



HAL
open science

La sous-commission pour l'Antitrust de la commission des lois de la Chambre des représentants américains remet son rapport d'enquête sur la concurrence dans les marchés numériques et dresse des perspectives d'évolutions radicales de la politique de concurrence américaine

Marie Cartapanis, Frédéric Marty

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis, Frédéric Marty. La sous-commission pour l'Antitrust de la commission des lois de la Chambre des représentants américains remet son rapport d'enquête sur la concurrence dans les marchés numériques et dresse des perspectives d'évolutions radicales de la politique de concurrence américaine. *Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence]*, 2021, 2021 (1), pp.109-112. hal-03183595v2

HAL Id: hal-03183595

<https://hal.science/hal-03183595v2>

Submitted on 29 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marie Cartapanis, Frédéric Marty, « La sous-commission pour l'Antitrust de la commission des lois de la Chambre des représentants américains remet son rapport d'enquête sur la concurrence dans les marchés numériques et dresse des perspectives d'évolutions radicales de la politique de concurrence américaine », *Concurrences* N°1-2021, Chroniques, Général, pp. 109-112

Le rapport établi par la sous-commission pour l'Antitrust de la commission des lois de la Chambre des représentants américaine a été rendu public en octobre 2020 et il apparaît daté au vu des évolutions spectaculaires de l'environnement concurrentiel aux Etats-Unis à l'automne 2020. Celui-ci est non seulement lié au changement d'administration présidentielle en janvier 2021 mais également aux procédures qui ont été lancées dans l'intervalle. Il en est ainsi de la procédure lancée par le DoJ contre *Google* le 20 octobre 2020 devant la Cour de district fédérale du District de Columbia, celle lancée par les *attorney generals* de plusieurs états fédérés contre ce même opérateur le 16 décembre 2020 devant la cour fédérale de district de l'*Eastern District of Texas* ou encore de celle engagée contre *Facebook* par la FTC le 9 décembre 2020.

Le rapport de la sous-commission pour l'Antitrust clôt une enquête menée depuis 2019 et à laquelle a participé en tant que conseil Lina Khan, l'une des têtes de proue du mouvement néo-Brandeisien, souvent appelé courant néo-structuraliste. En effet, le rapport oscille entre des dimensions proches des évolutions proposées au niveau du Royaume-Uni et à celui de l'Union européenne (notamment en regard des plateformes qui occupent une place de contrôleur d'accès au marché) et des dimensions qui s'inscrivent en très nette opposition avec la pratique du droit antitrust américain depuis les années 1970. Avant de présenter les grandes lignes du rapport et quelques-unes de ses propositions, il est particulièrement intéressant de mettre en évidence la rupture que celles-ci pourraient induire avec le consensus antitrust des quarante dernières années.

Un rapport dont les préconisations sont de nature à bouleverser un consensus antitrust formé depuis la fin des années 1970

Robert Bork dans *Antitrust Paradox* de 1978 (Robert H. Bork, (1978), *The Antitrust Paradox*, New York Free Press (2^{ème} édition augmentée: 1993) décrivait l'application contemporaine des règles de concurrence comme relevant d'un chaos. Sa proposition fut alors de considérer le *Sherman Act* comme une *consumer welfare prescription*, logique que reprit à son compte la Cour Suprême dès 1979 (*Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 1979)). L'approche dont Robert Bork fut le porte-parole le plus emblématique conduisait à appliquer une balance des effets pour jauger des pratiques unilatérales sur la seule base du critère du bien-être du consommateur. La Cour Suprême avait d'ailleurs renoué dès 1977 (*Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 1977) avec le principe qu'elle avait forgé en 1911 (*Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 1911). —, Cette même approche recommandait de limiter l'application des règles de concurrence à quelques configurations bien-précises. Il en était ainsi des concentrations horizontales menant à un quasi-monopole mais pas des concentrations verticales, du fait des gains d'efficacité qu'il leur était attribué. Il est ainsi également des ententes horizontales sur les prix et des stratégies de prix prédateurs mais dans ce second cas si et seulement si elles sont mises en œuvre sans couverture des coûts et avec certitude quant à la possibilité de récupérer à terme les pertes initiales. La sanction des autres pratiques unilatérales est considérée avec une nette méfiance. Celle-ci explique le rejet de la charge de la preuve sur le plaignant et l'élévation significative de son standard. Il s'agit à la fois d'éviter le risque d'instrumentalisation des règles de concurrence par les concurrents eux-mêmes (au détriment des entreprises dominantes et des consommateurs) et de minimiser le risque

