

---

Frédéric Marty

---

# La concentration du pouvoir économique depuis la pandémie



---

*Prisme* N°41  
Octobre 2020

---

La Fondation et le Centre Cournot

---

## La Fondation et le Centre Cournot

Association reconnue d'intérêt général, le Centre Cournot contribue à développer et à rendre plus accessibles les théories des sciences économiques, sociales, politiques et leur épistémologie. Comme le Centre, la Fondation poursuit un travail de catalyse dans la filiation d'Augustin Cournot, accélérant ou sélectionnant des formulations théoriques concurrentes. Sous égide de la Fondation de France, la Fondation met ainsi en perspective le basculement probabiliste qui atteint progressivement les disciplines et promeut les recherches qui élaborent et utilisent les probabilités.

# **La concentration du pouvoir économique depuis la pandémie**

**Frédéric Marty**

Prisme N°41  
Octobre 2020

# Sommaire

I. La concentration du pouvoir économique au XXI <sup>e</sup> siècle et le débat autour de l'effectivité de l'encadrement concurrentiel.....	2
A. L'économie numérique conduit-elle à l'oligopolisation des marchés ?.....	2
B. Que peuvent faire les autorités de concurrence ?.....	8
II. La politique concurrentielle à la lumière de l'Antitrust au XX <sup>e</sup> siècle.....	13
A. La base politique de l'Antitrust.....	13
B. La structuration des débats autour de l'opposition entre Hamilton et Jefferson.....	15
III. Les enseignements du traitement concurrentiel de la concentration du pouvoir économique.....	19
A. Une lecture des débats aux États-Unis.....	19
B. Quelles perspectives européennes ?.....	30
Bibliographie.....	39

La crise du coronavirus a exacerbé les débats sur les effets de la concentration économique qui se développent depuis ces dernières années. Quels sont les déterminants et les effets de la concentration du pouvoir économique privé, que la crise semble accentuer ? Quelles doivent être et quelles peuvent être les réponses des pouvoirs publics ? Les règles de concurrence suffisent-elles à contrecarrer une concentration du pouvoir économique qui épuiserait le processus de concurrence ? Doit-on ajouter à la sanction des pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des concentrations des outils de régulation sectorielle voire imposer des remèdes structurels, pouvant aller jusqu'au démantèlement d'acteurs dominants ?

Alors que le début de la crise donnait l'impression d'un renforcement de la dominance, sinon de de son aggravation, plusieurs pistes d'évolution se dégagent à l'automne 2020.

Au sein de l'Union européenne, les initiatives prises par des États Membres (notamment l'Allemagne) ont été relayées par la Commission qui a lancé en juin deux consultations, l'une sur un possible complément des règles de concurrence par une régulation *ex ante*, et l'autre par la mise en œuvre d'un nouvel instrument concurrentiel qui apporte des réponses structurelles à des situations de dominance irréversible, c'est-à-dire des cessions d'actifs. Ces deux consultations doivent donner lieu à des initiatives de la Commission en décembre 2020.

Dans le cas états-unien lui-même, la Commission des lois de la Chambre des Représentants a rendu public en octobre 2020 un rapport proposant de modifier le droit antitrust pour pouvoir sanctionner des abus de position dominante de la part des acteurs majeurs du numérique et d'exercer un contrôle des concentrations bien plus strict. De son côté, le ministère de la Justice a ouvert une procédure contre Google sur la base du Sherman Act, qui sanctionne les stratégies de *monopolisation*.

Le texte se divise en trois parties. La première partie présente les tendances actuelles de concentration du pouvoir économique et

met en avant les difficultés de leur contrôle par les règles de concurrence. La deuxième partie met en regard cette situation avec l'histoire de l'Antitrust aux États-Unis et montre que le débat autour de l'action des pouvoirs publics pour la protection du marché est structuré depuis le début de la république américaine par deux approches, inspirées de Thomas Jefferson et d'Alexandre Hamilton. Les travaux de ses auteurs offrent encore aujourd'hui une grille d'analyse des modalités d'intervention publique. La troisième partie trace des perspectives sur la situation actuelle et les évolutions possibles des politiques publiques d'encadrement de la concurrence.

## **I. La concentration du pouvoir économique au XXI<sup>e</sup> siècle et le débat autour de l'effectivité de l'encadrement concurrentiel**

Le développement de l'économie numérique s'accompagne d'une concentration croissante du pouvoir économique (A) que les autorités de concurrence peinent à contrecarrer (B).

