnu la nécessité d'adapter ses outils d'analyse aux spécificités des marchés numériques, en intégrant notamment des facteurs non transactionnels pour apprécier la position des acteurs sur le marché³⁶.

Ces évolutions témoignent d'une prise de conscience croissante des limites inhérentes aux critères traditionnels de contrôle des concentrations. Elles n'ont cependant pas encore abouti à une refonte des obligations de notification, laissant subsister les angles morts identifiés. C'est pourquoi, au-delà de la question des seuils, il convient d'examiner la manière dont les outils d'analyse concurrentielle eux-mêmes peinent à s'adapter aux logiques propres au secteur de l'IA.

§ 2 — Les échecs communs des deux systèmes : les affaires Illumina/Grail en Europe et Meta/Within aux États-Unis

A. L'affaire Illumina/Grail, ou le rejet par la CJUE des prises de risques de la Commission

L'affaire Illumina/Grail illustre l'incapacité du droit européen de la concurrence à appréhender les spécificités posées par le secteur de l'IA comme la dissociation entre valeur économique et chiffre d'affaires ou la logique d'intégration verticale des écosystèmes numériques. L'opération Illumina/Grail ne concerne pas simplement une histoire de seuils. C'est la matérialisation de l'inadéquation entre l'instrument de mesure du droit européen des concentrations (le chiffre d'affaires) et la nature économique des entreprises d'IA dont la valeur réside dans les actifs immatériels, les données et les positions sur des marchés futurs.

Afin de mieux comprendre cette affaire, il convient d'en présenter les acteurs. Grail est une société ayant développé le *Galleri* test, un test sanguin de détection précoce du cancer fondé sur l'analyse par apprentissage automatique (machine learning) des motifs de méthylation de l'ADN sans cellule (cell-free DNA). C'est une application directe de l'IA dans le secteur de la santé. À la date de l'acquisition, Grail n'avait aucun chiffre d'affaires en Europe ni dans le

³⁴ Federal Trade Commission, *Generative AI Companies: An FTC Study under Section 6(b) of the FTC Act*, 2024, *passim* ; Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24, 29 janvier 2004, art. 1er

³⁵ Autorité de la concurrence, *Avis n° 24-A-05 du 18 juin 2024 relatif au secteur de l'intelligence artificielle*, 2024

³⁶ Commission européenne, *Communication de la Commission — Note de communication révisée sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union*, JOUE C, 2024

monde, la société était en phase de développement financé par capital-risque³⁷. Illumina offrait 7,1 milliards de dollars afin de racheter Grail ce qui n'est pas étonnant même dans le cas du rachat d'une société sans revenu, puisqu'il s'agit du modèle utilisé par les acteurs de l'IA en phase de croissance. Cette somme se justifiait par la masse importante de données d'entraînement accumulées par Grail, les talents scientifiques, les brevets et surtout la position de marché future dans un secteur à fort effet de verrouillage (lock-in). Les seuils de chiffre d'affaires conçus par l'Union européenne sont donc complètement impuissants face à cette logique^{38 39}. Quant à Illumina, il s'agit du fournisseur quasi-monopolistique de séquenceurs génomiques à l'échelle mondiale. Illumina fournit ses produits à tous les acteurs du secteur y compris les concurrents de Grail, qui de ce fait en dépendent pour analyser l'ADN. Le rachat de Grail par Illumina est la parfaite illustration de ce qui est appelé le « picks and shovels ». Dans ce schéma, le fournisseur de l'infrastructure acquiert l'application de premier rang qui la valorise. Nous sommes donc en présence du schéma de pratiques anticoncurrentielles le plus préoccupant dans le secteur de l'IA⁴⁰.

La Commission avait bien identifié le risque de forclusion verticale que représentaient ces acquisitions⁴¹. En effet, après la fusion, Illumina disposerait du pouvoir afin de bloquer l'accès à ses produits pour les concurrents de Grail, d'augmenter leurs coûts ou de ralentir leur livraison. Ce pouvoir aurait ainsi favorisé Grail dans la compétition et lui aurait permis de dominer le marché de la détection précoce du cancer. Ce type de concentrations stratégiques dans un marché émergent à fort effet de réseau caractérise les enjeux concurrentiels de l'IA et semble insaisissable avec les méthodes classiques régulant les ententes ou abus de position dominante⁴².

³⁷ CJUE (Grande Chambre), 3 sept. 2024, aff. jtes C-611/22 P et C-625/22 P, *Illumina Inc. et Grail LLC c. Commission*, ECLI:EU:C:2024:677, pt. 11 et 13. Sur la technologie de Grail : la Commission, dans sa décision d'incompatibilité du 6 sept. 2022 (C(2022) 6454 final), avait identifié le marché de la détection précoce du cancer par séquençage de nouvelle génération (*next-generation sequencing*, NGS) comme le marché affecté, un marché émergent entièrement structuré autour de l'analyse par IA de données génomiques massives.

³⁸ Règlement (CE) n°139/2004, art. 1§§2-3. Les seuils (5 Mds € de CA mondial / 250 M€ de CA européen) postulent une corrélation entre chiffre d'affaires et pouvoir de marché qui ne tient plus dans les marchés d'IA où la valorisation anticipatoire peut représenter des multiples de revenus quasi-nuls.

³⁹ Sur l'inadéquation des seuils de CA dans l'économie numérique : J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, Rapport final, Commission européenne, DG Concurrence, 2019, p. 113 : « Considering that start-ups in the digital realm frequently focus on building up a large user base first to monetise the innovation at a later stage, turnover-based thresholds do not appear to be a good proxy of the competitive significance of such transactions. »

⁴⁰ Sur la notion de *killer acquisition* : C. Cunningham, F. Ederer, S. Ma, « Killer Acquisitions », *Journal of Political Economy*, 2021, vol. 129, n°3, pp. 649-702 : les auteurs démontrent, sur données pharmaceutiques, qu'un acquéreur dominant rachète une cible innovante pour interrompre son développement et prévenir une future concurrence, et que « ces acquisitions se produisent de manière disproportionnée juste en dessous des seuils de contrôle antitrust » (« *these acquisitions disproportionately occur just below thresholds for antitrust scrutiny* », abstract, p. 649)

⁴¹ Sur la problématique de la forclusion verticale dans les marchés IA émergents : Autorité de la concurrence française, Avis n°24-A-05, 29 mai 2024, relatif aux concentrations dans le secteur numérique : l'Autorité, qui avait initié le renvoi de l'affaire Illumina/Grail à la Commission, formule dans cet avis post-arêt CJUE plusieurs recommandations pour combler le vide laissé par la décision, et identifie explicitement les concentrations verticales dans les « couches d'infrastructure de l'IA » (données, calcul, modèles) comme le premier risque réglementaire non couvert par le droit existant

⁴² Sur les risques concurrentiels de l'acquisition d'une start-up par une plateforme dominante dans un écosystème numérique, logique directement transposable aux acquisitions dans l'IA : J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H.

De ce fait, afin de réguler cette pratique, la Commission a tenté de mobiliser la voie prétorienne. Elle a, pour ce faire, souligné la tension entre l'impératif d'efficacité concurrentielle et le principe de légalité. La plainte signalant l'opération Illumina/Grail a été déposée en décembre 2020 et le premier enjeu de l'affaire a été l'absence de compétence de la Commission pour contrôler cette concentration. Afin d'essayer de contourner ce problème la Commission a développé une stratégie en deux temps. Elle a d'abord publié la Guidance Note interprétant l'article 22 du Règlement n°139/2004 relatif aux concentrations comme applicable même aux États membres sans compétence nationale sur l'opération. Elle a ensuite sollicité les autorités nationales au titre de l'Article 22§5 du même règlement pour qu'elles soumettent une demande de renvoi⁴³. Cette interprétation de l'article 22 par la Commission est téléologique. L'article 22 serait un « mécanisme correcteur » des insuffisances des seuils permettant à la Commission d'examiner toute concentration présentant un risque concurrentiel significatif, indépendamment du chiffre d'affaires des parties. Cette lecture est donc en pleine cohérence avec les objectifs de la politique de concurrence de la Commission face aux acteurs du numérique⁴⁴. Elle a cherché à adapter le droit elle-même, sans attendre le législateur, au vu de la nécessité d'anticiper les risques de verrouillage des marchés numériques.

Mais en s'attribuant une compétence inexistante au sens des textes la Commission a exposé son action à la censure de la CJUE. Cette censure ne veut pas dire que le problème soulevé par la Commission n'existe pas, mais que c'est au législateur européen de réguler ces nouvelles pratiques anticoncurrentielles. La CJUE a donc fait le choix de la sécurité juridique au détriment de la bonne régulation des pratiques anticoncurrentielles des acteurs de l'IA, qui se développent bien plus rapidement que la législation. La Grande Chambre a donc annulé les décisions de la Commission sur quatre fondements. D'abord, l'article 22 étant issu de la « clause néerlandaise » (Dutch clause) du Règlement n°4064/89 son mécanisme est conçu pour permettre aux États sans législations nationales relatives au contrôle des concentrations de solliciter la Commission. Cet article n'a pas été conçu pour pallier les lacunes que représente le critère du chiffre d'affaires⁴⁵. La cour ajoute de plus que l'article 22 poursuit deux objectifs exclusifs à savoir permettre aux États membres d'agir et d'étendre le guichet unique pour éviter les notifications multiples. Ces objectifs n'incluent donc toujours pas de combler le vide posé

Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, préc., pp. 115-122 : les auteurs identifient comme théorie de préjudice centrale le « renforcement de la dominance » par élimination d'un concurrent potentiel à la périphérie de l'écosystème, et soulignent que « buying up promising start-ups that offer fringe products or services may therefore result in early elimination of potential competitive threats » (p. 116).

⁴³ Commission européenne, *Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases*, C(2021) 1959 final, 26 mars 2021, JOUE C 113, p. 1, spéc. §§6, 9 et 19

⁴⁴ C. Prieto & D. Bosco, *Traité de droit européen de la concurrence*, Bruylant, §§2422-2424 : les auteurs notent que l'article 22 avait historiquement pour fonction de corriger la répartition des compétences entre États membres et Commission, non de pallier une insuffisance des seuils, la Commission opère ici un glissement sémantique délibéré

⁴⁵ CJUE, pts 146-150, préc. : la Cour constate qu'aucun travail préparatoire n'atteste l'intention du législateur d'utiliser l'article 22 comme mécanisme de comblement des lacunes des seuils (pt. 148), et que l'origine de la disposition remonte à la demande des Pays-Bas, dépourvus à l'époque de contrôle national des concentrations, d'où l'expression « clause néerlandaise » (pt. 147). Conclusion au pt. 150 : l'interprétation historique ne soutient pas la thèse de la Commission. Dans le même sens : Conclusions de l'AG Emiliou, 21 mars 2024, aff. C-611/22 P et C-625/22 P, pts 101-105

par le critère du seuil⁴⁶. La Cour justifie donc ce rejet par le principe de l'équilibre institutionnel de l'article 13§2 du TUE affirmant que chaque institution doit agir dans les limites de ses attributions⁴⁷. L'article 1§4 et 5 du Règlement européen de 2004⁴⁸ relatif au contrôle des concentrations prévoit d'ailleurs expressément une procédure législative de révision des seuils, et même si le législateur européen ne s'est jamais saisi de cette disposition, ce n'est pas à la Commission de le faire⁴⁹.

Ce choix par la CJUE de la sécurité juridique révèle que le droit européen de la concurrence ne peut être adapté aux défis du secteur de l'IA. En empêchant l'intervention de la Commission, et en attendant l'action du législateur, la Cour laisse le champ libre aux acteurs de l'IA afin de continuer leurs pratiques sans être sanctionnés. Le législateur européen n'est intervenu que bien plus tard pour réguler ce secteur, laissant un vide juridique entre le Règlement de 2004 relatif aux concentrations et le DMA entré en vigueur en 2024. Et c'est durant cette période que des acquisitions stratégiques ont été faites dans le secteur de l'IA. Or, le modèle européen du contrôle des concentrations étant fondé sur un modèle de régulation *ex ante*⁵⁰, ces acquisitions sont désormais insaisissables. De plus, l'adoption du DMA par le législateur européen n'a pas comblé toutes les lacunes puisqu'elle a créé différentes incohérences au sein même du droit européen de la concurrence, en partie à cause de cette décision de la CJUE. En effet, d'un côté le DMA impose aux *gatekeepers* désignés des obligations de notification *ex ante* des acquisitions y compris celles sub-seuils⁵¹, mais de l'autre la CJUE empêche l'article 22 de servir comme outil de rattachement pour les acteurs en voie de devenir des *gatekeepers*.

Après cette décision de la CJUE, le constat est donc clair : l'acquisition par un acteur dominant, dans une couche d'infrastructure de l'IA, d'une startup de l'IA sans chiffre d'affaires, peut se réaliser sans aucune notification, et donc sans contrôle *ex ante*. Ainsi, dans le secteur de l'IA générative par exemple, où les acquisitions de startups sont courantes, le droit européen de la concurrence ne peut correctement être mis en œuvre⁵². La CJUE, elle-même consciente du vide juridique créé par cette décision, suggère un palliatif en renvoyant à l'arrêt *Towercast*⁵³. La suggestion est la suivante : l'article 102 TFUE peut être mobilisé *a posteriori*

⁴⁶ CJUE, pts 191-218, préc. : la Cour réfute la qualification de « mécanisme correcteur » fondée sur le Considérant 11 du RECF (pts 192-193), identifie deux finalités exclusives de l'article 22 sans lien avec le comblement des lacunes des seuils (pt. 199), et juge que l'interprétation de la Commission « est susceptible de compromettre l'équilibre entre les différents objectifs poursuivis » (pt. 205)

⁴⁷ Art. 13, § 2, TUE

⁴⁸ Règl. CE n°139/2004, art. 1, §§4-5

⁴⁹ CJUE, *Illumina*, préc., pt. 216 : « c'est au seul législateur de l'Union qu'il appartient de réviser ces seuils ou de prévoir un mécanisme de sauvegarde permettant à la Commission d'examiner une telle opération »

⁵⁰ CJUE, *Towercast*, préc., pt. 36 : le règlement est « le seul instrument procédural applicable à l'examen préalable et centralisé des concentrations »

⁵¹ Art. 14 du règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (Digital Markets Act – DMA)

⁵² Avis n°24-A-05 de l'Autorité de la concurrence française, 29 mai 2024 : l'Autorité recommande notamment l'introduction en droit français et européen de critères alternatifs fondés sur la valeur de transaction et la position de marché pour les concentrations dans le secteur numérique. Elle cite explicitement le vide laissé par l'affaire *Illumina/Grail* comme justification de ses recommandations de *lege ferenda*

⁵³ CJUE, *Illumina*, préc., pt. 214, renvoyant à CJUE, *Towercast*, préc., pts 50 et 53

pour sanctionner une concentration non notifiée constituant un abus de position dominante⁵⁴. Toutefois, dans le secteur de l'IA, cela semble insuffisant puisque l'article 102 exige une preuve de position dominante préexistante, ce qui est difficile à établir dans les marchés émergents où la domination se construit précisément par l'effet cumulatif d'acquisitions successives ; et il intervient après la réalisation de l'opération quand les actifs propres de l'IA ont déjà été intégrés et que le démantèlement est devenu quasiment impossible⁵⁵. La logique de l'article 102 est conçue pour des comportements réversibles ce qui est évidemment inadapté pour les concentrations dans le secteur de l'IA.

Cette affaire met donc en lumière la première fracture entre l'ambition réglementaire et la réalité normative du droit de la concurrence européen. La CJUE a, au nom de la sécurité juridique et du principe de légalité, refusé à la Commission la possibilité de combler par l'interprétation une lacune importante permettant aux concentrations du secteur de l'IA d'échapper à tout contrôle. L'Europe préfère ainsi la cohérence institutionnelle à l'efficacité de son droit de la concurrence. Mais, cette impuissance n'est pas le propre de l'Union européenne, l'antitrust américain a connu la même défaillance.

B. L'affaire FTC v. Meta Platforms (Within), ou l'impuissance américaine face aux marchés « nascents »

Si l'affaire *Illumina/Grail* révèle les limites européennes dans la régulation des pratiques anticoncurrentielles des acteurs de l'IA, l'affaire *FTC v. Meta Platforms (Within)* démontre la limite structurelle des outils probatoires de l'antitrust face à ces mêmes acteurs.

En 2022, Meta acquiert *Within Unlimited*, éditeur de *Supernatural*, une application de fitness dédiée conçue pour la réalité virtuelle. À la suite de cette acquisition, la FTC décide de saisir le tribunal fédéral afin d'obtenir une injonction bloquant l'opération au titre de 2 théories : la concurrence actuelle sur le marché des applications fitness en VR et la théorie du concurrent potentiel. Cette demande de la FTC sera rejetée par le tribunal.

La décision a été rendue par le juge Davila. Ce dernier a suivi la méthodologie classique de délimitation du marché pertinent en appliquant les critères de l'arrêt *Brown Shoe* : la substituabilité des produits du point de vue du consommateur, la sensibilité croisée aux prix, les canaux de distribution distincts ou encore la reconnaissance du marché par les acteurs de l'industrie eux-mêmes⁵⁶. Bien que l'application par le juge de cette méthode soit rigoureuse, son application au marché numérique *nascent* produit un résultat fragile. La délimitation entre applications de fitness VR et applications de fitness classiques est artificielle, mais faute de cadre analytique alternatif, le tribunal n'a pas d'autres choix que de l'appliquer. En effet, le test SSNIP (Small but significant and Non Transitory Increase in Price) ne peut pas être pleinement efficace sur un marché où les prix sont encore en formation. L'application de la méthode classique par le juge Davila aboutit donc à un marché trop étroit, celui des applications de fitness dédiées à la réalité virtuelle aux États-Unis, où il est impossible de démontrer les effets

⁵⁴ CJUE, 16 mars 2023, *Towercast SASU c. Autorité de la concurrence et Ministère de l'Économie*, aff. C-449/21, EU:C:2023:207, pts 50-53. L'arrêt *Towercast*, rendu dans le secteur des médias (acquisition de iTélé par CNews), établit la possibilité théorique d'un contrôle ex post fondé sur l'article 102 TFUE

⁵⁵ Art. 102 TFUE, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

⁵⁶ *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962)

anticoncurrentiels réels sur les consommateurs⁵⁷. Le marché retenu exclut donc les applications fitness non-VR au motif que l'expérience immersive constitue un vecteur de différenciation suffisant aux yeux des consommateurs. La décision du tribunal de retenir ce marché est d'autant plus paradoxale qu'elle rend la concentration d'autant plus flagrante : HHI = 6917 et *Supernatural* détient 82,4% des revenus du marché. Ce HHI est très au-dessus du seuil de 1800 fixé par les Merger Guidelines de 2023 comme présomption de concentration préoccupante⁵⁸. Ces chiffres auraient suffi à présumer le préjudice concurrentiel dans un secteur traditionnel, mais dans un marché *nascent* cela ne suffit pas puisque la FTC n'est pas parvenue à démontrer un préjudice au regard du standard de preuve exigé.

La question de la nature juridique du marché de la VR s'est inévitablement posée lors de cette affaire. L'enjeu était de savoir s'il s'agissait d'un marché biface avec d'un côté la plateforme Meta Quest et les développeurs d'applications, et de l'autre les utilisateurs finaux. Afin de comprendre les mécanismes d'un marché biface, il convient de parler de l'arrêt *Ohio v. American Express Co.* Dans cette affaire, la Cour suprême a décidé que pour les marchés de transactions bifaces, la preuve d'un préjudice concurrentiel exige d'analyser les effets sur l'ensemble de la plateforme et non sur un seul versant du marché biface. Ainsi, une hausse de prix sur un versant seul ne suffit pas à caractériser un préjudice anticoncurrentiel si elle est compensée par des bénéfices sur l'autre versant⁵⁹. Ce cadre présente une grande rigidité analytique pour la FTC, particulièrement dans les affaires d'écosystèmes numériques. En effet, si l'agence avait plaidé un marché biface pour Meta et Within, elle aurait dû démontrer un préjudice affectant simultanément les deux versants, ce qui peut se révéler extrêmement compliqué sur un marché *nascent*.

La FTC, ne pouvant pas prouver des effets anticoncurrentiels sur un marché si étroit, a concentré son argumentation sur la théorie du concurrent potentiel effectif (*actual potential competition*). Cette théorie impose à la FTC de démontrer que sans l'acquisition Meta aurait, par d'autres moyens, « raisonnablement probablement » pénétré le marché, c'est l'entrée de novo. Le tribunal précise que ce standard de raisonnable probabilité d'entrer sur le marché s'entend comme une probabilité *noticeably greater than 50%*. Le problème de ce standard est que dans un marché *nascent*, apporter la preuve de cette probabilité peut se révéler très compliqué, les entreprises sur ce marché n'ayant pas encore formalisé leurs stratégies d'entrée. Le standard de *novo entry* empêche donc l'intervention de la FTC là où elle est la plus nécessaire⁶⁰.

Le raisonnement du tribunal montre bien cela puisqu'après l'analyse de la stratégie de Meta (développement interne, acquisitions alternatives, accords de licence, partenariats de contenu) il a accepté les arguments de Meta invoquant son manque d'expertise en contenu fitness et l'absence d'une équipe dédiée. Le paradoxe est ici saisissant puisque Meta est objectivement l'acteur le mieux positionné sur le marché de la VR, ce qui lui permet d'entrer

⁵⁷ *FTC v. Meta Platforms (Within)*, Case No. 5:22-cv-04325-EJD, N.D. Cal., Jan. 31, 2023, p. 13-20

⁵⁸ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Merger Guidelines* (18 décembre 2023), § 2.1 : « Markets with an HHI greater than 1,800 are highly concentrated »

⁵⁹ *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. 529 (2018)

⁶⁰ *FTC v. Meta Platforms (Within)*, préc., p. 21-27

de manière autonome sur n'importe quel sous-marché. Meta contrôle le hardware (Meta Quest), la plateforme de distribution et dispose de ressources financières quasiment illimitées. Pourtant, le tribunal a jugé que la preuve d'une entrée *de novo* raisonnablement probable n'était pas établie. Ce standard a été conçu pour des marchés où les plans d'entrée sont documentés, les études de marché formalisées et les investissements sont visibles. Or, plus un marché est *nascent*, moins ces indicateurs sont présents, ce qui empêche de fait la théorie du concurrent potentiel de fonctionner⁶¹.

L'élément le plus marquant de cette décision reste la formule du juge Davila, révélant les lacunes actuelles de l'antitrust face au secteur de l'IA : « *the many novel questions of law presented by this case may signal an ill fit between these long-standing antitrust doctrines and the structures of modern technology markets* ». Cette formule est d'autant plus étonnante qu'elle rompt avec la tradition du *judicial restraint* américain et constitue un aveu judiciaire sur l'inadaptation du droit face aux nouveaux enjeux qui en sont l'objet. Les juges américains ne commentent pas ordinairement les lacunes législatives dans leurs décisions, et le faire ici renforce d'autant plus l'idée d'une lacune profonde du droit américain⁶².

Ce constat a d'autant plus de résonance lorsqu'on le transpose aux marchés de l'intelligence artificielle générative. Si les outils classiques de l'antitrust sont inadaptés pour un marché aussi délimité et concret que les applications de fitness en VR, ils le sont aussi à *fortiori* pour des marchés aussi évolutifs que ceux de l'IA générative. Les barrières à l'entrée de ce marché ont précisément été conçues pour être d'une toute autre nature afin de rendre toute entrée *de novo* dissuasive. Cette situation a été qualifiée de « *frenemy dynamics* » : les acteurs dominants peuvent théoriquement entrer sur de nouveaux sous-marchés de l'IA générative mais choisissent de le faire par des prises de participation ou des partenariats plutôt qu'en entrée autonome afin de ne pas être qualifiés de concurrent potentiels⁶³.

Cette décision démontre donc bien les limites structurelles de l'antitrust face aux marchés émergents de la technologie. Les doctrines classiques de ce droit ont été développées pour des secteurs dont les contours sont stables et les stratégies d'entrée documentées, ce qui n'est pas le cas des marchés *nascents*. Les mécanismes de notification préalable ont été développés pour une économie industrielle, et s'avèrent impuissants face à la multiplication des formes d'accords inédites, ce que même la FTC reconnaît comme des « *new forms of agreements* ». L'agence affirme même que ces accords sont susceptibles de représenter « *a new strategy by large technology firms* » pour consolider leur emprise sur les marchés de l'IA sans déclencher les seuils réglementaires⁶⁴.

⁶¹ *FTC v. Meta Platforms (Within)*, préc., p. 28-45

⁶² *FTC v. Meta Platforms (Within)*, préc., p. 37, note 8

⁶³ Fabienne Fajgenbaum, Camille Hoogterp, Raimbaut Lacoëuilhe, « Les règles de concurrence face au défi de l'IA », *Dalloz IP/IT* 2025, p. 134, Section I.A : Les auteurs précisent que cette stratégie vise à « *accaparer [la] technologie et neutraliser [la] pression concurrentielle future* » d'un acteur émergent. Cette dynamique est exactement ce que la théorie du concurrent potentiel devrait permettre de saisir — et ce qu'elle ne parvient pas à saisir dans *Meta/Within*

⁶⁴ FTC, Office of Technology Staff, *Examining Technology Acquisitions and Investments in AI*, January 2025, Section 2.3, p. 6-7

Section 2 : Les acqui-hires et partnership investments comme nouveaux moyens pour les acteurs de l'IA de procéder à des acquisitions déguisées : les affaires Microsoft/InflectionAI, Amazon/Anthropic et Microsoft/OpenAI

Si les *killer acquisitions* sub-seuils, étudiés dans la section précédente, révèlent une inadaptation du mécanisme de notification préalable dans le secteur de l'IA, ils supposent l'existence d'une opération susceptible d'être qualifiée de concentration, et d'être soumise à un examen. Or, les acteurs dominants de l'IA ont poussé la sophistication juridique de leurs opérations à un tout autre degré, en développant des stratégies d'intégration qui permettent d'atteindre les effets économiques d'une acquisition, sans qu'aucune opération de concentration n'ait jamais été constituée au sens du droit positif. Ces stratégies se manifestent de deux façons : les *acqui-hires* par lesquelles une grande entreprise technologique s'approprie l'essentiel du capital humain et technologique d'une start-up, sans en acquérir le contrôle au sens juridique (§1) ; et les *partnership investments* par lesquels des investissements massifs, accompagnés d'obligations contractuelles, créent une intégration verticale de fait sans jamais constituer une prise de contrôle (§2). L'examen de ces deux mécanismes démontre l'incapacité structurelle des fondements du droit des concentrations afin d'appréhender les nouvelles formes d'acquisition mises en place par les acteurs de l'IA.

§ 1 — L'acqui-hire comme nouvelle stratégie d'acquisition sans prise de contrôle formelle

A. Définition et mécanique de l'acqui-hire

Le terme *acqui-hire* est un néologisme formé par la contraction des termes anglais *acquisition* et *hire*. Il désigne une structure transactionnelle dont la prolifération, dans le secteur de l'IA, a été documentée par la *Federal Trade Commission* dans son rapport de janvier 2025 consacré aux partenariats entre fournisseurs de services en *cloud* et développeurs d'IA. La FTC y décrit la montée en puissance d'accords réunissant trois éléments : le recrutement des experts en IA d'une entreprise cible, la concession d'une licence sur sa technologie et le versement d'une contrepartie financière en échange⁶⁵. La presse spécialisée, que la FTC cite à l'appui de sa propre description, en donne une formulation plus précise : il s'agit d'opérations qui consistent à « licencier la technologie et recruter les meilleurs employés – avalant effectivement la start-up et ses principaux actifs- sans devenir propriétaire »⁶⁶.

Sur le plan opérationnel, l'*acqui-hire* se déroule en trois phases qui s'enchaînent selon une logique d'absorption progressive. Dans un premier temps, la société acquéreuse (en pratique souvent un des grands opérateurs technologiques) conclut avec une start-up cible un accord de recrutement, par lequel la quasi-totalité des équipes de recherche quittent la start-up pour

⁶⁵ Federal Trade Commission, Office of Technology Staff, *Partnerships Between Cloud Service Providers and AI Developers — FTC Staff Report on AI Partnerships & Investments 6(b) Study*, janvier 2025, p. 7 : « a rise in agreements that reportedly include hiring a company's AI experts, licensing the company's AI technology, and paying a fee in exchange. »

⁶⁶ E. Griffith et C. Metz, « The New A.I. Deal: Buy Everything but the Company », *The New York Times*, 8 août 2024, cité in Federal Trade Commission, *op. cit.*, note 35 (traduction de l'auteur) : « It involves licensing the technology and hiring the top employees — effectively swallowing the start-up and its main assets — without becoming the owner of the firm. »

rejoindre l'acquéreur, emportant avec elles la connaissance accumulée et les savoir-faire spécialisés constituant l'essentiel de la valeur de l'entreprise. Dans un second temps, un contrat de licence exclusive portant sur les actifs incorporels stratégiques de l'entreprise cible, comme le poids des modèles ou les données d'entraînement, est conclu entre les deux entités, de sorte que l'acquéreur bénéficie de la jouissance effective de la technologie sans en être formellement le propriétaire. Dans un dernier temps, la société cible, privée de ses ressources humaines et de tout accès réel à ses propres actifs se retrouve soit dissoute, soit réduite à l'état de coquille juridique dépourvue d'activité substantielle. C'est précisément cette mécanique que décrivent les trois opérations emblématiques documentées par la FTC : l'accord entre Microsoft et Inflection AI en mars 2024, celui entre Amazon et Adept en juin 2024 et celui entre Google et Character.AI en août 2024⁶⁷.

La FTC a clairement identifié l'impératif économique qui sous-tend ces opérations. Le rapport souligne en effet, que les compétences nécessaires au développement et au déploiement de grands modèles génératifs « sont relativement rares et peuvent être difficiles à acquérir en dehors des grands développeurs de l'IA ou des *hyperscalers* eux-mêmes » démontrant que les compétences en IA sont rares et constituent le facteur structurant du marché⁶⁸. Cette rareté, déjà mise en évidence par l'Autorité de la concurrence britannique dans son rapport initial sur les modèles de fondation en IA, qui identifiait l'expertise technique comme l'un des quatre intrants critiques et non reproductibles du développement de ces modèles⁶⁹, explique que ces opérations aient conduit une firme de capital-risque à qualifier les montages impliquant InflectionAI, Adept et Character.AI de tentative de Big Tech de « consolider les talents de l'IA »⁷⁰. Cette formule traduit la réalité économique de ces transactions qui n'est pas l'opération de licence de la technologie mais bien la captation de l'équipe qui en est à l'origine.

La singularité de l'acqui-hire réside dans le fait qu'une telle opération est délibérément construite pour ne jamais satisfaire la condition fondatrice de l'article 3, §1 du règlement (CE) n°139/2004, qui exige, pour qu'une concentration soit réputée réalisée, l'existence d'un « changement durable du contrôle des entreprises concernées »⁷¹. La notion de contrôle est définie à l'article 3, §2, comme « la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise », qu'elle résulte de droits, de contrats ou de tout autre moyen⁷². La Commission européenne, dans sa Communication consolidée sur la compétence en matière de contrôle des concentrations a précisé que si cette influence « n'a pas besoin d'être

⁶⁷ Federal Trade Commission, *op. cit.*, p. 7

⁶⁸ Federal Trade Commission, *op. cit.*, p. 31 : « the skills necessary to develop and deploy large-scale generative AI models are relatively rare and may be difficult to acquire outside of working for large AI developers or the hyperscalers themselves. »

⁶⁹ Competition and Markets Authority, *AI Foundation Models: Initial Report*, 18 septembre 2023, pt 1.11 : « Technical expertise — FM developers need highly skilled research scientists and engineers to develop and maintain competitive FMs. »

⁷⁰ Federal Trade Commission, *op. cit.*, p. 8

⁷¹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24, 29 janvier 2004, art. 3(1)(b) ; v. aussi Considérant 20 du même règlement

⁷² Ibid., art. 3(2)

effectivement exercée », la possibilité de l'exercer « doit cependant être réelle »⁷³, et doit porter sur une entité économique dotée d'une activité identifiable.

Or, ni le recrutement en bloc des équipes ni la concession de licences sur les actifs incorporels ne satisfont à ces exigences. S'agissant du premier, il s'analyse en une série d'embauches individuelles puisqu'aucune disposition du règlement ne qualifie de concentration le recrutement même massif et coordonné des salariés d'une entreprise tierce. La FTC dans son étude de 2021 sur les acquisitions non-notifiées par les grandes plateformes numériques, avait recensé 101 « *Hiring Events* » (définis comme l'embauche sur une période d'un an d'au moins 25% des employés non commerciaux d'une entité) parmi les 819 transactions analysées entre 2010 et 2019⁷⁴. Même dans le cadre américain, de tels opérations ne sont pas soumises à l'obligation de notification au titre du *Hart-Scott-Rodino Act*, car elles ne constituent pas des concentrations. S'agissant du second élément, la Communication consolidée est explicite et affirme que la concession de licence de brevets ou de droits d'auteur « sans éléments d'actifs complémentaires » ne peut être assimilée à une concentration que si la licence est exclusive sur un territoire déterminé et qu'elle conduit au transfert de l'activité génératrice du chiffre d'affaires. Pour les licences non exclusives la Commission estime qu'il « paraît exclu qu'elles puissent constituer, à elles seules, une activité à laquelle est rattaché un chiffre d'affaires »⁷⁵. Pour qu'un transfert d'actifs incorporels puisse être qualifié de concentration, il doit constituer une « entreprise » au sens du droit des concentrations c'est-à-dire « une activité se traduisant par une présence sur le marché et à laquelle peut être rattaché sans ambiguïté aucune un chiffre d'affaires »⁷⁶.

C'est précisément là que réside l'angle mort du droit. Les *acqui-hires* ne sont pas des acquisitions dissimulées en dessous des seuils de notification mais des opérations structurées pour ne jamais relever de la définition même de la concentration. La cible conserve son existence juridique, son capital social demeure inchangé et l'acquéreur ne détient aucun droit lui permettant d'exercer une influence déterminante sur ses décisions. Ce que les auteurs qualifient de *concentration contractuelle* (l'acquisition d'une influence déterminante par voie de contrats sans prise de participation) suppose en effet que les accords confèrent à l'acquéreur la maîtrise durable des décisions stratégiques de la cible, or, dans un *acqui-hire*, la cible n'a plus de décisions stratégiques à prendre, ses ressources ayant déjà été absorbées⁷⁷. L'opération produit ainsi l'effet économique d'une acquisition complète sans en réunir le moindre élément constitutif au regard du règlement (CE) n°139/2004.

⁷³ Commission européenne, *Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, JOUE C 95, 16 avril 2008, pt 16

⁷⁴ Federal Trade Commission, *Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms, 2010-2019: An FTC Study*, septembre 2021, pp. 8-9 : « Hiring Event means any instances where, within a one-year period, the company hired 25 percent or more non-sales employees of an Entity. »

⁷⁵ Commission européenne, *Communication consolidée*, *op. cit.*, pt 24

⁷⁶ C. Prieto et D. Bosco, *Traité de droit européen de la concurrence*, Bruylant, § 2150

⁷⁷ C. Prieto et D. Bosco, *Traité*, *op. cit.*, §2151-2152

B. Le cas d'école de l'impuissance régulatoire : Microsoft/InflectionAI

En mars 2024, Microsoft a réalisé une opération dont la structure a retenu l'attention des autorités de la concurrence à travers le monde. L'entreprise a procédé au recrutement de Mustafa Suleyman, cofondateur et directeur général d'InflectionAI, accompagné d'une partie substantielle des ingénieurs de la société, pour prendre la tête de la nouvelle équipe d'IA grand public de Microsoft⁷⁸. Cette opération s'accompagnait de la conclusion d'une licence portant sur les modèles de fondation développés par Inflection, en contrepartie d'un versement évalué à 650 millions de dollars⁷⁹.