de *faux positifs* (i.e. d'entreprises dominantes sanctionnées à tort), dans la mesure où il est supposé plus coûteux socialement que le risque symétrique de *faux négatif*. Ce dernier est tenu comme plus aisément susceptible d'être corrigé par les forces du marché dans la mesure où il se traduira par l'apparition d'un signal de prix (i.e. un surprofit). A l'inverse, le *faux positif* crée un dommage que seul un revirement de jurisprudence peut corriger.

Les prescriptions de l'École de Chicago consistent en l'application d'un seul critère, le bien-être du consommateur, et d'une politique de concurrence précautionneuse au regard des conséquences des décisions auxquelles elle pourrait donner lieu. Pour autant, assimiler l'Antitrust américain des quarante dernières années à une application mécanique de l'approche chicagôenne est excessivement caricatural. L'approche par les effets avait également été admise par l'École de Harvard dans les années 1970. Pour reprendre un titre célèbre, l'application des règles antitrust se caractérise par un consensus qui résulte d'un ADN à double hélice (Kovacic W.E., (2007), "*The intellectual DNS of modern U.S. competition law for dominant firm conduct: the Chicago/ Harvard double helix*", *Columbia Business Law Review*, 1(1), pp. 2-80).

Malgré le caractère composite de ce consensus, de nombreux juristes et économistes considèrent que ce dernier a permis de faire échapper l'Antitrust américain aux deux écueils qu'il rencontrait depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale. Le premier était une polarisation sur la structure du marché au détriment de l'efficacité. La seconde était la prise en compte de l'existence de critères différents, incommensurables et conflictuels dans la décision du juge.

Celle-ci pouvait donner lieu comme l'écrivit le Juge Douglas Ginsburg à des décisions incohérentes. Pour ce dernier en effet, avant le virage des années 1970 "*the U.S. Supreme Court simply did not know what it was doing in antitrust cases*" (Ginsburg D., (2010), "Originalism and Economic Analysis: Two Case Studies of Consistency and Coherence in Supreme Court Decision Making", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, volume 33, pp. 217 et s.). Cette multi dimensionnalité des décisions concurrentielles reflétait de fait l'existence d'une approche brandeisienne de l'antitrust dont le fondement était d'assigner à ce dernier non seulement des objectifs économiques plus larges que l'efficacité allocative (à laquelle le bien-être du consommateur revient *in fine*) mais également des finalités économiques et sociales (Crane D.A., (2018), "*Antitrust's Unconventional Politics*", *Virginia Law Review*, 104).

De fait, le consensus antitrust qui s'est formé il y a de cela quarante ans, revient à séparer les dimensions politiques et économiques de l'antitrust (et de limiter les secondes à la seule question de l'efficacité à l'exclusion de toute préoccupation de répartition).