### ***A. L'économie numérique conduit-elle à l'oligopolisation des marchés ?***

Pendant la première phase de la crise, le développement très rapide de l'application de visioconférence en ligne *Zoom* a été présenté comme la preuve d'une rupture : de nouveaux entrants pouvaient conquérir aisément et rapidement une large part de marché en développant des services innovants que les opérateurs dominants ne proposaient pas à certains segments de la clientèle. Il apparaissait possible de voir des acteurs se jouer des barrières à l'entrée, compenser un désavantage en termes de données. L'idée selon laquelle les monopoles d'un jour étaient éminemment précaires était mise en avant. Pour autant, la suite de la crise a renforcé les craintes de voir les très grands acteurs de l'informatique et de l'Internet, Apple, Google, Microsoft, Amazon, Facebook accroître encore leur pouvoir économique à son issue.

La crise du coronavirus soulève trois types d'interrogations.

Premièrement, les firmes de plateformes dominantes sont capables de répliquer les innovations développées par leurs concurrents et contrôlent nombre des infrastructures critiques de l'Internet (capacités de stockage des données, de traitement algorithmique, etc...).

Deuxièmement, les grands acteurs du numérique semblent en partie réhabilités par la crise. Ils s'imposent comme les interlocuteurs obligés des gouvernements dans la lutte contre la pandémie. Ce retournement d'image et de situation tient à deux phénomènes. D'abord, en rappelant leur place essentielle dans l'approvisionnement, avec par exemple Amazon, ces opérateurs montrent leur rôle dans la résistance du tissu économique et social. Ensuite, ils se placent comme des interlocuteurs indispensables pour les pouvoirs publics, à la fois pour la diffusion d'informations et la lutte contre les informations fallacieuses, pour la facilitation du télétravail et pour le développement d'applications *ad hoc* tirant profit de leur contrôle des systèmes d'exploitation mobiles et de leur contrôle de larges flux de données sur les déplacements et bientôt sur la santé via les dispositifs connectés. Les politiques publiques de sécurité et de santé ne peuvent avoir la même efficacité sans ces acteurs.

Troisièmement, et de façon encore plus fondamentale, leur résilience est bien plus élevée que celle du reste des entreprises dans la dépression qui s'installe. Leurs activités très diversifiées les placent en position de force face aux nouveaux entrants et aux firmes mono-activité. Alors que les défaillances d'entreprises innovantes et d'acteurs majeurs de l'économie traditionnelle semblent inéluctables, la part des « GAFAM » (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft), dans le S&P 500 s'accroît spectaculairement. Ces cinq titres atteignent à eux seuls 22% de la valeur de l'indice S&P à la fin avril 2020. Il faut remonter quarante ans en arrière pour voir la part cumulée des cinq plus grosses valorisations atteindre ce seuil.

Le débat sur la concentration qui préexistait à la crise est exacerbé par celle-ci. Les capacités financières des acteurs dominants sont bien moins affectées que celles d'autres acteurs. Le rythme de leurs acquisitions est soutenu et permet d'acquérir à la fois des entreprises qui développent des biens et services complémentaires ou celles qui pourraient à terme mettre en cause leurs positions de marché. C'est dans ce contexte que l'avant-propos de *Concurrences* rédigé par Jorge Padilla et Nicolas Petit a suscité la controverse en avril 2020 (Padilla et Petit, 2020). La proposition d'assouplir les règles en matière de contrôle des concentrations s'est heurtée à des positions qui proposaient de bannir les rachats d'entreprises par les *Big Tech* en cette période.

D'un côté, la crise est perçue comme la source d'une rationalisation des activités par les fusions et acquisitions, porteuses d'efficacité. Pour Padilla et Petit (2020) en effet : « Les récessions ont souvent un effet de nettoyage. Elles facilitent la disparition des entreprises zombies qui réduisent les opportunités de croissance de concurrents plus efficaces et retardent la diffusion de l'innovation technique [...] Le défi pour le droit de la concurrence de l'UE est donc de reconnaître les implications en faveur de la concurrence de l'effet nettoyant et de concevoir une réponse politique appropriée sur cette base ».