L'originalité juridique de l'opération tient à ce qu'elle n'a donné lieu à aucune acquisition de titres de la société cible. InflectionAI a continué d'exister en tant qu'entité indépendante, et Microsoft n'a pris aucune participation formelle à son capital, elle a simplement recruté son cofondateur. Comme exposé dans le développement précédent, une telle opération, dans laquelle aucun actif de contrôle n'est transféré et aucune part sociale ne change de mains, échappe au mécanisme de notification préalable obligatoire, tant au titre du *Hart-Scott-Rodino Act*⁸⁰ qu'au titre du règlement (CE) n°139/2004⁸¹. De ce fait, aux États-Unis, ni la FTC ni le DOJ n'ont engagé de procédure formelle à l'encontre de l'opération. Les agences fédérales disposaient pourtant depuis novembre 2022 d'un instrument qui aurait pu être adapté, à savoir le *Policy Statement* sur la section 5 du FTC Act, qui avait rappelé que cette disposition permettait d'appréhender des comportements violant « l'esprit » des lois antitrust, y compris les acquisitions de concurrents potentiels ou naissants susceptibles de réduire la concurrence présente ou future⁸². Ce même texte prévoyait explicitement qu'une série d'acquisitions pouvant, prise isolément, ne pas contrevenir aux textes antitrust pouvait néanmoins constituer une méthode déloyale de concurrence au sens de la section 5⁸³. Par ailleurs, le DOJ et la FTC avaient conjointement alerté, dans leur déclaration commune sur les modèles de fondation en IA générative, sur les risques que des « arrangements impliquant des acteurs clés » soient utilisés pour « saper ou coopter des menaces concurrentielles »⁸⁴, et affirmé leur intention de scruter les investissements et partenariats entre titulaires de positions établies et nouveaux

⁷⁸ Competition and Markets Authority, *AI Foundation Models: Technical Update Report*, 16 avril 2024, §2.35 : « The battle for talent has been further demonstrated by Microsoft's recent appointment of the Inflection AI CEO (and other staff) to lead Microsoft's new consumer AI team », renvoyant à Inflection AI, *The new Inflection: An important change to how we'll work*, 2024

⁷⁹ Krystal Hu et Harshita Mary Varghese, « Microsoft agreed to pay Inflection \$650 mln while hiring its staff, source says », Reuters, 21 mars 2024, consulté sur: <https://www.reuters.com/technology/microsoft-agreed-pay-inflection-650-mln-while-hiring-its-staff-information-2024-03-21/> le 23 mai 2026

⁸⁰ Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 15 U.S.C. § 18a ; les seuils de notification et les modalités de calcul sont précisés par les règles de la FTC, 16 C.F.R. § 801 et s

⁸¹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, art. 3 §1 : « Une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte [...] de la fusion de deux ou plusieurs entreprises [...] ou de l'acquisition [...] du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises. »

⁸² FTC, *Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the FTC Act*, 10 novembre 2022, section V: « mergers or acquisitions of a potential or nascent competitor that may tend to lessen current or future competition »

⁸³ *Ibid.* : « a firm may also violate the FTC Act when it engages in a series of otherwise-lawful acts that are designed to achieve the same unlawful end »

⁸⁴ DOJ-FTC, *Joint Statement on Competition in Generative AI Foundation Models and AI Products*, Risque 3 : « Arrangements involving key players could amplify risks » ; les agences évoquent la possibilité que ces arrangements soient utilisés pour « undermine or coopt competitive threats »

entrants, « afin de s'assurer que ces accords ne contournent pas le contrôle des concentrations »⁸⁵.

Malgré ces outils disponibles, aucune de ces bases juridiques n'a été mobilisée contre l'opération. La section 5, aussi souple soit-elle dans son libellé, requiert une démonstration au cas par cas devant un tribunal fédéral ou en procédure administrative, et la déclaration commune n'est qu'une manifestation de politique générale dépourvu de force obligatoire.

Au Royaume-Uni, la *Competition and Markets Authority* s'est montrée la plus réactive, sans pour autant parvenir à empêcher l'opération. Dans son rapport initial de septembre 2023, l'autorité avait déjà posé les bases de son raisonnement analytique destiné à surveiller les partenariats et investissements stratégiques des Big Tech dans le secteur des modèles de fondation, en identifiant parmi les facteurs susceptibles d'affaiblir les conditions d'une concurrence saine les « fusions ou acquisitions susceptibles d'affecter substantiellement la concurrence »⁸⁶. C'est toutefois dans le *Technical Update Report* publié le 16 avril 2024 que la CMA a formulé sa réponse la plus explicite. L'autorité a d'abord affirmé que l'opération entre Microsoft et Inflection AI s'inscrivait dans une dynamique plus large de captation des talents par les grandes entreprises technologiques⁸⁷. Mais, plus important encore, elle a identifié comme troisième risque clé pour une concurrence loyale et ouverte le fait que « les partenariats impliquant des acteurs clés [pourraient] renforcer ou étendre des positions de puissance de marché existantes à travers la chaîne de valeur »⁸⁸. Dans ce contexte, la CMA a expressément reconnu que « toutes ces opérations ne relèvent pas du champ d'application des règles de contrôle des concentrations et certaines peuvent avoir été structurées de façon à chercher à les éviter »⁸⁹.

En réponse à ce constat, l'autorité a annoncé un renforcement de son recours au contrôle des concentrations pour examiner si de tels arrangements relevaient des règles existantes, précisant qu'elle examinait déjà à titre d'exemple de cette démarche le partenariat entre Microsoft et OpenAI⁹⁰. Elle n'a, en revanche, pas ouvert d'enquête formelle sur l'opération entre Microsoft et InflectionAI elle-même ni du point de vue du droit des concentrations, ni du point de vue du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Du côté de l'Union européenne, la Commission n'a pas, non plus, ouvert de procédure formelle au titre du règlement 139/2004, faute de seuils de chiffre d'affaires atteints, confirmant

⁸⁵ *Ibid.*, Principe 3 : « scrutinizing investments and partnerships between incumbents and newcomers, to ensure that these agreements are not sidestepping merger enforcement »

⁸⁶ CMA, *AI Foundation Models: Initial Report*, 18 septembre 2023, §1.91. Ce rapport est antérieur à l'opération Microsoft/InflectionAI et ne saurait être regardé comme une réaction spécifique à celle-ci ; il constitue toutefois le cadre analytique au regard duquel la CMA a ensuite évalué l'opération

⁸⁷ CMA, *AI Foundation Models: Technical Update Report*, 16 avril 2024, §2.35

⁸⁸ *Ibid.*, §1.8 : « Partnerships involving key players could reinforce or extend existing positions of market power through the value chain »

⁸⁹ *Ibid.*, §5.19 : « not all such partnerships and investments will fall within the scope of merger control rules and some may have been structured to seek to avoid them. We consider it important that competition agencies are suitably equipped to take action where these arrangements give rise to competition concerns »

⁹⁰ *Ibid.*, §5.22 : « we are currently examining Microsoft's partnership with OpenAI to understand how it could affect competition in various parts of the ecosystem. More generally, we will consider the application of UK merger control to other partnerships and arrangements in this sector »

ainsi la lacune structurelle que cette opération révèle. L'*acqui-hire* d'InflectionAI par Microsoft s'impose comme le cas d'école de l'impuissance réglementaire dans le secteur de l'IA. L'opération révèle une dissociation entre forme juridique et réalité économique, puisque l'opération a été délibérément structurée pour ne pas constituer une concentration au sens légal, alors qu'elle en produit tous les effets substantiels. Elle met aussi en lumière la différence entre discours réglementaire et action effective, puisque les autorités américaines disposaient d'outils en apparence adaptés, mais ceux-ci n'ont pas été mobilisés. La même chose peut être affirmée concernant la CMA, qui a développé une analyse pertinente sans pour autant l'appliquer. Enfin, cette opération démontre clairement qu'aucun système ni américain, ni européen, ni britannique n'est capable d'appliquer les outils traditionnels du contrôle des concentrations aux spécificités que présente le secteur de l'IA. Cette inadéquation tient à ce que ce régime juridique a été conçu pour appréhender le transfert de contrôle sur des actifs matériels et financiers et non humains ou intellectuels.

Si l'*acqui-hire* constitue le mode opératoire le plus radical de l'acquisition déguisée, il n'est pas la seule stratégie employée par les acteurs de l'IA afin d'échapper au contrôle des concentrations.

§ 2 — *Les partnership investments comme outil d'intégration verticale sans acquisition*

A. Amazon/Anthropic et Microsoft/OpenAI : des cas impossibles de qualification de concentration

Les *partnership investments* constituent une stratégie d'évitement du contrôle des concentrations plus sophistiquée encore que l'*acqui-hire*. Là où ce dernier procède à un démembrement informel de la cible, le *partnership investment* réalise une quasi-intégration verticale par le biais de prises de participation minoritaires couplées à des engagements commerciaux, sans jamais franchir le seuil de la prise de contrôle formelle. Le rapport FTC 6(b), fondé sur des documents internes non publics produits par les parties en réponse à des ordonnances de l'agence⁹¹, révèle que ces partenariats reposent sur une structure uniforme en cinq composantes incluant des droits capitalistiques et de partage de revenus futurs, des droits de consultation sur les décisions importantes, des engagements de dépenses *cloud* (que la FTC qualifie de *circular spending* en ce que le capital investi revient au fournisseur de *cloud* sous forme d'obligations contractuelles⁹²), le partage massif de ressources (comprenant des informations techniques et financières sensibles) et l'intégration des modèles du développeur dans l'écosystème du partenaire.

Pour Amazon et Anthropic, deux salves d'investissements ont porté le total à 4 milliards de dollars pour une participation minoritaire non exclusive, assortie d'un engagement d'Anthropic

⁹¹ FTC Office of Technology Staff, *Partnerships Between Cloud Service Providers and AI Developers*, FTC Staff Report on AI Partnerships & Investments 6(b) Study, janvier 2025, p. 1. La FTC a émis ces ordonnances en janvier 2024 à l'encontre de Microsoft, OpenAI, Amazon, Google et Anthropic sur le fondement de la section 6(b) du FTC Act, qui lui permet d'exiger la production de documents internes sans déclencher de procédure formelle

⁹² *Ibid.*, pp. 19-21 (section 4.3) : « the partnerships include cloud commitments that require AI developers to spend a large portion of their CSP partner's investment on cloud services from their partners », le rapport qualifiant ce mécanisme de *circular spending* en ce qu'il réduit l'exposition financière nette du fournisseur de cloud

de dépenser un montant équivalent en services *cloud* AWS⁹³. La relation entre Microsoft et OpenAI est encore plus emblématique et résulte d'un investissement cumulé de plus de 13 milliards de dollars en quatre occurrences depuis 2019. Elle confère à Microsoft une licence exclusive sur la propriété intellectuelle d'OpenAI (à l'exception des droits relatifs à l'IA générale), une exclusivité *cloud* Azure partiellement assouplie en janvier 2025 en faveur d'un droit de premier refus, et des mécanismes mutuels de partage des revenus⁹⁴. La doctrine décrit ce partenariat en affirmant que Microsoft « détient aujourd'hui 49% du capital d'OpenAI et le service Microsoft Azure est devenu le fournisseur de *cloud* exclusif d'OpenAI », et en ajoutant que « les liens étroits et obligations réciproques qui résultent de certains investissements aboutissent à la création d'une même unité économique »⁹⁵. Cette quasi-intégration économique se heurte pourtant à une impossible qualification juridique. L'article 3, §1 et 2, du règlement n°139/2004 conditionne l'existence d'une concentration à un « changement durable de contrôle », le contrôle étant constitué par tout moyen conférant « la possibilité d'exercer une influence déterminante » sur l'entreprise⁹⁶.

C'est au regard de ce standard que la CMA a rendu sa décision du 5 mars 2025. En droit britannique, l'*Enterprise Act 2002* distingue trois niveaux de contrôle comprenant l'influence matérielle, le contrôle de fait, et le contrôle juridique. La CMA a constaté que Microsoft exerçait une influence matérielle sur OpenAI depuis 2019, ce que l'entreprise a elle-même reconnu. La question était de savoir si cette influence avait évolué vers le contrôle de fait, c'est-à-dire la capacité à déterminer la politique commerciale d'OpenAI⁹⁷. Après quinze mois d'instruction incluant l'examen de documents internes des deux parties, la CMA a conclu par la négative, estimant que Microsoft « *does not currently control OpenAI's commercial policy, though it is able to exert a high degree of material influence* »⁹⁸. Cette décision, qui peut être

⁹³ *Ibid.*, p. 21, Table 2 ; v. également ADLC, Avis n° 24-A-05 du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative, § 73 : Amazon a procédé à « un investissement (...) de 4 milliards de dollars (soit environ 3,7 milliards d'euros) pour "une participation minoritaire" non exclusive »

⁹⁴ Competition and Markets Authority, *Microsoft Corporation's partnership with OpenAI, Inc. — Decision on relevant merger situation*, ME/7084/23, 5 mars 2025, §§ 5(a), 21(a), (b) et (c) ; CMA, *AI Foundation Models: Initial Report*, septembre 2023, § 1.19 pour le chiffre de 13 milliards de dollars.

⁹⁵ F. Fajgenbaum, C. Hoogterp et R. Lacoëuilhe, « Les règles de concurrence face au défi de l'IAG ou l'IAG face au défi des règles de concurrence », *Dalloz IP/IT* 2025, p. 134. Les auteurs font référence aux cas Microsoft/InflectionAI et NVIDIA/Run:ai comme exemples dans lesquels une autorité a finalement retenu une qualification de concentration malgré l'absence d'acquisition formelle, illustrant *a contrario* l'incertitude qui prévaut pour les partenariats cloud/IA de plus grande envergure

⁹⁶ Règl. (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE* n° L 24, 29 janv. 2004, art. 3 §§ 1 et 2(b). L'article 3 § 2(b) précise que l'influence déterminante peut notamment résulter de « droits ou contrats conférant une influence déterminante sur la composition, le vote ou les décisions des organes d'une entreprise »

⁹⁷ CMA, ME/7084/23, préc., §§ 6 et 39-41 pour la définition des niveaux de contrôle ; § 43 pour la concession de Microsoft : « Microsoft acknowledged during the course of our investigation that it has held the ability to materially influence OpenAI's policy since 2019 ». La CMA précise au § 40 que la différence entre contrôle de fait et influence matérielle est que le contrôle de fait requiert « the ability to *determine* a company's policy », là où l'influence matérielle se contente de la capacité à l'influencer matériellement

⁹⁸ CMA, ME/7084/23, préc., § 67. L'analyse repose sur trois sources de contrôle potentiel : la gouvernance d'entreprise (§§ 50-55 : Microsoft ne dispose pas du droit de nommer un administrateur au conseil d'OpenAI ; le siège d'observateur non votant obtenu en décembre 2023 a été restitué en juillet 2024) ; la fourniture de cloud (§§ 56-60 : malgré l'exclusivité Azure, OpenAI a démontré une capacité à agir indépendamment) ; et les droits de PI

défendue du point de vue technique, illustre l'impuissance du droit des concentrations face à des structures conçues pour se situer à la limite des seuils de contrôle juridique tout en atteignant une intégration économique quasi-totale, comme en témoigne la déclaration du PDG de Microsoft selon laquelle, en cas de disparition d'OpenAI, son entreprise disposait de « tout ce qu'il faut pour continuer l'innovation »⁹⁹. La CMA formule clairement cette tension en précisant que sa conclusion d'absence de concentration « *does not constitute a finding that no competition concerns arise from the [Partnership's] operation* »¹⁰⁰.

Si ces partenariats parviennent à échapper au contrôle des concentrations, c'est bien parce que tant le droit européen de la concurrence que l'antitrust n'ont pas réussi à combler les lacunes de leurs législations afin de pouvoir correctement réguler ces nouvelles pratiques.

B. Une stratégie dans l'angle mort des systèmes juridiques passant au travers des tentatives de réforme

Les opérations examinées précédemment ne constituent pas de simples opportunités commerciales exploitant les lacunes du droit mais révèlent bien une stratégie délibérée d'intégration économique profonde sans intégration juridique, opérant dans l'angle mort tripartite des systèmes de contrôle. Ces partenariats échappent au droit des concentrations, faute de prise de contrôle au sens de l'article 3 du règlement (CE) n°139/2004¹⁰¹ ; au droit des ententes, faute d'accord horizontal constitutif d'une restriction de concurrence au sens de l'article 101 TFUE ; et au contrôle des abus de position dominante, faute de comportement unilatéral répréhensible au sens de l'article 102 TFUE. Ce triple angle mort aurait pu être pallié par des réformes puisqu'il a été clairement identifié par les autorités.

En droit européen la Commission avait elle-même reconnu dès 2014 que « lorsque l'acquisition d'une participation minoritaire est sans lien avec une prise de contrôle, la Commission ne peut ni enquêter ni intervenir contre l'opération »¹⁰². Pour y remédier elle proposait un « système de transparence ciblé » (*targeted transparency system*) imposant une notification préalable pour toute prise de participation minoritaire créant un lien significatif d'un point de vue concurrentiel, défini comme une participation d'au moins 20% ou comprise entre 5 et 20% accompagnée d'un siège au conseil, d'un droit de veto ou d'un accès à des informations sensibles¹⁰³. Ce projet n'a jamais été adopté et aujourd'hui les mécanismes que la

et de commercialisation (§§ 61-64 : exemples documentés d'OpenAI poursuivant des partenariats, notamment avec Apple, sans en référer à Microsoft)

⁹⁹ FTC Staff Report, préc., p. 25, citant Satya Nadella, PDG de Microsoft : « If OpenAI disappeared tomorrow (...) we have all of the rights to continue the innovation. Not just to serve the product, but we can go and just do what we were doing in partnership ourselves. We have the people, we have the compute, we have the data, we have everything. »

¹⁰⁰ CMA, ME/7084/23, préc., §§ 15 et 71. L'ADLC avait anticipé ce résultat en relevant que le Président du Bundeskartellamt en était venu à se demander si certains de ces accords ne constituaient pas en réalité des « concentrations déguisées » : ADLC, Avis n° 24-A-05, préc., § 307

¹⁰¹ Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 3

¹⁰² Commission européenne, Livre Blanc, « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », COM(2014) 449 final, 9 juillet 2014, § 25

¹⁰³ Commission européenne, Livre Blanc COM(2014) 449 final, préc., section 3.1.2 : « Les articles 101 et 102 du TFUE peuvent ne pas convenir pour traiter les participations minoritaires anticoncurrentielles. »

Commission avait anticipés structurent les partenariats entre les Big Techs et les acteurs de l'IA¹⁰⁴.

La CMA a tenté d'utiliser les instruments existants, ouvrant des enquêtes sur l'investissement de Microsoft dans InflectionAI¹⁰⁵, celui d'Amazon dans Anthropic¹⁰⁶ et celui de Google dans Anthropic¹⁰⁷. Toutefois, l'autorité a dû clôturer ces enquêtes faute de compétence. La Commission européenne a également lancé une enquête formelle pour déterminer si ces opérations auraient dû être notifiées au titre du règlement n°139/2004¹⁰⁸ illustrant le paradoxe que présente cette situation puisqu'elle s'interroge sur sa compétence après que les opérations aient été conduites révélant l'inefficacité des instruments existants.

En droit américain, le blocage est d'ordre politique et juridique. L'*American Innovation and Choice Online Act* (AICOA S.2992), proposait des obligations comportementales pour les plateformes dont la capitalisation excédait 550 milliards de dollars et comptant plus de 50 millions d'utilisateurs actifs mensuels¹⁰⁹. Il aurait pu contraindre certaines pratiques d'exclusivité *cloud* documentée par la FTC mais le texte n'a jamais été soumis au vote¹¹⁰. Ce texte, mort avant même son adoption, a été victime du lobbying des grandes plateformes et des divisions idéologiques irréconciliables (v. infra). La FTC reconnaissant cette impasse normative, s'est limitée à lancer une étude documentaire en janvier 2024 au titre de la section 6(b) du *FTC Act* mais cette enquête est dénuée de force obligatoire¹¹¹.

C'est cette double impuissance européenne et américaine que la déclaration conjointe du DOJ, de la FTC, de la Commission européenne et de la CMA révèle. En appelant à « examiner attentivement les investissements et partenariats entre acteurs établis et nouveaux entrants afin de s'assurer que ces accords ne contournent pas l'application du droit des concentrations »¹¹², les quatre autorités admettent collectivement que le droit positif est insuffisant pour y répondre.

¹⁰⁴ Federal Trade Commission, « Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms, 2010-2019 : A Report of the Federal Trade Commission » [ci-après « FTC 6(b) Study »], Office of Technology Staff, janvier 2025, sections 4.2-4.5, p. 19-26

¹⁰⁵ Competition and Markets Authority (CMA), enquête sur l'acquisition d'actifs d'Inflection AI par Microsoft, Phase 1, 2024. FTC 6(b) Study, préc., note de bas de page 40 : enquête clôturée pour absence de compétence.

¹⁰⁶ CMA, enquête sur l'investissement d'Amazon dans Anthropic, Phase 1, 2024. FTC 6(b) Study, préc., note de bas de page 41 : enquête clôturée pour absence de compétence

¹⁰⁷ CMA, enquête sur l'investissement de Google dans Anthropic, Phase 1, 2024. FTC 6(b) Study, préc., notes de bas de pages 42-43 : « The CMA has since closed these investigations. »

¹⁰⁸ Commission européenne, communiqué de presse, « Commission opens formal proceedings to assess Microsoft's investments and partnerships in OpenAI, Google's investment in Anthropic, Apple's agreement with OpenAI and Amazon's investment in Anthropic under the EU Merger Regulation », 8 janvier 2024, cité in FTC 6(b) Study, préc., note de bas de page 38

¹⁰⁹ American Innovation and Choice Online Act (AICOA), S.2992, 117th Congress, section 2(3) (définition de « covered platform »)

¹¹⁰ AICOA, S.2992, ibid. : dernière action enregistrée le 3 mars 2022, « Placed on Senate Legislative Calendar under General Orders, Calendar No. 301 ». Le texte n'a pas été réintroduit lors du 118ème Congrès

¹¹¹ FTC 6(b) Study, préc., section 1, p. 2-3, et section 5 (« Areas of Concern »), p. 29-34 : le rapport identifie l'accès au calcul, les coûts de changement et la dépendance informationnelle comme domaines de vigilance sans formuler de recommandations normatives contraignantes, faute de fondement légal suffisant

¹¹² Déclaration conjointe du DOJ, de la FTC, de la Commission européenne et de la CMA, « Joint Statement on Competition in Generative AI Foundation Models and AI Products », 23 juillet 2023

Titre 2 : L'insuffisance des règles substantielles classiques face aux pratiques unilatérales et concertées des acteurs de l'IA

Si les stratégies acquises exposées au titre précédent illustrent comment les acteurs dominants de l'IA consolident leur emprise sur les marchés par voie externe, le verrouillage de ces marchés procède tout autant de pratiques s'inscrivant dans l'exercice ordinaire de leur activité. Les accords d'exclusivité imposés aux partenaires de distribution, l'auto-référencement des services propriétaires sur les plateformes, ou encore le verrouillage des écosystèmes numériques par une interopérabilité sélective constituent des comportements anticoncurrentiels sur le plan de la *Monopolization*, de l'abus de position dominante et des ententes. Or, confrontées aux spécificités du secteur de l'IA, ces qualifications révèlent des insuffisances qui tendent à neutraliser leur portée répressive. Il convient dès lors d'examiner comment le droit positif permet d'appréhender les tactiques de fermeture d'accès aux marchés propres aux acteurs de l'IA (Section 1), avant d'étudier comment l'émergence de la collusion algorithmique a remis en question la notion d'entente (Section 2).

Section 1 : La mise à l'épreuve des qualifications de *Monopolization* et d'abus de position dominante face aux tactiques de fermeture d'accès aux marchés des acteurs de l'IA

La confrontation des qualifications classiques d'éviction non tarifaire aux pratiques des opérateurs dominants de l'IA révèle une tension entre la structure de ces instruments et les limites de leur application aux pratiques des acteurs de l'IA. Il convient, de ce fait, d'étudier dans un premier temps comment le droit positif fait face aux stratégies de fermeture d'accès aux marchés des acteurs de l'IA (§1), puis dans un second temps comment la structure du secteur de l'IA met à l'épreuve l'analyse concurrentielle (§2).

§ 1 — Le droit positif face aux stratégies de fermeture d'accès aux marchés des acteurs de l'IA

A. La fermeture d'accès au marché par les accords d'exclusivité et l'auto-référencement

Les accords d'exclusivité et les pratiques d'auto-référencement constituent deux mécanismes complémentaires de fermeture d'accès au marché qui ont fait l'objet de qualifications approfondies dans le droit américain et européen, offrant un terrain jurisprudentiel propice à leur transposition au secteur de l'IA, non sans que les limites propres à chacun de ces systèmes n'en tempèrent l'efficacité.

En droit américain, la *monopolization* au sens de la Section 2 du *Sherman Act* suppose la réunion de deux conditions cumulatives. D'abord la détention d'un pouvoir de monopole sur le marché pertinent, entendu comme la capacité à contrôler les prix ou à exclure la concurrence. Ensuite, l'acquisition ou le maintien délibéré de ce pouvoir par un comportement d'éviction, par opposition à une croissance résultant d'un produit supérieur, de la perspicacité commerciale ou d'accidents historiques¹¹³. La décision *United States v. Google LLC* rendue par le juge

¹¹³ H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, 5^e éd., West Academic Publishing, 2016, p. 354 ; *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 571 (1966)

Mehta, constitue à cet égard un précédent d'une portée considérable pour la compréhension des pratiques d'exclusivité dans le secteur de l'IA¹¹⁴. Le tribunal a d'abord établi que Google détenait un pouvoir de monopole sur le marché américain des services de recherche générale en ligne¹¹⁵. Il a ensuite qualifié d'exclusionnaire un ensemble d'accords de distribution qui, conjugués, avaient pour effet de bloquer l'accès des concurrents à environ 50% des requêtes de recherche aux États-Unis¹¹⁶. L'Accord de partage de revenus iOS (ISA) conclu avec Apple, par lequel Google verse entre 18 et 20 milliards de dollars annuellement pour demeurer le moteur de recherche par défaut sur Safari, constitue l'enjeu le plus important de cette affaire¹¹⁷, puisqu'il représente à lui seul près de 28% des requêtes de recherche américaines. S'y ajoutent les *Mobile Application Distribution Agreements (MADAs)* conclus avec les fabricants Android, imposant la préinstallation du widget de recherche Google et du navigateur Chrome sur l'ensemble des appareils, et les *Revenue Sharing Agreements (RSAs)* dont les paliers de rémunération conditionnent le versement des revenus les plus élevés au maintien de Google comme moteur par défaut exclusif sur les portails des opérateurs mobiles¹¹⁸. La portée anticoncurrentielle de ces accords réside dans l'effet de privation d'échelle qu'ils infligent aux concurrents. Google reçoit neuf fois plus de requêtes que l'ensemble de ses concurrents combinés sur tous types d'appareils, et dix-neuf fois plus sur les seuls appareils mobiles¹¹⁹. Or, dans un marché où la qualité algorithmique dépend directement du volume de données de retour d'expérience utilisateur, l'exclusion des points de distribution les plus fréquentés prive les rivaux de la masse critique nécessaire à l'amélioration de leurs modèles.

La transposition à l'IA s'impose ici puisqu'un modèle de langage ou un assistant IA intégré par défaut dans un navigateur ou un système d'exploitation bénéficie d'un flux de données d'utilisation sans commune mesure avec celui accessible à ses concurrents, consolidant l'avantage du premier occupant de manière auto-renforçante. Le tribunal a écarté les justifications invoquées par Google, notamment la prétendue rémunération de la valeur ajoutée par les distributeurs, au motif que l'objet même de ces accords était l'acquisition de l'exclusivité¹²⁰. Appliquant le cadre issu de l'arrêt *United States v. Microsoft Corp.*, une fois l'effet anticoncurrentiel établi, la charge de la preuve se déplace sur le défendeur pour démontrer une justification pro-concurrentielle suffisante, à défaut, la responsabilité est retenue¹²¹. Il convient cependant de souligner la limite que la jurisprudence *Trinko* impose à l'extension de la qualification de *monopolization* aux pratiques de l'IA. La Cour suprême a refusé de reconnaître une obligation générale de partage des infrastructures avec des concurrents dans le cadre de la Section 2, estimant que l'imposition judiciaire d'un tel devoir conduirait les juridictions à jouer un rôle qui ne leur appartient pas¹²². Cette réticence limite

¹¹⁴ *United States v. Google LLC*, 747 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 5 août 2024), juge Mehta

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 7 et s.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 103 et s.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 45-50

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 52-65

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 115

¹²⁰ *Ibid.*, p. 155 : « Our philosophy is that we are paying revenue share *in return for* exclusivity »

¹²¹ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 59 (D.C. Cir. 2001) ; H. Hovenkamp, op. cit., p. 368

¹²² *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 408 (2004) : « [e]nforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing »

sensiblement la portée du droit américain lorsque la fermeture résulte non d'un accord d'exclusivité formel mais du simple refus pour un opérateur dominant de partager des ressources clefs indispensables à la concurrence sur les marchés de l'IA.

En droit européen, l'approche de l'article 102 TFUE a connu une double évolution, portant respectivement sur les exclusivités et sur l'auto-référencement, dont la synthèse jurisprudentielle fournit un cadre directement transposable au secteur de l'IA. S'agissant des accords d'exclusivité, le droit a progressivement abandonné la prohibition *per se* qui résultait de l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, lequel assimilait à un abus le simple recours à des exclusivités par une entreprise en position dominante, au profit d'une approche fondée sur les effets¹²³. Cette évolution, amorcée par l'arrêt *Tomra*, a été confirmée par la Cour dans l'arrêt *Unilever* de 2023, qui introduit une double dimension dans l'appréciation des exclusivités. L'entreprise dominante peut désormais apporter des éléments de preuve contestant l'existence d'un effet de forclusion probable, lesquels doivent être examinés par les autorités de concurrence avant toute qualification¹²⁴. Sur le fond, la capacité à restreindre l'accès au marché s'apprécie au regard du taux de couverture du marché par les accords, de leur durée, du caractère incontournable de l'entreprise dominante pour les distributeurs et, de manière particulièrement intéressante pour l'IA, des effets de réseau qui amplifient l'avantage concurrentiel issu de l'exclusivité¹²⁵.

S'agissant de l'auto-référencement, l'arrêt *Google Shopping* rendu par la CJUE constitue l'avancée la plus significative¹²⁶. La Cour a confirmé que le comportement consistant, pour un opérateur dominant sur un marché de recherche générale, à favoriser l'affichage de ses propres services comparateurs dans ses résultats tout en déclassant systématiquement les services concurrents par des algorithmes d'ajustement caractérisait un abus de position dominante, constitutif d'un abus de levier¹²⁷. Surtout, écartant l'application des conditions restrictives posées par l'arrêt *Bronner*, lesquelles exigeaient pour caractériser un refus d'accès abusif que l'infrastructure soit indispensable et que son refus soit susceptible d'éliminer toute concurrence, la Cour a jugé que ces conditions ne trouvent pas à s'appliquer lorsque l'entreprise dominante ne refuse pas l'accès à une ressource mais soumet cet accès à des conditions discriminatoires¹²⁸. Dès lors que l'opérateur donne accès à sa plateforme mais fait dépendre les conditions de cet accès d'un traitement différencié en faveur de ses propres services, la voie de l'abus de levier est ouverte sans que le requérant n'ait à établir le caractère indispensable de l'infrastructure¹²⁹. Cette distinction est décisive pour l'IA puisqu'un opérateur qui intègre son propre assistant IA dans ses pages de résultats de recherche avec un placement préférentiel, tout en reléguant les assistants concurrents dans des positions secondaires ou en les dégradant algorithmiquement, commet un abus de position dominante sans que le seuil de l'arrêt *Bronner*

¹²³ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461

¹²⁴ CJUE, 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. AGCM*, aff. C-680/20, EU:C:2023:33, pts 41-52 ; D. Bosco et C. Prieto, *Traité de droit européen de la concurrence*, §§ 1435-1449

¹²⁵ D. Bosco et C. Prieto, op. cit., § 1443

¹²⁶ CJUE (Grande Chambre), 10 septembre 2024, *Google LLC et Alphabet Inc. c. Commission européenne*, aff. C-48/22 P, EU:C:2024:726

¹²⁷ Ibid., pt. 113

¹²⁸ Ibid., pts 97-107

¹²⁹ Ibid., pt. 113 : la Cour relève que Google « donne accès à ses pages de résultats généraux », mais que cet accès est « soumis à des conditions discriminatoires », ce qui exclut l'application des conditions *Bronner*

ne lui soit opposable. La qualification ainsi consolidée offre un outil de répression disponible face aux pratiques d'auto-référencement qui se multiplient à mesure que les grands opérateurs de recherche intègrent leurs modèles génératifs dans des interfaces autrefois neutres.

B. La fermeture d'accès au marché par le verrouillage des écosystèmes

Si les accords d'exclusivité et les pratiques d'auto-référencement constituent des instruments d'éviction dont la logique reste classiquement contractuelle ou comportementale, le verrouillage des écosystèmes numériques introduit une dimension plus difficile à appréhender pour le droit de la concurrence. La fermeture d'accès au marché ne procède plus ici d'une clause isolée ou d'un avantage indûment accordé à une filiale, mais de l'architecture même de la plateforme, conçue pour rendre prohibitivement coûteux tout recours à des services concurrents. C'est cette forme d'enfermement systémique, le *walled garden*, qui place les autorités de concurrence face à cette catégorie d'abus dont les contours restent encore incertains.

La décision rendue par la Cour d'appel du 9^e circuit dans l'affaire *Epic Games v. Apple* illustre avec netteté la manière dont un opérateur peut verrouiller son écosystème par des instruments contractuels adossés à une structure technique fermée¹³⁰. Apple impose à l'ensemble des développeurs souhaitant distribuer des applications sur ses terminaux iOS la signature du *Developer Program License Agreement (DPLA)*, lequel prohibe tout mécanisme de paiement externe et exige que l'ensemble des transactions en application transitent exclusivement par l'App Store, moyennant une commission allant jusqu'à 30%. La Cour relève que cette architecture crée en premier lieu un verrou technique par l'impossibilité pour les utilisateurs d'iOS de recourir à un *app store* alternatif et en second lieu un verrou contractuel par l'interdiction faite aux développeurs de rediriger leurs utilisateurs vers les canaux de paiement extérieurs. La Cour applique à ce litige le test de la *Rule of Reason* qui se déploie en trois temps. D'abord, la partie demanderesse doit établir un effet anticoncurrentiel réel ou probable, ensuite le défendeur doit faire valoir des justifications légitimes pro-concurrentielles, et enfin la Cour évalue si des restrictions moins attentatoires auraient suffi à atteindre ces mêmes objectifs. Si Apple est parvenu à justifier plusieurs restrictions de l'App Store par des impératifs de sécurité et de qualité, la Cour a retenu en revanche, sur le fondement de *California Unfair Competition Law*, que la disposition anti-redirection prive les consommateurs d'informations matérielles quant à l'existence d'options tarifaires alternatives, sans que cette restriction puisse se réclamer d'aucune justification pro-concurrentielle proportionnée. L'arrêt refuse toutefois d'étendre ce raisonnement jusqu'à condamner l'intégralité de la structure d'iOS sous l'angle du *per se*, au motif que les logiciels de plateforme requièrent une analyse contextuelle approfondie qui répugne à toute condamnation automatique¹³¹.

Le verrouillage de l'écosystème Apple prend une dimension nouvelle lorsqu'il est examiné par le DOJ dans sa plainte déposée en mars 2024¹³². Le DOJ soutient qu'Apple exploite son

¹³⁰ *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 24 avril 2023, n° 21-16506 et 21-16695

¹³¹ *Ibid.*, pp. 58–64 et 72–74 : analyse UCL et refus d'application de la règle *per se* au *tying* logiciel de plateforme

¹³² *United States v. Apple Inc.*, Complaint, United States District Court for the District of New Jersey, 21 mars 2024, n° 2:24-cv-04055, § 120

contrôle sur iOS et l'App Store pour déployer, à travers des restrictions contractuelles et techniques ciblées, une stratégie d'éviction visant les marchés adjacents émergents et en particulier le secteur des assistants d'IA. Apple orienterait systématiquement ses utilisateurs vers son propre assistant vocal Siri, alors que des restrictions imposées aux développeurs tiers rendraient techniquement impossible l'intégration d'assistants IA concurrents susceptibles d'offrir des capacités supérieures. De ce fait, Apple ne se contenterait pas de défendre sa position sur le marché, elle utiliserait cette position pour pré-empter les marchés de l'IA générative dont les interfaces conversationnelles constituent aujourd'hui l'un des points d'entrée essentiels.