Cette conception a eu pour effet de rejeter en dehors du champ la notion de concentration du pouvoir économique. Les inégalités de pouvoir de négociations entre agents économiques et le problème du "monopole", en tant que tel, ont été écartés du domaine de l'application des règles de concurrence. La littérature académique américaine de cette dernière décennie a vu renaître des arguments en faveur d'une politique antitrust s'attachant au problème de la concentration économique en tant que telle, qu'il s'agisse de l'approche néo-brandeisienne ou plus récemment encore des travaux de la *Law and Political Economy* (voir notamment Paul S., (2020), "*Antitrust as Allocator of Coordination Rights*", *UCLA Law Review*, volume 67 ainsi que Britton-Purdy J., Grewal D.S., Kapczynski A. and Rahman S., (2020), "*Building a Law and Political Economy Framework : Beyond the Twentieth Century Synthesis*", *Yale Law Journal*, volume 129, pp. 1784-1835).

Tout l'intérêt – au point de vue théorique – du rapport de la sous-commission à l'Antitrust est qu'il prend position pour cette approche alternative de l'Antitrust américain. Il s'inscrit ce faisant en nette opposition avec la pratique de l'Antitrust des quarante dernières années. Il n'est pas sans

signification que la première personne citée dans le rapport soit Louis Brandeis pour insister sur le lien entre concentration du pouvoir économique et démocratie afin de montrer que la première mettrait en danger la seconde : “*we must make our choice. We may have democracy, or we may have wealth concentrated in the hand of a few, but we cannot have both*”. En d’autres termes, la nature politique des objectifs de l’antitrust est immédiatement affirmée et son objectif n’apparaît plus comme la seule sanction des pratiques de *monopolization* conçues comme l’atteinte, la préservation ou l’extension d’une position de monopole sous une autre base que celle des mérites. La lutte contre le monopole en lui-même revient sur le devant de la scène.

De surcroît le rapport s’inscrit dans un second débat actuel: celui de la concentration sur les marchés américains. Le degré de concentration des marchés est discuté. Si dans la sphère académique Thomas Philippon a mis en évidence une baisse tendancielle de l’intensité concurrentielle (Philippon T., (2019), “*The Great Reversal: How America Gave Up on Free Markets*”, *Harvard University Press*), cette approche a été contestée par les experts économiques de la Maison Blanche en février 2020 (*White House Council of Economic Advisers (2020), 2020 Economic Report of the President*). Le rapport parlementaire se rallie à la première appréciation et met en exergue – en citant de façon significative un rapport de 1950, période dans laquelle la concentration était vue comme le principal problème antitrust – le phénomène de concentration et ses conséquences tant économiques que politiques.

Nous pourrions même y trouver des échos avec le Rapport Neal de 1968 et le débat d’alors sur le *no-fault monopoly* (Hovenkamp H., (2009), “*The Neal Report and the Crisis in Antitrust*”, *University of Pennsylvania Law School Working Paper*). Dans cette perspective, la significativité et la durabilité même des positions dominantes pourraient être les preuves de l’importance des barrières à l’entrée et donc d’impossibilité de voir les positions dominantes de l’heure mises en cause par les seules forces du marché. À ces considérations relatives à une défaillance structurelle de la concurrence, le rapport ajoute la thématique des acquisitions consolidantes, ici principalement vues sous l’angle des acquisitions tueuses. Il est d’ailleurs à noter que la FTC avait lancé une enquête rétrospective en février 2020 sur les acquisitions des grandes entreprises du numérique. C’est d’ailleurs un point commun avec le rapport du sous-comité: les cas des quatre “GAFA” sont analysés en tant que tels. L’approche n’est pas basée sur des marchés pertinents mais sur des écosystèmes.

Le rapport propose une analyse de chacun d’entre eux, analyses vers lesquelles nous renvoyons nos lecteurs. Nous consacrons notre seconde section aux recommandations.