De l'autre côté prévaut l'idée que les tendances rampantes à la concentration déjà perceptibles avant la crise peuvent s'accélérer lors d'opérations que les autorités doivent accepter en urgence au nom de la défense des entreprises en danger ou pour lesquelles elles n'ont pas les moyens d'évaluer réellement les risques. Les initiatives d'un contrôle plus rigoureux de la croissance externe des grandes entreprises de l'Internet ont été parmi les premières victimes du coronavirus, malgré la proposition d'une loi anti-monopole déposée par la sénatrice Élisabeth Warren et la députée Alexandria Ocasio-Cortez. Le moratoire était proposé pour les acquisitions réalisées par les entreprises dont les revenus dépassent un seuil de 100 millions de dollars. Il visait à prévenir que les acteurs majeurs du numérique, moins affectés par la crise que les entreprises naissantes ou les

entreprises mono-activité et les difficultés financières subséquentes, ne puissent poursuivre les politiques de croissance externe engagées depuis plusieurs années.

Ces acquisitions font rarement l'objet d'un contrôle préalable des autorités de concurrence faute de satisfaire aux seuils de chiffres d'affaires qui déclenchent de tels contrôles. Elles constituent de possibles vecteurs de l'aggravation des positions dominantes. La concentration du pouvoir économique est en effet l'un des points d'achoppement du débat public, notamment aux États-Unis, lors des deux premiers mois de l'année 2020. Le rapport produit par les conseillers économiques de l'Administration Trump publié en février accorde une large place à cette question pour mettre en cause la validité des études concluant à une concentration croissante des industries aux États-Unis (White House, 2020). Ces études mettent en évidence que les taux de concentration s'étaient particulièrement élevés depuis les années 1970 (Gutiérrez et Philippon, 2018 ; Philippon, 2019).

Cette concentration, bien plus élevée qu'en Europe, apparaît de plus comme source d'effets pervers sur la croissance potentielle, d'innovation, d'accès au marché mais également en termes d'inégalités et de risques politiques (Khan, 2020). Elle est souvent reliée à trois phénomènes. Un premier phénomène est concurrentiel : les marchés numériques se caractérisent par des effets de réseaux, des rendements croissants conduisant à des phénomènes de très forte dominance (par effet de bascule). Un deuxième phénomène repose sur la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante). Les opérateurs dominants peuvent évincer leurs concurrents du marché ou transférer leurs positions dominantes vers des marchés connexes (manipulation des algorithmes, ventes liées...). Un troisième et dernier phénomène concerne la notion de zone mortifère qui permet aux entreprises dominantes d'acquérir préventivement grâce à leurs capacités financières et à leurs capacités d'accumulation et de traitement de l'information (Marty et Warin, 2020).

Le premier scénario peut être vu comme « favorable » en termes concurrentiels, dès lors que l'acquisition de la position dominante se fait sur la seule base des mérites, que l'entreprise dominante ne porte pas préjudice au consommateur (en augmentant ses prix, en dégradant la qualité de son service ou en innovant moins) et que la position dominante n'est pas protégée par des barrières à l'entrée (Woodcock, 2020). Une abondante littérature s'est développée sur les évolutions des cinquante dernières années pour montrer que les opérateurs dominants d'un jour ne le sont guère à long terme, à l'instar de Rank Xerox, IBM, MS, Yahoo, Myspace... (Bourne, 2019). Cette même littérature conteste les arguments selon lesquels les barrières à l'entrée actuelles seraient plus élevées (notamment en matière de données, voir Lambrecht et Tucker, 2017) ou que les effets de réseaux seraient aujourd'hui d'un autre ordre, dès lors que les utilisateurs des services rendus par les grandes plateformes sont insérés dans des silos verticaux reposant sur des biens et services complémentaires et non interopérables avec ceux d'opérateurs tiers (Colin et al., 2015).

De mêmes soucis se posent en matière de pratiques abusives. La caractérisation des pratiques comme anticoncurrentielles n'est pas aisée dès lors que la définition des marchés pertinents est problématique, que le caractère anticoncurrentiel des pratiques puisse être difficile à établir (voir par exemple la décision *Google Shopping* de la Commission européenne rendue en juin 2017), que les pratiques peuvent avoir des effets ambigus sur le bien-être du consommateur (gains de bien-être ou dommages en termes de protection de la vie privée) ou être négatifs sur d'autres critères (dommage à l'innovation, à la liberté de choix du consommateur etc...) ou encore qu'une défense sur la base de l'efficacité puisse être menée (voir la décision *Google Android* rendue par la Commission européenne en juillet 2018). Dans de telles situations, faux positifs et faux négatifs sont possibles. Les premiers désignent les cas où une entreprise qui a joué le jeu d'une concurrence par les mérites est injustement sanctionnée. Les seconds recouvrent les cas où une entreprise qui a mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles n'est pas sanctionnée. Ces derniers

cas sont présentés comme moins préjudiciables du fait même de la contestabilité des marchés. Le profit additionnel par rapport à celui qui serait observé en concurrence parfaite déclenche des entrées qui empêchent la firme dominante d'abuser de son pouvoir de monopole. A l'inverse, un faux positif produit des effets irréversibles pour tous les acteurs du marché, en attendant un éventuel revirement de jurisprudence (McChesney, 2010).