La difficulté propre à ce type d'allégation réside dans la capacité des opérateurs à présenter leur modèle d'affaires comme une innovation neutre plutôt que comme une pratique d'éviction. L'arrêt *FTC v. Qualcomm* rendu par le 9^e circuit en août 2020 offre un éclairage sur les limites auxquelles se heurte l'analyse antitrust face à des modèles économiques novateurs dans les industries de haute technologie¹³³. La Cour y valide la politique dite « *no license, no chips* » de Qualcomm conditionnant la fourniture de puces à la conclusion préalable d'un accord de licence, au motif que cette politique s'applique de manière neutre à l'ensemble des fabricants d'appareils, sans discrimination entre concurrents. La contrainte structurelle ainsi imposée est inhérente au modèle économique de Qualcomm, et non un levier d'éviction ciblé. Cette décision annonce, par analogie, la résistance du droit fédéral américain face à des allégations similaires dans le secteur de l'IA, puisque tant qu'un opérateur peut alléguer que son contrôle sur les couches inférieures de l'architecture s'exerce de façon uniforme à l'égard de tous les développeurs tiers, le *Sherman Act* peinerait à y caractériser une exclusion illicite en l'absence d'effets de marché clairement démontrés.

L'approche européenne se distingue sur ce point par une exigence analytique plus rigoureuse à l'égard des opérateurs dominants. Dans l'arrêt *Intel c/ Commission*, la CJUE a affirmé que lorsqu'une entreprise en position dominante produit des éléments tendant à démontrer que son comportement n'était pas susceptible de restreindre la concurrence, la Commission est tenue d'analyser l'ensemble des circonstances pertinentes, y compris les résultats du test du concurrent aussi efficace¹³⁴. Transposée aux écosystèmes d'IA, cette jurisprudence ouvre la possibilité pour la Commission de sanctionner un verrouillage structurel dès lors qu'elle peut démontrer, au terme d'une telle analyse, qu'aucun concurrent aussi efficace ne pourrait accéder aux marchés en aval dans des conditions viables.

Cette différence entre les deux ordres juridiques est révélatrice des philosophies régulatrices qui les caractérisent. Là où le droit américain requiert, pour écarter les justifications avancées par l'opérateur, la preuve d'une exclusion substantielle sur un marché défini de manière restrictive, le droit européen construit une obligation positive pesant sur la

¹³³ *FTC v. Qualcomm Inc.*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 11 août 2020, n° 19-16122, pp. 48-51

¹³⁴ CJUE, Grande Chambre, *Intel Corp. c/ Commission européenne*, 6 septembre 2017, aff. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, §§ 138-141

Commission dont le résultat permet d'atteindre les comportements que le *Sherman Act* ne couvre pas.

§ 2 — La mise à l'épreuve de l'analyse concurrentielle par l'architecture de l'IA

A. Un secteur multi-couches rendant la définition du marché pertinent impossible

L'intelligence artificielle ne constitue pas un marché au sens où l'entendent les autorités de concurrence, mais une architecture verticalement intégrée dont chaque strate génère des conditions concurrentielles propres.

La doctrine classique du marché pertinent, héritée de la jurisprudence *Hoffmann-La Roche* de 1979 et codifiée dans les lignes directrices successives de la Commission européenne, repose sur un postulat de substituabilité, ce qui signifie que deux produits appartiennent au même marché si le consommateur peut substituer l'un à l'autre en réponse à une hausse de prix de 5 à 10 %, c'est le test SSNIP¹³⁵. Or, appliqué à l'IA, ce postulat se heurte à une difficulté puisque le secteur se décompose en au moins quatre couches distinctes : les semi-conducteurs spécialisés, l'infrastructure d'informatique en nuage, les modèles de fondation et les applications finales. Ces quatre couches ne présentent pas les mêmes dynamiques de concurrence et, de ce fait, ne peuvent être réduites à un marché unique¹³⁶. La Commission européenne a reconnu que les marchés numériques se caractérisent par des effets de réseau, des structures multifaces et des écosystèmes intégrés qui rendent l'analyse traditionnelle de la substituabilité inadéquate¹³⁷. Pour la première fois depuis 1997, la Commission admet qu'il convient de tenir compte de paramètres non tarifaires (qualité, innovation, accès aux données) dans l'évaluation du marché pertinent, et qu'une approche dynamique et prospective est nécessaire pour les marchés technologiques en évolution rapide¹³⁸. Ce faisant, elle reconnaît implicitement que le cadre conceptuel dont elle dispose n'a pas été conçu pour appréhender des structures verticalement intégrées où la même entreprise opère simultanément sur plusieurs couches interdépendantes.

Les juridictions américaines ont, de leur côté, été confrontées de manière emblématique à cette difficulté dans l'affaire *United States v. Google LLC* relative aux technologies publicitaires. Dans cette décision, le gouvernement fédéral reprochait à Google d'avoir monopolisé l'ensemble de la chaîne technologique publicitaire à savoir : les serveurs publicitaires des éditeurs, les plateformes d'échange publicitaire et les réseaux publicitaires des annonceurs. Google avait soutenu que l'ensemble de cet écosystème constituait un marché unique et biface au sens de la jurisprudence *Ohio v. American Express*, rendant toute

¹³⁵ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979 p. 461, pt. 38 ; Commission européenne, Communication relative à la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372, 9 décembre 1997, pt. 17

¹³⁶ Commission européenne, Communication de la Commission — Définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union européenne, 8 février 2024, IP/23/6001 (ci-après : « Avis révisé 2024 »), pt. 13

¹³⁷ Avis révisé 2024, préc., pt. 11 et pt. 97 : la Commission reconnaît que les marchés numériques présentent des caractéristiques particulières, « notamment les effets de réseau, le multi-hébergement, les effets de basculement et les structures d'écosystème »

¹³⁸ Avis révisé 2024, préc., pt. 15 : la Commission admet qu'une approche prospective est nécessaire pour les marchés « susceptibles d'évoluer rapidement en raison d'innovations technologiques »

segmentation artificielle¹³⁹. Le tribunal a rejeté cette thèse en des termes particulièrement significatifs pour notre propos : « *Distinct products should not be grouped into a single omnibus market simply because they work together to achieve the same overarching purpose* »¹⁴⁰. Cette formulation illustre l'arbitraire inhérent à la définition du marché dans les écosystèmes technologiques en couches, puisque selon le découpage retenu, Google est tantôt en position dominante sur le marché des serveurs publicitaires des éditeurs (91% de parts de marché), tantôt acteur parmi d'autres sur un marché global de la publicité numérique¹⁴¹.

L'instabilité de cette définition n'est pas propre aux technologies publicitaires, mais constitue la manifestation d'une inadaptation de la notion de marché pertinent aux structures technologiques de plusieurs niveaux. Nicolas Petit a théorisé cette inadaptation à travers l'hypothèse du « *moligopole* ». Les grandes entreprises technologiques occupent, en effet, simultanément des positions de quasi-monopole sur certaines couches structurelles de leur activité, tout en exerçant une pression concurrentielle oligopolistique sur d'autres strates où elles sont exposées à la contestation d'acteurs émergents¹⁴². Appliquée à l'IA, cette hypothèse signifie qu'une entreprise telle que Google ou Microsoft peut détenir un monopole de fait sur l'infrastructure d'entraînement des modèles tout en étant soumise à une concurrence intensive au niveau des applications finales. La notion de marché pertinent, conçue pour identifier une position dominante stable et univoque, se révèle structurellement aveugle à cette dualité.

L'Union européenne n'est pas davantage équipée pour résoudre cette tension. La CJUE, dans l'arrêt *CK Telecoms UK c/ Commission*, a certes confirmé que la Commission dispose d'une marge d'appréciation économique dans l'évaluation des structures de marché, mais elle a simultanément rappelé que les juridictions de l'Union conservent une pleine compétence de contrôle sur les concepts juridiques sous-jacents à cette appréciation¹⁴³. Ce raisonnement a abouti à une situation paradoxale, puisque la Commission peut librement apprécier les faits économiques d'un marché technologique complexe, mais elle reste contrainte par des concepts (marché pertinent, position dominante, puissance de marché) forgés dans un contexte économique radicalement différent de celui de l'IA.

B. La fragilisation de l'analyse multi-faces et de la théorie de la facilité essentielle

La structure particulière des systèmes d'IA confronte les catégories classiques du droit de la concurrence à différentes problématiques. D'une part, l'analyse des marchés multifaces, instrument forgé pour appréhender les plateformes numériques, se révèle trop délicate à manier

¹³⁹ *United States v. Google LLC*, n° 1:23-cv-00108 (E.D. Va., April 17, 2025), p. 45 ; cf. *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. 529 (2018)

¹⁴⁰ *United States v. Google LLC*, préc., p. 47 : « *Distinct products should not be grouped into a single omnibus market simply because they work together to achieve the same overarching purpose.* »

¹⁴¹ *United States v. Google LLC*, préc., p. 56 (marché des *publisher ad servers* : 91 % de parts de marché) et p. 68 (marché de l'*ad exchange* : 54 à 65 % de parts de marché)

¹⁴² N. Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*, Oxford University Press, 2020, chap. II, p. 58-62 : Petit relève que les dépôts 10-K des firmes MAGNAF auprès de la SEC mentionnent systématiquement une concurrence intensive, en contradiction avec les parts de marché élevées observées sur certains segments structurels

¹⁴³ *CK Telecoms UK Ltd c. Commission européenne*, CJUE, Grande chambre, 13 juillet 2023, aff. C-376/20 P, pt. 75-78 : la Cour confirme la pleine juridiction des tribunaux de l'Union sur les concepts juridiques, tout en reconnaissant la marge d'appréciation économique de la Commission

lorsqu'il s'agit de saisir les interdépendances propres aux écosystèmes d'IA. D'autre part, la théorie de la facilité essentielle, mobilisée pour contraindre un opérateur dominant à partager une ressource indispensable, se heurte à des réserves profondes dans les deux systèmes juridiques.

Les marchés bifaces se caractérisent par la présence de deux catégories distinctes d'utilisateurs dont les interactions génèrent des externalités de réseau indirectes puisque la valeur créée pour chaque groupe dépend du volume de participation de l'autre¹⁴⁴. Cette structure, bien connue des plateformes d'intermédiation classiques, se retrouve à l'état amplifié dans les écosystèmes d'IA, où les fournisseurs de données, les développeurs de modèles et les utilisateurs finaux entretiennent des relations de dépendance réciproque dont la complexité excède les grilles d'analyse habituelles.

Aux États-Unis, la Cour suprême a profondément remanié le cadre applicable à ces marchés dans l'arrêt *Ohio v. American Express Co.* (2018), en posant que l'établissement d'une restriction de concurrence ne saurait résulter de la seule démonstration d'une hausse de prix sur l'un des versants du marché : « *Striking the proper balance between the two sides of the platform is essential to the network's success and requires the simultaneous coordination of both sides of the platform* »¹⁴⁵. Pour que la preuve d'un effet anticoncurrentiel soit valablement rapportée, il appartient désormais au demandeur d'établir un préjudice affectant l'ensemble du marché biface considéré dans son unité¹⁴⁶. Transposée au secteur de l'IA, cette exigence revêt une portée considérable puisque l'entreprise qui entend contester les pratiques d'un acteur dominant doit démontrer que le préjudice allégué sur le marché des données d'entraînement ou des services d'inférence se répercute simultanément sur l'ensemble des faces du marché pertinent, ce qui suppose une articulation complexe.

Du côté européen, si la Commission a longtemps privilégié la définition de marchés distincts pour chaque face de la plateforme¹⁴⁷, la doctrine a progressivement reconnu que cette segmentation pouvait conduire à négliger les effets de réseau indirects qui font précisément la spécificité des marchés bifaces¹⁴⁸. Les auteurs démontrent ainsi que la Commission tend désormais à intégrer les externalités de réseau indirectes dès le stade de la définition du marché, afin de ne pas occulter la dynamique d'ensemble des écosystèmes numériques¹⁴⁹. Cet assouplissement méthodologique offre une plus grande plasticité à l'analyse européenne, mais n'enlève pas pour autant les difficultés structurelles liées à la définition de frontières pertinentes dans des systèmes où les interdépendances sont par nature multidimensionnelles.

Si l'analyse multifaces rend compte de l'organisation des marchés, la théorie de la facilité essentielle vise à contraindre un opérateur dominant à ouvrir l'accès à une ressource sans laquelle la concurrence ne peut s'exercer. Appliquée aux données d'entraînement des modèles

¹⁴⁴ C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence — Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, n° 375

¹⁴⁵ *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. (2018), p. 15

¹⁴⁶ *Ibid*

¹⁴⁷ C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.*, n° 376

¹⁴⁸ *Ibid.*, n° 375

¹⁴⁹ *Ibid.*, n° 397

de l'IA, cette théorie soulève des interrogations sur les conditions et la légitimité d'une telle obligation.

En droit européen, l'affaire *Microsoft c/ Commission* (2007) fixe les quatre conditions cumulatives permettant de qualifier de comportement abusif un refus de fourniture, à savoir la nécessité de la ressource refusée, le risque d'élimination de toute concurrence effective sur un marché dérivé, l'obstruction à l'apparition d'un produit nouveau et l'absence de justification objective¹⁵⁰. La condition de nécessité a été appliquée avec rigueur puisque le Tribunal a confirmé que les informations en cause constituaient des ressources sans accès auxquelles une concurrence viable sur le marché concerné était impossible¹⁵¹. Par ailleurs, le Tribunal a rappelé que les entreprises en position dominante supportent une « responsabilité particulière » qui oblige à ne pas porter atteinte, par leur comportement, à une concurrence effective et non faussée sur le marché intérieur¹⁵².

Cette approche contraste avec la position développée aux États-Unis dans l'arrêt *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* (2004). La Cour y a estimé que l'obligation faite à une entreprise dominante de partager ses ressources avec des concurrents serait susceptible de « *lessen the incentive for the monopolist, the rival, or both to invest in those economically beneficial facilities* »¹⁵³. Ce raisonnement, fondé sur la préservation des incitations à l'investissement, conduit à des réticences marquées à l'égard de toute obligation de partage imposée par le juge. La doctrine de la facilité essentielle n'a d'ailleurs jamais été formellement reconnue par la Cour suprême¹⁵⁴, laquelle exige, pour qu'un refus de contracter puisse être qualifié d'anticoncurrentiel, que l'indisponibilité de l'accès constitue elle-même un élément constitutif de la violation¹⁵⁵.

Section 2 : La remise en question des notions d'accord et de pratique concertée par l'émergence de la collusion algorithmique

Dans les deux systèmes, le droit des ententes repose sur un socle anthropocentrique. Ce phénomène a longtemps semblé constituer une base solide pour saisir les comportements collusifs, tant que ceux-ci supposaient une intervention humaine décisive dans leur conception et leur exécution. Cependant, l'émergence progressive de la collusion algorithmique, phénomène caractérisé par la coordination des prix et des comportements concurrentiels opérée partiellement ou entièrement par des systèmes informatiques autonomes, a pointé du doigt les failles de ce critère. Les premières manifestations de cette collusion ont pu être appréhendées par les cadres classiques, suggérant une certaine résilience du droit positif. Néanmoins, ces tentatives d'application révèlent déjà les lacunes qui se confirment à mesure que la sophistication technologique progresse et que la part d'autonomie conférée aux algorithmes

¹⁵⁰ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft c. Commission*, T-201/04, pts 331–333

¹⁵¹ *Ibid.*, pts 369–436, spéc. pt 436

¹⁵² *Ibid.*, pt 229

¹⁵³ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004), p. 9

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 11

¹⁵⁵ *Ibid.*

s'accroît. C'est précisément cette tension que nous allons explorer. Il conviendra dans un premier temps d'examiner comment le droit positif a traité l'émergence de la coordination algorithmique (§1), puis dans un second temps de constater les limites structurelles de cette approche et l'émergence de scénarios que les deux systèmes juridiques ne parviennent pas à qualifier (§2).

§ 1 — Le traitement par le droit positif de l'émergence de la coordination algorithmique

A. Les premières tentatives du droit classique de saisir la collusion algorithmique comme ententes ordinaires

Le socle juridique de la prohibition des ententes dans les deux systèmes repose, comme nous l'avons dit, sur des présupposés anthropocentriques. Aux États-Unis la Section 1 du *Sherman Act* exige la démonstration d'un « accord » (*agreement*) caractérisé par un véritable concours de volontés entre entités distinctes, un élément que la Cour suprême américaine a scrupuleusement distingué du simple parallélisme conscient de comportement (*conscious parallelism*)¹⁵⁶, lequel ne saurait suffire à caractériser une violation du droit antitrust. De manière parallèle, l'article 101 TFUE formule la prohibition de manière plus étendue en visant explicitement les « pratiques concertées », définies par la CJUE dans l'arrêt *ICI c/ Commission* de 1972 comme une coordination qui « substitue sciemment une coopération pratique aux risques de la concurrence » sans avoir nécessairement la nature d'une convention proprement dite¹⁵⁷. Cependant, même cette formulation plus souple du droit européen suppose toujours un contact préalable entre les entreprises et, de ce fait, une certaine forme d'intention coordonnée.

C'est précisément sur cette base doctrinale que les premières affaires impliquant une collusion algorithmique ont pu être saisies car elles conservaient encore une intention humaine manifeste. L'affaire *US v. Topkins* constitue en cette matière le point de référence incontournable¹⁵⁸. David Topkins et ses coconspirants avaient conclu un accord humain explicite visant à fixer les prix des affiches vendues par l'intermédiaire d'Amazon Marketplace¹⁵⁹. L'innovation, et ce qui a alerté les autorités de concurrence, résidait dans l'utilisation d'algorithmes de fixation des prix pour automatiser l'exécution de cet accord classique. Les participants à la conspiration avaient programmiquement configuré des algorithmes chargés de collecter les données tarifaires des concurrents et d'ajuster

¹⁵⁶ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 227 (1993) ; Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 5ème éd., St. Paul, West Academic Publishing, 2016, p. 192 et s. Le *conscious parallelism* décrit le processus par lequel les entreprises, reconnaissant leurs intérêts économiques partagés et leur interdépendance quant aux décisions de prix et de production, fixent unilatéralement leurs prix à un niveau supérieur au niveau concurrentiel, sans pour autant qu'il existe un accord formel ou implicite entre elles

¹⁵⁷ Affaire 48/69, *ICI Ltd. v. Commission*, Recueil de jurisprudence 1972, p. 619, point 66. La CJCE a précisé que les pratiques concertées supposent « une coordination qui, sans avoir la nature d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre les entreprises aux risques de la concurrence ». Voir également : Prieto et Bosco, *Collusion. Droit européen de la concurrence*, coll. Droit des affaires, 2020, p. 401 et s., pour une analyse approfondie de cette catégorie en droit européen

¹⁵⁸ *United States v. David Topkins*, Plea Agreement, U.S. District Court, Northern District of California, Case No. CR 15-00201 WHO, 30 avril 2015

¹⁵⁹ Ibid. Selon l'acte d'accusation, la conspiration s'est déroulée « from as early as September 2013 until in or about January 2014 », concernant spécifiquement les affiches vendues par des tiers sur la plateforme Amazon Marketplace

automatiquement les prix respectifs en conformité avec les règles préalablement établies lors de leurs réunions collusives¹⁶⁰. L'algorithme n'était donc que l'instrument technique d'une entente traditionnelle et non son acteur principal. La doctrine a qualifié ce scénario de modèle « *Messenger* », pour signifier que l'ordinateur ne remplit qu'une fonction instrumentale et que les véritables artisans de la collusion demeurent les êtres humains qui ont ordonné et programmé ce comportement¹⁶¹.

Le droit positif a donc la capacité d'appréhender les premières manifestations de collusion algorithmique, ce qui pourrait laisser croire que le cadre juridique en place est suffisant.

B. La montée du scénario hub-and-spoke caractérisée par les affaires Eturas et RealPage

Au-delà du scénario du « *Messenger* », où l'algorithme exécute simplement une intention humaine préexistante, émerge progressivement un modèle plus insaisissable : le scénario *hub-and-spoke*. Dans ce dernier, une plateforme centrale ou un développeur d'algorithme (*hub*) coordonne indirectement le comportement de multiples utilisateurs ou concurrents (*spokes*) sans qu'il n'existe nécessairement un accord horizontal préalable entre ces utilisateurs eux-mêmes. La sophistication réside ici dans le fait que le *hub* crée les conditions structurelles permettant une coordination sans exercer de contrôle manifeste. La doctrine, et particulièrement, Ezrachi et Stucke décrit ce scénario comme « *a cluster of similar vertical agreements with many of the industries' competitors may give rise to a classic hub-and-spoke conspiracy, whereby the developer (as the hub) helps orchestrate industry-wide collusion, leading to higher prices* »¹⁶².

L'affaire *Eturas*, jugée par la CJUE, constitue l'illustration emblématique de cette progression du modèle collusif¹⁶³. *Eturas* était le titulaire et l'administrateur d'une plateforme commune de réservation en ligne permettant aux agences de voyages lituaniennes de proposer des offres de voyage¹⁶⁴. Le 25 août 2009, le directeur de l'entreprise avait adressé un email intitulé « vote » à plusieurs agences, leur demandant de se prononcer sur la pertinence de réduire le taux de remise en ligne de 4% à un niveau situé entre 1 et 3%. Deux jours plus tard, l'administrateur du système a envoyé, par le biais du système de messagerie interne, un message intitulé « *Message concerning the reduction of the discount for online travel bookings*,

¹⁶⁰ Ariel Ezrachi et Maurice E. Stucke, « Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition », *University of Illinois Law Review*, Vol. 2017, n°5, 2017, p. 1777 et s., particulièrement p. 1784-1786 pour une analyse du scénario « *Messenger* ». Les auteurs précisent que « In this simple scenario, humans use computers to directly execute their instructions. Such use may be subjected to a traditional enforcement approach. An agreement or concerted practice may be established as humans collude through the medium of computers »

¹⁶¹ Ezrachi et Stucke, *ibid.*, p. 1784. La catégorie « *Messenger* » (Le messenger) est définie comme suit : « humans are the masters who map out the cartel. The computer algorithms serve as the messengers, in that the cartel members program the computers to help effectuate the cartel, and monitor and punish any deviation from the cartel agreement »

¹⁶² Ariel Ezrachi et Maurice E. Stucke, « Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition », *University of Illinois Law Review*, Vol. 2017, n°5, 2017, p. 1787.

¹⁶³ Affaire C-74/14, *Eturas UAB et autres c. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, Recueil de jurisprudence 2016, point 1. ECLI:EU:C:2016:42, jugement du 21 janvier 2016

¹⁶⁴ *Ibid.*, point 6. E-TURAS était un « common online travel booking system » permettant aux agences de voyages ayant acquis une licence contractuelle d'exploiter le système de proposer des réservations de voyages sur leurs sites Internet selon une « uniform presentation method determined by Eturas »

between 0% and 3% » adressé à au moins deux agences de voyages¹⁶⁵. Surtout, le système informatique avait été techniquement modifié de sorte que, bien que les agences de voyages n'étaient pas formellement empêchées d'accorder des remises supérieures à 3%, elles se trouvaient néanmoins obligées d'effectuer des étapes techniques supplémentaires pour ce faire¹⁶⁶. Dans les semaines suivantes, huit agences avaient affiché des remises alignées à 3% sur leurs sites Internet. À première vue, ce cas semblait pouvoir être régulé au titre des catégories classiques des accords ou des pratiques concertées consacrées par l'article 101 TFUE. Cependant, la CJUE a dû affronter la question de savoir si elle pouvait déduire de la passivité des agences de voyages l'existence d'un « consentement tacite » constitutif d'une pratique concertée horizontale. La question révélait les failles du cadre classique, à savoir comment traiter une situation où le *hub* envoie un signal à travers une plateforme commune, où les *spokes* réagissent par inaction plutôt que par engagement positif¹⁶⁷.

De manière similaire, l'affaire plus récente *US v. RealPage Inc.* révèle comment le même modèle *hub-and-spoke* s'est cristallisé au sein du marché américain des logiciels de gestion des revenus immobiliers. *RealPage* était un développeur de produits logiciels dénommés « *Revenue Management Products* », des algorithmes de *pricing* destinés à optimiser les tarifs des loyers des immeubles locatifs multifamiliaux¹⁶⁸. Le schéma anticompetitif relevait à la fois de l'utilisation de données compétitives sensibles (*Competitively Sensitive Information*) collectés auprès de multiples gestionnaires de propriétés, incluant les loyers exécutés, les remises, l'*occupancy*, les termes des baux, et de leur réintégration dans les modèles du logiciel¹⁶⁹. Concrètement, les propriétés gérées par différents acteurs alimentaient le *hub* central en données, lesquelles alimentaient à leur tour les algorithmes générant les recommandations tarifaires retransmises à ces mêmes utilisateurs. Cette boucle de rétroaction verticale a de fait créé une coordination des prix entre concurrents, sans qu'aucun accord horizontal ne soit directement observable.

§ 2 — Deux systèmes lacunaires quant à la régulation des collusions autonomes

A. La collusion sans accord ni contact du scénario du Predictable Agent

Le scénario du *Predictable Agent*, identifié par Ariel Ezrachi et Maurice Stucke, constitue la forme la plus radicale de collusion algorithmique en ce qu'il en supprime tout socle

¹⁶⁵ Ibid., points 9-10

¹⁶⁶ Ibid., point 12. La Cour nota que « although the travel agencies concerned were not prevented from granting their customers discounts greater than 3%, they were nevertheless required to take additional technical steps in order to do so »

¹⁶⁷ Ibid., points 26-28. La référence à la notion de concurrence des volontés et d'autonomie renvoie à la jurisprudence établie selon laquelle « each economic operator must determine independently the policy which it intends to adopt on the common market » et que « passive modes of participation in the infringement, such as the presence of an undertaking in meetings at which anticompetitive agreements were concluded, without that undertaking clearly opposing them, are indicative of collusion »

¹⁶⁸ *United States of America et al. v. RealPage, Inc.*, Case 1:24-cv-00710-WO-JGM, Final Judgment, U.S. District Court, Middle District of North Carolina, 2 mars 2026. Paragraph II.P définit les « *Revenue Management Products* » comme « any software or third-party service, including software as a service, that generates rental prices or rental pricing recommendations for multifamily rental properties »

¹⁶⁹ Ibid., Paragraph II.B et IV.A.1. Le jugement final interdit expressément à Greystar (un défendeur) de « license or use any Revenue Management Product that: (i) uses External Nonpublic Data (other than Nonpublic Data of the Property Owner of the subject Greystar Property) in its Runtime Operation to generate rental prices or rental pricing recommendations for a Greystar Property »

intentionnel¹⁷⁰. À la différence du scénario *Hub and Spoke*, où un algorithme centralisateur collecte et redistribue des informations de prix entre concurrents, le *Predictable Agent* suppose des algorithmes entièrement indépendants, entraînés sur des données publiques, qui convergent spontanément vers des prix supra-concurrentiels sans qu'aucun contact, aucune communication et aucune coordination explicite ne soient intervenus entre leurs opérateurs¹⁷¹. C'est précisément cette autonomie qui rend le phénomène réfractaire aux deux systèmes juridiques comparés. Le mécanisme économique sous-jacent s'explique par les propriétés mêmes de certains marchés numériques. Lorsqu'un marché présente une structure oligopolistique (peu de vendeurs, produits homogènes, transparence des prix), des algorithmes d'apprentissage entraînés séparément sur des données publiques identiques vont nécessairement inférer des stratégies tarifaires similaires. Chaque algorithme, observant les réponses de ses concurrents, apprend que la convergence vers un prix supra-concurrentiel constitue l'équilibre stable du jeu répété, et s'y installe sans que nul n'ait jamais communiqué avec personne¹⁷². Les auteurs caractérisent ce résultat comme un équilibre collusif émergent où les effets économiques d'une entente sont pleinement réalisés, mais la cause juridique est absente¹⁷³.

En droit américain, la Section 1 du Sherman Act exige un « *contract, combination or conspiracy* »¹⁷⁴, formule que la Cour suprême a interprétée dans *Bell Atlantic Corp v. Twombly* comme nécessitant une réunion de volontés¹⁷⁵. Or, le parallélisme dit conscient (adapter son comportement à celui de ses concurrents observés sur le marché) est légal dès lors qu'il n'est pas corroboré par des « *plus factors* » démontrant une coordination¹⁷⁶. Dans le scénario du *Predictable Agent*, ces *plus factors* font défaut. Il n'y a eu ni communication, ni accord de prix, ni mécanisme de surveillance entre concurrents. La tentative de recourir à la Section 5 du *FTC Act*, qui prohibe les « *unfair methods of competition* » sans exiger un accord, s'est heurtée aux limitations posées par *Boise Cascade Corp. v. FTC* et *Ethyl Corp. v. FTC*, qui ont refusé de condamner un parallélisme de comportements en l'absence de toute coordination communiquée entre concurrents¹⁷⁷. L'antitrust laisse ainsi un vide normatif structurel face à la collusion algorithmique purement autonome.

En droit de l'Union européenne, l'article 101 TFUE interdit les « accords entre entreprises » et les « pratiques concertées »¹⁷⁸. Si la pratique concertée est définie depuis *ICI*

¹⁷⁰ A. Ezrachi et M. Stucke, « Artificial Intelligence & Collusion : When Computers Inhibit Competition », *University of Illinois Law Review*, 2017, p. 1783 : les quatre scénarios de collusion algorithmique sont distingués selon la présence ou l'absence d'accord et d'intention ; le *Predictable Agent* est le seul à n'en requérir ni l'un ni l'autre.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 1789-1790

¹⁷² *Ibid.*, p. 1791 : « Each algorithm, independent of one another, may reach the same collusive outcome without any agreement or communication. »

¹⁷³ *Ibid.*, p. 1793

¹⁷⁴ *Sherman Antitrust Act*, 15 U.S.C. § 1 (1890)

¹⁷⁵ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 557 (2007).

¹⁷⁶ *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537 (1954) : le parallélisme de comportements, même conscient, ne suffit pas à établir une entente au sens de la Section 1

¹⁷⁷ *Boise Cascade Corp. v. FTC*, 637 F.2d 573 (9th Cir. 1980) ; *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC*, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984)

¹⁷⁸ Article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

c/ Commission comme une forme de coordination qui substitue une coopération pratique aux risques de la concurrence¹⁷⁹, la Cour de justice a néanmoins confirmé dans *Hüls AG c/ Commission* et *T-Mobile Netherlands* que toute pratique concertée suppose un contact, même indirect, entre entreprises¹⁸⁰. Dans *Eturas*, la CJUE a certes admis qu'une notification système pouvait constituer un tel contact et engager la responsabilité des opérateurs passifs¹⁸¹, mais même cette jurisprudence exige l'existence d'un vecteur de transmission entre les parties. Le scénario du *Predictable Agent* se situe précisément en dessous de ce seuil minimal puisqu'aucun vecteur, aucune transmission ni aucun contact ne s'y interviennent.

L'affaire *United States v. RealPage*, analysée précédemment, illustre *a contrario* là où s'arrête le droit positif. En effet, la condamnation de Greystar repose sur un échange de données non publiques via un hub intermédiaire, soit les éléments qui font défaut dans le scénario du *Predictable Agent*¹⁸². La question de savoir si des algorithmes purement autonomes sans aucun échange de données sensibles du point de vue de la concurrence, pourraient être appréhendés par la Section 1 du *Sherman Act* ou par l'article 101 TFUE demeure ouverte dans les deux systèmes juridiques. Ezrachi et Stucke concluent sur ce point que la pertinence des critères traditionnels d'accord et d'intention « diminue à mesure qu'augmente l'autonomie des algorithmes »¹⁸³.

Ainsi, le scénario du *Predictable Agent* révèle la limite du critère d'intention et de contact exigé par les deux droits de la concurrence. Ces critères sont inopérants face aux pratiques anticoncurrentielles des acteurs de l'IA construites sur des stratégies nouvelles exploitant les lacunes du droit positif.

B. L'insuffisance commune des tentatives d'adaptation des deux systèmes

Face au vide juridique caractérisé dans le paragraphe précédent, l'antitrust et le droit européen de la concurrence ont tenté de réagir. Les deux systèmes ont tenté d'appliquer des qualifications alternatives afin d'appréhender la convergence algorithmique autonome. Ces tentatives n'ont toutefois pas été suffisantes afin de remédier à ces nouvelles pratiques anticoncurrentielles.

L'Union européenne s'est tournée vers la notion de position dominante collective prévue à l'article 102 TFUE¹⁸⁴. Cet article prohibe l'abus de position dominante, et la jurisprudence a précisé qu'une telle position peut être détenue collectivement par plusieurs entreprises lorsque celles-ci se présentent sur le marché comme une entité unique. La Cour de justice a défini, dans l'arrêt *Compagnie Maritime Belge*, les conditions d'une telle qualification. Les entités concernées doivent d'abord être liées entre elles par des facteurs économiques permettant

¹⁷⁹ CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48/69, *ICI c/ Commission*

¹⁸⁰ CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-199/92 P, *Hüls AG c/ Commission* ; CJUE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e.a. c/ Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*

¹⁸¹ CJUE, 21 janv. 2016, aff. C-74/14, *Eturas UAB e.a. c/ Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*

¹⁸² *United States v. RealPage, Inc.*, Final Judgment as to Defendant Greystar Real Estate Partners, LLC, Case n° 1:24-cv-00710 (M.D.N.C., 2 mars 2026)

¹⁸³ A. Ezrachi et M. Stucke, op. cit., p. 1808 : « The growing use of pricing algorithms renders the traditional concepts of agreement and anticompetitive intent less relevant. »

¹⁸⁴ Article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

l'adoption d'une ligne d'action commune¹⁸⁵. Ensuite, la seule existence d'un accord ou d'une pratique concertée entre les entreprises ne suffit pas, en elle-même, à établir l'existence d'une position dominante collective¹⁸⁶. Enfin, l'important est la capacité des entités à agir collectivement sur le marché, indépendamment de leurs concurrents, clients et consommateurs¹⁸⁷.

En théorie, cette notion pourrait permettre de saisir les situations dans lesquelles plusieurs entreprises utilisent le même algorithme de fixation des prix et adoptent en conséquence un comportement identique sur le marché¹⁸⁸. Si chaque entreprise est liée aux autres par l'intermédiaire d'un algorithme commun, une forme d'entité collective pourrait être constituée, justifiant l'application de l'article 102 TFUE indépendamment de toute preuve d'accord explicite. Cependant, cette voie d'adaptation se révèle insuffisante face aux formes les plus abouties de collusion algorithmique. Lorsque les algorithmes opèrent de manière pleinement autonome sans infrastructure commune, ce que les auteurs qualifient de configuration « *Digital Eye* » ou de « Machine autonome », aucun lien économique susceptible de constituer une position dominante collective ne peut être identifié¹⁸⁹. Chaque entité dispose de son propre système algorithmique, développé indépendamment, et la convergence des comportements résulte de la seule optimisation autonome des machines, sans qu'aucun facteur d'interdépendance structurel entre les entreprises ne soit établi. La notion de position dominante collective, construite autour de l'idée d'une action commune délibérée, se révèle ainsi inadaptée aux situations dans lesquelles la coordination émerge sans intention, sans concertation, et sans relation juridique ou économique identifiable¹⁹⁰.