Des recommandations qui s’inscrivent en nette rupture avec la pratique décisionnelle concurrentielle américaine de ces quatre dernières décennies

Les recommandations du rapport s’ouvrent avec l’un point des plus importants. Si la mise en œuvre des règles de concurrence repose sur l’action des agences fédérales et sur celle des tribunaux et ce faisant s’inscrit dans leur jurisprudence, le pouvoir législatif en est à l’origine. De façon très significative est reprise une citation de David Cicilline, le président de la sous-commission mettant en exergue la place de pouvoir législatif en la matière tant vis-à-vis de l’exécutif et de ses agences, que des pouvoirs économiques privés qui peuvent se structurer comme autant de groupes d’intérêts : “*No doubt, other branches of government have a key role to play in the development of antitrust law. But Congress – not the courts, agencies, or private companies – enacted the antitrust laws, and Congress ultimately decides what the law should be and whether the law is working for the American People*” (p. 376).

Les recommandations se structurent en trois ensembles : la restauration de la concurrence dans l’économie numérique, le renforcement des règles de concurrence et celui de leur mise en œuvre.

Restaurer la concurrence dans le secteur numérique

Les recommandations faites par le sous-comité dans ce domaine sont celles qui font le plus écho aux initiatives européennes et britanniques, qu'il s'agisse de notre *Digital Markets Act* proposé le 15 décembre 2020 ou de l'initiative prise par nos partenaires britanniques le 27 novembre 2020 en vue de créer une *Digital Market Unit* pour mettre en place et superviser un code de conduite pour les grandes plateformes numériques comme *Google* ou *Facebook*.

Ainsi, les recommandations sont très proches de celles que nous avons pu observer durant l'automne 2020. Elles tiennent d'abord aux distorsions de concurrence au sein des écosystèmes entre des opérateurs de plateformes verticalement intégrés et leurs partenaires commerciaux avec lesquels ils peuvent être en concurrence. La question de l'accès à l'information qui peut s'avérer asymétrique pose le problème de la garantie d'une concurrence par les mérites. La question peut aisément être mise en perspective avec la procédure européenne à l'encontre d'Amazon (voir la communication des griefs de la Commission adressée le 10 novembre 2020 à *Amazon*, IP/20/2077). Les pistes avancées par le rapport de la sous-commission sont cependant particulièrement ambitieuses (ou selon le point de vue problématique en termes d'impact potentiel sur le bien-être du consommateur) : une interdiction *per se* de certaines activités (*line business restrictions*) ou des remèdes structurels. Cette dernière solution, la cession d'une activité, fut notamment proposée par Lina Khan (Khan L., (2019), "*The Separation of Platform and Commerce*", *Columbia Law Review*, 119(4), pp. 973-1098).

Le rapport met également l'accent sur la question des discriminations dans les écosystèmes numériques et sur la question – également débattue en termes économiques – de l'auto-préférence (*self preferencing*). Le rapport insiste sur la nécessité d'une concurrence à égalité des armes dans les écosystèmes numériques: "*Nondiscrimination rules would require dominant platforms to offer equal terms for equal service and would apply to price as well as to terms of access*".

Tout comme la proposition de DMA européenne, le rapport de la sous-commission insiste non seulement sur les conditions nécessaires à une concurrence à égalité des armes dans le marché mais également à la préservation de celles qui sont indispensables à la possibilité d'une concurrence pour le marché (ce dans la continuité du rapport établi en 2019 par le Centre Stigler de l'Université de Chicago - *Stigler Committee on Digital Platforms - Final Report*, septembre 2019). Les outils de la préservation de la concurrence pour le marché sont ceux que nous retrouvons dans le DMA, notamment la portabilité des données et l'interopérabilité.