Le domaine du contrôle des concentrations a de son côté fait l'objet d'une attention particulière. La croissance externe est vue comme le vecteur privilégié de la consolidation du pouvoir de marché des opérateurs dominants (Kwoka, 2015). La notion même d'acquisitions tueuses, issue de travaux dans le secteur de la pharmacie (Cunningham et al., 2018), a été transplantée – avec plus ou moins de facilité – à celui du numérique. Elle est devenue une grille d'analyse habituelle des nombreuses acquisitions réalisées par les firmes dominantes du numérique. Les grandes entreprises seraient dans ce scénario se porteraient acquéreuses de firmes innovantes dans le seul objectif de les neutraliser, d'éviter qu'une offre potentiellement capable de mettre en cause leur dominance n'accède au marché ou encore qu'un concurrent puisse acquérir une taille critique sur un marché connexe vers lequel elles souhaiteraient se développer. L'impact de ces stratégies serait donc de priver le consommateur d'offres alternatives innovantes et de préserver l'opérateur dominant de l'aiguillon de la concurrence. Ces stratégies reviendraient donc à des stratégies de suppression de l'innovation particulièrement préjudiciables. La stratégie des firmes dominantes est d'éliminer un concurrent potentiel qui pourrait à terme proposer d'autres offres (Kamepalli et al., 2020). Au-delà même de l'élimination d'une concurrence potentielle, de telles acquisitions peuvent avoir un effet négatif en éliminant les innovations développées par la cible voire celles de l'entreprise acquéreuse (Caffarra et al., 2020).

Ces acquisitions peuvent faire l'objet d'analyses divergentes. Il peut également s'agir d'acquisitions consolidantes qui ont pour effet d'étendre la position dominante à un second marché ou à préempter une technologie ou un service au détriment des autres plateformes

(Crémer *et al.*, 2019). Leurs effets sont plus complexes à évaluer avec les outils du droit de la concurrence. L'intégration d'un service dans l'offre d'un opérateur dominant peut avoir des effets positifs en matière d'interopérabilité, d'expérience utilisateur, de performance et de qualité (au travers de l'adossement sur les ressources en termes de capacité de développement algorithmique et de données...), de capacités de développements additionnels, voire de prix. Pour autant, de telles acquisitions peuvent conduire à la disparition d'alternatives susceptibles de satisfaire certains segments de consommateurs (cf. le rachat de WhatsApp par Facebook) et de permettre des verrouillages concurrentiels au travers des transferts de données d'un service à l'autre.

La perspective d'une acquisition d'un opérateur innovant par un opérateur dominant peut avoir pour effet de dissuader certains utilisateurs de basculer vers lui, dès lors que cette décision induit des coûts de changements. Ainsi, l'anticipation même d'une application trop peu rigoureuse des règles de concurrence peut empêcher le développement d'offres alternatives, faute de pouvoir atteindre une taille critique permettant de bénéficier d'effets de réseaux suffisants (Kamepalli *et al.*, 2020).

### ***B. Que peuvent faire les autorités de concurrence ?***

Face à ces enjeux, les capacités d'action des autorités de concurrence ont souvent été discutées (Marty *et al.*, 2019). Des pratiques qui impliqueraient un dommage pour le consommateur (en termes de liberté de choix par exemple) ou au processus de concurrence lui-même (dommage à l'innovation, dommage aux partenaires commerciaux...) ne seraient pas sanctionnées du fait de l'utilisation d'un critère du bien-être du consommateur lui-même contesté.

Les sanctions pécuniaires elles-mêmes, et ce malgré leurs montants, sont dénoncées comme peu dissuasives pour des firmes en situation de très forte dominance pérenne. Elles pourraient être vues comme un coût de gestion et être répercutées sur des tiers

(consommateurs finals, partenaires commerciaux...). Les injonctions comportementales, pourtant également de grande ampleur dans les contentieux les plus récents, sont dénoncées comme de faible effectivité car difficiles à superviser et contournables. Les injonctions structurelles quant à elles ne sont jamais prononcées.