Du côté américain, la FTC a tenté de combler les lacunes de la Section 1 du *Sherman Act*, en invoquant la Section 5 du *FTC Act* qui prohibe les « méthodes déloyales de concurrence ». Dans sa déclaration de politique générale du 10 novembre 2022, l'agence a affirmé que la Section 5 possède une portée autonome plus large que les lois antitrust fédérales existantes, et qu'elle couvre notamment les « pratiques facilitant la coordination tacite »¹⁹¹. En tant que telle, cette déclaration semblait offrir une solution afin d'appréhender les formes de collusion algorithmique dans lesquelles aucun accord explicite ne peut être démontré. Toutefois, cette tentative d'élargissement est doublement limitée.

¹⁸⁵ CJCE, 16 mars 2000, aff. jointes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA e.a. c/ Commission*, pt. 36 : la position dominante collective suppose que les entités soient reliées par des facteurs économiques, notamment la nature et les termes d'un accord, la structure du marché, et les interdépendances structurelles, permettant d'agir en tant qu'entité collective

¹⁸⁶ Ibid., pt. 43

¹⁸⁷ Ibid., pt. 41

¹⁸⁸ A. EZRACHI et M. E. STUCKE, « Artificial Intelligence & Collusion : When Computers Inhibit Competition », *University of Illinois Law Review*, 2017, pp. 1775-1810, spéc. pp. 1783-1785, pour la description de la configuration « Hub and Spoke »

¹⁸⁹ A. EZRACHI et M. E. STUCKE, op. cit., pp. 1787-1795, pour les configurations « Predictable Agent » et « Digital Eye/Autonomous Machine ».

¹⁹⁰ En ce sens, v. F. FAJGENBAUM, C. HOOGERP et R. LACOEUILHE, « Les règles de concurrence au défi de l'IAG ou l'IAG face au défi des règles de concurrence », *Dalloz IP/IT*, 2025, p. 134

¹⁹¹ FTC, *Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, Commission File No. P221202, 10 novembre 2022, Section V

D'abord, la jurisprudence de l'arrêt *Ethyl Corp. v. FTC* affirme que le seul fait pour des entreprises d'adopter des comportements parallèles ne suffit pas à caractériser une méthode déloyale de concurrence au sens de l'article 5¹⁹². Ainsi, pour que la FTC puisse agir sur ce fondement, elle doit établir soit l'existence d'une preuve d'accord entre les entreprises pour utiliser un dispositif facilitateur afin d'éviter la concurrence, soit le caractère oppressif de la pratique, c'est-à-dire démontrer qu'elle est motivée par une intention anticoncurrentielle, ou qu'elle est dépourvue de justification commerciale légitime indépendante¹⁹³. Or, dans les hypothèses de collusion algorithmique autonome, ni l'une ni l'autre de ces conditions n'est remplie. Il n'existe pas dans ces cas de figure d'accord et les algorithmes optimisent leurs stratégies selon une logique commerciale légitime et indépendante, sans intention subjective qui leur soit juridiquement imputable. Ezrachi et Stucke concluent ainsi que si la Section 5 peut éventuellement trouver à s'appliquer aux configurations de « *Predictable Agent* », elle demeure impuissante face aux algorithmes autonomes de la catégorie « *Digital Eye* »¹⁹⁴.

La seconde limite tient au démantèlement de l'arsenal procédural de la FTC opéré par la Cour suprême. Dans l'arrêt *AMG Capital Management v. FTC* rendu le 22 avril 2021, la Cour, statuant à l'unanimité, a jugé que la Section 13(b) du *FTC Act* ne l'autorisait pas à solliciter des juridictions fédérales l'octroi de réparations équitables telles que la restitution de profits illicites (*disgorgement*)¹⁹⁵. Cette décision prive l'agence d'un instrument essentiel de dissuasion, puisque même si elle parvenait à démontrer une pratique anticoncurrentielle sur le fondement de la Section 5, elle serait désormais dans l'impossibilité de récupérer les gains générés par la violation, anéantissant l'effet dissuasif de l'action publique¹⁹⁶.

Au-delà des limites propres à chacun des systèmes, c'est une insuffisance commune qui transparaît. Le droit de la concurrence, dans ses deux versions, repose sur des présupposés anthropocentriques. Les catégories essentielles de ce droit ont été construites en référence à des acteurs humains capables de formuler une volonté, de prendre des décisions conscientes et de conclure des relations qualifiables en droit. Comme le relèvent les auteurs, « *the law considers the nature of illicit conduct through a 'human' prism* »¹⁹⁷.

Cette carence commune démontre la convergence paradoxale de deux systèmes pourtant construits sur des philosophies différentes de régulation de la concurrence. Aussi différents que soient le modèle répressif américain *ex post* fondé sur l'action des juridictions et des agences fédérales, et le modèle européen préventif *ex ante*, les deux systèmes échouent à saisir la

¹⁹² *Ethyl Corp. v. Federal Trade Commission*, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984), p. 139 ; v. également *Boise Cascade Corp. v. FTC*, 637 F.2d 573 (9th Cir. 1980), cités par A. EZRACHI et M. E. STUCKE, op. cit., p. 1793

¹⁹³ *Ethyl Corp. v. Federal Trade Commission*, précité, pp. 139-140 : la Cour impose que la FTC démontre soit « evidence of an agreement to employ the facilitating device in order to avoid competition », soit que la pratique était « oppressive — that it was employed with an anticompetitive intent or without an independent legitimate business reason »

¹⁹⁴ A. EZRACHI et M. E. STUCKE, op. cit., pp. 1793-1795

¹⁹⁵ *AMG Capital Management, LLC v. Federal Trade Commission*, 141 S.Ct. 1341 (2021), Syllabus, p. 1 : « Section 13(b) does not authorize the Commission to seek, or a court to award, equitable monetary relief such as restitution or disgorgement »

¹⁹⁶ En ce sens, v. F. FAJGENBAUM, C. HOOGERP et R. LACOEUILHE, op. cit., p. 134, qui soulignent la fragilisation de la capacité coercitive de la FTC dans le secteur numérique à la suite de cette décision

¹⁹⁷ A. EZRACHI et M. E. STUCKE, op. cit., p. 1781

collusion algorithmique des acteurs de l'IA. C'est précisément cette convergence dans l'échec qui rend nécessaire l'examen des réponses réglementaires et des philosophies économiques que chaque système tente d'apporter face aux défis des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'IA.

Partie 2 : Les deux philosophies antagonistes de la régulation du secteur de l'IA : la prévention européenne face à l'enforcement américain

La première partie de cette étude a mis en évidence que ni le droit américain, ni le droit de l'Union européenne, ne disposent, en l'état, des instruments adéquats pour appréhender les stratégies et pratiques anticoncurrentielles propres au secteur de l'IA. Qu'il s'agisse des acquisitions sub-seuils, de la fermeture d'accès aux ressources stratégiques ou de l'émergence des collusions algorithmiques, les deux systèmes sont face à une impasse du fait d'un droit fondé sur des catégories juridiques formées pour des marchés industriels incapables de saisir la réalité d'un secteur dominé par les externalités de réseau, l'intégration verticale des écosystèmes et l'opacité des modèles algorithmiques.

Cette incapacité commune révèle cependant une divergence de fond dans la manière dont les deux ordres juridiques ont choisi de répondre aux défis posés par les acteurs de l'IA. Les autorités américaines et européennes ont engagé des réformes radicalement différentes traduisant deux philosophies opposées de la régulation de l'économie numérique. L'Union européenne a fait le choix d'une régulation *ex ante* ambitieuse, cherchant à prévenir les pratiques anticoncurrentielles avant qu'elles ne produisent leurs effets irréversibles (Titre 1). Les États-Unis, fidèles à leur tradition prétorienne et à leur méfiance envers l'interventionnisme réglementaire, ont maintenu la primauté de l'*enforcement ex post*, confiant aux agences fédérales la mission de sanctionner les abus *a posteriori*, dans un contexte de forte politisation de l'antitrust (Titre 2).

Titre 1 : Le choix européen de la régulation *ex ante* afin de prévenir les pratiques anticoncurrentielles des acteurs de l'IA

Le choix européen d'une régulation *ex ante* des marchés numériques est incarné principalement dans le *Digital Markets Act*, l'instrument phare d'une stratégie qui entend tirer les leçons des échecs passés de l'application du droit européen de la concurrence. En effet, dans les marchés présentant une tendance au verrouillage, l'*enforcement ex post* est incompatible avec les impératifs de préservation de la concurrence. L'ambition de l'Europe est donc bien présente, mais les résultats sont plus mitigés. Si le DMA représente une rupture conceptuelle réelle avec le droit européen de la concurrence classique, ses premières applications démontrent des résultats modérés, ce qui fait ressortir ses lacunes face aux spécificités du secteur de l'IA

(Section 1). C'est ensuite l'excès de normes européennes qui complexifie la lisibilité et l'efficacité du droit, en créant des tensions normatives qui en fragilisent la cohérence (Section 2).

Section 1 : L'efficacité du Digital Markets Act face aux Big Tech remise en cause par ses carences quant à la régulation des nouveaux acteurs de l'IA

Le *Digital Markets Act*, adopté par le règlement (UE) n°2022/1925 du 14 septembre 2022 et applicable depuis le 2 mai 2023, constitue la réponse la plus structurée de l'Union européenne aux défaillances du droit classique dans le secteur du numérique. Il est fondé sur un mécanisme de désignations des « contrôleurs d'accès » assorti d'obligations comportementales imposées *ex ante*. Son apport est concret, mais ses résultats invitent à relativiser son efficacité (§1). Plus fondamentalement, c'est la structure même du DMA qui révèle ses carences lorsqu'il est appliqué aux pratiques des acteurs de l'IA (§2).

§ 1 — L'apport prometteur du DMA malheureusement limité par des résultats relatifs

A. La rupture nécessaire avec le droit classique induite par les mécanismes du DMA

La naissance du DMA est indissociable d'un constat d'échec historique. Pendant une décennie, la Commission européenne a initié de longues procédures contre les Big Tech. Par exemple, l'affaire Google Search (Shopping), ouverte en 2010, n'a donné lieu qu'à une décision en 2017, soit plus de sept ans d'instruction pour être définitivement tranchée par la CJUE en septembre 2024¹⁹⁸. Ces procédures illustrent la limite structurelle du modèle *ex post* dans un secteur où les effets de réseau et les économies d'échelle conduisent à une concentration rapide du pouvoir de marché. Comme le souligne la doctrine, les régulateurs sont arrivés « trop tard sur les marchés numériques, qu'ils ont laissé devenir des citadelles quasi imprenables », à tel point que le Président de l'Autorité de la concurrence française lui-même a averti que, faute d'une réaction législative adéquate, l'on assisterait à l'ouverture du « musée des horreurs » du droit de la concurrence appliqué au secteur de l'IA¹⁹⁹.

C'est cette prise de conscience collective qui a conduit l'Union à opérer une rupture de méthode ambitieuse et nécessaire. Cette rupture procède d'un renversement de la logique classique du droit de la concurrence dans son rapport à la preuve. Sous l'empire de l'article 102 TFUE, l'autorité qui entend sanctionner une pratique unilatérale doit successivement établir la définition d'un marché pertinent, la position dominante de l'entreprise visée sur ce marché, l'existence d'un comportement abusif, et enfin ses effets anticoncurrentiels réels ou potentiels²⁰⁰. Cette démonstration est à la fois longue, incertaine et rétrospective, et son issue n'est certaine qu'une fois le dommage concurrentiel établi²⁰¹. Le DMA inverse cette logique

¹⁹⁸ F. Fajgenbaum, C. Hoogterp et R. Lacoeuille, « Les règles de concurrence face au défi de l'IA ou l'IA face au défi des règles de concurrence », *Dalloz IP/IT* 2025, p. 134, citant Commission, 27 juin 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)* ; Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17, *Google et Alphabet c/ Commission* ; et CJUE, 10 sept. 2024, aff. C-48/22 P, *Google et Alphabet c/ Commission*

¹⁹⁹ C. Lledo, « La structuration du secteur de l'intelligence artificielle générative », *Dalloz IP/IT* 2025, p. 411

²⁰⁰ Article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

²⁰¹ C. Lledo, art. préc., p. 411 : « Ni la délimitation du marché pertinent, ni la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles ne se déroulent de manière satisfaisante en matière d'IA générative.

puisque les obligations qu'il impose ne naissent pas de la constatation d'un abus, mais de la désignation de l'entreprise en tant que « contrôleur d'accès », indépendamment d'un quelconque comportement.

Le mécanisme de désignation, défini à l'article 3 du règlement, repose sur des seuils quantitatifs cumulatifs. Une entreprise fournissant un « service de plateforme essentiel », et réalisant un chiffre d'affaires annuel d'au moins 7,5 milliards d'euros dans l'Espace économique européen, ou affichant une capitalisation boursière d'au moins 75 milliards d'euros, tout en comptant au moins 45 millions d'utilisateurs actifs mensuellement et 10 000 entreprises utilisatrices actives annuellement, pendant au moins trois années consécutives, est présumée « contrôleur d'accès »²⁰². Ces critères présentent l'avantage de rendre la désignation objective et de lui conférer une prévisibilité juridique. La Commission dispose toutefois en parallèle d'un pouvoir de désignation qualitative, fondé sur une évaluation des caractéristiques de l'entreprise concernée lorsque les seuils quantitatifs ne sont pas franchis²⁰³. Sur ce fondement, six entreprises ont à ce jour été désignées contrôleurs d'accès : Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta et Microsoft²⁰⁴.

Une fois désignée comme « contrôleur d'accès », l'entreprise se voit soumise à deux catégories d'obligations comportementales dont la portée matérialise la rupture avec le droit antitrust. L'article 5 liste des obligations dites « per se » insusceptibles de justification sur le fondement des gains d'efficacité. Ces obligations comprennent notamment l'interdiction de combiner les données à caractère personnel provenant d'un service de plateforme essentiel avec les données provenant de tout autre service, sauf consentement des utilisateurs²⁰⁵. L'article 6 prévoit quant à lui des obligations « spécifiables » selon les circonstances concrètes, incluant l'interdiction d'utiliser les données non publiques produites par les entreprises utilisatrices à des fins concurrentielles, l'obligation d'assurer la portabilité effective et gratuite des données générées par l'utilisateur final, et l'obligation de fournir aux utilisateurs professionnels un accès en temps réel aux données produites dans le cadre de l'utilisation du service concerné²⁰⁶. L'originalité radicale de ce dispositif est d'avoir accompli ce que le droit de la concurrence classique n'avait jamais osé, à savoir imposer des obligations à des entreprises sans qu'il soit nécessaire de prouver un abus de position dominante et des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 102 TFUE. Les articles 5 et 6 « peuvent avantageusement remplacer la prohibition défaillante des abus de position dominante » dans les domaines couverts par leur champ

²⁰² Règl. (UE) n° 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil, 14 sept. 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828, *JOUE*, n° L 265, 12 oct. 2022, p. 1 (ci-après « DMA »), art. 3, § 2

²⁰³ DMA, art. 3, § 8 : la Commission peut désigner comme contrôleur d'accès une entreprise ne franchissant pas les seuils quantitatifs dès lors qu'elle présente une importance significative pour le marché intérieur, constitue un point d'accès important pour les entreprises utilisatrices afin d'atteindre les utilisateurs finaux, et jouit d'une position enracinée et durable ou d'une telle position prévisible à brève échéance

²⁰⁴ Commission européenne, décisions de désignation des contrôleurs d'accès au titre de l'art. 3, § 4, DMA, sept. 2023 ; ADLC, avis n° 24-A-05 du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative (ci-après « avis ADLC »), § 10

²⁰⁵ DMA, art. 5, § 2 ; ADLC, avis ADLC, § 109

²⁰⁶ DMA, art. 6, §§ 2, 9 et 10 ; ADLC, avis ADLC, § 109

d'application²⁰⁷. Il s'agit d'une régulation par la structure et non par le comportement. Le DMA ne sanctionne pas un abus, mais prévient les conditions de sa mise en place.

Cette différence est constitutive d'une philosophie régulatoire distincte, que reflète d'ailleurs l'objectif même fixé à l'article 1 du règlement : garantir des marchés numériques « contestables et équitables »²⁰⁸. Cette finalité tranche avec le *Consumer Welfare Standard* dominant dans les deux traditions antitrust, en ce qu'elle vise la structure même de la concurrence et non seulement ses effets sur le consommateur final.

C'est précisément en cela que le DMA apporte une réponse à l'impasse décrite dans la première partie de ce développement. Face à des acteurs dont le pouvoir de marché se constitue avant même que les outils classiques puissent être mobilisés, la seule réponse cohérente est de passer d'une législation de la réaction à une législation de la prévention. Le législateur européen a fait le choix explicite de sacrifier une partie de la sécurité juridique au profit de l'efficacité régulatoire. La question reste toutefois celle de l'efficacité de cet acte et les premiers résultats invitent à nuancer son efficacité.

B. Les premiers résultats modérés, pour le secteur de l'IA, du DMA dans l'affaire *Bytedance c/ Commission*

L'affaire *ByteDance c/ Commission* constitue le premier test judiciaire du mécanisme de désignation institué par le *Digital Markets Act*²⁰⁹. Elle s'inscrit dans une séquence procédurale qui débute le 3 juillet 2023, date à laquelle *ByteDance* a notifié à la Commission qu'elle estimait satisfaire aux seuils quantitatifs définis à l'article 3 (2)(a) et (b) du DMA, mais non ceux prévus à l'article 3 (2)(c) s'agissant de son service TikTok, qu'elle qualifiait de service de réseau social en ligne au sens de l'article 2 (2)(c) DMA²¹⁰. Conformément à l'article 3 (5), premier alinéa, DMA, *ByteDance* a simultanément soumis des arguments visant à réfuter la présomption de statut de contrôleur d'accès²¹¹. La Commission, à l'issue d'un échange de correspondance et d'une réunion tenue le 17 août 2023 à la demande de *ByteDance*²¹² a adopté le 5 septembre la décision C(2023) 6102 final, par laquelle elle a désigné *ByteDance* comme contrôleur d'accès au sens du DMA. Elle a rejeté l'ensemble des arguments de l'entreprise au

²⁰⁷ C. Lledo, art. préc., p. 411 ; F. Fajgenbaum, C. Hoogterp et R. Lacoeuilhe, art. préc., p. 134, qui relèvent que « le DMA pourra aussi devenir un soutien dans l'encadrement du développement de l'IAG par le droit de la concurrence »

²⁰⁸ DMA, art. 1, § 1 : « Le présent règlement vise à contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en établissant des règles harmonisées garantissant des marchés numériques contestables et équitables dans l'ensemble de l'Union, au bénéfice des entreprises utilisatrices et des utilisateurs finaux. »

²⁰⁹ 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 (« *Digital Markets Act* »), JOUE L 265, 12 oct. 2022, p. 1

²¹⁰ Commission européenne, résumé de la décision C(2023) 6102 final du 5 septembre 2023 (affaire DMA.100040 – *ByteDance – Online Social Networking Service*), JOUE C/2023/552, 27 oct. 2023, § 3. *ByteDance* estimait que TikTok correspondait à la catégorie « service de partage de vidéos » visée à l'article 2(2) du DMA plutôt qu'à celle de « service de réseau social en ligne », au motif notamment que ses utilisateurs ne satisferaient pas au seuil quantitatif de l'article 3(2)(c) DMA si la qualification retenue était celle de réseau social

²¹¹ Art. 3(5), premier alinéa, DMA, préc. note 1 : « Une entreprise visée au paragraphe 3 peut, avec sa notification, présenter des arguments pour démontrer que, bien qu'elle remplisse toutes les conditions visées au paragraphe 2, elle ne satisfait pas exceptionnellement aux exigences visées au paragraphe 1 en raison des circonstances dans lesquelles le service de plateforme essentiel concerné opère. »

²¹² Commission européenne, résumé de la décision C(2023) 6102 final, préc. note 2, § 5

motif qu'ils n'étaient pas suffisamment étayés pour remettre manifestement en question la présomption posée à l'article 3 (2) DMA²¹³.

ByteDance a formé un recours en annulation devant le Tribunal de l'Union européenne, assorti d'une demande de mesures provisoires visant à suspendre l'application de la décision de désignation. Cette demande de mesures provisoires a été rejetée, *ByteDance* ne parvenant pas à établir l'urgence requise. Le Tribunal, statuant dans le cadre d'une procédure accélérée, a rendu son arrêt le 17 juillet 2024, rejetant le recours dans son intégralité²¹⁴. *ByteDance* a contesté cette décision au moyen de trois arguments. D'abord la violation de l'article 3 (1) et (5) DMA dans l'appréciation des critères de désignation et des arguments de réfutation. Ensuite, la violation des droits de la défense. Enfin, la violation du principe d'égalité de traitement.

L'apport essentiel de cet arrêt réside moins dans l'issue, prévisible au regard de la solidité de la décision de désignation, que dans les précisions apportées par le Tribunal sur la portée et la philosophie du mécanisme de désignation prévu par le DMA. Cinq enseignements doivent être relevés ici, chacun éclairant la manière dont le DMA construit une philosophie régulatoire distincte du droit de la concurrence classique.

En premier lieu, le Tribunal a retenu un standard de preuve particulièrement exigeant pour le mécanisme de réfutation prévu à l'article 3 (5) DMA. Le requérant doit établir ses arguments à un « degré de haute vraisemblance »²¹⁵, seuil qui reflète la logique *ex ante* du DMA. L'objectif n'est pas de démontrer l'absence effective de position de contrôleur d'accès au terme d'une analyse concurrentielle individualisée, mais seulement de faire naître un doute sérieux sur la pertinence des présomptions quantitatives. Cette exigence traduit le choix délibéré du législateur européen de conférer à la Commission une présomption solide, difficile à renverser, afin d'éviter que les grandes entreprises du numérique ne paralysent le processus de désignation par des litiges procéduraux prolongés.

En deuxième lieu, le Tribunal a précisé que la détention d'un écosystème numérique intégré n'est pas une condition *sine qua non* pour être qualifié de contrôleur d'accès au sens du DMA²¹⁶. La Commission peut désigner une entreprise pour un seul service de plateforme essentielle, indépendamment de la diversité ou de l'intégration verticale de ses activités. *ByteDance* faisait valoir que son absence d'écosystème comparable à ceux de Google, Apple ou Amazon la distinguait des acteurs visés par le règlement. Le Tribunal a écarté cet argument, confirmant que le DMA raisonne service par service et non par écosystème, conformément à la structure même de son article 3.

²¹³ Ibid., §§ 9 à 14. La Commission a constaté, d'une part, que TikTok constitue bien un service de réseau social en ligne au sens de l'article 2(2)(c) DMA (§§ 9-10), et d'autre part, que la méthodologie de comptage des utilisateurs proposée par *ByteDance* était erronée, de sorte que l'ensemble des seuils de l'article 3(2) DMA étaient satisfaits (§ 11). Les arguments de réfutation ont été rejetés au motif qu'ils n'étaient « pas suffisamment étayés pour remettre manifestement en question la présomption » (§ 12)

²¹⁴ Trib. UE, 17 juill. 2024, aff. T-1077/23, *ByteDance Ltd c/ Commission européenne*, ECLI:EU:T:2024:478

²¹⁵ Trib. UE, 17 juill. 2024, aff. T-1077/23, *ByteDance*, préc. note 6, pt. 71

²¹⁶ Ibid., pts. 132-133

En troisième lieu, s'agissant du *multi-homing*, c'est-à-dire la possibilité pour les utilisateurs professionnels et les utilisateurs finaux de recourir simultanément à plusieurs plateformes concurrentes, le Tribunal a jugé que cette caractéristique est insuffisante, à elle seule, pour réfuter la présomption de statut de contrôleur d'accès²¹⁷. La logique du DMA induit que même en présence de *multi-homing*, la plateforme peut demeurer un point de passage incontournable pour accéder à une catégorie significative d'utilisateurs finaux, ce qui suffit à satisfaire au critère prévu à l'article 3 (1)(b) DMA.

En quatrième lieu, le Tribunal a expressément distingué la notion de « position ancrée et durable » au sens de l'article 3 (1)(c) DMA de celle de « position dominante » au sens de l'article 102 TFUE²¹⁸. Cette distinction confirme que le DMA ne constitue pas un prolongement du droit européen de la concurrence classique mais une régulation autonome dont les concepts propres ne doivent pas être interprétés à la lumière de la jurisprudence développée sous l'article 102 TFUE. La Commission n'est pas tenue de démontrer la dominance au sens classique, il lui suffit d'établir que l'entreprise jouit ou jouira dans un avenir prévisible d'une position ancrée dans ses opérations, notion qui n'implique ni abus, ni effet anticoncurrentiel²¹⁹.

En dernier lieu, le Tribunal a affirmé qu'une entreprise peut être à la fois un acteur *challenger* sur un marché et quand même se voir qualifier de contrôleur d'accès au titre du DMA²²⁰. *ByteDance* faisait valoir qu'en tant que plateforme la plus récente, elle demeurerait un *challenger* face aux plateformes établies, argument qui lui permettait selon elle de sortir du champ d'application du règlement. Le Tribunal, en rejetant cette thèse souligne que le DMA s'attache aux caractéristiques objectives du service et non à la position de l'entreprise sur le marché.

Ces précisions apportées par le Tribunal témoignent de la cohérence du DMA. Il est un outil *ex ante* fondé sur des seuils objectifs et présomptifs, résistant aux stratégies des acteurs du secteur du numérique. En cela, cette affaire démontre que la Commission et les juridictions européennes partagent la même vision de la nouvelle régulation européenne en matière de concurrence. Il est en outre important de noter que le considérant 5 du DMA précise que le règlement poursuit des objectifs distincts de ceux des articles 101 et 102 TFUE et n'est pas conditionné à la démonstration d'effets anticoncurrentiels effectifs²²¹.

Toutefois, les résultats du DMA restent modérés. Les mécanismes de ce règlement fonctionnent correctement dans le périmètre qui lui est donné, mais ce périmètre est figé par la liste exhaustive des services de plateformes essentiels définie à l'article 2 (2) DMA. Or, cette

²¹⁷ Ibid., pts. 183-185

²¹⁸ Ibid., pts. 297-298

²¹⁹ DMA, préc. note 1, consid. 11 : le règlement précise que la notion de « position ancrée et durable » est définie de manière autonome par rapport aux concepts du droit de la concurrence et vise à appréhender les situations où une contestation effective n'est pas prévisible dans un avenir proche

²²⁰ Ibid., pt. 317

²²¹ DMA, préc. note 1, consid. 5

liste n'inclut pas les acteurs dominants du secteur de l'intelligence artificielle ²²². TikTok est un service de réseau social en ligne, or les modèles de fondation, les couches d'inférence, les interfaces de programmation applicative donnant accès à l'IA générative et les places de marché de modèles ne figurent pas parmi les catégories énumérées à cet article du DMA.

L'affaire *ByteDance* illustre donc bien la solidité du DMA pour les marchés du numérique et les Big Tech (pour lesquels il a d'ailleurs été conçu), mais aussi son inadaptation au secteur de l'IA qui n'entre dans aucune des catégories prévues par le texte.

§ 2 — Les lacunes intrinsèques du DMA mises en évidence par l'écosystème IA

A. Les acteurs clés de l'IA échappant à la régulation du DMA

Afin de comprendre en quoi la structure du DMA comporte des lacunes à l'égard des comportements anticoncurrentiels des acteurs de l'IA générative, il convient de partir de la doctrine. La chaîne de valeur de l'IA générative s'organise en trois couches. La première regroupe les fournisseurs de puissance de calcul et de services *cloud*, la seconde est celle de la modélisation au sein de laquelle les développeurs de modèles de fondation entraînent et déploient leurs grands modèles de langage, et la troisième réunit les tiers construisant des services à destination des utilisateurs finaux à partir de l'accès à ces modèles via des interfaces de programmation ²²³. C'est précisément au niveau de cette couche intermédiaire que réside l'angle mort du DMA, en ce qu'il laisse hors de tout contrôle réglementaire les acteurs dont la position est potentiellement la plus déterminante dans la concurrence du secteur.

Les « services de plateforme essentiels » définis à l'article 2, paragraphe 2, du règlement constituent une liste limitative de dix catégories réunissant les services d'intermédiation en ligne, les moteurs de recherche, les réseaux sociaux, les plateformes de partage de vidéos, les services de communications interpersonnelles, les systèmes d'exploitation, les navigateurs web, les assistants virtuels, les services d'informatique en nuage et les services de publicité en ligne ²²⁴. Cette liste est exhaustive et le règlement ne confère pas à la Commission le pouvoir de l'étendre par voie d'interprétation, sauf à recourir à la procédure formelle d'enquête de marché prévue à l'article 17. Or, aucune de ces catégories ne saisit ce que l'Autorité de la concurrence française qualifie de « *MaaS* » (*Model as a Service*), c'est-à-dire la fourniture d'accès à des modèles de fondation via une interface de programmation comme GPT-4 pour OpenAI, Claude pour Anthropic ou MistralAI, qui constitue à la date des premiers avis réglementaires la seule licorne européenne du secteur ²²⁵.

Une tentative d'assimilation a néanmoins été envisagée par l'Autorité française puisque selon elle certains services *MaaS* pourraient être rattachés à la catégorie des « services d'informatique en nuage » visée à l'article 2(2)(i) du DMA, sous réserve de l'appréciation de

²²² Art. 2(2) DMA, préc. note 1, qui dresse la liste exhaustive des catégories de services de plateforme essentiels couverts par le règlement, parmi lesquelles ne figurent ni les modèles d'intelligence artificielle fondamentaux, ni les services d'inférence en tant que tels

²²³ C. LLEDO, « La structuration du secteur de l'intelligence artificielle générative », *Dalloz IP/IT*, 2025, p. 411

²²⁴ Règl. (UE) n° 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil, 14 sept. 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (ci-après « DMA »), JOUE, L 265, 12 oct. 2022, art. 2 (2)

²²⁵ Aut. conc., avis n° 24-A-05 du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative (ci-après « avis IA générative »), § 332 ; C. LLEDO, *art. préc.*, p. 411

la Commission²²⁶. Cette interprétation se heurte cependant à un obstacle textuel. Le DMA définit les services *cloud* par renvoi à l'article 4(19) de la directive NIS1, qui les circonscrit aux services « permettant l'accès à un ensemble modulable et variable de ressources informatiques pouvant être partagées »²²⁷. La fourniture d'accès à un modèle de langage via une API est qualitativement distincte de la mise à disposition de ressources informatiques partagées et constitue la fourniture d'une capacité générative automatisée dont la nature même exclut toute assimilation sémantique rigoureuse aux services d'infrastructure que vise le DMA. L'interprétation de l'Autorité de la concurrence demeure donc incertaine.

À cet obstacle s'ajoute celui des seuils de désignation. L'article 3, paragraphe 2, du DMA soumet la présomption de qualité de contrôleur d'accès à des conditions quantitatives cumulatives. Ces conditions sont les suivantes : un chiffre d'affaires annuel dans l'Union européenne supérieur ou égal à 7,5 milliards d'euros réalisé au cours de chacun des trois derniers exercices ou une capitalisation boursière moyenne d'au moins 75 milliards d'euros lors du dernier exercice ; 45 millions d'utilisateurs finaux mensuels actifs dans l'Union ; et 10 000 entreprises utilisatrices annuelles actives. Ces seuils doivent être atteints au cours de chacun des trois derniers exercices²²⁸. Ces conditions sont, en l'état actuel du marché, hors de portée de l'ensemble des développeurs indépendants de modèles de fondation. OpenAI s'en rapproche progressivement sur le plan du chiffre d'affaires mondial, mais l'antériorité d'exploitation requise et la circonscription géographique aux revenus européens font obstacle à toute désignation à court terme. Anthropic, encore largement déficitaire, et MistralAI, dont la valorisation se situe bien en dessous des seuils, sont dans une situation encore plus éloignée de la désignation automatique.

La décision du 6 septembre 2023 par laquelle la Commission a, pour la première fois, mis en œuvre le DMA en désignant six contrôleurs d'accès (Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta et Microsoft) pour vingt-deux services de plateforme essentiels confirme ce diagnostic²²⁹. Aucun développeur de modèle de fondation n'y figure. Cette absence n'est pas le produit d'une omission, mais le résultat de la structure normative du règlement, puisque le DMA a été négocié entre décembre 2020 et septembre 2022, soit pendant la période qui a précédé l'émergence de l'IA générative, et ses catégories ont été figées avant que la couche de modélisation ne devienne le centre des enjeux concurrentiels de ce marché. Le paradoxe qui en résulte est frappant.

La *Competition and Markets Authority* britannique a cartographié avec précision, dans son rapport initial sur les modèles de fondation, les relations de dépendance que génère l'accès aux grands modèles via API²³⁰. Un développeur d'applications qui construit ses services sur l'API d'OpenAI dépend de ce fournisseur aussi étroitement que les développeurs qui publient leurs

²²⁶ Aut. conc., avis n° 24-A-05, *préc.*, § 333

²²⁷ DMA, art. 2 (13), renvoyant à l'art. 4 (19) de la directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil, 6 juill. 2016, concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information (directive NIS), JOUE, L 194, 19 juill. 2016

²²⁸ DMA, art. 3 (2)

²²⁹ Commission européenne, communiqué de presse, « Règlement sur les marchés numériques : la Commission désigne six contrôleurs d'accès », 6 sept. 2023

²³⁰ Competition and Markets Authority (« CMA »), *AI Foundation Models : Initial Report*, 18 sept. 2023, p. 4-5 et 13

applications sur l'App Store dépendent d'Apple. Or, Apple est précisément désigné contrôleur d'accès pour l'App Store en vertu du DMA. OpenAI ne l'est toutefois pas, et ne saurait l'être dans le cadre normatif actuel. La CMA souligne d'ailleurs, dans son rapport de mise à jour technique d'avril 2024, que ce risque de dépendance à l'égard des développeurs de modèles constitue l'une des trois menaces concurrentielles majeures identifiées dans le secteur, en particulier le risque que les partenariats entre acteurs de premier rang consolident et étendent les positions de pouvoir à travers l'ensemble de la chaîne de valeur²³¹. L'écosystème de l'IA révèle ainsi une forme d'immunité réglementaire qui n'est pas le produit d'une stratégie délibérée d'évitement de la part des acteurs, mais d'une inadéquation entre le périmètre du DMA et la réalité de la chaîne de valeur de l'IA générative.

Face à cette lacune, l'Autorité de la concurrence française a formulé une recommandation qui témoigne de la prise de conscience du régulateur sans pour autant y apporter de réponse efficace. La Commission européenne devrait « porter une attention particulière au développement des services *MaaS* pour évaluer la possibilité de désigner les entreprises fournissant de tels services en tant que contrôleurs d'accès »²³². Une telle désignation pourrait théoriquement emprunter la voie quantitative si un développeur de modèle venait à satisfaire aux seuils de l'article 3, §2 du DMA, ou la voie qualitative d'une enquête de marché ouverte en application de l'article 3, §8, et de l'article 17 du même règlement²³³. Cette dernière procédure, pouvant atteindre une durée de douze mois, n'a à ce jour pas été utilisée par la Commission à l'égard des développeurs de modèles de fondation.

Aussi prometteuse que puisse être la perspective d'une extension progressive du champ d'application du DMA à la couche de modélisation, elle demeure à ce stade au rang des aspirations doctrinales plutôt que des réalités normatives. Le régulateur européen, qui avait fait de la prévention son objectif, se retrouve ici forcé de constater l'insuffisance de son instrument face à la configuration du secteur de l'IA qu'il n'a pas anticipée.