L'un des points les plus innovants des propositions du rapport tient à la préservation de la structure des marchés numériques au travers d'une sensible évolution des modalités de contrôle des concentrations. Il s'agirait de renverser les présomptions en la matière. Les débats sur les acquisitions tueuses (ou consolidantes pour être plus généraux) sont ici la toile de fond à considérer. Il s'agit d'imposer un contrôle de toutes les acquisitions des grands acteurs du numérique pour éviter que leurs opérations de croissance externe puissent être un moyen de faire obstacle au développement de concurrents naissants et potentiels (voir notamment la thématique des *nascent competitors* – *Scott Hemphil C. and Wu T., (2020), "Nascent Competitors", University of Pennsylvania Law Review*, volume 168, pp.1879-1912)

Le rapport ouvre également vers la question des asymétries en termes de pouvoirs de négociations au sein des écosystèmes numériques. Il se rapproche à cet égard du Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne. Le rapport traite alors de questions de dépendance économique et d'éventuels abus que peuvent en résulter que nous connaissons dans différents droits internes des

États membres de l'UE. Il met en évidence des questions de verrouillage technique et d'impositions de clauses contractuelles qui peuvent conduire le partenaire le plus puissant économiquement (celui qui peut se retirer de la transaction dans la mesure où de nombreuses solutions alternatives lui sont ouvertes) à imposer des conditions de transactions déséquilibrées.

Renforcer les règles de concurrence

Le renforcement des règles de concurrence que promeut le rapport n'est pas limité à des dimensions procédurales. Non seulement le critère du bien-être du consommateur est contesté en lui-même mais est tenu, en outre, comme un critère économique parmi d'autres à prendre en considération dans le cadre de l'application de règles de concurrence qui doivent viser non seulement à protéger la concurrence sur le marché des biens et des services mais aussi les libertés politiques. Le rapport comme nous l'avons noté dans notre introduction propose donc de revenir à l'interprétation du *Sherman Act* qui prévalait avant les travaux de Robert Bork. Le renforcement de la politique antitrust suppose, dans ce cadre, un *retour aux sources*, en l'occurrence à l'intention des législateurs de 1890 (ainsi que de 1914 pour le *FTC Act* et le *Clayton Act*). Reprenant les positions du Sénateur Hoar lors de la discussion du *Sherman Act* par la Commission des lois du Sénat en 1890, les auteurs du rapport identifient la position dominante comme un problème d'essence politique ("*private monopolies are a 'menace to republican institutions'*"). En d'autres termes, le rapport de la Chambre des Représentants prend position dans un débat initié en 1966 par Robert Bork (Bork R.H., (1966), "*Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*", *Journal of Law and Economics*, volume 9, p. 7 et s.) et relancé en 2017 par Lina Khan (Khan L., (2017), "*The Amazon's Antitrust Paradox*", *Yale Law Journal*, volume 126, pp. 710-805).

Le deuxième point sur lequel le rapport met l'accent tient au contrôle des concentrations. Cette dimension est d'autant plus importante que le débat académique a accordé une large place à la possibilité de dommages au processus de concurrence venant d'un insuffisant contrôle des opérations de croissance externe des plateformes dominantes. Cet insuffisant contrôle peut tenir à différents facteurs que sont l'existence de seuils structurels dans le déclenchement des contrôles, la situation d'information imparfaite des autorités publiques vis-à-vis des entreprises concernées (en termes d'information incomplète et asymétrique) et enfin de la nette présomption aux États-Unis d'un effet net positif sur le bien-être des opérations de concentrations verticales. Le rapport propose donc de recourir à des présomptions structurelles qui ne sont pas sans faire écho à la pratique des autorités de concurrence américaines avant le virage amorcé par les lignes directrices sur le contrôle des concentrations de 1968 et consacré par celles de 1982. Les acquisitions de start-ups et les concentrations verticales sont particulièrement visées par le rapport.

Le rapport insiste également sur les évolutions nécessaires à la mise en œuvre de la Section 2 du *Sherman Act*. La sanction des pratiques unilatérales avait atteint son nadir en 2008 avec le rapport du DoJ sur les *Single Firm Practices*. Retiré par l'administration démocrate en mai 2009, ce rapport avait eu le mérite de mettre en lumière une conception très restrictive de la notion de *monopolization* et la volonté de limiter le risque de faux positif en attribuant la charge de la preuve au plaignant et en élevant substantiellement le standard. À nouveau, le rapport de la sous-commission à l'Antitrust propose de revenir à une lecture du *Sherman Act* comme visant directement l'acquisition d'une position de monopole et sa préservation et non pas seulement la notion de *monopolization* qui suppose que ces deux situations ne procèdent pas des seuls mérites. La proposition de présomptions de dominance en fonction de parts de marché revient également à renouer avec une conception structuraliste de l'antitrust.