B. La non-anticipation par le DMA de l'intégration des modèles IA dans les services gatekeepers

Le second problème révélé par l'intégration rapide de modèles d'IA propriétaires dans les services de *gatekeepers* déjà désignés est celui de l'incertitude juridique persistante quant à la qualification de ces intégrations au regard des obligations du DMA. Lorsque Google intègre Gemini dans Google Search, ou que Microsoft intègre Copilot dans Office 365, Teams et Windows, ces intégrations posent la question de la violation des obligations d'auto-référencement énoncées à l'article 6(5) du DMA²³⁴. La Commission européenne a effectivement ouvert des investigations préliminaires sur ces questions²³⁵ sans qu'aucune conclusion définitive n'ait été rendue à ce jour. Cette absence de clarification juridique crée

²³¹ CMA, *AI Foundation Models : Technical Update Report*, 16 avr. 2024, p. 6-7 et p. 27-31

²³² Aut. conc., avis n° 24-A-05, *préc.*, Proposition n°1

²³³ DMA, art. 3 (8) et art. 17

²³⁴ Règlement (UE) 2022/1925, article 6(5) : oblige les prestataires de services de plateforme numérique fondamentale à traiter les services concurrents de manière équitable

²³⁵ European Commission, *Competition Policy Brief on Competition in Generative AI and Virtual Worlds* (septembre 2024), p. 6 et p. 9 : la Commission examine si les accords pour pré-installation de Gemini Nano et l'intégration de Copilot soulèvent des risques antitrust

une incertitude stratégique qui profite aux acteurs de l'IA, lesquels peuvent poursuivre leurs stratégies de *clustering* vertical en attendant une décision hypothétique de la Commission. Le DMA, conçu comme un instrument destiné à prévenir les abus fonctionne en réalité comme un mécanisme quasi-*ex post* permettant aux Big Tech de consolider leurs positions avant même de savoir s'ils violent les règles applicables.

La question de la qualification juridique de ces intégrations démontre la tension juridique profonde du DMA. L'article 6(5) impose aux *gatekeepers* de ne pas traiter les services tiers de manière moins favorable que leurs propres services. Or, il se pose la question de savoir si l'intégration profonde d'un modèle d'IA propriétaire constitue ou non une forme de traitement inégal au sens du DMA. La jurisprudence ne tranche pas cette question mais le cas Microsoft/Teams offrait un précédent instructif. La Commission européenne a, en effet, considéré que l'intégration de Teams dans les suites Office 365 et Microsoft 365 constituait un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE²³⁶ et elle a exigé que Microsoft propose ces suites avec et sans Teams à des prix différenciés²³⁷. Cependant, cet exemple illustre le problème qui caractérise le droit européen de la concurrence. La Commission a dû ouvrir une investigation formelle en juillet 2023 pour une pratique débutée en avril 2019, soit quatre ans pendant lesquels Microsoft a pu consolider sa pratique sans intervention. Pour les modèles d'IA générative, dont le cycle de développement est infiniment plus rapide, ce délai n'est pas adapté.

À cette incertitude normative s'ajoute un autre problème à savoir l'inadéquation entre la lenteur de la désignation des *gatekeepers* et la rapidité de l'émergence du marché de l'IA. Le processus de désignation d'un *gatekeeper* en vertu du DMA comprend plusieurs phases. D'abord l'investigation de la Commission pour établir si une entreprise remplit les critères numériques. Ensuite la consultation publique des parties intéressées. Enfin la publication de la liste des *gatekeepers*. Ce processus prend typiquement dix-huit à vingt-quatre mois. Or, le marché de l'IA générative se restructure complètement en quelques mois²³⁸. Entre le moment où une entreprise atteint les seuils numériques du DMA et celui où la Commission la désigne formellement comme *gatekeeper*, ses services d'IA auront pu être intégrés massivement dans des écosystèmes existants, des partenariats stratégiques et, des positions de marché consolidées. Le DMA a voulu éviter la lenteur du modèle *ex post* mais son mécanisme est inadapté au secteur de l'IA.

Deux scénarios émergent de cette incohérence dans la temporalité de l'application du DMA et de l'évolution de l'IA. Premièrement, au moment où la Commission désigne un acteur de

²³⁶ Commission européenne, *Press Release IP/25/2048* (11 septembre 2025), « Commission accepts commitments offered by Microsoft to address competition concerns related to Teams » : la Commission a préliminairement trouvé que Microsoft abuse de sa position dominante sur le marché des applications SaaS productivité depuis avril 2019

²³⁷ Ibid. : Microsoft doit proposer des versions sans Teams à prix réduits et permettre aux clients de basculer entre suites avec et sans Teams

²³⁸ Policy Brief Commission (2024), p. 4 : « The generative AI sector, which encompasses several markets at the upstream and downstream levels of the provision of generative AI models, is currently described by players and stakeholders as very dynamic, with a rich R&D activity and many players of different sizes ». La Commission identifie quatre tendances majeures évoluant simultanément : vertical integration, partnerships pour accès aux ressources, partenariats pour canaux de distribution, et race vers des modèles plus efficaces et ouverts

l'IA comme *gatekeeper* et applique les obligations du DMA, sa position dominante aura déjà atteint un point de consolidation irréversible. Google aura intégré Gemini dans Search, Microsoft aura lié Copilot à la suite Office, et les obligations rétroactives du DMA ne pourront pas remédier au dommage concurrentiel passé. Deuxièmement, le marché pourrait basculer et un concurrent émergent pourrait surpasser le *gatekeeper* supposément dominant avant même que la Commission ne termine le processus de désignation. Cette incertitude quant à la trajectoire future du marché neutralise la valeur préventive du DMA ²³⁹.

Un troisième aspect de cette non-anticipation concerne la définition même des services *gatekeepers* couverts par le DMA. La liste originale des « *core platform services* » énumérée à l'article 2(11) du DMA n'a pas aménagé de place aux services d'IA générative en tant que catégorie autonome²⁴⁰. Par conséquent, OpenAI, Anthropic, Mistral AI et les autres développeurs de modèles d'IA fondamentaux ne pourraient jamais être désignés comme *gatekeepers*, à moins que ces modèles parviennent à constituer eux-mêmes un « service de plateforme numérique fondamentale », ce qui n'est manifestement pas l'intention du régulateur. Les véritables innovateurs en matière d'IA générative échappent donc structurellement au DMA. La seule possibilité de régulation est donc l'intégration dans un *core platform service* existant (via *gatekeeper* déjà désigné tel que Google ou Microsoft)²⁴¹. Or, cette dépendance à l'intégration signifie que la Commission ne peut réguler l'IA que de manière répressive et non préventive.

Section 2 : Une production normative européenne excessive complexifiant l'articulation du droit de la concurrence face aux enjeux de l'IA : l'AI Act et le Data Act

L'examen du DMA a mis en lumière les limites d'un instrument conçu pour les marchés numériques mais mal adapté aux spécificités de l'IA générative. L'Union européenne n'a pourtant pas limité son effort à ce seul règlement. Deux instruments supplémentaires sont venus compléter ce corpus législatif. D'abord le règlement (UE) 2024/1689, dit *AI Act*²⁴² et ensuite le règlement (UE) 2023/2854, dit *Data Act*²⁴³. Le premier établit une régulation sectorielle des systèmes d'IA fondée sur une approche par les risques et le second pose des règles harmonisées

²³⁹ European Commission, *Competition Policy Brief on Competition in Generative AI and Virtual Worlds* (September 2024), p. 9 : « DG Competition will continue to reassess the situation as the services evolve, as services that do not fall under the DMA currently may well do so in the future ». Cette formulation reconnaît l'insuffisance du DMA à anticiper les évolutions rapides du secteur, révélant l'écart structurel entre la vitesse du marché et celle des processus réglementaires ex ante

²⁴⁰ Règlement (UE) 2022/1925, article 2(11) énumère les *core platform services* : moteurs de recherche, réseaux sociaux, services d'intermédiation, messagerie, partage vidéo, informatique en nuage, systèmes d'exploitation. Aucune mention de services d'IA générative autonomes

²⁴¹ Policy Brief Commission (2024), p. 9 : « Second, generative AI powered functionalities may be integrated or embedded in existing designated core platform services and therefore be covered by the DMA obligations »

²⁴² Règl. (UE) n° 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil, 13 juin 2024, établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (*AI Act*), JOUE, n° L 2024/1689, 12 juill. 2024

²⁴³ Règl. (UE) n° 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil, 13 déc. 2023, concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (*Data Act*), JOUE, n° L 2023/2854, 22 déc. 2023

en matière d'équité de l'accès aux données. Cette accumulation normative témoigne de la volonté politique de l'Union de ne pas reproduire les erreurs commises à l'égard des marchés numériques, dont les acteurs n'ont pas été freinés dans leur constitution de positions dominantes²⁴⁴. Elle soulève cependant une interrogation quant à l'articulation de toutes ces normes.

L'examen de ces deux textes révèle en effet deux problèmes. D'abord, les effets des nouveaux instruments de l'Union sont modérés (§1). Ensuite, l'articulation de ces instruments est trop complexe, elle les empêche d'être efficaces (§2).

§ 1 — Les effets concurrentiels tempérés des nouveaux instruments de l'UE

A. La consolidation des positions dominantes induite par les mécanismes de régulation du risque de l'AI Act

L'*AI Act*, entré en vigueur le 1^{er} août 2024 et dont la pleine applicabilité est prévue au 2 août 2026²⁴⁵, constitue le premier texte de nature horizontale et contraignante dédié à la régulation des systèmes d'IA au niveau mondial. Son architecture repose sur le mécanisme du *New Legislative Framework* (NLF) propre à la politique européenne de sécurité des produits, que le législateur a cependant complété d'une dimension dite « humaniste » puisqu'au côté des risques pour la santé et la sécurité des personnes, le règlement entend protéger les droits fondamentaux et les valeurs de l'Union au sens de l'article 2 du TUE²⁴⁶.

Comme la doctrine le démontre dans les premières analyses du texte, cette orientation singulière « marque une inclinaison législative humaniste dont la portée devra être finement scrutée au stade de la mise en œuvre du règlement »²⁴⁷. Ce point de départ est capital puisque l'article 1^{er} du règlement définit pour objectif d'assurer la mise sur le marché de systèmes d'IA sûrs, dans le respect de la démocratie et de l'État de droit, mais ne mentionne pas la concurrence²⁴⁸. Les effets économiques et concurrentiels de l'*AI Act* sont donc des externalités de ses mécanismes de conformité, et non des objectifs poursuivis.

Pour appréhender ces effets, il convient de se concentrer sur le régime propre aux modèles d'IA à usage général (IAUG), inséré au Chapitre V du règlement sous la pression de la diffusion fulgurante de l'IA générative dans l'espace public²⁴⁹. L'article 51, paragraphe 2, de l'*AI Act* pose une présomption de « capacités d'impact élevées » lorsque le volume cumulé de calcul utilisé pour l'apprentissage du modèle, mesuré en opérations à virgule flottante, est supérieur à 10²⁵ FLOPs²⁵⁰. Ce seuil de nature technique, correspond, à la date d'adoption du règlement, aux modèles comme GPT-4 ou Gemini Ultra²⁵¹, c'est-à-dire précisément aux modèles

²⁴⁴ C. Lledo, « La structuration du secteur de l'intelligence artificielle générative », *Dalloz IP/IT* 2025, p. 411

²⁴⁵ *AI Act*, art. 113

²⁴⁶ *AI Act*, art. 1^{er}, §1, et cons. 1 et 2 ; v. également cons. 7 sur la Déclaration européenne sur les droits et principes numériques pour la décennie numérique

²⁴⁷ M. Ho-Dac, « Premier décryptage du règlement européen sur l'intelligence artificielle (*AI Act*) : vers un standard mondial de l'IA de confiance ? », *D.* 2024. 1678, spéc. p. 2

²⁴⁸ *AI Act*, art. 1^{er}, §1

²⁴⁹ C. Lledo, art. préc., p. 414 ; *AI Act*, art. 3, pt 65, et cons. 97

²⁵⁰ *AI Act*, art. 51, §2

²⁵¹ M. Ho-Dac, art. préc., p. 4 : le seuil est présumé atteint « comme c'est le cas des plus grands chatbots d'IA générative (ChatGPT-4 ou Gemini, par ex.) aujourd'hui »

développés par les acteurs dominant déjà le secteur comme OpenAI qui est adossé à Microsoft ou Anthropic adossé à Amazon²⁵². Le critère de classification reproduit donc, en miroir, la cartographie oligopolistique du secteur telle que l'Autorité de la concurrence l'a elle-même documentée²⁵³

Pour les fournisseurs de modèles IAUG ainsi qualifiés, le règlement instaure un double niveau d'obligations. Le premier, posé par l'article 53, s'impose à tout fournisseur de modèle IAUG non couvert par une licence libre et ouverte et exige l'élaboration et la mise à jour d'une documentation technique précise du modèle comprenant au minimum les informations fixées à l'Annexe XI, la communication d'informations aux fournisseurs de systèmes d'IA souhaitant intégrer le modèle dans leurs propres produits, la mise en place d'une politique de conformité au droit d'auteur européen, et la publication d'un résumé des contenus utilisés pour l'entraînement²⁵⁴. Le second niveau d'obligations est posé par l'article 55 et s'applique spécifiquement aux fournisseurs de modèles présentant un risque systémique. L'article ajoute la conduite d'évaluations adversariales suivant des protocoles standardisés, l'évaluation et l'atténuation des risques systémiques au niveau de l'Union, l'obligation de signalement des incidents graves au Bureau de l'IA, et la garantie d'un niveau adéquat de cybersécurité²⁵⁵. Ces obligations constituent, comme l'a observé Lledo, un édifice de transparence dont l'*AI Act* fait « la vertu cardinale du secteur de l'IA »²⁵⁶.

C'est là que réside le paradoxe puisque ces obligations ne sont tolérables que pour les acteurs disposant des ressources financières, juridiques et techniques nécessaires. Or, le secteur de l'IA générative est d'ores et déjà caractérisé par des barrières à l'entrée élevées dues à un accès privilégié aux données et aux ressources de calcul, à l'intégration verticale et conglomérale des grands acteurs du numérique, et à une concentration croissante de la puissance financière²⁵⁷. La doctrine a documenté cette réalité en relevant que le développement de modèles d'IA générative requiert des investissements que « seuls les acteurs dominants du numérique -GAFAM ou GAMMAN- paraissent être les plus à même d'apporter »²⁵⁸. Ces acteurs bénéficient par ailleurs d'une économie d'échelle, de gamme et d'effets de réseau qui rendent le coût marginal de la conformité décroissant avec la taille²⁵⁹. Les coûts de conformité de l'*AI Act* viennent se superposer à ces barrières préexistantes. Pour un acteur émergent souhaitant développer un modèle concurrent susceptible de franchir le seuil des 10²⁵ FLOPs, ces obligations représentent un coût fixe additionnel considérable, sans rapport avec ses capacités financières initiales. Il en résulte ce que l'on pourrait qualifier de « fossé de conformité réglementaire » provoqué par un avantage concurrentiel dérivé non pas d'une supériorité technologique ou productive, mais de la seule capacité à se mettre en règle avec les

²⁵² F. Fajgenbaum, C. Hoogterp et R. Lacoëuilhe, « Les règles de concurrence face au défi de l'IAG ou l'IAG face au défi des règles de concurrence », *Dalloz IP/IT* 2025, p. 134, spéc. Section I-B

²⁵³ ADLC, avis n° 24-A-05, 28 juin 2024, relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative, résumé, p. 2-3 ; v. égal. n° 42 s., p. 25 s. sur la cartographie de la chaîne de valeur

²⁵⁴ *AI Act*, art. 53, §1, (a), (b), (c) et (d), et Annexes XI et XII

²⁵⁵ *AI Act*, art. 55, §1, (a), (b), (c) et (d)

²⁵⁶ C. Lledo, art. préc., p. 414

²⁵⁷ ADLC, avis n° 24-A-05, préc., n° 121 et 269 s., p. 44 s

²⁵⁸ F. Fajgenbaum, C. Hoogterp et R. Lacoëuilhe, art. préc., p. 136, Section I-B

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 135-136

obligations de l'*AI Act*. Cela crée paradoxalement une barrière à l'entrée supplémentaire qui consolide les positions dominantes qu'il entend encadrer²⁶⁰.

Le législateur a tenté de prévenir ce risque en insérant, aux articles 62 et 63 du règlement, des mesures d'accompagnement en faveur des PME et des start-ups sous forme d'allègements procéduraux²⁶¹. Mais ces dispositions sont d'ordre procédural et ne sauraient compenser les effets du régime de conformité substantiel. Elles aménagent la forme de la mise en conformité sans en atténuer le fond. L'exemption prévue à l'article 53, alinéa 2, pour les modèles diffusés sous licence libre et ouverte aurait pu constituer une voie alternative, mais elle est expressément exclue pour les modèles présentant un risque systémique, précisément ceux qui concentrent les enjeux concurrentiels les plus importants²⁶². Au demeurant, comme l'a observé la doctrine « on imagine assez mal les développeurs de modèles d'IA ayant investi leurs temps et leur argent se muer brusquement en philanthropes »²⁶³, l'ouverture sous licence libre privant son auteur de toute valorisation économique de ses investissements.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'*AI Act*, conçu pour assurer la sécurité et la protection des droits fondamentaux dans l'économie numérique, produit par l'effet de ses mécanismes de conformité une consolidation des positions dominantes que le droit européen de la concurrence cherche pourtant à prévenir. Ce règlement illustre aussi l'insuffisance fondamentale de la régulation *ex ante* puisqu'en l'absence de toute articulation entre les obligations de conformité et les instruments plus classiques, il constitue un vecteur de renforcement des asymétries et non un outil de rééquilibrage. C'est en ce sens que l'on peut affirmer que l'approche préventive européenne présente ici ses propres contradictions²⁶⁴.

B. L'ambition du Data Act limitée par les particularités caractéristiques de l'IA générative

Le règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023, dit *Data Act*, entré en vigueur le 11 janvier 2024 et applicable depuis le 12 septembre 2025²⁶⁵, constitue la pièce maîtresse de la stratégie européenne pour la création d'un marché commun des données. Son ambition concurrentielle est explicitement formulée dans l'exposé des motifs de la proposition initiale, lequel consacrait le constat du Parlement européen selon lequel les déséquilibres résultant de la concentration des données restreignent la concurrence et augmentent les barrières à l'entrée²⁶⁶. En introduisant un droit général au partage des données générées par les produits

²⁶⁰ C. Lledo, art. préc., p. 414-415 ; ADLC, avis n° 24-A-05, préc., n° 292 s., p. 79 s.

²⁶¹ *AI Act*, art. 62 et 63 ; M. Ho-Dac, art. préc., p. 5 : « le troisième et dernier corpus prévoit des mesures en faveur de l'innovation, prenant notamment la forme de bacs à sable réglementaires et d'un accompagnement/allègement réglementaire pour les PME et les start-ups »

²⁶² *AI Act*, art. 53, §2, *in fine* : « Cette exception ne s'applique pas aux modèles d'IA à usage général présentant des risques systémiques. »

²⁶³ C. Lledo, art. préc., p. 414

²⁶⁴ Sur ce point, v. ADLC, avis n° 24-A-05, préc., n° 330 s., p. 89 s., où l'Autorité insiste sur la nécessité d'une approche préventive tout en reconnaissant que les textes nouveaux demeurent d'une « potentialité non encore maîtrisée »

²⁶⁵ Règlement (UE) 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (Data Act), JOUE, L, 22 décembre 2023, art. 50

²⁶⁶ Commission européenne, Proposition de règlement concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (Data Act), COM(2022) 68 final, 23 février 2022, Exposé des

connectés et les services connexes, le règlement entend briser les monopoles informationnels qui constituent, dans le secteur de l'IA, l'une des barrières à l'entrée les plus décisives²⁶⁷. Pourtant, l'analyse de ses mécanismes substantiels révèle que cet instrument ne parvient pas à atteindre son but face à l'IA générative à deux égards. D'abord le règlement ne peut atteindre son but à cause de l'inadéquation de son périmètre matériel et ensuite à cause de l'instrumentalisation de ses exceptions.

Le premier et principal écueil du *Data Act* tient à son champ d'application matériel. Le règlement construit son régime de partage autour d'une catégorie unique : les « données de produit » et les « données de service connexe » générées par l'utilisation de « produits connectés », définis comme des biens dont le fonctionnement dépend d'une connexion au réseau et qui collectent des données relatives à leur usage²⁶⁸. Cette définition, centrée sur l'économie de l'Internet des objets industriels et grand public, ne couvre pas les données que génèrent les interactions des utilisateurs avec les grandes plateformes numériques. Or, ce sont précisément ces dernières qui constituent l'input concurrentiel décisif pour l'entraînement des modèles de fondation comme l'a établi la CMA. Elle a affirmé qu'une entreprise verticalement intégrée peut exploiter les retours d'interaction de ses utilisateurs sur ses plateformes pour améliorer ses modèles de fondation et produire des résultats plus pertinents²⁶⁹. La CMA souligne d'ailleurs que les données librement disponibles sur le web pourraient être pleinement exploitées à terme, contraignant les développeurs à se tourner vers des sources propriétaires que le *Data Act* ne traite pas²⁷⁰. Crémer, de Montjoye et Schweitzer avaient pourtant anticipé dès 2019 que l'accès aux données aux fins de la promotion de l'IA, en tant que forme d'accès sans lien avec l'activité commerciale du contrôleur, nécessiterait un régime juridique distinct du droit de la concurrence classique²⁷¹. L'exposé des motifs de la proposition de 2022 confirme que la Commission n'a jamais envisagé le *Data Act* comme cet instrument, ne mentionnant l'IA qu'incidemment parmi les « technologies stratégiques que l'Europe doit encore pleinement exploiter »²⁷². Le règlement a ainsi été conçu pour remédier à l'accaparement des données industrielles par les fabricants d'équipements, un problème distinct de l'asymétrie des données qui protège les acteurs dominants de l'IA générative.

La seconde limite tient à la structure des exceptions au partage, qui ouvrent aux acteurs dominants un espace d'instrumentalisation suffisant pour vider les obligations du règlement de leur substance. Le *Data Act* aménage trois blocs d'exceptions cumulables. En premier lieu, la

motifs, p. 2, citant la Résolution du Parlement européen du 25 mars 2021 sur une stratégie européenne pour les données

²⁶⁷ J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, Rapport pour la Commission européenne, 2019, chap. 5, p. 73 : « Data is a core input factor for production processes, logistics, targeted marketing, smart products and services, as well as Artificial Intelligence (AI). The competitiveness of firms will increasingly depend on timely access to relevant data. »

²⁶⁸ Règlement (UE) 2023/2854, *op. cit.*, art. 2, pts 5 et 14, et art. 3, § 1

²⁶⁹ Competition and Markets Authority (CMA), *AI Foundation Models: Initial Report*, 18 septembre 2023, § 1.25

²⁷⁰ CMA, *op. cit.*, § 1.24

²⁷¹ J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *op. cit.*, chap. 5, p. 74 : « When it comes to ensuring access to data for the purpose of promoting AI in general in order to foster innovation — i.e. a form of data access that is unrelated to the business activity of the data controller — we believe that a legal regime outside of competition law will be needed. »

²⁷² Commission européenne, COM(2022) 68 final, *op. cit.*, Exposé des motifs, p. 7

protection du secret des affaires, consacrée aux articles 4, §6 à 8, et 5, §9 à 11, permet au détenteur des données de refuser unilatéralement le partage lorsqu'il peut démontrer qu'il est très probable qu'il subisse un préjudice économique grave du fait de la divulgation²⁷³. En deuxième lieu, l'exception de sécurité de l'article 4, §2, autorise une restriction de l'accès dès lors que ce dernier pourrait compromettre les exigences de sécurité du produit connecté²⁷⁴. En troisième lieu, l'articulation avec le RGPD soumet une fraction considérable des données d'interaction à un régime de blocage potentiel²⁷⁵. L'Autorité de la concurrence française a précisément identifié ce risque, relevant que les grandes entreprises du secteur utilisent diverses stratégies pour limiter l'accès des tiers à leurs données, en faisant un usage abusif des règles juridiques comme la protection des données personnelles ou les préoccupations de sécurité²⁷⁶. Sa déclaration conjointe avec la CNIL a d'ailleurs confirmé que certaines politiques de confidentialité soulèvent la question de l'utilisation d'arguments relatifs à la protection de la vie privée à des fins anticoncurrentielles²⁷⁷.

À ces lacunes s'ajoute un paradoxe structurel, puisque l'article 5, §3, du règlement exclut explicitement les contrôleurs d'accès désignés au sens du DMA de la qualité de tiers éligible au bénéfice du mécanisme de partage²⁷⁸. Si cette disposition vise à éviter que le *Data Act* n'enrichisse davantage les *gatekeepers*, elle produit un effet inverse puisque ces acteurs, qui détiennent précisément les masses de données comportementales les plus précieuses pour l'entraînement des modèles de fondation, ne sont soumis à aucune obligation de partage. La CMA a alerté sur le risque que, si les données propriétaires devenaient indispensables au développement des modèles concurrentiels mais de moins en moins accessibles, de nombreux développeurs pourraient se trouver contraints de quitter le marché ou de dépendre d'un nombre restreint de fournisseurs²⁷⁹.

§ 2 — *L'impossible efficacité de l'approche européenne due à une mauvaise articulation normative*

A. Un corpus législatif caractérisé par des contradictions normatives fatidiques

Si les insuffisances isolées de chacun des instruments européens étudiés dans les développements précédents révèlent des lacunes préoccupantes, le problème le plus profond de l'approche du droit européen de la concurrence tient à leur interaction. La densité normative qui caractérise la production législative de l'Union européenne dans le domaine du numérique est en elle-même devenue une source d'insécurité juridique. Une entreprise d'IA opérant sur le territoire de l'Union se trouve en effet simultanément soumise au Règlement général sur la

²⁷³ Règlement (UE) 2023/2854, *op. cit.*, art. 4, §§ 6 à 8, et art. 5, §§ 9 à 11

²⁷⁴ Règlement (UE) 2023/2854, *op. cit.*, art. 4, § 2

²⁷⁵ Règlement (UE) 2023/2854, *op. cit.*, art. 4, § 12, et art. 5, § 7, renvoyant à l'art. 6 du 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 (RGPD), JOUE, L 119, 4 mai 2016

²⁷⁶ Autorité de la concurrence, Avis n° 24-A-05 du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative, § 261

²⁷⁷ Autorité de la concurrence et CNIL, Déclaration conjointe « Protection de données et concurrence : une ambition commune », 12 décembre 2023, p. 7, citée dans : Autorité de la concurrence, Avis n° 24-A-05, *op. cit.*, § 262

²⁷⁸ Règlement (UE) 2023/2854, *op. cit.*, art. 5, § 3

²⁷⁹ CMA, *op. cit.*, § 1.27

protection des données²⁸⁰, au *Data Act*²⁸¹, à l'*AI Act*²⁸², au DMA lorsqu'elle est désignée contrôleur d'accès²⁸³, ainsi qu'aux articles 101 et 102 du TFUE et au Règlement n°139/2004 pour le contrôle des concentrations²⁸⁴. Ces textes ont été conçus par des directions générales distinctes de la Commission comme la DG Concurrence pour les règles de concurrence et la DG CONNECT pour le DMA, le *Data Act* et l'*AI Act*, adoptés sur plusieurs années et sans mécanisme formel de coordination inter-institutionnelle. Le résultat n'est pas un corps de règles cohérent, mais un enchevêtrement normatif dont les contradictions internes paralysent les acteurs que ces textes entendent pourtant protéger²⁸⁵.

La première contradiction porte sur les données d'entraînement, qui constituent le principal facteur de production des modèles d'IA générative et, de ce fait, la variable la plus importante de leur compétitivité. Le RGPD consacre, dans son article 5, paragraphe 1, point c), le principe de minimisation des données, imposant que celles-ci soient « adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées »²⁸⁶. Appliqué au développement d'un grand modèle de langage, ce principe entre immédiatement en tension avec les exigences techniques du secteur puisque l'entraînement d'un LLM requiert des volumes de données massifs. Le modèle Llama 3 de Meta, par exemple, a été nourri de l'équivalent de 112 millions d'ouvrages²⁸⁷, dont une part substantielle est constituée de données à caractère personnel librement accessibles sur Internet. Le principe de minimisation, appliqué strictement, ne peut dès lors être respecté qu'au prix d'une limitation des capacités du modèle qui constitue en elle-même un désavantage concurrentiel.

Le *Data Act*, adopté en 2023, semblait devoir apporter une réponse partielle à cette difficulté en instaurant un régime d'accès aux données générées par les produits connectés et les services associés²⁸⁸. Ses dispositions, cependant, ont été conçues pour l'économie de l'Internet des objets industriels, non pour les besoins en données d'entraînement de l'IA générative. Son champ d'application se limite aux données « générées par l'utilisation d'un produit connecté ou d'un service connexe »²⁸⁹, une formulation qui exclut l'essentiel des corpus textuels, audiovisuels ou conversationnels nécessaires à l'entraînement des LLM. Une

²⁸⁰ Règl. (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 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, *JOUE* n° L. 119, 4 mai 2016, p. 1, ci-après « RGPD »

²⁸¹ Règl. (UE) n° 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil du 13 déc. 2023, concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données, *JOUE* n° L. 2023/2854, 22 déc. 2023, ci-après « Data Act »

²⁸² Règl. (UE) n° 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024, établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, *JOUE* n° L. 2024/1689, 12 juill. 2024, ci-après « AI Act »

²⁸³ Règl. (UE) n° 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 sept. 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, *JOUE* n° L. 265, 12 oct. 2022, p. 1, ci-après « DMA »

²⁸⁴ Règl. (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* n° L. 24, 29 janv. 2004, p. 1

²⁸⁵ F. FAJGENBAUM, C. HOOGTERP et R. LACOEUILHE, « Les règles de concurrence face au défi de l'IAG ou l'IAG face au défi des règles de concurrence », *Dalloz IP/IT*, 2025, p. 134

²⁸⁶ RGPD, art. 5, § 1, c)

²⁸⁷ FTC, *Partnerships Between Cloud Service Providers and AI Developers*, FTC Staff Report on AI Partnerships & Investments 6(b) Study, janv. 2025, p. 13, cité in F. FAJGENBAUM, C. HOOGTERP et R. LACOEUILHE, *op. cit.*, p. 134

²⁸⁸ Data Act, art. 1er, § 1

²⁸⁹ *Ibid*

startup européenne souhaitant développer un modèle concurrent se trouve ainsi dans une impasse. Elle ne pourra pas collecter librement les données nécessaires en raison du RGPD, elle ne pourra pas accéder à ces données via des tiers puisque le *Data Act* ne couvre pas ses besoins spécifiques, et l'*AI Act* complique davantage cette situation en imposant à l'article 53, paragraphe 1, point d), la publication d'« un résumé suffisamment détaillé du contenu utilisé pour l'entraînement du modèle »²⁹⁰. L'entreprise doit ainsi documenter précisément des données qu'elle ne possède pas, dans un corpus réglementaire qui lui interdit de les obtenir²⁹¹.

Une deuxième contradiction sur le plan concurrentiel oppose les obligations de transparence de l'*AI Act* à la protection du secret des affaires que le droit de l'Union européenne reconnaît. Le même article 53 de l'*AI Act* prend soin de préciser que les obligations de documentation et d'information s'entendent « sans préjudice de la nécessité d'observer et de protéger les droits de propriété intellectuelle et les informations commerciales confidentielles ou les secrets d'affaires, conformément au droit de l'Union et au droit national »²⁹². Il en résulte un régime de transparence sélective dont la mise en œuvre avantage les acteurs disposant de ressources juridiques et financières nécessaires pour calibrer, avec précision et sécurité, la frontière entre ce qui doit être divulgué et ce qui peut être légitimement protégé. Les grandes entreprises technologiques américaines, dotées de départements juridiques spécialisés et d'une expérience contentieuse importante face aux régulateurs européens, maîtrisent la gestion de ces deux impératifs contradictoires. Mais les startups européennes en phase naissante ne bénéficient pas de cette capacité. À cette tension s'ajoute le droit à l'effacement consacré à l'article 17 du RGPD, qui reconnaît à toute personne concernée le droit d'obtenir la suppression de ses données « dans les meilleurs délais »²⁹³. Or, l'application de ce droit aux modèles d'IA générative se heurte à une impossibilité technique quasi absolue puisque les données d'entraînement sont incorporées dans les poids du réseau de neurones sous une forme qui ne permet pas leur extraction et leur effacement sans réentraînement complet du modèle, opération dont le coût est hors de portée pour tous les acteurs qui n'ont pas autant de capital que les Big Tech²⁹⁴.

L'effet le plus profond de ces contradictions normatives est d'ordre concurrentiel. Les principaux acteurs américains de l'IA générative (OpenAI, Google, Meta, Anthropic) ont entraîné leurs modèles de fondation avant l'entrée en vigueur de l'*AI Act* pour ses dispositions relatives aux modèles à usage général, et avant la promulgation du *Data Act*. Ces entreprises bénéficient ainsi d'un avantage structurel que nul instrument juridique ne saurait effacer. Leurs modèles sont nourris de données collectées en dehors du cadre réglementaire européen actuel et sont déployés à l'échelle mondiale. Une startup européenne qui cherche aujourd'hui à développer un modèle concurrent doit le faire en respectant l'intégralité du corpus législatif européen que ses concurrents américains n'ont jamais eu à observer pour constituer leurs bases

²⁹⁰ AI Act, art. 53, § 1, d

²⁹¹ F. FAJENBAUM, C. HOOGERP et R. LACOEUILHE, *op. cit.*, p. 134

²⁹² AI Act, art. 53, § 1, b)

²⁹³ RGPD, art. 17, § 1

²⁹⁴ En ce sens, v. AI Act, art. 53, § 1, b), qui reconnaît implicitement cette contrainte en préservant la protection des secrets d'affaires, révélant ainsi la conscience du législateur de l'impossibilité pratique d'une transparence totale sur les données d'entraînement

d'entraînement²⁹⁵. Comme le souligne la doctrine analysant le secteur de l'IA générative, l'accumulation de ces contraintes réglementaires produit une asymétrie concurrentielle consolidant les positions dominantes des acteurs que le droit européen prétend contrôler²⁹⁶.

Ce constat démontre ainsi l'incohérence normative de la régulation européenne qui en voulant régir intensivement les pratiques dans le secteur de l'IA générative, en particulier celles des plus gros acteurs du milieu, impose finalement des contraintes aux acteurs entrants sur ce marché qui pourraient diversifier la concurrence et permettre à ces grands acteurs de perdre leur position dominante.

B. Le paradoxe européen d'une régulation exhaustive d'un marché qu'elle ne contrôle pas

L'Union européenne s'est dotée, en l'espace de quelques années, de l'arsenal réglementaire le plus complet au monde pour encadrer l'IA et les marchés numériques. Le règlement sur les marchés numériques (DMA), le règlement sur l'IA (*AI Act*) et le *Data Act* constituent un triptyque normatif sans équivalent. Pourtant, cette ambition régulatrice se déploie sur un marché que l'Union ne maîtrise pas puisque l'ensemble des acteurs dominants du secteur de l'IA générative sont étrangers au territoire européen.

L'absence d'acteurs européens de premier rang dans le secteur de l'IA générative est documentée avec une précision saisissante par les autorités de concurrence elles-mêmes. L'Autorité de la concurrence française, dans son avis du 28 juin 2024, relève que les entreprises dominant l'ensemble de la chaîne de valeur sont toutes américaines²⁹⁷. Cette observation est corroborée par la doctrine qui affirme que les géants du numérique qui dominent l'IA générative (OpenAI, Google, Microsoft, Meta, Amazon) sont également les géants des infrastructures *cloud* sur lesquelles repose l'ensemble du secteur²⁹⁸. La Commission européenne reconnaît, dans son Policy Brief de septembre 2024, que les startups européennes peinent à accéder aux financements nécessaires pour rivaliser avec leurs homologues américaines²⁹⁹. Mistral AI souvent présentée comme l'exception européenne avec une valorisation atteignant six milliards d'euros³⁰⁰, illustre en réalité les limites de l'entrepreneuriat européen. En effet, l'entreprise a conclu un partenariat avec Microsoft lui conférant un accès privilégié aux infrastructures Azure en échange d'un investissement de quinze millions d'euros³⁰¹. Loin de constituer une percée de l'indépendance européenne, ce cas illustre la dépendance des acteurs européens à l'égard des acteurs américains. La doctrine désigne ce phénomène comme l'absence de maîtrise des « potentialités » de l'IA générative³⁰².

²⁹⁵ F. FAJGENBAUM, C. HOOGTERP et R. LACOEUILHE, *op. cit.*, p. 134

²⁹⁶ Ibid

²⁹⁷ Aut. conc., avis n° 24-A-05, 28 juin 2024, n° 68 : « les principaux acteurs présents sur l'ensemble de la chaîne de valeur de l'IA générative sont à ce jour tous américains »

²⁹⁸ C. Lledo, « La structuration du secteur de l'intelligence artificielle générative », *Dalloz IP/IT*, 2025, p. 411 : « les géants du numérique sont les géants de l'IA générative »

²⁹⁹ Kowalski, Volpin, Zombori, *Competition Policy Brief* n° 3/2024, Commission européenne, septembre 2024, p. 12

³⁰⁰ Aut. conc., avis n° 24-A-05, préc., n° 69

³⁰¹ Aut. conc., avis n° 24-A-05, préc., n° 84 ; Kowalski, Volpin, Zombori, *op. cit.*, p. 12. Sur l'évolution de la politique de Microsoft à l'égard des opérateurs cloud européens, v. C. Lledo, *op. cit.*, p. 3

³⁰² C. Lledo, *op. cit.*, p. 411 : « potentialités non maîtrisées »

Ce déséquilibre est aggravé par un effet pervers de la régulation elle-même. L'*AI Act*, conçu pour encadrer les risques liés à l'IA, génère des coûts de conformité que seules les grandes entreprises américaines peuvent supporter³⁰³. L'Autorité de la concurrence formule à cet égard une mise en garde explicite en affirmant qu'il existe un risque que les acteurs dominants utilisent la réglementation comme instrument de verrouillage concurrentiel, renforçant ainsi les barrières à l'entrée au détriment des nouveaux entrants européens³⁰⁴. Cette critique rejoint, sur ce point précis, certaines des observations formulées par le Vice-Président américain J.D. Vance lors du Sommet de l'IA à Paris. Bien que son propos soit avant tout d'ordre politique, il met en évidence une tension réelle lorsqu'il souligne que les exigences de conformité européennes ont conduit certaines entreprises à restreindre leur accès au marché de l'Union³⁰⁵.

Face à ce double constat, certains avancent la théorie de l'« effet Bruxelles » comme correctif. Selon cette théorie, l'Union européenne exerce une influence normative mondiale grâce au mécanisme de non-divisibilité. Ce mécanisme pousse les entreprises multinationales à appliquer les normes européennes à l'ensemble de leur production mondiale car elles sont incapables de maintenir des standards différents selon les marchés³⁰⁶. Cette influence permettrait à l'Union d'imposer ses standards concurrentiels et éthiques bien au-delà de ses frontières, transformant une présence économique limitée en puissance normative globale. Cependant, Bradford identifie elle-même les limites de ce mécanisme en affirmant que lorsque les coûts d'adaptation sont élevés et que des marchés alternatifs existent, les entreprises peuvent préférer se retirer du marché européen plutôt que d'aligner leurs pratiques³⁰⁷. Or, le secteur de l'IA générative présente précisément ces caractéristiques. Les acteurs américains qui disposent d'un marché domestique suffisamment vaste pour rentabiliser leur activité, peuvent la développer indépendamment de l'accès au marché européen. L'effet Bruxelles agit sur les comportements des entreprises présentes sur le marché, mais il ne saurait remédier à l'absence d'acteur européen, au déséquilibre de la chaîne de valeur ou aux pratiques anticoncurrentielles des acteurs³⁰⁸. L'impossible régulation de l'accès et des comportements sur un marché dont elle n'est pas propriétaire appelle une réponse dépassant le droit national ou européen de la concurrence³⁰⁹.

³⁰³ Aut. conc., avis n° 24-A-05, préc., n° 337

³⁰⁴ Aut. conc., avis n° 24-A-05, préc., Proposition n° 3

³⁰⁵ J.D. Vance, *Remarks at the Artificial Intelligence Action Summit*, Paris, 11 février 2025, The American Presidency Project. Cette argumentation doit être lue avec les réserves qui s'imposent : elle s'inscrit dans une rhétorique de déréglementation au service des intérêts industriels américains et ne saurait valoir comme analyse doctrinale neutre

³⁰⁶ A. Bradford, « The Brussels Effect », *Northwestern University Law Review*, vol. 107, n° 1, 2012, p. 2 et p. 17

³⁰⁷ A. Bradford, *op. cit.*, p. 57 : « In instances where adjustment costs are high and alternative markets exist, producers are likely to forgo the EU market »

³⁰⁸ La Commission européenne reconnaît elle-même la nécessité d'une coordination internationale pour pallier ces limites : Kowalski, Volpin, Zombori, *op. cit.*, p. 13

³⁰⁹ Aut. conc., avis n° 24-A-05, préc., n° 338 : nécessité d'une coordination internationale des autorités de concurrence face aux enjeux globaux de l'IA

Titre 2 : Le choix américain de l'*enforcement ex post* au travers du modèle prétorien et politique afin de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles des acteurs de l'IA

L'antitrust américain est caractérisé, à la différence du droit européen de la concurrence qui a fait le choix d'une régulation *ex ante* préventive, par un *enforcement ex post*. Cet *enforcement ex post* est fondé sur l'action combinée de deux agences fédérales : la *Federal Trade Commission* et le *Department of Justice*. À côté de ces deux agences fédérales, les juridictions fédérales participent également à l'*enforcement*. Le modèle américain est donc prétorien et repose sur l'idée qu'une sanction a posteriori des comportements anticoncurrentiels est le mécanisme le plus efficace afin de corriger les défaillances du marché, sans imposer d'entrave réglementaires à l'innovation. Toutefois, dans le secteur de l'intelligence artificielle, cet *enforcement* se révèle inadapté. D'une part, les agences fédérales chargées de l'*enforcement* se déchirent autour de tensions doctrinales fondamentalement opposées. D'autre part, le modèle de l'*enforcement* américain se retrouve affaibli puisqu'il est tributaire de l'alternance politique de l'exécutif. Il conviendra donc d'examiner dans un premier temps l'affaiblissement de l'*enforcement* fédéral par les conflits entre l'activisme de la FTC et la résistance des juridictions (**Section 1**), puis l'instabilité des régulations antitrust du fait de l'alternance politique de l'exécutif américain (**Section2**).

Section 1 : L'*enforcement* fédéral affaibli dans le secteur de l'IA par les tensions entre l'activisme néo-brandeisien de la FTC et la résistance des juridictions

Le système d'*enforcement* américain est donc bicéphale, et la FTC et le DOJ y exercent des compétences concurrentes fondées parfois sur des logiques divergentes. L'arrivée, en 2021, de Lina Khan à la présidence de la FTC a marqué une rupture doctrinale majeure. Cette dernière, faisant partie du courant néo-brandeisien, a mené son mandat avec pour but d'appliquer la doctrine néo-brandeisienne à l'antitrust américain. Pour ce faire, elle a tenté de contester le *Consumer Welfare Standard* hérité de l'école de Chicago, mais ses tentatives ont été rejetées par les juridictions fédérales. En outre, la coexistence entre la FTC et le DOJ a été compromise par les propres priorités du DOJ, qui n'étaient pas alignées sur celles de la FTC, rendant l'*enforcement* américain inefficace face aux enjeux inédits posés par les acteurs de l'IA. Il conviendra ainsi d'étudier le rejet par les juridictions américaines de l'activisme néo-brandeisien de la FTC (§1) avant d'examiner les tensions entre les visions du DOJ et de la FTC (§2).

§ 1 — L'activisme néo-brandeisien de la FTC rejeté par les juridictions américaines

A. La tentative de rupture avec le Consumer Welfare Standard entreprise par Lina Khan

Comme affirmé précédemment, la nomination de Lina Khan à la présidence de la FTC a marqué un véritable tournant dans l'histoire de la régulation de l'antitrust américaine. Cette nomination a été validée par le Sénat des États-Unis le 15 juin 2021 et a fait d'elle la plus jeune

présidente de la FTC de l'histoire³¹⁰. Cette nomination par Joe Biden n'a pas été un hasard puisque le 9 juillet 2021 ce dernier a adopté un *executive order* relatif à la promotion de la concurrence dans l'économie américaine. Cet acte exécutif contient 72 nouvelles initiatives ayant clairement pour but d'inviter les agences fédérales à un *enforcement* plus rigoureux³¹¹. L'acte adopté par le président Biden, à la suite de son choix de nommer Lina Khan présidente de la FTC, n'est donc pas anodin lorsque l'on sait que cette dernière a construit sa réputation académique en contestant les fondements classiques et le laissez-faire de l'antitrust américain.

La contestation de Lina Khan se traduit notamment dans le rejet du *Consumer Welfare Standard*. Cette notion trouve son origine dans la révolution qu'a représenté la pensée de l'École de Chicago. Cette dernière a connu une influence particulière à partir des années 1970. Le *Consumer Welfare Standard* a été notamment introduit par Robert Bork dans son ouvrage majeur *The Antitrust Paradox* (1978). Ce dernier y écrit "*the only legitimate goal of antitrust is the maximization of consumer welfare*"³¹². Bork affirme ici que le seul objectif normatif légitime de l'antitrust doit être le bien-être du consommateur et non de protéger le marché. La pensée de l'École de Chicago et de Robert Bork a connu une véritable consécration lorsque la Cour suprême américaine a adopté les décisions *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* en 1977 et *Reiter v. Sonotone Corp.* en 1979. Dans ces deux arrêts la Cour suprême a affirmé non seulement l'application de la *rule of reason* (test de proportionnalité) afin de déterminer si une pratique était anticoncurrentielle ou non³¹³, mais surtout que le Congrès avait conçu le Sherman Act comme une « *consumer welfare prescription* »³¹⁴. Ainsi, le *Consumer Welfare Standard* a été depuis ces deux décisions le critère appliqué lors de l'*enforcement* par les juridictions de l'antitrust.

C'est précisément ce standard que Lina Khan, et le mouvement néo-brandeisien, remet en cause, notamment concernant les pratiques concurrentielles des plateformes numériques. Elle a pour ce faire, publié en 2017 dans le *Yale Law Journal* un article intitulé « The Amazon Paradox ». Elle y démontre que le *Consumer Welfare Standard* est structurellement insuffisant, voire aveugle, face aux stratégies anticoncurrentielles mises en place par les plateformes numériques, stratégies reprises et améliorées par les acteurs de l'IA. La thèse principale de Lina Khan dans son développement est d'affirmer qu'en mesurant la concurrence principalement en utilisant les prix à court terme, la régulation actuelle ne pourra pas appréhender « l'architecture du pouvoir de marché dans l'économie moderne »³¹⁵. Afin de démontrer son idée Lina Khan développe deux points. Son premier point concerne le *predatory pricing*. Elle affirme que

³¹⁰ U.S. Senate, *Roll Call Vote No. 233, Confirmation of Lina M. Khan as Federal Trade Commissioner*, 117th Congress, 1st Session, 15 juin 2021

³¹¹ Exec. Order No. 14036, 86 Fed. Reg. 36987 (July 9, 2021), « Promoting Competition in the American Economy »

³¹² R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978, p. 7

³¹³ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977)

³¹⁴ *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979)

³¹⁵ L. M. Khan, « Amazon's Antitrust Paradox », *Yale Law Journal*, vol. 126, 2017, p. 710 : l'article soutient que « the current framework in antitrust—specifically its pegging competition to 'consumer welfare,' defined as short-term price effects—is unequipped to capture the architecture of market power in the modern economy ».

l'exigence de la preuve d'un « recoupment » (récupération des pertes)³¹⁶ est inadaptée aux plateformes numériques. Celles-ci poursuivent la croissance au détriment de la rentabilité en étant financées par des investisseurs qui récompensent cette stratégie. L'article rappelle qu'Amazon a opéré pendant des années à perte tout en gagnant une position dominante sur le marché³¹⁷. Son deuxième point concerne l'intégration verticale. Elle affirme que depuis l'avènement de l'École de Chicago, l'intégration verticale est présumée pro-concurrentielle. Or, une plateforme comme Amazon, intégrée à travers de multiples niveaux d'activité (marketplace, logistics, cloud, retail) peut exploiter les données collectées sur ses concurrents-utilisateurs pour les supplanter³¹⁸.

Lors de son arrivée à la tête de la FTC, Lina Khan a transposé la vision doctrinale qu'elle a développée dans cet article dans un instrument concret le 10 novembre 2022: le *Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act*³¹⁹. La Section 5 du FTC Act prohibe les « *unfair methods of competition* » et l'intention de ce *Policy Statement* est d'affirmer que cette section a un champ d'application plus large³²⁰ que les Sections 1 et 2 du Sherman Act (*cartels et monopolization*)³²¹ et que le Clayton Act (*mergers*)³²². Le *statement* établit pour ce faire la possibilité pour la FTC de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles sans avoir à prouver un accord au sens de la Section 1 du Sherman Act, un pouvoir de monopole sur un marché clairement défini et un préjudice anticoncurrentiel actuel. La simple « tendance » à affecter négativement les conditions de concurrence suffit. Le *Policy Statement* s'appuie pour justifier ce champ d'application élargi sur l'histoire de l'adoption de la Section 5. En effet, lors de son adoption en 1914, le Congrès avait expressément voulu créer un standard plus large que le Sherman Act, permettant à la FTC de saisir les monopoles « *in their incipency* » (dans leur phase émergente)³²³.

Cette interprétation du champ d'application de la Section 5 aurait potentiellement permis de saisir et sanctionner les pratiques propres au secteur de l'IA que le Sherman Act ne peut pas

³¹⁶ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993)

³¹⁷ L. M. Khan, « Amazon's Antitrust Paradox », *Yale Law Journal*, vol. 126, 2017p. 756-768. Khan analyse en détail la stratégie de prix prédateurs d'Amazon dans le secteur des e-books et l'acquisition de Quidsi, démontrant les limites de l'analyse moderne du *recoupment* issue de *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

³¹⁸ *Ibid.*, p. 780-784. Khan documente comment Amazon exploite les données collectées via sa Marketplace pour identifier et concurrencer ses propres vendeurs tiers, illustrant les conflits d'intérêts inhérents à l'intégration verticale des plateformes.

³¹⁹ Federal Trade Commission, *Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, Commission File No. P221202, 10 novembre 2022

³²⁰ *Ibid.*, Section II-A : « The text, structure, and legislative history of Section 5 show that its mandate extends beyond the Sherman and Clayton Acts and reaches unfair conduct with a tendency to negatively affect competitive conditions ». Le *Policy Statement* cite notamment *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 454 (1986) et *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, 405 U.S. 233, 242 (1972)

³²¹ Sherman Antitrust Act, § 1, 15 U.S.C. § 1 et § 2

³²² Clayton Act, § 7, 15 U.S.C. § 18

³²³ Federal Trade Commission, *Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, Section II-A. Le *Policy Statement* cite les débats parlementaires de 1914 : les parlementaires souhaitaient donner à la Commission le pouvoir de « check monopoly in the embryo » et de « seize the offender before his ravages have gone to the length necessary in order to bring him within the law that we already have ». 51 Cong. Rec. 11455, 12030 (1914)

appréhender. Par exemple, les *acqui-hires* de Microsoft et Inflection AI, les *partnership investments* d'Amazon et Anthropic ou Microsoft et OpenAI, les exclusivités algorithmiques ou encore les pratiques de verrouillage d'écosystèmes par les acteurs de l'IA auraient pu être régulées sur le fondement de cette Section. En effet, ce Policy Statement permet un *sliding scale* ce qui signifie que plus la pratique est intrinsèquement déloyale (« *facially unfair* »), moins il est nécessaire de démontrer un effet anticoncurrentiel concret. Les pratiques anticoncurrentielles du secteur de l'IA seraient donc parfaitement susceptibles d'être couvertes par ce standard. Et inversement, pour des pratiques moins évidentes, le Policy Statement permet de tenir compte du pouvoir de marché, de la taille de l'entreprise et des effets potentiels futurs³²⁴.

Ce *Policy Statement* est donc devenu la feuille de route de l'*enforcement* par la FTC et Lina Khan a implémenté ce levier doctrinal par un programme d'*enforcement* assez agressif envers les Big Tech. Elle a notamment tenté de bloquer l'acquisition de Within par Meta (Partie 1, Section 1, §2-B). Elle a également contesté l'acquisition d'Activision Blizzard par Microsoft mais s'est heurtée à un échec³²⁵. La FTC sous l'ère Khan a également intenté des plaintes massives contre Amazon pour *monopolization* illégale³²⁶. Mais, l'activisme le plus intéressant pour ce propos que la FTC a intenté, est l'ouverture d'investigations sur les partenariats IA des Big Tech. Notamment les investissements de Microsoft, Apple et Google dans les entreprises d'IA³²⁷. À l'époque où Lina Khan dirigeait la FTC, cette dernière avait bien compris les risques du point de vue de l'antitrust que représentaient les pratiques des acteurs de l'IA, et surtout les risques internationaux, comme en atteste le *Joint Statement* du DOJ et de la FTC avec la CMA britannique³²⁸.

Toutefois, malgré l'ambition doctrinale de Lina Khan et de cette tentative de rupture, la vision néo-brandeisienne s'est heurtée à la résistance des juridictions fédérales américaines. Cette résistance a de ce fait permis aux acteurs de l'IA de perpétuer leurs pratiques anticoncurrentielles déguisées malgré la volonté claire de la FTC de sanctionner ces nouvelles pratiques.

B. L'affaire AMG v. FTC, ou le rejet par la justice de la vision néo-brandeisienne

Malgré les efforts mis en place par Lina Khan et la FTC afin d'essayer de condamner les comportements des acteurs de l'IA et des Big Tech, l'opposition dont ont fait preuve les

³²⁴ Ibid., Section III : « Where the indicia of unfairness are clear, less may be necessary to show a tendency to negatively affect competitive conditions ». Le Policy Statement précise que « the size, power, and purpose of the respondent may be relevant, as are the current and potential future effects of the conduct »

³²⁵ *FTC v. Microsoft Corp.*, No. 23-cv-01558 (N.D. Cal. 2023). Le juge fédéral Jacqueline Scott Corley a refusé d'accorder l'injonction préliminaire demandée par la FTC pour bloquer l'acquisition, estimant que la Commission n'avait pas démontré que l'opération était susceptible de réduire substantiellement la concurrence.

³²⁶ *Federal Trade Commission et al. v. Amazon.com, Inc.*, Complaint, Case No. 2:23-cv-01495-JHC

³²⁷ FTC, « FTC Launches Inquiry into Generative AI Investments and Partnerships », 25 janvier 2024. La FTC a adressé des ordonnances contraignantes (compulsory orders) à Alphabet, Amazon, Anthropic, Microsoft et OpenAI pour obtenir des informations sur leurs investissements et partenariats dans le domaine de l'IA générative

³²⁸ Joint Statement on Competition in Generative AI Foundation Models and AI Products, signé par M. Vestager (Commission européenne), S. Cardell (CMA), J. Kanter (DOJ) et L. M. Khan (FTC), 2024. Ce document identifie notamment trois risques principaux : le contrôle concentré des inputs clés, l'extension du pouvoir de marché existant, et les arrangements entre acteurs clés susceptibles d'amplifier ces risques

juridictions américaines a quasiment été systématique ce qui a vidé de sa substance l'activisme réglementaire de l'agence. Plusieurs défaites peuvent ici être énumérées : *FTC v. Meta Platforms* (Within), *FTC v. Qualcomm* ou encore *FTC v. Microsoft Corp.* Ces affaires ont démontré l'hostilité des juridictions fédérales envers les tentatives originales de l'agence fédérale, en particulier lorsqu'il s'agissait d'appliquer des concepts clefs comme ceux de concurrent potentiel ou de marché naissant au secteur technologique. Toutefois, l'affaire ayant réellement mis un terme au projet de la FTC est l'affaire *AMG Capital Management v. FTC* qui a atteint le fondement même du système de l'*enforcement* sur lequel reposait les espoirs de l'activisme de la FTC³²⁹.

Cette affaire, qui paradoxalement ne concerne pas la concurrence, portait sur des pratiques de prêts sur salaire délibérément trompeuses. Nonobstant, la portée de cette décision a eu des conséquences allant bien au-delà de cas particulier³³⁰. En rejetant l'interprétation que faisait la FTC de la Section 13 (b) du *Federal Trade Commission Act*, la Cour suprême a privé l'agence de l'accès direct aux tribunaux fédéraux pour imposer la restitution des profits illégalement obtenus sans devoir passer par le processus administratif lourd que caractérisent les Sections 5 et 19 du *FTC Act*. Or ce rejet revient à priver la FTC de son outil de sanction pécuniaire le plus efficace. Cette décision est d'une grande importance pour comprendre l'impasse dans laquelle se trouve l'*enforcement* américain face au secteur de l'IA. *AMG v. FTC* révèle que la FTC ne dispose ni des réglementations appropriées, ni du pouvoir procédural de sanction efficace, pour appréhender les pratiques des acteurs de l'IA.

Afin de mieux comprendre l'impact sans précédent de cette affaire il convient d'abord de l'étudier plus en détail. À première vue, les faits de l'affaire *AMG v. FTC* peuvent sembler éloignés des préoccupations de l'antitrust à l'ère du numérique³³¹. L'affaire implique Scott Tucker, un opérateur de prêts sur salaire qui avait mis en place un système délibérément conçu pour tromper les consommateurs empruntant à des taux d'intérêts prédateurs. Le mécanisme était simple : Tucker annonçait des frais initiaux apparemment modérés (un emprunt de 300\$ assorti de frais de 90\$ soit un total remboursable de 390\$) mais dissimulait une clause stipulant que le prêt se renouvelerait automatiquement à moins que l'emprunteur ne prenne les mesures affirmatives pour le refuser. De ce fait, un consommateur inattentif qui ne voyait pas cette clause ou oubliait de refuser le renouvellement automatique devait rembourser non pas 390\$ mais 975\$, ou plus³³². Entre 2008 et 2012, cette mécanique a été appliquée systématiquement et les entreprises de Tucker ont conclu plus de 5 millions de prêts générant plus de 1,3 milliard de dollars en trompant le consommateur³³³. Cette violation n'était pas marginale et représentait

³²⁹ *AMG Cap. Mgmt., LLC v. FTC*, 141 S. Ct. 1341 (2021)

³³⁰ L'unanimité de la Cour (9-0) est particulièrement remarquable car elle traverse les divisions idéologiques entre justices conservateurs et progressistes, suggérant un consensus sur le rejet de l'interprétation large de la Section 13(b) proposée par la FTC.

³³¹ *AMG Capital Management v. FTC*, slip opinion, p. 1 (syllabus)

³³² *Ibid.*, p. 2 (syllabus et p. 5 de l'opinion). La Cour décrit le mécanisme : "But in fine print the explanations said that the loan would be automatically renewed unless the customer took affirmative steps to opt out. Thus, unless the customer who borrowed \$300 was aware of the fine print and actively prevented the loan's automatic renewal, he or she could end up having to pay \$975, not \$390."

³³³ *Ibid.*, p. 5 (opinion): "Between 2008 and 2012, Tucker's businesses made more than 5 million payday loans, amounting to more than \$1.3 billion in deceptive charges."

un véritable schéma de fraude massive reposant sur la faiblesse de consommateurs vulnérables. En 2012, la FTC a engagé une action en justice contre Scott Tucker et ses sociétés, *AMG Capital Management* alléguant une violation de la Section 5 (a) du FTC Act interdisant les « actes ou pratiques déloyales ou trompeuses affectant le commerce »³³⁴. La violation étant ici évidente, ce qu'il faut retenir de l'affaire n'est pas le délit en lui-même, mais bien la manière dont la FTC a choisi d'instruire cette affaire et d'obtenir réparation.

Le FTC Act offre à l'agence différents moyens afin de pallier les violations de l'antitrust³³⁵. Premièrement, la Section 5 permet à la FTC d'engager des procédures administratives internes. Si une violation était établie à la suite de cette procédure, l'agence peut émettre un ordre de cessation et d'abstention (« *cease and desist order* »). Ensuite, la Section 19 du même acte autorise la FTC à faire une demande en justice devant les tribunaux fédéraux mais uniquement après qu'une ordonnance finale ait été émise. Cette Section permet au tribunal d'accorder une réparation monétaire, ou « *consumer redress* », dans des circonstances limitées³³⁶. Enfin, la Section 13 (b) du FTC Act stipule : « La Commission peut demander, et après preuve appropriée, le tribunal accordera une injonction permanente. »³³⁷ Cette Section donne ainsi uniquement le droit à la FTC de demander une injonction permanente mais pas de dommages ou de restitutions. La FTC a toutefois fait le choix d'utiliser cette section afin d'argumenter que l'injonction délivrée par la cour pouvait inclure la restitution de profits mal acquis dans le but de contourner le processus administratif plus long des autres sections³³⁸.

La Cour suprême a unanimement rejeté cette lecture de la Section 13 (b) du FTC Act³³⁹. En effet, selon elle, une injonction est un terme juridique technique désignant un ordre prospectif interdisant un comportement futur. Ainsi, sanctionner un comportement passé par ce biais n'est pas possible³⁴⁰. La Cour affirme ici que chaque Section du FTC Act a son rôle à jouer et qu'interpréter la Section 13 (b) aussi largement reviendrait à rendre la Section 19 superflue³⁴¹.

Si cette décision représente un tel enjeu pour la régulation des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'IA, c'est parce qu'elle prive la FTC d'un outil essentiel, à savoir demander des restitutions monétaires au titre de cette section ce qui affaiblit considérablement l'agence fédérale dans sa lutte contre les acteurs de l'IA tout particulièrement dans un contexte d'activisme intensif mené par Lina Khan. Avant cette décision, la FTC pouvait aller directement devant le tribunal afin de demander des réparations. Désormais elle doit emprunter le processus administratif long de la Section 5 et 19 du FTC Act, un processus pouvant prendre

³³⁴ Section 5(a) du FTC Act, 15 U.S.C. § 45(a)(1)-(2). La plainte alléguait des violations de cette section prohibant les "unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce"

³³⁵ Federal Trade Commission Act, § 5, 15 U.S.C. § 45, § 13(b), 15 U.S.C. § 53(b), § 19, 15 U.S.C. § 57b

³³⁶ Section 19 du FTC Act, 15 U.S.C. § 57b(b), autorise le tribunal fédéral à accorder "such relief as the court finds necessary to redress injury to consumers", mais seulement dans les cas où la FTC a préalablement obtenu une ordonnance administrative finale et dans le contexte spécifique de la Section 57b(a)(2)

³³⁷ Section 13(b) du FTC Act, 15 U.S.C. § 53(b): "The Commission may seek, and after proper proof, the court shall grant, a permanent injunction."

³³⁸ *AMG v. FTC*, slip opinion, p. 1 (syllabus). La FTC demandait 1,27 milliard de dollars en restitution

³³⁹ *AMG v. FTC*, pp. 1-15 (opinion unanime du juge Breyer)

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 7: "By its terms, this provision concerns prospective injunctive relief, not retrospective monetary relief."

³⁴¹ *Ibid.*, p. 9 : "Other statutory provisions, in particular the conditioned and limited monetary relief authorized in §19, confirm this conclusion."

entre 5 et 10 ans, ce qui laisse le temps aux opérateurs de continuer leurs pratiques anticoncurrentielles sur le marché. Or, dans le secteur de l'IA, attendre 5 à 10 ans avant de pouvoir obtenir des restitutions revient à laisser le champ libre à ces pratiques.

Par exemple, dans les affaires *FTC v. Meta Platforms* (Within) et *FTC v. Microsoft Corp.* même si la FTC a obtenu gain de cause, elle n'a pas pu imposer de sanction pécuniaire ayant réellement un impact sur le comportement des acteurs en cause. Elle n'a pu qu'obtenir une injonction interdisant l'acquisition. Or, interdire l'acquisition aux acteurs de l'IA ne suffit pas pour les empêcher de procéder à des acquisitions déguisées (Partie 1, Titre 1, Section 2)³⁴².

Cette affaire montre donc bien l'affaiblissement de la FTC du fait du rejet des juridictions fédérales de leurs tentatives d'*enforcement* plus agressif mais nécessaire pour réguler les acteurs de l'IA. Cette résistance est d'autant plus délétère que le secteur de l'IA présente des enjeux notamment de rapidité dans la régulation des comportements antitrust. Les acquisitions déguisées faites dans le secteur sont extrêmement rapides et échappent à la plupart des radars classiques de l'*enforcement* américain marqué par une régulation a posteriori. Ainsi, rejeter l'activisme de la FTC revient à considérablement affaiblir le modèle *ex post* de l'*enforcement* américain et par la même occasion tout l'antitrust.

La résistance des juridictions fédérales n'est toutefois qu'une dimension infime de la crise que traverse l'*enforcement* américain face aux nouveaux acteurs du marché, puisque la plus grande difficulté vient de la résistance du DOJ. Or, le modèle américain a été construit d'une telle façon qu'une résistance à la tête même de l'*enforcement* ne peut que laisser aux acteurs de l'IA la voie libre pour développer leur pratiques anti-concurrentielles.

§ 2 — L'*enforcement* américain bicéphale remis en cause par les tensions entre la vision du DOJ et de la FTC

A. L'efficacité de l'*enforcement* du DOJ consacrée dans l'affaire *US v. Google* (Search)

La décision rendue le 5 août 2024 par le juge Amit Mehta dans l'affaire *United States v. Google LLC* marque un tournant dans l'histoire de l'antitrust américain appliqué aux plateformes numériques. Pour la première fois depuis la condamnation de Microsoft en 2001, une juridiction fédérale constate qu'un acteur dominant du numérique a violé la Section 2 du *Sherman Act* en maintenant délibérément, par des mécanismes contractuels d'exclusivité, une position monopolistique sur le marché des moteurs de recherche généraux aux États-Unis³⁴³. L'affaire revêt une importance particulière dans la régulation des pratiques anticoncurrentielles de l'IA puisque le tribunal a reconnu que si l'IA générative constitue une menace concurrentielle naissante pour les moteurs de recherche, les remèdes prononcés le 2 septembre 2025 démontrent que l'*enforcement* américain fondé sur un modèle *ex post* est capable non

³⁴² *FTC v. Meta Platforms Inc.*, Case No. 5:22-cv-04325-EJD (N.D. Cal., 8 juin 2023) et *FTC v. Microsoft Corp.*, 136 F.4th 954 (9th Cir. 2025)

³⁴³ *United States v. Google LLC*, 747 F. Supp. 3d 1, *31 (D.D.C. 2024) (juge Amit P. Mehta) [ci-après *Google Search* 2024] : « Google is a monopolist, and it has acted as one to maintain its monopoly. It has violated Section 2 of the Sherman Act. » *Sherman Antitrust Act*, 15 U.S.C. § 2 (1890). Sur l'affaire Microsoft comme précédent historique, v. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), cité par *Google Search* 2024, *op. cit.*, *107

seulement d'appréhender les comportements anticoncurrentiels des grandes plateformes numériques, mais également d'anticiper les dynamiques propres à l'IA³⁴⁴.

Le cadre doctrinal mobilisé par le tribunal s'inscrit dans la tradition jurisprudentielle issue de l'arrêt *United States v. Grinnell Corp.* de 1966, que le juge Mehta applique en deux étapes conformément à l'analyse développée dans l'arrêt *United States v. Microsoft* de 2001³⁴⁵. La première étape consiste à établir l'existence d'un pouvoir de monopole sur un marché pertinent et la seconde à démontrer l'acquisition ou le maintien délibéré de ce pouvoir par des moyens distincts de la croissance organique ou du développement d'un produit supérieur. Sur le premier volet, le tribunal a circonscrit le marché pertinent à celui des moteurs de recherche généraux (*General Search Engines, GSEs*), à l'exclusion des moteurs verticaux spécialisés, tels qu'Amazon pour les produits de grande consommation ou Yelp pour les commerces locaux, au motif que ces derniers ne constituent pas de substituts fonctionnels au regard de la polyvalence et de la diversité des requêtes traitées par les *GSEs*³⁴⁶. Sur ce marché, la part de Google s'établissait à 89,2% des requêtes de recherche générale aux États-Unis en 2020, atteignant 94,9% sur le segment mobile³⁴⁷. Ces chiffres, excédant de loin le seuil à partir duquel la jurisprudence américaine présume l'existence d'un pouvoir monopolistique³⁴⁸, ont conduit le tribunal à satisfaire au premier critère du test *Grinnell*.

L'examen du deuxième critère du test *Grinnell* constitue le cœur de l'analyse du juge Mehta. Le tribunal a identifié trois catégories d'accords d'exclusivité témoignant d'une violation : les contrats de moteur de recherche par défaut conclus avec les fabricants d'appareils mobiles (OEM), les opérateurs de télécommunications (*carriers*) et les développeurs de navigateurs (principalement Apple) ; les *Mobile Application Distribution Agreements (MADAs)*, liant les fabricants Android à la préinstallation de la suite d'applications Google ; et les *Revenue Share Agreements (RSAs)*, rétrocédant aux partenaires une fraction des revenus publicitaires générés par les recherches effectuées via leurs appareils ou plateformes³⁴⁹. Le contrat conclu avec Apple en vertu duquel Google versait en 2022 la somme de vingt milliards de dollars au titre de l'*Internet Services Agreement* afin de demeurer le moteur de recherche par défaut de Safari, symbolise à lui seul l'ampleur du mécanisme de verrouillage³⁵⁰. Au total, ces accords ont pour effet de *foreclose* 50% du marché des *GSEs* par volume de requêtes, auxquels s'ajoutent les 20% de requêtes supplémentaires captées par le navigateur Chrome, de

³⁴⁴ *Google Search* 2024, *op. cit.*, *122-123 : « [T]he advent of artificial intelligence (AI) has not sufficiently eroded barriers to entry—at least not yet. » V. également *United States v. Google LLC*, Case No. 1:20-cv-03010-APM, Document 1436, *Memorandum Opinion and Order on Remedy* (D.D.C., 2 septembre 2025) [ci-après *Google Search Remedy*], pp. 1-3 et 180-210

³⁴⁵ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-571 (1966), cité par *Google Search* 2024, *op. cit.*, *107 (Conclusions of Law, Legal Framework). Le juge Mehta structure l'analyse conformément au cadre issu de *Microsoft Corp.*, 253 F.3d at 51 : v. *Google Search* 2024, *op. cit.*, *107-108

³⁴⁶ *Google Search* 2024, *op. cit.*, *117 (Section II.B : General Search Services is a Relevant Product Market)

³⁴⁷ *Ibid.*, *38 (Findings of Fact, §§ 23-24) : « That percentage had increased from 80% to 89.2% by 2020 » ; « Google's share of search queries on mobile devices was even higher at 94.9% in 2020. »

³⁴⁸ *V. United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945)

³⁴⁹ *Google Search* 2024, *op. cit.*, *147-148 (Section IV — Exclusive Dealing) pour les accords de navigateurs ; §§ 348-352 (*97-98) pour les MADAs ; §§ 355-373 (*100-103) pour les RSAs

³⁵⁰ *Ibid.*, § 299 (*91) : « In 2022, Google's revenue share payment to Apple was an estimated \$20 billion (worldwide queries). »

ce fait, seul 30% des requêtes transitent aux États-Unis par un point d'accès non préinstallé avec Google³⁵¹. Le tribunal en a conclu que cette situation crée un marché dans lequel il n'existe pas de véritable concurrent capable de défier la position de Google : « *There is no genuine 'competition for the contract' Google has no true competitor* »³⁵². La théorie du préjudice concurrentiel mobilisée ici est celle du *foreclosure* par privation d'échelle (*scale gap*). En effet, en contrôlant les principaux points de distribution du marché, Google prive ses concurrents potentiels du volume de requêtes nécessaire à l'entraînement et à l'amélioration de leurs algorithmes, rendant le marché structurellement imperméable à toute nouvelle entrée significative³⁵³.