Au-delà de ces points généraux, le rapport balaie de nombreux types d'"abus de domination" sur lesquels l'application de la Section 2 pourrait devenir plus stricte et ainsi se rapprocher de la pratique

décisionnelle en matière de sanction des pratiques unilatérales (p. 395 et s.). Il en est ainsi des stratégies de levier anticoncurrentiel (*monopoly leveraging*), des prix prédateurs, des refus de contracter ou d'accès à des facilités essentielles ou encore des pratiques de ventes liées et de discrimination de type *self-preferencing*.

Il est à noter que ces évolutions supposeraient de nombreux revirements de jurisprudence. C'est par exemple le cas pour les prix prédateurs si la démonstration de la possibilité de récupération des pertes initiales n'est plus requise (voir *Matsushita v Zenith Radio Corp.* 475 US 574, 1986) ou pour l'accès à des facilités essentielles (voir *Verizon Comm. Inc. v Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 US 398, 2004).

Deux des derniers points abordés par le rapport sont paradoxalement déterminants.

Le premier point renverse l'hypothèse de Frank Easterbrook quant aux coûts relatifs des erreurs en antitrust (Easterbrook F., (1984), "Limits of Antitrust", *Texas Law Review*, volume 63, pp. 1-40) : "*Clarifying that 'false positives' (or erroneous enforcement) are not more costly than 'false negatives' (erroneous non-enforcement) and that, when relating to conduct or mergers involving dominant firms, 'false negative' are costlier*" (page 398).

Le second point est encore plus déterminant : "*Clarifying that market definition is not required for proving an antitrust violation, especially in the direct evidence of market power*". Les écosystèmes sont ici visés dans la mesure où il est bien souvent difficile de caractériser un marché pertinent mais à nouveau c'est une notion essentielle de la procédure concurrentielle qui est mise en cause par le rapport.

Revigorer la mise en œuvre des règles de concurrence

Le dernier domaine dans lequel se déploient les propositions de la sous-commission tient à la supervision de la mise en œuvre des règles de concurrence par le Congrès, la revigoration de l'action de la FTC (dans une perspective très brandeisienne en matière de sanction des *unfair methods of competition*) et dans une facilitation de la mise en œuvre du *private enforcement* dont, rappelons-le, la crainte d'un développement excessif avait été l'une des origines du resserrement des conditions de réception des plaintes sur la base de la Section 2 du *Sherman Act*.

Conclusion

Le rapport établi au nom de la sous-commission Antitrust est à la fois le reflet des débats américains du moment. Il est extrêmement ambitieux en regard de la pratique décisionnelle des tribunaux américains. Il ne s'agit pas seulement de rompre avec un consensus antitrust formé il y a de cela plus de quarante ans mais d'obtenir des revirements de jurisprudence particulièrement significatifs.

Par certains traits, les propositions se rapprochent de certaines caractéristiques des politiques de concurrence de l'UE (songeons à la mention faite à la notion même d'abus de position dominante). Par d'autres, elles font écho à une conception très brandeisienne de l'antitrust et renoue avec la plupart des caractéristiques de l'approche structuraliste qui a prévalu jusqu'aux années 1970. Pour autant, le rapport reflète les préoccupations concurrentielles de l'heure marquées par la concentration du pouvoir économique au profit de quelques écosystèmes numériques pour lesquels il s'agit à la fois de s'assurer de l'équité de la concurrence qui existe au sein de chacun d'entre eux et de préserver les conditions de la concurrence entre ces derniers.