L'intérêt de cette affaire pour la régulation du secteur de l'IA réside dans la transposabilité directe de cette théorie de *foreclosure* à la distribution des services d'IA générative. Le tribunal a lui-même reconnu que l'émergence de l'IA n'avait pas encore suffisamment érodé les barrières à l'entrée caractérisant le marché des *GSEs*, et que seule une innovation susceptible de modifier la dynamique concurrentielle « dans le futur prévisible » pourrait en modifier les conclusions³⁵⁴. Les remèdes prononcés reflètent cette prise de conscience puisqu'ils s'étendent aux assistants d'IA de Google, notamment *Google Assistant* et *Gemini*, afin de prévenir la reconduction du même modèle d'exclusivité dans l'écosystème de l'IA générative³⁵⁵. En d'autres termes, la théorie juridique développée dans *United States v. Google* n'est pas limitée au marché de la recherche en ligne et pose le principe selon lequel tout accord contractuel verrouillant les points de distribution d'un service numérique au bénéfice d'un acteur dominant constitue un mécanisme illicite de maintien d'un monopole, dès lors que cet accord prive les concurrents des données ou du trafic nécessaires à leur développement concurrentiel³⁵⁶.

L'efficacité de l'*enforcement* du DOJ dans cette affaire doit toutefois être nuancée. Si la reconnaissance de la violation est incontestable, les remèdes édictés par le juge Mehta sont comportementaux plutôt que structurels. La cession de Chrome, pourtant défendue par le DOJ comme le seul moyen de remédier au verrouillage de la distribution, a été écartée au motif que son impact serait disproportionné par rapport au bénéfice attendu³⁵⁷. Les mesures retenues (interdiction des accords de partage de revenus, obligation de neutralité algorithmique, accès des concurrents aux données de clics et de requêtes) s'appliquent pour une durée de six ans³⁵⁸, ce qui expose le dispositif à une révision par une administration moins favorable à l'*enforcement*. La dimension politique sous-jacente à cette affaire est bien réelle puisque

³⁵¹ *Ibid.*, *158-160 (Section V.A.1-2) : « [T]he distribution agreements foreclose 50% of the general search services market by query volume » (*158) ; « An additional 20% of all searches nationwide are derived from user-downloaded Chrome [...] That means only 30% of all GSE queries in the United States come through a search access point that is not preloaded with Google » (*160)

³⁵² *Ibid.*, *144 : « There is no genuine "competition for the contract." Google has no true competitor. »

³⁵³ *Ibid.*, *160-165 (Section V.A.2 : The Exclusive Agreements Have Deprived Rivals of Scale)

³⁵⁴ *Google Search* 2024, *op. cit.*, *122-123 : « [T]he advent of artificial intelligence (AI) has not sufficiently eroded barriers to entry—at least not yet. New technologies may lower, or even demolish, barriers to entry, but such innovation is meaningful only if it can change the market dynamic in the "foreseeable future." » (citant *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d at 55)

³⁵⁵ *Google Search* Remedy, *op. cit.*, pp. 180-210

³⁵⁶ *Google Search* 2024, *op. cit.*, *160-16

³⁵⁷ *Google Search* Remedy, *op. cit.*, pp. 150-160 (rejet de la cession de Chrome)

³⁵⁸ *Ibid.*, pp. 210-225 (remèdes comportementaux, durée de six ans)

l'arrivée au pouvoir de l'administration Trump en 2025 a engendré une incertitude quant au degré de conviction avec lequel le DOJ maintiendra la pression sur Google au stade de l'exécution des remèdes.

Toutefois, cette fragilité n'enlève pas à cette affaire sa valeur puisqu'en poursuivant à la fois Google sur le marché de la publicité programmatique (*United States v. Google LLC*, E.D. Va., 17 avril 2025) et Apple sur celui des smartphones de performance (*United States v. Apple Inc.*, D.N.J., 21 mars 2024), le DOJ a affiché une volonté d'*enforcement* confirmant la capacité de l'antitrust à appréhender au moins partiellement les comportements anticoncurrentiels des acteurs dominant le secteur de l'IA.

B. Les incohérences entre l'enforcement du DOJ et de la FTC paralysant la correcte régulation des acteurs de l'IA

La dualité de l'*enforcement* antitrust américain, partagé entre le DOJ et la FTC, constitue l'une des particularités les plus originales de l'antitrust aux États-Unis. Cette dualité découle de la volonté législative de remédier aux insuffisances de la stricte application judiciaire du *Sherman Act*, c'est ainsi que le *Federal Trade Commission Act* de 1914 a créé une autorité administrative indépendante destinée à mettre fin au monopole de l'exécutif sur l'*enforcement* antitrust³⁵⁹. Cette architecture bicéphale, reflétant la tradition américaine du pluralisme institutionnel, a néanmoins engendré des conflits de compétences et des divergences doctrinales qui se révèlent aujourd'hui problématiques face aux enjeux posés par le secteur de l'IA.

En l'absence de toute règle formelle de répartition de compétences, les deux agences ont développé une division informelle dans leur traitement des pratiques anticoncurrentielles, notamment des acteurs de l'IA. La FTC surveille les partenariats entre Microsoft et OpenAI ou entre Amazon et Anthropic et le DOJ se concentre sur l'investigation de Google et Apple. Cette répartition expose l'*enforcement* à des risques de contradictions ou de carences. Le DOJ privilégie en effet une conception classique de la concurrence centrée sur le *Consumer Welfare Standard* et le recours aux Sections 1 et 2 du *Sherman Act*, comme en témoigne sa victoire dans l'affaire *US v. Google LLC (Search)*³⁶⁰. La FTC, quant à elle, sous la direction de Lina Khan a adopté une approche néo-brandeisienne en mobilisant la Section 5 du *FTC Act* et des outils non juridictionnels qui par leur nature ne produisent pas d'obligations contraignantes à l'égard des acteurs visés. Cette divergence philosophique va au-delà de la doctrine, elle démontre qu'un même partenariat peut se voir appliquer des théories du préjudice et des standards d'analyse radicalement distincts selon qu'il tombe sous la surveillance de l'une ou de l'autre agence.

Ces divergences sont mises en lumière par la Déclaration conjointe publiée par le DOJ et la FTC sur la concurrence dans le secteur de l'IA. Si ce document témoigne d'une volonté de coordination entre les deux entités et leurs homologues européens, il révèle les limites intrinsèques à cette coopération. Les signataires y reconnaissent l'existence de risques concurrentiels substantiels liés à l'émergence de l'IA mais prennent soin de préciser que « nos

³⁵⁹ William E. KOVACIC et Carl SHAPIRO, « Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n° 1, hiver 2000, p. 46

³⁶⁰ *United States v. Google LLC*, No. 20-3010, D.D.C., 5 août 2024

pouvoirs juridiques et nos contextes juridictionnels diffèrent, et en définitive, nos décisions resteront toujours souveraines et indépendantes »³⁶¹. Cette affirmation traduit l'impossibilité pour ces signataires d'adopter une stratégie unifiée face aux mêmes acteurs. Elle signifie que Microsoft peut faire l'objet d'une surveillance intensive de la FTC au titre de son partenariat avec OpenAI, tandis que le DOJ, ayant gagné face à Google, n'intervient pas sur le partenariat entre Google et Anthropic, créant un angle mort dans l'*enforcement*.

L'étude conduite par la FTC en vertu de l'article 6(b) du *FTC Act*, publiée en janvier 2025 après plus d'un an d'instruction, illustre de manière frappante les limites de l'approche non-juridictionnelle. Cette enquête sur les partenariats entre les principaux fournisseurs de services *cloud* et les développeurs d'IA a permis d'identifier un ensemble de pratiques susceptibles d'affecter la concurrence, comme les droits d'équité et de partage de revenus conférant aux fournisseurs *cloud* une influence significative sur leurs partenaires, les promesses de dépenses *cloud* créant des effets de captivité, les accès asymétriques à des informations techniques et commerciales sensibles inaccessibles aux tiers³⁶². Toutefois, le rapport lui-même prend soin d'indiquer qu'il « ne constitue pas une analyse légale ou économique formelle des partenariats ou des marchés » et qu'« une analyse complète des implications concurrentielles de ces partenariats dépasse le cadre de ce rapport »³⁶³. La FTC constate et signale mais ne va pas au-delà dans ce rapport. Ce paradoxe démontre que, pendant qu'une agence publie une étude informative sans portée normative contraignante, sur des partenariats impliquant des investissements de plusieurs dizaines de milliards de dollars, l'autre obtient une condamnation judiciaire sans que les deux démarches ne s'articulent en un projet régulateur commun face aux acteurs de l'IA.

À ces incohérences horizontales entre le DOJ et la FTC s'ajoute une rupture verticale résultant de l'expansion de la régulation de l'IA au-delà du champ concurrentiel. La Déclaration conjointe publiée par la FTC, le *Consumer Financial Protection Bureau*, la Division des droits civils du DOJ et la Commission pour l'égalité des chances dans l'emploi témoigne de ce phénomène³⁶⁴. Chacune de ces agences entend appliquer ses propres lois, comme le *Fair Housing Act*, l'*Equal Credit Opportunity Act* ou le *Civil Rights Act*, à des systèmes d'IA qui relèvent simultanément de la surveillance antitrust. Or, loin de constituer un cadre cohérent, cette superposition engendre des exigences potentiellement contradictoires. La déclaration elle-même reconnaît cette limite en précisant qu'elle n'a d'effet « immédiat et direct » sur aucun acteur et ne constitue pas « une action définitive de l'agence »³⁶⁵. Il en résulte une structure régulatoire caractérisée par une multiplication des acteurs institutionnels ayant différents objectifs, sans mécanisme de coordination contraignant, ce qui affaiblit la capacité

³⁶¹ Department of Justice, Federal Trade Commission, *Joint Statement on Competition in Generative AI* [signé également par la Commission européenne et la Competition and Markets Authority], 2023, p. 3

³⁶² Federal Trade Commission, Office of Technology Staff, *Partnerships Between Cloud Service Providers and AI Developers — FTC Staff Report on AI Partnerships & Investments 6(b) Study*, janvier 2025, p. 2-3

³⁶³ *Ibid.*, p. 1

³⁶⁴ Federal Trade Commission, Consumer Financial Protection Bureau, Department of Justice Civil Rights Division, Equal Employment Opportunity Commission, *Joint Statement on Enforcement Efforts Against Discrimination and Bias in Automated Systems*, 2023.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 3

de l'*enforcement* américain à appréhender les spécificités d'un secteur aussi concentré et évolutif que celui de l'IA.

Ces incohérences institutionnelles révèlent une tension fondamentale dans un modèle américain reposant sur une pluralité d'acteurs aux philosophies d'intervention distinctes, sans hiérarchie normative ni mécanisme de coordination. Cette fragilité n'est pas sans rappeler les vulnérabilités mises en évidence par l'affaire *US v. Microsoft Corp.* en 2001, dans laquelle la Cour avait souligné que « *six years seems like an eternity in the computer industry* »³⁶⁶, soulignant l'inadéquation entre la longueur judiciaire et la rapidité de l'innovation technologique. Si le DOJ et la FTC partagent l'objectif de protéger la concurrence dans le secteur de l'IA, les philosophies régulatrices divergentes qu'ils développent produisent des interventions incohérentes affaiblissant l'*enforcement* dans un secteur capable d'anticiper et d'exploiter les failles du système en place.

Section 2 : L'impossible stabilité des régulations antitrust face à l'alternance politique de l'exécutif américain

Si l'Union européenne souffre d'un excès normatif qui fragilise la cohérence interne de son droit de la concurrence, le modèle américain, lui, souffre d'une instabilité de nature fondamentalement différente tenant à l'architecture de ses règles substantielles et de son système institutionnel. La régulation de l'IA aux États-Unis est, en effet, la victime de l'alternance politique de l'exécutif. Cette alternance est particulièrement délétère dans le secteur de l'IA, où l'ambition régulatrice de l'ère Biden s'est heurtée d'abord à un blocage législatif, avant d'être balayée par le virage dérégulateur de l'administration Trump (§1). Elle révèle ainsi une fragilité plus ancienne et plus profonde du modèle américain, que les enjeux propres à l'IA n'ont fait qu'exacerber, et dont l'histoire du droit antitrust américain appliqué au numérique offre une illustration claire (§2).

§ 1 — La question de la régulation de l'IA fondamentalement empreinte d'une politisation radicale et instable

A. L'ambition régulatrice de l'ère Biden confrontée à un échec législatif

L'ère Biden constitue, dans l'histoire récente de l'antitrust, un moment de rupture idéologique particulièrement instructif pour notre analyse. Après 40 ans de domination de la pensée de l'École de Chicago, fondée sur l'efficacité économique et le règne du *Consumer Welfare Standard*³⁶⁷, l'administration Biden a imposé une politique néo-brandeisienne, animée par la conviction que la concentration excessive des marchés numériques constitue en elle-même une menace pour la démocratie, l'innovation et l'égalité des chances économiques. Cette ambition s'est traduite par la nomination de Lina Khan à la tête de la FTC comme nous l'avons

³⁶⁶ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 49 (D.C. Cir. 2001)

³⁶⁷ Le *consumer welfare standard*, théorisé par Robert Bork dans *The Antitrust Paradox* (1978) et devenu le paradigme dominant de la politique antitrust américaine depuis les années Reagan, postule que l'unique objectif légitime du droit de la concurrence est d'optimiser l'efficacité allocative au bénéfice des consommateurs, mesurée principalement à travers le niveau des prix. V. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 5e éd., West Academic Publishing, 2016, § 2.3c

vu précédemment. Toutefois, cette ambition a été un échec tant du côté de la FTC que de celui de la législation.

La politisation de l'antitrust n'est pas une nouveauté. La politique antitrust américaine a toujours suivi les théories économiques dominantes de son époque, faisant de l'*enforcement* un instrument particulièrement sensible aux alternances politiques. La période du laissez-faire judiciaire de la fin du XIXe siècle, l'activisme de l'ère Roosevelt, ou encore le retrait de l'ère Reagan le démontrent bien. L'instabilité de l'antitrust est donc structurelle et induite par le modèle d'*enforcement* américain, ce qui rend la comparaison avec le modèle européen d'autant plus pertinente³⁶⁸.

La manifestation la plus ambitieuse de l'agenda réglementaire de l'administration Biden dans le secteur du numérique a été la tentative par cette dernière de faire adopter l'*American Innovation and Choice Online Act* (AICOA). Le texte a été déposé au Sénat en 2021 et bénéficiait au début d'un soutien bipartisan notable. Cet acte avait pour but d'imposer des obligations comportementales aux « *covered platforms* », définies comme des plateformes numériques dépassant certains seuils de chiffre d'affaires et d'utilisateurs. Ces plateformes incluaient de tout évidence Amazon, Apple, Google et Meta³⁶⁹. La philosophie de ce texte était donc claire : il visait à mettre fin aux pratiques d'auto-préférence (*self-preferencing*), par lesquelles les grandes plateformes favorisaient leurs propres produits et services dans leurs résultats de recherche, ou de classement, au détriment des concurrents qui utilisaient leur infrastructure. L'AICOA interdisait également aux plateformes d'imposer des conditions discriminatoires aux tiers utilisateurs, ou de restreindre l'interopérabilité de leurs systèmes à des fins anticoncurrentielles³⁷⁰.

L'AICOA présentait, en outre, un parallèle évident avec le DMA européen, puisqu'il en partageait la logique de régulation *ex ante* des pratiques anticoncurrentielles des grandes plateformes. Cette similitude n'est pas une coïncidence, et démontre bien qu'à la fois le législateur européen et américain, analysent et répondent aux pratiques anticoncurrentielles des plateformes numériques de la même façon. Une distinction fondamentale entre l'AICOA et le DMA doit toutefois être relevée puisque, là où le DMA procède par désignation de « contrôleurs d'accès » (*gatekeepers*) et impose des obligations dont le non-respect peut faire

³⁶⁸ Hovenkamp, *op. cit.*, § 2.2d. L'auteur souligne que « antitrust policy has been particularly vulnerable to such political changes » et que le droit antitrust américain a toujours reflété les théories économiques dominantes, ce qui en fait un instrument intrinsèquement instable de politique sectorielle.

³⁶⁹ American Innovation and Choice Online Act, S. 2992, 117th Cong. (2022), art. 2. Le texte définit la « *covered platform* » comme une plateforme réunissant au moins 50 millions d'utilisateurs américains actifs mensuels ou 100 000 utilisateurs professionnels américains actifs mensuels, dont le chiffre d'affaires annuel net dépasse 550 milliards de dollars ou dont la capitalisation boursière dépasse ce même seuil.

³⁷⁰ American Innovation and Choice Online Act, S. 2992, *ibid.*, art. 3, sec. (a)(1) à (a)(9). Les pratiques interdites comprennent notamment le fait de favoriser les produits ou services du contrôleur ou de ses partenaires sur la plateforme, d'utiliser les données non publiques des utilisateurs professionnels pour avantager les produits du contrôleur, ou de restreindre la capacité des utilisateurs professionnels à communiquer avec leurs propres clients en dehors de la plateforme.

l'objet de sanctions administratives³⁷¹, l'AICOA reposait sur un mécanisme d'application judiciaire par les agences antitrust et par les États fédérés³⁷².

L'AICOA a été un grand échec pour l'administration Biden et n'a jamais été soumis au vote de l'ensemble du Sénat. La première cause de cet échec tient à l'efficacité redoutable du lobbying des grandes entreprises technologiques. Amazon, Apple, Google et Meta ont déployé des ressources considérables pour influencer le processus législatif, affirmant que les obligations comportementales prévues dans le texte risqueraient de nuire à la capacité des plateformes d'offrir des services intégrés aux consommateurs et d'entraver l'innovation américaine³⁷³. Cette dynamique confirme l'analyse développée par Hovenkamp sous l'angle de la *public choice theory* énonçant que les groupes d'intérêts concentrés et bien organisés, comme les Big Tech, sont structurellement plus efficaces que les consommateurs dispersés pour influencer le processus législatif. La *public choice theory* enseigne en outre que cette asymétrie s'applique non seulement à la fabrication de la réglementation mais aussi à son blocage³⁷⁴.

La deuxième cause de cet échec est due aux fractures au sein du parti démocrate. L'AICOA bénéficiait du soutien du parti républicain, mais certains sénateurs démocrates représentant des États à forte densité du secteur technologique, notamment la Californie, ont exprimé des réticences croissantes à mesure que le texte progressait. Ces divisions internes ont conduit à des reports successifs du vote jusqu'à l'expiration de la session législative, sans que le texte ne soit jamais soumis à la délibération plénière du Sénat³⁷⁵.

Le sort du *Journalism Competition and Preservation Act* (JCPA) illustre la même dynamique. Ce texte était bien plus modeste dans ses ambitions que l'AICOA, il visait simplement à permettre aux entreprises de presse de mener des négociations collectives avec

³⁷¹ Article 3, Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (Digital Markets Act – DMA), JOUE L 265 du 12 octobre 2022, p. 1

³⁷² *American Innovation and Choice Online Act* (AICOA), S. 2992, 117th Congress, 1st Session (2021), articles 3, 5, 6 et 26 ; article 3, section (e)

³⁷³ Center for Responsive Politics, *Big Tech lobbying push helped block bipartisan bills that aimed to curb alleged anti-competitive behavior*, OpenSecrets News, 14 décembre 2022, disponible sur : <https://www.opensecrets.org/news/2022/12/big-tech-lobbying-push-helped-block-bipartisan-bills-that-aimed-to-curb-alleged-anti-competitive-behavior/> (consulté le 22 mai 2026). Les grandes plateformes et leurs associations professionnelles ont ainsi dépensé 277 millions de dollars en lobbying au cours des deux années précédant l'échec législatif, soit six fois plus que les organisations favorables à la réforme antitrust

³⁷⁴ Hovenkamp, *op. cit.*, § 19.2b2. L'auteur expose que selon la théorie du *public choice*, « many instances of regulation are the result of legislative or agency 'capture' by special interest groups. The regulation was passed, not because it was efficient, but because small, homogeneous interest groups are disproportionately effective at getting their message through, often at the expense of larger more heterogeneous groups such as consumers. »

³⁷⁵ V. *Fighting Against the Clock: Did Congress Miss its Opportunity to Pass a Monumental Big Tech Oversight Bill?*, Harvard Journal of Law & Technology Digest, disponible sur : <https://jolt.law.harvard.edu/digest/fighting-against-the-clock-did-congress-miss-its-opportunity-to-pass-a-monumental-big-tech-oversight-bill/> (consulté le 22 mai 2026). Plusieurs sénateurs démocrates — dont Brian Schatz, Ron Wyden, Ben Ray Lujan et Tammy Baldwin — ont conditionné leur soutien à l'adoption d'amendements garantissant que l'interdiction de discrimination dans l'application des conditions d'utilisation prévue à l'art. 3 de l'AICOA ne compromettrait pas les pratiques de modération de contenu des plateformes. Les co-sponsors du texte ont refusé d'intégrer ces modifications, estimant qu'elles auraient entraîné le retrait des voix républicaines indispensables à l'obtention de la majorité qualifiée de soixante voix requise pour surmonter l'obstruction procédurale (*filibuster*)

les grandes plateformes sur les conditions de rémunération pour l'utilisation de leurs contenus, en les exemptant temporairement des règles antitrust qui rendent ordinairement toutes négociations collectives entre concurrents illicites³⁷⁶. Le texte n'a, lui aussi, jamais abouti au vote ce qui témoigne de l'incapacité systémique du Congrès américain d'adopter toute législation qui contrarie significativement les intérêts des grandes plateformes numériques.

Afin de pallier la carence législative, l'administration Biden a choisi la voie exécutive et a adopté l'*Executive Order* 14110 intitulé « *Safe, Secure and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence* »³⁷⁷. En matière de concurrence, ce décret contenait plusieurs dispositions significatives. Il demandait au Secrétaire au Commerce, en coordination avec les agences fédérales chargées de l'*enforcement*, de soumettre un rapport sur les risques de concentration liés aux modèles d'IA fondamentaux. Il chargeait le procureur général et la présidente de la FTC de clarifier la manière dont les lois antitrust existantes s'appliquent au secteur de l'IA. Enfin, il appelait les agences fédérales à redoubler de vigilance à l'égard des pratiques susceptibles de restreindre la concurrence dans l'accès aux ressources essentielles au développement de l'IA, qu'il s'agisse des données d'entraînement, de la puissance de calcul ou des modèles de fondation eux-mêmes³⁷⁸.

La portée réelle de cet *executive order* en matière de concurrence, a toutefois rencontré des limites structurelles. En l'absence d'habilitation législative nouvelle, les agences fédérales ne disposaient d'aucun outil supplémentaire pour réguler les pratiques anticoncurrentielles spécifiques des acteurs de l'IA. Elles ne pouvaient qu'appliquer les textes plus anciens, à savoir le *Sherman Act* et le *Clayton Act*, à des marchés radicalement nouveaux ce qui les rendait inadaptés. La nature même de l'antitrust américain est celle d'une *Common law*, ce qui signifie que le *Sherman Act* est une loi-cadre d'habilitation qui délègue aux tribunaux fédéraux la tâche de forger des règles concrètes *ex post*. Cette architecture n'est donc pas conçue pour produire les obligations comportementales *ex ante* que suppose une régulation efficace des grandes plateformes numériques, obligations dont l'AICOA, précisément, aurait constitué le fondement législatif³⁷⁹.

³⁷⁶ Journalism Competition and Preservation Act, S. 673, 117th Cong. (2021), art. 2. Le texte prévoyait une exemption de quatre ans au *Sherman Act* permettant aux « *qualified news content creators* » de mener des négociations collectives avec les « *dominant online platforms* ». L'exemption était strictement limitée aux négociations portant sur la rémunération, les conditions techniques de présentation des contenus, et les exigences de transparence algorithmique, excluant expressément toute négociation portant sur la qualité éditoriale ou les contenus eux-mêmes

³⁷⁷ Executive Order 14110, « Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence », 88 Fed. Reg. 75191 (31 oct. 2023)

³⁷⁸ EO 14110, *ibid.*, sec. 5.2, « *Promoting Competition* ». Le décret charge notamment le Procureur général et la présidente de la FTC d'« envisager s'il est nécessaire d'émettre de nouvelles orientations ou règlements pour clarifier la manière dont les outils antitrust et les lois sur la concurrence déloyale s'appliquent aux marchés et aux pratiques des entreprises liées à l'IA fondamentale », y compris les pratiques concernant l'accès aux données d'entraînement de grande envergure

³⁷⁹ Hovenkamp, *op. cit.*, § 2.1b. L'auteur souligne que le *Sherman Act* peut être regardé comme une « *enabling legislation — an invitation to the federal courts to learn how businesses and markets work and formulate a set of rules that will make them work in socially efficient ways* ». Cette nature jurisprudentielle du droit antitrust américain lui confère une flexibilité doctrinale remarquable, mais au prix d'une dépendance structurelle aux choix discrétionnaires des agences et des tribunaux

Les événements politiques ayant suivi l'adoption de cet *executive order* ont démontré la fragilité inhérente de la voie exécutive. En effet, l'*Executive Order* 14110 a été révoqué par Donald Trump le premier jour de sa prise de fonction³⁸⁰. Cette révocation illustre la différence fondamentale entre la régulation législative stable et indépendante des alternances politiques, et la régulation exécutive dont la durée de vie est dépendante de celle de l'administration qui l'a édictée³⁸¹. De ce fait, l'ambition régulatoire de l'ère Biden en matière de concurrence dans le secteur de l'IA ne pouvait pas être pérenne. C'est précisément cette instabilité qui constitue l'une des caractéristiques du modèle américain par rapport au modèle européen. Ainsi, malgré une ambition nécessaire portée par l'administration Biden de faire évoluer la régulation des pratiques anticoncurrentielles des acteurs de l'IA afin de mieux en saisir les enjeux, cette volonté a été un échec et ce tout particulièrement après l'arrivée au pouvoir de l'administration Trump en janvier 2025.

B. Le virage dérégulatoire de la nouvelle administration Trump et ses conséquences

Le 20 janvier 2025, dès son premier jour à la Maison-Blanche, Donald Trump a signé l'*Executive Order* 14179 « *Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence* », révoquant expressément l'*Executive Order* 14110 de l'administration Biden³⁸². La rupture opérée est à la fois symbolique et normative. Symbolique, d'abord, car la dénomination même de l'acte présidentiel révèle un renversement de paradigme, là où l'EO 14110 érigeait les risques pour la sécurité, les droits fondamentaux et la concurrence en axes structurant la régulation, l'EO 14179 présente la régulation elle-même comme l'obstacle à abattre, identifiant les règles existantes comme des « barrières à l'innovation américaine » devant être éliminées afin de « conserver le leadership mondial dans l'intelligence artificielle »³⁸³. Normative, ensuite, car sa Section 5 impose à l'ensemble des agences fédérales de revoir, suspendre, réviser ou abroger la totalité des actions entreprises en application de l'*Executive Order* de l'administration Biden³⁸⁴, tandis que sa Section 4 mandate l'élaboration d'un plan d'action dans un délai de cent quatre-vingts jours³⁸⁵.

Ce plan, publié en juillet 2025 sous l'intitulé « *Winning the Race : America's AI Action Plan* », opère ce virage et affirme qu'il est « impératif, pour les États-Unis, d'atteindre et de

³⁸⁰ Donald J. Trump, *Executive Order 14179: Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence*, Federal Register, vol. 90, no. 20, 31 janvier 2025, p. 8741–8742

³⁸¹ Hovenkamp, *op. cit.*, § 2.2d. L'auteur observe que la prétention de l'École de Chicago à avoir produit une politique antitrust « nonpolitique », fondée sur la seule efficience économique, est « *both appealing and dangerous* » : son attrait tient à ce qu'elle semblerait mettre la politique antitrust à l'abri des changements de leadership politique ; son danger est qu'une telle prétention « *takes a particular policy out of the political process altogether* », sans pour autant garantir cette stabilité en pratique

³⁸² Executive Order n° 14110, « Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence », 30 octobre 2023, 88 Fed. Reg. 75191 (1^{er} novembre 2023); Executive Order n° 14179, § 5, « Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence », 23 janvier 2025, 90 Fed. Reg. 8741 (31 janvier 2025) (révoquant expressément l'EO 14110)

³⁸³ Executive Order n° 14179, § 1, préc.: « This order revokes certain existing AI policies and directives that act as barriers to American AI innovation, clearing a path for the United States to act decisively to retain global leadership in artificial intelligence. »

³⁸⁴ Executive Order n° 14179, § 5(a), préc.: « the heads of agencies shall, as appropriate and consistent with applicable law, suspend, revise, or rescind such actions, or propose suspending, revising, or rescinding such actions. »

³⁸⁵ Executive Order n° 14179, § 4(a), préc

maintenir une domination technologique mondiale incontestée, ce qui constitue un impératif de sécurité nationale »³⁸⁶. La régulation n'est ainsi plus seulement présentée comme un obstacle à l'innovation, elle est qualifiée de menace pour la compétitivité et la sécurité du pays, reléguant la protection de la concurrence intérieure au rang de considération secondaire. Le discours prononcé par le Vice-Président J.D. Vance lors du Sommet de l'action sur l'IA à Paris confirme et radicalise ce positionnement ³⁸⁷. Vance débute son intervention par une déclaration démontrant ce changement radical en affirmant qu'il n'est pas venu pour parler de « sécurité de l'IA » mais d'« opportunité de l'IA ». Cette distinction illustre à elle seule le renversement des priorités pour l'exécutif américain. Sur le fond, deux des quatre points développés intéressent directement l'antitrust. En premier lieu, l'affirmation selon laquelle « une régulation excessive du secteur de l'IA pourrait tuer une industrie transformatrice au moment même où elle décolle »³⁸⁸ disqualifie toute intervention régulatoire ambitieuse en la présentant non comme une correction des défaillances de marché, mais comme une menace pour l'innovation. En second lieu, et plus paradoxalement, l'avertissement selon lequel ce sont « très souvent les acteurs disposant d'un avantage d'*incumbent* sur le marché » qui réclament le plus de régulation, et que toute demande en ce sens doit être appréciée à l'aune des intérêts qu'elle sert réellement³⁸⁹. Cet argument démontre que l'administration Trump retourne contre la régulation le raisonnement même du droit de la concurrence pour en faire un motif de renoncement à l'intervention politique. Or, Vance affirme dans le même discours que les lois américaines veilleront à maintenir « Big Tech, Little Tech, et tous les autres développeurs sur un pied d'égalité »³⁹⁰. Cette prétention à la neutralité est pourtant incompatible avec une politique de dérégulation supprimant les instruments susceptibles de contester la position des acteurs dominants dans le secteur. L'*AI Action Plan* présente le même paradoxe en citant l'argument de Vance pour justifier le démantèlement des règles sans jamais résoudre la contradiction entre la promesse d'égalité concurrentielle et l'abandon de ses conditions institutionnelles³⁹¹. Les conséquences de ce virage sur l'*enforcement* antitrust du secteur de l'IA sont immédiatement perceptibles.

³⁸⁶ The White House, *Winning the Race: America's AI Action Plan*, juillet 2025, p. i (citant Donald J. Trump) : « it is a national security imperative for the United States to achieve and maintain unquestioned and unchallenged global technological dominance. »

³⁸⁷ J. D. VANCE, « Remarks by the Vice President at the Artificial Intelligence Action Summit in Paris, France », 11 février 2025, *The American Presidency Project*, disponible sur : <https://www.presidency.ucsb.edu/node/376290> [consulté le 24 mai 2026]

³⁸⁸ J. D. VANCE, préc. : « excessive regulation of the AI sector could kill a transformative industry just as it's taking off, and we'll make every effort to encourage pro-growth AI policies. »

³⁸⁹ J. D. VANCE, préc. : « Who is most aggressively demanding that we [...] do the most aggressive regulation? It is very often the people who already have an incumbent advantage in the market. And when a massive incumbent comes to us asking us for safety regulations, we ought to ask whether that safety regulation is for the benefit of our people or whether it's for the benefit of the incumbent. »

³⁹⁰ J. D. VANCE, préc. : « our laws will keep Big Tech, Little Tech, and all other developers on a level playing field. »

³⁹¹ The White House, *Winning the Race : America's AI Action Plan*, préc., p. 1 (citant J. D. Vance : « restricting AI development with onerous regulation "would not only unfairly benefit incumbents... it would mean paralyzing one of the most promising technologies we have seen in generations" »)

Dès le 20 janvier 2025, en même temps que la signature de l'EO 14179, Andrew Ferguson a été officiellement nommé président de la FTC afin de remplacer Lina Khan³⁹². Dans sa première déclaration, le nouveau président de la FTC s'engage à « mettre fin à l'assaut de l'administration précédente contre le mode de vie américain » et à « ouvrir un nouvel Âge d'Or pour les entreprises, les travailleurs et les consommateurs américains »³⁹³. Cela illustre bien le revirement que compte opérer l'administration Trump par rapport à la politique néo-brandeisienne analysée dans les développements précédents. Cette rupture à la tête de la FTC trouve sa traduction normative la plus directe dans l'*AI Action Plan* en prescrivant explicitement de « passer en revue toutes les investigations de la FTC engagées sous l'administration précédente pour s'assurer qu'elles n'avancent pas de théories de responsabilité pesant indûment sur l'innovation en matière d'IA », et d'examiner si les ordonnances, décrets de consentement et injonctions existants ne doivent pas être modifiés ou annulés³⁹⁴. Les investigations ouvertes sur les partenariats entre Amazon et Anthropic ou Microsoft et OpenAI se retrouvent ainsi dans une incertitude institutionnelle, doublement fragilisées par l'absence de qualification juridique et par la réorientation de la politique de la FTC.

Ce changement de politique révèle la fragilité structurelle du modèle de l'antitrust américain. La dérégulation de l'ère Trump démontre que ni l'administration précédente ni la sienne ne parviennent à produire un régime d'*enforcement* stable et efficace dans le secteur de l'IA. Ce n'est pas seulement la volonté politique qui fait défaut selon les alternances, mais également la capacité du système américain à surmonter ses propres contradictions, des contradictions qui rendent la régulation antitrust de l'IA aléatoire.

§ 2 — Un modèle américain caractérisé par son manque d'efficacité sur les enjeux classiques transposés au secteur de l'IA

A. La leçon de l'affaire *US v. Microsoft* (2001) démontrant la vulnérabilité de l'enforcement américain

L'histoire du droit antitrust américain offre un précédent particulièrement éclairant pour comprendre les limites structurelles de l'*enforcement* face aux marchés technologiques. Bien avant que l'IA ne cristallise les débats contemporains sur la régulation des plateformes numériques, l'affaire *United States v. Microsoft Corp.* a mis en évidence une tension fondamentale et toujours existante entre la lenteur inhérente du processus judiciaire et la vitesse à laquelle évoluent les marchés technologiques. Cette tension, que la Cour d'appel a elle-même nommée et théorisée dans son arrêt de 2001, ne relève pas d'un dysfonctionnement mais de la vulnérabilité constitutive du modèle américain fondé sur la répression *ex post* d'abus de

³⁹² Federal Trade Commission, « Andrew N. Ferguson Takes Over as FTC Chairman », communiqué de presse, 22 janvier 2025, disponible sur : <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2025/01/andrew-n-ferguson-takes-over-ftc-chairman> [consulté le 24 mai 2026]

³⁹³ A. N. FERGUSON, déclaration inaugurale du 22 janvier 2025, cité in Federal Trade Commission, préc. : « Under the President's leadership, we will end the previous administration's assault on the American way of life, and we will usher in a new Golden Age for American businesses, workers, and consumers. »

³⁹⁴ The White House, *Winning the Race : America's AI Action Plan*, préc., p. 3-4 : « Review all Federal Trade Commission (FTC) investigations commenced under the previous administration to ensure that they do not advance theories of liability that unduly burden AI innovation. Furthermore, review all FTC final orders, consent decrees, and injunctions, and, where appropriate, seek to modify or set-aside any that unduly burden AI innovation. »

position dominante. Or, si cette vulnérabilité était déjà manifeste dans le contexte des navigateurs web et des systèmes d'exploitation des années 1990, elle l'est d'autant plus dans le secteur de l'IA où les pratiques anticoncurrentielles se développent très rapidement.

L'affaire *Microsoft* (2001) constitue, à cet égard, un cas d'école. Lorsque la Cour d'appel a rendu son arrêt le 28 juin 2001, elle l'a fait dans un contexte où les régulateurs des marchés technologiques étaient conscients de leurs lacunes. Avant même d'examiner les arguments de fond, la Cour s'arrête sur ce qu'elle nomme « la dimension temporelle de cette affaire » (*the temporal dimension of this case*), et constate qu'« un peu plus de six ans se sont écoulés depuis que Microsoft a adopté les premiers comportements que les plaignants allèguent être anticoncurrentiels » et que, selon les éléments du dossier, « six ans ressemblent à une éternité dans l'industrie informatique »³⁹⁵. Ce passage, d'une sobriété remarquable, n'est pas une simple observation mais formule un véritable diagnostic. Pendant que la procédure judiciaire se déroulait, le marché s'était transformé, les produits avaient évolué et les comportements incriminés avaient, dans une large mesure, épuisé leurs effets anticoncurrentiels. La Cour en tire une conséquence saisissante à savoir que les remèdes comportementaux risquent d'être inadaptés parce que « l'innovation a dans une large mesure déjà rendu les comportements anticoncurrentiels obsolètes », tandis que les remèdes structurels posent leurs propres difficultés, notamment « comment un tribunal peut établir la concurrence dans un marché qui a radicalement changé et continue de changer »³⁹⁶.

C'est précisément sur la question des remèdes que l'affaire *Microsoft* révèle sa dimension véritablement systémique. Le juge Jackson, en première instance, avait ordonné le démantèlement de Microsoft en deux entités distinctes, une entreprise chargée du système d'exploitation *Windows* et une autre regroupant les autres produits, estimant que seul un remède structurel radical était susceptible de restaurer une concurrence effective sur le marché³⁹⁷.

La Cour d'appel a cependant vidé cette ordonnance de son contenu. Elle a rappelé que le « démantèlement est un remède qui ne s'impose qu'avec une grande prudence (*only with great caution*), en partie parce que son efficacité à long terme est rarement certaine » et que des mesures d'équité plus étendues, notamment celles « conçues pour éliminer le monopole dans son ensemble, soulèvent des questions plus sérieuses et requièrent une indication plus claire d'un lien causal significatif entre le comportement et la création ou le maintien du pouvoir de marché »³⁹⁸. La Cour vacate donc intégralement l'ordonnance de remédiation et renvoie l'affaire devant un autre juge de première instance pour qu'il reconsidère la question des remèdes à la lumière des violations effectivement confirmées en appel³⁹⁹.

³⁹⁵ *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, United States v. Microsoft Corp.*, 28 juin 2001, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), *49

³⁹⁶ *Ibid*

³⁹⁷ *United States District Court for the District of Columbia, United States v. Microsoft Corp.*, 7 juin 2000, 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000), *Final Judgment* (ordonnant la scission de Microsoft en deux entités distinctes)

³⁹⁸ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), Headnote 29 : « *Divestiture is a remedy that is imposed only with great caution, in part because its long-term efficacy is rarely certain* »

³⁹⁹ *Ibid.* : « *We vacate in full the Final Judgment embodying the remedial order and remand the case to a different trial judge for further proceedings consistent with this opinion* »

C'est dans ce contexte de renvoi judiciaire que l'alternance politique révèle toute sa portée. L'arrivée de l'administration Bush en janvier 2001 se traduit par un changement radical d'orientation au sein du DOJ. Là où l'administration Clinton avait porté le dossier jusqu'au démantèlement, le nouveau gouvernement choisit la négociation. L'aboutissement de ce renoncement est le *Second Revised Proposed Final Judgment*, déposé devant le tribunal de district en novembre 2001 qui constitue la pièce maîtresse de cette substitution⁴⁰⁰. Ce document est un *consent decree*, c'est-à-dire un accord négocié entre les parties soumis à l'homologation judiciaire. Il remplace l'ordonnance de démantèlement par un ensemble de mesures comportementales comme l'interdiction pour Microsoft de représailles commerciales contre les fabricants d'équipements originaux (OEM) qui distribueraient des logiciels concurrents, l'obligation de communiquer aux développeurs tiers les interfaces de programmation (API) utilisées par ses propres *middlewares*, l'obligation de pratiquer des conditions tarifaires uniformes et non discriminatoires à l'égard des OEM, et la prohibition de certains accords d'exclusivité avec les éditeurs de logiciels indépendants⁴⁰¹. Ces obligations comportementales aussi détaillées soient-elles, ne contestent pas l'existence du monopole, elles en encadrent simplement les manifestations les plus flagrantes. Microsoft est simplement contraint d'ouvrir partiellement ses interfaces mais maintient sa position sur le marché.

La décision rendue par la Cour Suprême dans *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* en 2004 consacre ensuite le principe que sous-tendait ce renoncement⁴⁰². La Cour a affirmé que « contraindre des entreprises à partager la source de leurs avantages est en tension avec l'objet même du droit antitrust » et que « le partage forcé exige des tribunaux qu'ils agissent comme des planificateurs centraux (*central planners*), en déterminant le prix, les quantités et les autres conditions des échanges – un rôle pour lequel ils sont mal équipés »⁴⁰³. Cette formulation synthétise la philosophie libérale qui imprègne l'antitrust, c'est-à-dire la méfiance envers l'intervention judiciaire dans l'organisation des marchés et la conviction que la compétition dynamique constitue un correctif plus efficace que la régulation contraignante. Sa portée pour le secteur de l'IA est d'autant plus pertinente puisque si les tribunaux ne peuvent pas imposer aux monopoleurs technologiques le partage de leurs données d'entraînement, de leurs infrastructures de calcul ou de leurs modèles de fondation, l'antitrust se retrouve désarmé face aux barrières à l'entrée qui caractérisent ce secteur.

L'affaire *US v. Google LLC (Search)* reproduit ce schéma⁴⁰⁴. La décision applique explicitement « *the Microsoft Exclusive Dealing Framework* » pour qualifier les accords

⁴⁰⁰ *United States District Court for the District of Columbia, United States v. Microsoft Corp., Second Revised Proposed Final Judgment*, déposé le 12 novembre 2001 (D.D.C., 2001)

⁴⁰¹ *Second Revised Proposed Final Judgment*, Sections III.A (non-représailles envers les OEM), III.B (uniformité des conditions tarifaires), III.D (divulgaration des API aux développeurs tiers) et III.F (prohibition des accords d'exclusivité conditionnant des contreparties à l'abandon de produits concurrents)

⁴⁰² *Supreme Court of the United States, Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 13 janvier 2004, 540 U.S. 398 (2004)

⁴⁰³ *Verizon Communications Inc. v. Trinko*, 540 U.S. 398, 407-408 (2004) : « *Enforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing — a role for which they are ill-suited* »

⁴⁰⁴ *United States District Court for the District of Columbia, United States v. Google LLC*, 5 août 2024, 747 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 2024)

d'exclusivité de Google avec les fabricants d'appareils Android et les éditeurs de navigateurs⁴⁰⁵. Mais c'est sur le terrain des remèdes que la répétition prend tout son sens. Le jugement de culpabilité a été rendu sous l'administration Biden, dont la politique antitrust visait à corriger les défaillances de l'ère du *laissez-faire*, mais la phase des remèdes se déroule sous l'administration Trump favorable aux grandes plateformes technologiques. L'alternance politique transforme ainsi la phase décisive de l'*enforcement* en une variable dépendante du contexte électoral, rendant l'effet dissuasif de l'antitrust partiellement fictif.

B. Deux systèmes juridiques doctrinalement opposés, pourtant face à la même impasse

L'analyse comparée de l'antitrust et du droit européen de la concurrence révèle une opposition doctrinale profonde. Malgré la divergence des fondements de ces deux systèmes, tous deux se heurtent à la même impuissance face au secteur de l'IA.

L'opposition doctrinale entre les deux ordres juridiques est d'abord celle de deux conceptions radicalement différentes du rapport entre le droit et le marché.

L'antitrust s'est construit depuis les années 1970, autour du *Consumer Welfare Standard*, dont Robert Bork a été le principal penseur. Cette approche, consacrée par la Cour Suprême dans l'arrêt *Reiter v. Sonotone Corp.* (1979), réduit l'objectif de ce droit à la préservation du bien-être du consommateur sur le court terme. De ce fait, l'approche américaine est marquée par une forte méfiance à l'égard d'une intervention *ex ante* préférant privilégier l'innovation. Lina Khan résume les effets de ce point de vue: « *the current framework in antitrust – specifically its pegging competition to 'consumer welfare', defined as short-term price effects – is unequipped to capture the architecture of market power in the modern economy* »⁴⁰⁶. L'approche américaine postule ainsi que le marché se corrige lui-même, et que le droit ne doit intervenir que pour sanctionner les comportements manifestement anticoncurrentiels une fois leurs effets avérés.

Le droit européen repose sur une philosophie inverse fondée sur les articles 101 et 102 TFUE. Il intègre une dimension préventive qui ne se limite pas aux effets sur les prix mais s'attache aux dynamiques des marchés et à leurs conditions d'accès. La Commission européenne a d'ailleurs revendiqué cette adaptabilité, soulignant la « capacité intrinsèque [de la politique de concurrence] à s'adapter aux nouvelles conditions du marché »⁴⁰⁷, et c'est dans cet esprit que le législateur européen a superposé au droit commun un corpus réglementaire *ex ante* destiné à encadrer préventivement les positions dominantes dans l'économie numérique.

Cette opposition, cependant, ne débouche pas sur une supériorité de l'un des systèmes sur l'autre lorsqu'il s'agit d'appréhender les spécificités du secteur de l'IA générative. Les deux ordres juridiques se heurtent, par des voies différentes, à la même impasse. Du côté américain, le CWS se révèle inapte à saisir les dynamiques concurrentielles propres à l'IA puisque les marchés naissants ne produisent pas encore les effets-prix qui constituent le seuil d'intervention

⁴⁰⁵ *Ibid.*, Section IV.B : « *The Microsoft Exclusive Dealing Framework Is Applicable* »

⁴⁰⁶ Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, Yale Law Journal, vol. 126, p. 710, 2017, p. 717

⁴⁰⁷ Commission européenne, communiqué de presse IP/21/6101, *Concurrence : la Commission présente la contribution de la politique de concurrence et de son réexamen à la transition écologique et numérique*, 18 novembre 2021

de l'antitrust, tandis que le test de recoupement issue de *Brooke Group* (1993) rend quasiment impossible la démonstration d'une prédation dans les secteurs où les pertes initiales sont inhérentes au modèle économique. Or, comme la FTC l'a souligné, les trois intrants essentiels de l'IA générative sont d'ores et déjà contrôlés par un nombre restreint d'acteurs, ce qui leur permet de « *dampen or distort competition in generative AI markets* »⁴⁰⁸ sans que ce contrôle ne se traduise nécessairement par une hausse des prix à court terme perceptible par le consommateur.

Du côté européen, la multiplication des instruments normatifs crée une surcharge réglementaire qui risque de constituer en elle-même une barrière à l'entrée, avantageant les acteurs déjà établis puisqu'ils sont les seuls en mesure d'absorber les coûts de la conformité. Crémer, de Montjoye et Schweitzer l'avaient anticipé dès 2019 : si le cadre européen « *continues to provide a sound and sufficiently flexible basis* », il demeure que ses outils sont « *often too static to respond to these challenges* » posés par des marchés dont les frontières constituent des « *fluid, quickly changing relationships of substitutability* »⁴⁰⁹. À cela s'ajoute la difficulté spécifique des partenariats entre grands opérateurs et start-ups IA, qui se structurent délibérément en deçà des seuils de contrôle des concentrations comme l'OCDE l'a documenté, rendant ainsi caduque la principale arme préventive du régulateur européen⁴¹⁰.

La convergence vers l'impasse s'explique donc par une inadéquation commune. Les deux systèmes ont été conçus pour des marchés dont les positions dominantes se stabilisent dans le temps et peuvent être objectivement mesurées, alors que l'IA générative se caractérise par des dynamiques d'auto-renforcement (les modèles « *get better the more people use them* »⁴¹¹) qui rendent la domination à la fois rapide à s'installer et difficile à qualifier juridiquement au moment où elle émerge. L'OCDE en tire une conclusion d'une sobriété éloquente « *it is too early to assess competition issues in the AI sector with authority* », mais ajoute aussitôt que « *the stakes are too high not to give competition every chance* »⁴¹². Ce double constat résume l'état d'impuissance dans lequel se trouvent les deux systèmes.

L'opposition doctrinale entre droit américain et droit européen, loin de constituer un avantage comparatif pour l'un ou l'autre des systèmes, se révèle ainsi comme deux déclinaisons différentes d'une même incapacité à saisir les mutations profondes que l'IA impose à la structure des marchés. Que l'on parte de la régulation *ex post* ou *ex ante*, la chaîne de valeur de l'IA générative échappe aux catégories disponibles parce que « *gauging real competition requires analyzing the underlying structure and dynamics of markets* »⁴¹³ d'une façon que ni l'antitrust ni le droit européen de la concurrence ne permettent encore d'opérer efficacement.

⁴⁰⁸ Federal Trade Commission, Bureau of Competition & Office of Technology, *Generative AI Raises Competition Concerns*, 29 juin 2023

⁴⁰⁹ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, rapport final pour la Commission européenne, 2019, pp. 3, 35 et 47

⁴¹⁰ OCDE, *Artificial intelligence, data and competition – Background Note*, DAF/COMP(2024)2, 6 mai 2024, p. 53

⁴¹¹ Federal Trade Commission, *op. cit.*, 29 juin 2023

⁴¹² OCDE, *op. cit.*, p. 53

⁴¹³ Lina M. Khan, *op. cit.*, p. 737

Conclusion

Au terme de ce mémoire, il apparaît que le droit de la concurrence américain et européen ne parvient pas à appréhender la réalité concurrentielle propre au secteur de l'IA.

Il ressort de cette étude comparative une double conclusion. D'une part, les deux systèmes partagent une incapacité commune à saisir les comportements anticoncurrentiels propres aux acteurs de l'IA. Les outils existants ont été conçus pour des marchés dont les dynamiques concurrentielles reposent sur des actifs tangibles et des flux de revenus comptabilisables. Face à des entreprises dont la valeur réside dans les données, les algorithmes et le capital humain, ces instruments se révèlent inadaptés.

D'autre part, et c'est là la divergence fondamentale que cette étude met en lumière, les deux systèmes ont répondu à ce constat d'échec par des philosophies radicalement distinctes. L'Union européenne a choisi le DMA pour contourner les insuffisances du droit commun de la concurrence, au prix d'une certaine rigidité normative. Les États-Unis ont quant à eux privilégié l'activation des instruments existants par une interprétation extensive, portée par l'activisme de la FTC sous Lina Khan, mais dont les juridictions fédérales ont systématiquement refusé l'ampleur. Cette divergence est le produit de conceptions opposées du rôle de l'État dans la régulation de l'économie, entre une tradition américaine de méfiance envers l'intervention publique et une tradition européenne de régulation structurante des marchés.

L'IA aura ainsi permis de révéler les failles préexistantes des deux systèmes. La question demeure ouverte de savoir si la convergence progressive des deux modèles, qu'esquissent les déclarations conjointes des autorités de concurrence et les réformes en cours, suffira à produire un cadre réglementaire à la hauteur d'un secteur dont la puissance de transformation dépasse, pour l'heure, celle des outils juridiques chargés de l'encadrer.

Bibliographie

I. Textes normatifs américains

- Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1 et 2 (1890)
- Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 12 et seq. (1914)
- Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41 et seq. (1914)
- Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 15 U.S.C. § 18a ; règles de la FTC, 16 C.F.R. § 801 et s.
- American Innovation and Choice Online Act (AICOA), S.2992, 117th Congress, 1st Session (2021)
- Journalism Competition and Preservation Act (JCPA), S. 673, 117th Cong. (2021)
- Executive Order n° 14036, 86 Fed. Reg. 36987 (9 juillet 2021), « Promoting Competition in the American Economy »
- Executive Order n° 14110, 88 Fed. Reg. 75191 (31 octobre 2023), « Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence »
- Executive Order n° 14179, 90 Fed. Reg. 8741 (31 janvier 2025), « Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence »

II. Textes normatifs de l'Union européenne

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), art. 101 et 102
- Traité sur l'Union européenne (TUE), art. 13, § 2
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004
- Règlement (UE) n° 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 (RGPD), JOUE n° L 119, 4 mai 2016
- Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information (directive NIS), JOUE, L 194, 19 juill. 2016
- Règlement (UE) n° 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (Digital Markets Act — DMA), JOUE, n° L 265, 12 oct. 2022, p. 1
- Règlement (UE) n° 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (Data Act), JOUE, n° L 2023/2854, 22 déc. 2023
- Règlement (UE) n° 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (AI Act), JOUE, n° L 2024/1689, 12 juill. 2024

III. Jurisprudence américaine

- Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)
- United States v. Aluminum Co. of Am., 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)
- Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954)
- Brown Shoe Co., Inc. v. United States, 370 U.S. 294 (1962)

- United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966)
- FTC v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 233 (1972)
- Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977)
- Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330 (1979)
- Boise Cascade Corp. v. FTC, 637 F.2d 573 (9th Cir. 1980)
- E.I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC (Ethyl Corp. v. FTC), 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984)
- FTC v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986)
- Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)
- United States v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 7 juin 2000)
- United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 28 juin 2001)
- United States v. Microsoft Corp., Second Revised Proposed Final Judgment, 12 novembre 2001 (D.D.C.)
- Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)
- Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007)
- Ohio v. American Express Co., 585 U.S. 529 (2018)
- United States v. David Topkins, Plea Agreement, U.S. District Court, N.D. Cal., Case No. CR 15-00201 WHO (30 avril 2015)
- FTC v. Qualcomm Inc., n° 19-16122, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit (11 août 2020)
- AMG Capital Management, LLC v. Federal Trade Commission, 141 S. Ct. 1341 (2021)
- FTC v. Meta Platforms, Inc. (Within), Case No. 5:22-cv-04325-EJD, N.D. Cal. (31 janvier 2023)
- Epic Games, Inc. v. Apple Inc., n° 21-16506 et 21-16695, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit (24 avril 2023)
- FTC v. Microsoft Corp., No. 23-cv-01558 (N.D. Cal. 2023)
- Federal Trade Commission et al. v. Amazon.com, Inc., Complaint, Case No. 2:23-cv-01495-JHC
- United States v. Apple Inc., Complaint, U.S. District Court for the District of New Jersey, n° 2:24-cv-04055 (21 mars 2024)
- United States v. Google LLC, 747 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 5 août 2024) (juge Amit P. Mehta) [Search]
- FTC v. Microsoft Corp., 136 F.4th 954 (9th Cir. 2025)
- United States v. Google LLC, Case No. 1:23-cv-00108 (E.D. Va., 17 avril 2025) [Ad Tech]
- United States v. Google LLC, Case No. 1:20-cv-03010-APM, Memorandum Opinion and Order on Remedy (D.D.C., 2 septembre 2025)
- United States of America et al. v. RealPage, Inc., Case 1:24-cv-00710-WO-JGM, Final Judgment, U.S. District Court, M.D.N.C. (2 mars 2026)
- U.S. Senate, Roll Call Vote n° 233, Confirmation of Lina M. Khan as Federal Trade Commissioner, 117th Congress, 1st Session (15 juin 2021)

IV. Jurisprudence européenne

- CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI Ltd. c. Commission, Recueil de jurisprudence 1972, p. 619

- CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461
- CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-199/92 P, Hüls AG c. Commission
- CJCE, 16 mars 2000, aff. jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports SA e.a. c. Commission
- TPICE, 17 septembre 2007, Microsoft c. Commission, aff. T-201/04
- CJUE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e.a. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit
- CJUE, 21 janvier 2016, aff. C-74/14, Eturas UAB e.a. c. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, ECLI:EU:C:2016:42
- CJUE, Grande Chambre, 6 septembre 2017, Intel Corp. c. Commission européenne, aff. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632
- Commission européenne, décision AT.39740, Google Search (Shopping), 27 juin 2017
- Trib. UE, 10 novembre 2021, aff. T-612/17, Google et Alphabet c. Commission
- CJUE, 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. AGCM, aff. C-680/20, EU:C:2023:33
- CJUE, 16 mars 2023, Towercast SASU c. Autorité de la concurrence et Ministère de l'Économie, aff. C-449/21, EU:C:2023:207
- CJUE, Grande chambre, 13 juillet 2023, CK Telecoms UK Ltd c. Commission européenne, aff. C-376/20 P
- Trib. UE, 17 juillet 2024, aff. T-1077/23, ByteDance Ltd c. Commission européenne, ECLI:EU:T:2024:478
- Conclusions de l'AG Emiliou, 21 mars 2024, aff. C-611/22 P et C-625/22 P
- CJUE, Grande Chambre, 3 septembre 2024, aff. jointes C-611/22 P et C-625/22 P, Illumina Inc. et Grail LLC c. Commission, ECLI:EU:C:2024:677
- CJUE, Grande Chambre, 10 septembre 2024, Google LLC et Alphabet Inc. c. Commission européenne, aff. C-48/22 P, EU:C:2024:726

V. Ouvrages

- BOSCO D., cours d'Antitrust, Master 2 Droit comparé des affaires, Université Paris-Panthéon-Assas, 2025-2026
- BORK R. H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978
- HOVENKAMP H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 5e éd., West Academic Publishing, St. Paul, 2016
- PETIT N., *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*, Oxford University Press, 2020
- PRIETO C. et BOSCO D., *Droit européen de la concurrence — Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013
- PRIETO C. et BOSCO D., *Traité de droit européen de la concurrence*, Bruylant

VI. Articles de doctrine

- BRADFORD A., « The Brussels Effect », *Northwestern University Law Review*, vol. 107, n° 1, 2012, p. 2

- CUNNINGHAM C., EDERER F. et MA S., « Killer Acquisitions », *Journal of Political Economy*, 2021, vol. 129, n° 3, pp. 649-702
- EZRACHI A. et STUCKE M. E., « Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition », *University of Illinois Law Review*, vol. 2017, n° 5, 2017, p. 1777
- FAJGENBAUM F., HOOGTERP C. et LACOEUILHE R., « Les règles de concurrence face au défi de l'IAG ou l'IAG face au défi des règles de concurrence », *Dalloz IP/IT* 2025, p. 134
- GRIFFITH E. et METZ C., « The New A.I. Deal: Buy Everything but the Company », *The New York Times*, 8 août 2024
- HO-DAC M., « Premier décryptage du règlement européen sur l'intelligence artificielle (AI Act) : vers un standard mondial de l'IA de confiance ? », *D.* 2024, 1678
- HU K. et VARGHESE H. M., « Microsoft agreed to pay Inflection \$650 mln while hiring its staff, source says », *Reuters*, 21 mars 2024
- KHAN L. M., « Amazon's Antitrust Paradox », *Yale Law Journal*, vol. 126, 2017, p. 710
- KOVACIC W. E. et SHAPIRO C., « Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n° 1, hiver 2000, p. 46
- LLEDO C., « La structuration du secteur de l'intelligence artificielle générative », *Dalloz IP/IT* 2025, p. 411

VII. Rapports institutionnels et études

- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, Avis n° 24-A-05 du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *AI Foundation Models: Initial Report*, 18 septembre 2023
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *AI Foundation Models: Technical Update Report*, 16 avril 2024
- CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A. et SCHWEITZER H., *Competition Policy for the Digital Era*, Rapport final, Commission européenne, DG Concurrence, 2019
- FEDERAL TRADE COMMISSION, Bureau of Competition & Office of Technology, *Generative AI Raises Competition Concerns*, 29 juin 2023
- FEDERAL TRADE COMMISSION, *Generative AI Companies: An FTC Study under Section 6(b) of the FTC Act*, 2024
- FEDERAL TRADE COMMISSION, *Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms, 2010-2019: A Report of the Federal Trade Commission*, 2021
- FEDERAL TRADE COMMISSION, Office of Technology Staff, *Examining Technology Acquisitions and Investments in AI*, janvier 2025
- FEDERAL TRADE COMMISSION, Office of Technology Staff, *Partnerships Between Cloud Service Providers and AI Developers — FTC Staff Report on AI Partnerships & Investments 6(b) Study*, janvier 2025
- KOWALSKI, VOLPIN, ZOMBORI, *Competition Policy Brief n° 3/2024*, Commission européenne, septembre 2024
- OCDE, *Artificial intelligence, data and competition*, DAF/COMP(2024)2, 6 mai 2024
- THE WHITE HOUSE, *Winning the Race: America's AI Action Plan*, juillet 2025

VIII. Actes et communications d'autorités de concurrence

- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE ET CNIL, Déclaration conjointe « Protection de données et concurrence : une ambition commune », 12 décembre 2023
- COMMISSION EUROPÉENNE, Communication relative à la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372, 9 décembre 1997
- COMMISSION EUROPÉENNE, Livre Blanc, « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », COM(2014) 449 final, 9 juillet 2014
- COMMISSION EUROPÉENNE, Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004, JOUE C 95 du 16 avril 2008
- COMMISSION EUROPÉENNE, communiqué de presse IP/21/6101, 18 novembre 2021
- COMMISSION EUROPÉENNE, Proposition de règlement (Data Act), COM(2022) 68 final, 23 février 2022
- COMMISSION EUROPÉENNE, Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases, C(2021) 1959 final, 26 mars 2021, JOUE C 113, p. 1
- COMMISSION EUROPÉENNE, résumé de la décision C(2023) 6102 final du 5 septembre 2023 (affaire DMA.100040, ByteDance), JOUE C/2023/552, 27 oct. 2023
- COMMISSION EUROPÉENNE, décision d'incompatibilité du 6 septembre 2022 (C(2022) 6454 final), Illumina/Grail
- COMMISSION EUROPÉENNE, décisions de désignation des contrôleurs d'accès, septembre 2023
- COMMISSION EUROPÉENNE, Communication, Définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union européenne (Avis révisé 2024), 8 février 2024, IP/23/6001
- COMMISSION EUROPÉENNE, communiqué de presse, « Commission opens formal proceedings to assess Microsoft's investments and partnerships in OpenAI, Google's investment in Anthropic, Apple's agreement with OpenAI and Amazon's investment in Anthropic under the EU Merger Regulation », 8 janvier 2024
- COMMISSION EUROPÉENNE, Press Release IP/25/2048, « Commission accepts commitments offered by Microsoft to address competition concerns related to Teams », 11 septembre 2025
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, Microsoft Corporation's partnership with OpenAI, Inc., Decision on relevant merger situation, ME/7084/23 (5 mars 2025)
- DEPARTMENT OF JUSTICE ET FEDERAL TRADE COMMISSION, Merger Guidelines, 18 décembre 2023
- DOJ-FTC, Joint Statement on Competition in Generative AI Foundation Models and AI Products (signé également par la Commission européenne et la CMA), 23 juillet 2023
- FEDERAL TRADE COMMISSION, Consumer Financial Protection Bureau, Department of Justice Civil Rights Division, Equal Employment Opportunity Commission, Joint Statement on Enforcement Efforts Against Discrimination and Bias in Automated Systems, 2023
- FEDERAL TRADE COMMISSION, Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act, Commission File No. P221202, 10 novembre 2022
- FEDERAL TRADE COMMISSION, « FTC Launches Inquiry into Generative AI Investments and Partnerships », 25 janvier 2024

IX. Discours officiels

- FERGUSON A. N., déclaration inaugurale, Federal Trade Commission, 22 janvier 2025
- VANCE J. D., Remarks by the Vice President at the Artificial Intelligence Action Summit, Paris, 11 février 2025, The American Presidency Project, disponible sur : <https://www.presidency.ucsb.edu/node/376290> [consulté le 15 mai 2026]

X. Sources en ligne

- CENTER FOR RESPONSIVE POLITICS, Big Tech lobbying push helped block bipartisan bills that aimed to curb alleged anti-competitive behavior, OpenSecrets News, 14 décembre 2022, disponible sur : <https://www.opensecrets.org/news/2022/12/big-tech-lobbying-push-helped-block-bipartisan-bills-that-aimed-to-curb-alleged-anti-competitive-behavior/> [consulté le 22 mai 2026]
- Dictionnaire Larousse, v° « Intelligence artificielle », disponible sur : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/intelligence_artificielle [consulté le 15 mai 2026]
- FEDERAL TRADE COMMISSION, « Andrew N. Ferguson Takes Over as FTC Chairman », communiqué de presse, 22 janvier 2025, disponible sur : <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2025/01/andrew-n-ferguson-takes-over-ftc-chairman> [consulté le 24 mai 2026]
- Harvard Journal of Law & Technology Digest, Fighting Against the Clock: Did Congress Miss its Opportunity to Pass a Monumental Big Tech Oversight Bill?, disponible sur : <https://jolt.law.harvard.edu/digest/fighting-against-the-clock-did-congress-miss-its-opportunity-to-pass-a-monumental-big-tech-oversight-bill> [consulté le 22 mai 2026]
- INFLECTION AI, The new Inflection: An important change to how we'll work, 2024
- PARLEMENT EUROPÉEN, « Qu'est-ce que l'intelligence artificielle et comment est-elle utilisée ? », disponible sur : <https://www.europarl.europa.eu/topics/fr/article/20200827STO85804> [consulté le 15 mai 2026]

Table des matières

Remerciements	2
Résumé.....	3
Sommaire	4
Liste des abréviations	5
Introduction	7
Partie 1 : L’incapacité commune des systèmes juridiques américain et européen à appréhender les stratégies et comportements anticoncurrentiels des acteurs de l’IA	10
Titre 1 : L’intention claire des acteurs de l’IA d’échapper au contrôle des concentrations par la mise en place de nouvelles stratégies d’acquisition	11
Section 1 : Les killer acquisitions sub-seuils, ou le nouvel outil démontrant la faiblesse du système de notification comme verrou anticoncurrentiel : les affaires Illumina/Grail et Meta/Within	11
§ 1 — Des seuils de notification inadaptés à la singularité du secteur de l’IA	11
A. La logique originelle et les raisons derrière les seuils de notification	11
B. L’inefficacité du critère du chiffre d’affaires face aux particularités structurelles des acteurs de l’IA	13
§ 2 — Les échecs communs des deux systèmes : les affaires Illumina/Grail en Europe et Meta/Within aux États-Unis	15
A. L’affaire Illumina/Grail, ou le rejet par la CJUE des prises de risques de la Commission.....	15
B. L’affaire FTC v. Meta Platforms (Within), ou l’impuissance américaine face aux marchés « nascents »	19
Section 2 : Les acqui-hires et partnership investments comme nouveaux moyens pour les acteurs de l’IA de procéder à des acquisitions déguisées : les affaires Microsoft/InflectionAI, Amazon/Anthropic et Microsoft/OpenAI.....	22
§ 1 — L’acqui-hire comme nouvelle stratégie d’acquisition sans prise de contrôle formelle	22
A. Définition et mécanique de l’acqui-hire	22
B. Le cas d’école de l’impuissance régulatoire : Microsoft/InflectionAI.....	25
§ 2 — Les partnership investments comme outil d’intégration verticale sans acquisition	27
A. Amazon/Anthropic et Microsoft/OpenAI : des cas impossibles de qualification de concentration	27
B. Une stratégie dans l’angle mort des systèmes juridiques passant au travers des tentatives de réforme	29
Titre 2 : L’insuffisance des règles substantielles classiques face aux pratiques unilatérales et concertées des acteurs de l’IA.....	31
Section 1 : La mise à l’épreuve des qualifications de <i>Monopolization</i> et d’abus de position dominante face aux tactiques de fermeture d’accès aux marchés des acteurs de l’IA.....	31
§ 1 — Le droit positif face aux stratégies de fermeture d’accès aux marchés des acteurs de l’IA.....	31
A. La fermeture d’accès au marché par les accords d’exclusivité et l’auto-référencement	31
B. La fermeture d’accès au marché par le verrouillage des écosystèmes.....	34
§ 2 — La mise à l’épreuve de l’analyse concurrentielle par l’architecture de l’IA	36
A. Un secteur multi-couches rendant la définition du marché pertinent impossible	36

B.	La fragilisation de l'analyse multi-faces et de la théorie de la facilité essentielle	37
Section 2 :	La remise en question des notions d'accord et de pratique concertée par l'émergence de la collusion algorithmique.....	39
§ 1 —	Le traitement par le droit positif de l'émergence de la coordination algorithmique	40
A.	Les premières tentatives du droit classique de saisir la collusion algorithmique comme ententes ordinaires	40
B.	La montée du scénario hub-and-spoke caractérisée par les affaires Eturas et RealPage	41
§ 2 —	Deux systèmes lacunaires quant à la régulation des collusions autonomes.....	42
A.	La collusion sans accord ni contact du scénario du Predictable Agent.....	42
B.	L'insuffisance commune des tentatives d'adaptation des deux systèmes.....	44
Partie 2 : Les deux philosophies antagonistes de la régulation du secteur de l'IA : la prévention européenne face à l'enforcement américain		47
Titre 1 : Le choix européen de la régulation <i>ex ante</i> afin de prévenir les pratiques anticoncurrentielles des acteurs de l'IA		47
Section 1 :	L'efficacité du Digital Markets Act face aux Big Tech remise en cause par ses carences quant à la régulation des nouveaux acteurs de l'IA.....	48
§ 1 —	L'apport prometteur du DMA malheureusement limité par des résultats relatifs	48
A.	La rupture nécessaire avec le droit classique induite par les mécanismes du DMA	48
B.	Les premiers résultats modérés, pour le secteur de l'IA, du DMA dans l'affaire <i>Bytedance c/ Commission</i>	50
§ 2 —	Les lacunes intrinsèques du DMA mises en évidence par l'écosystème IA	53
A.	Les acteurs clés de l'IA échappant à la régulation du DMA	53
B.	La non-anticipation par le DMA de l'intégration des modèles IA dans les services gatekeepers	55
Section 2 :	Une production normative européenne excessive complexifiant l'articulation du droit de la concurrence face aux enjeux de l'IA : l'AI Act et le Data Act.....	57
§ 1 —	Les effets concurrentiels tempérés des nouveaux instruments de l'UE	58
A.	La consolidation des positions dominantes induite par les mécanismes de régulation du risque de l'AI Act.....	58
B.	L'ambition du Data Act limitée par les particularités caractéristiques de l'IA générative	60
§ 2 —	L'impossible efficacité de l'approche européenne due à une mauvaise articulation normative..	62
A.	Un corpus législatif caractérisé par des contradictions normatives fatidiques	62
B.	Le paradoxe européen d'une régulation exhaustive d'un marché qu'elle ne contrôle pas	65
Titre 2 : Le choix américain de l'enforcement <i>ex post</i> au travers du modèle prétorien et politique afin de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles des acteurs de l'IA.....		67
Section 1 :	L'enforcement fédéral affaibli dans le secteur de l'IA par les tensions entre l'activisme néo-brandeisien de la FTC et la résistance des juridictions	67
§ 1 —	L'activisme néo-brandeisien de la FTC rejeté par les juridictions américaines	67
A.	La tentative de rupture avec le Consumer Welfare Standard entreprise par Lina Khan	67
B.	L'affaire <i>AMG v. FTC</i> , ou le rejet par la justice de la vision néo-brandeisienne.....	70
§ 2 —	L'enforcement américain bicéphale remis en cause par les tensions entre la vision du DOJ et de la FTC.....	73
A.	L'efficacité de l'enforcement du DOJ consacrée dans l'affaire <i>US v. Google (Search)</i>	73
B.	Les incohérences entre l'enforcement du DOJ et de la FTC paralysant la correcte régulation des acteurs de l'IA	76
Section 2 :	L'impossible stabilité des régulations antitrust face à l'alternance politique de l'exécutif américain	78

§ 1 — La question de la régulation de l’IA fondamentalement empreinte d’une politisation radicale et instable.....	78
A. L’ambition régulatoire de l’ère Biden confrontée à un échec législatif	78
B. Le virage dérégulatoire de la nouvelle administration Trump et ses conséquences	82
§ 2 — Un modèle américain caractérisé par son manque d’efficacité sur les enjeux classiques transposés au secteur de l’IA	84
A. La leçon de l’affaire US v. Microsoft (2001) démontrant la vulnérabilité de l’enforcement américain	84
B. Deux systèmes juridiques doctrinalement opposés, pourtant face à la même impasse.....	87
<i>Conclusion</i>	89
<i>Bibliographie</i>.....	90
<i>Table des matières</i>	96