De mêmes critiques ont été adressées au contrôle préalable des concentrations. Ce dernier, fondé sur des critères structurels en termes de parts de marché, ne permettrait de se saisir d'opérations concernant des entreprises de très faible taille et maîtrisant des technologies ou développant des offres stratégiques pour l'évolution future des marchés. Les autorités de concurrence prisonnières de règles rigides tant en matière de seuils que d'horizon temporel en matière d'évaluation des effets, ne pourraient pleinement jouer leur rôle de défense des structures du marché.

Ainsi, avant la crise du coronavirus, de nombreuses propositions étaient faites en matière de renforcement des règles anti-concentrations (voir Lancieri et Sakowski, 2020) pour une synthèse des rapports publiés entre 2018 et 2020). Elles tenaient à la prise en compte d'autres critères que les critères structurels (valorisation boursière de la cible, par exemple) ou à la combinaison d'une évaluation *ex ante* avec une évaluation *ex post* avec possibilité d'imposer des remèdes additionnels.

La question était également posée de la capacité des seules règles de concurrence à contrôler les risques concurrentiels liés à la concentration croissante des marchés. Un appui sur des instruments sectoriels était proposé de façon croissante (Vezzoso, 2020, Cappai et Colangelo, 2020). L'Autorité de la concurrence elle-même dans sa contribution sur l'économie numérique a proposé d'appliquer un cadre spécifique aux plateformes structurantes dont la logique se rapproche plus d'une réglementation que d'une simple mise en œuvre *ex post* de sanctions concurrentielles.

L'Autorité de la concurrence a proposé « de compléter le droit de la concurrence, au niveau national ou européen, par un mécanisme

permettant d'intervenir sur les comportements nuisibles à la concurrence mis en œuvre par les opérateurs dits 'structurants' » (Autorité de la concurrence, 2020, p.7). De telles plateformes d'intermédiation correspondent aux opérateurs pivots des systèmes décrits plus haut : leur position centrale leur permet « de jouer un rôle dans l'accès à certains marchés (rôle de gardien à l'entrée) et sur le fonctionnement de certains marchés (rôle de régulateur) ». Son importance tient à des avantages liés à sa taille, à sa capacité financière, à sa communauté d'utilisateurs et/ou des données qu'elle détient. Sa position lui permet de contrôler l'accès ou d'affecter de manière significative le fonctionnement des marchés sur lesquels elle intervient mais aussi des marchés connexes. La troisième condition correspond bien à la position centrale de la plateforme : elle place les parties prenantes dans une position de dépendance économique et technologique.

Les remèdes proposés par l'Autorité de la concurrence (2020, p.8) permettent d'illustrer les risques concurrentiels pour l'ensemble des parties prenantes vis-à-vis de la firme pivot. Un premier risque est un risque d'éviction au profit des services directement rendus par la plateforme, en d'autres termes des pratiques d'auto-préférence (Alexiadis et de Streeck, 2020). Un deuxième est un verrouillage de l'accès au marché des systèmes tiers, y compris au travers de stratégies de préemption des complémenteurs. Une troisième stratégie tient en des dégradations de l'interopérabilité pour les services complémentaires, qui permet à la fois d'ériger des barrières à la sortie ou à l'entrée. Cette même stratégie d'enfermement des complémenteurs dans un silo peut passer par des entraves à la portabilité des données et la multi-domiciliation des utilisateurs de la plateforme. De telles stratégies ont non seulement l'effet de piéger les membres du système mais également d'accroître son attractivité pour des tiers dans la mesure où être présent dans ce système est le seul moyen d'accéder à ces derniers.

Ces initiatives sont à relier à un débat entre les liens entre faible activation des règles de concurrence et concentration du pouvoir économique et de façon bien plus générale des conséquences

collectives préjudiciables d'une faible application par l'État des règles de concurrence aux États-Unis. Par exemple, Khan et Vaheesan (2017) décrivent les conséquences de la concentration croissante du pouvoir économique, résultant d'une faible activation des règles de concurrence, sur le creusement des inégalités.

Dans le cadre du mouvement néo-structuraliste, le mouvement du *New Brandeis* (Khan, 2018) formule dans le même temps des propositions plus radicales, pour juguler les distorsions de concurrence qui résulteraient de l'action d'acteurs qui sont à la fois des plateformes (places de marché, systèmes d'exploitation mobiles...) et des opérateurs verticalement intégrés pouvant entrer en concurrence avec leurs propres compléments (c'est-à-dire les entreprises qui offrent des biens et services au sein de leur écosystème). La solution pour résoudre les risques concurrentiels induits par les plateformes qui est proposée par Khan (2020) réside en un démantèlement et en l'application de feu le principe de *spécialité* connu droit public français.

La diversification des activités des plateformes met les firmes qui utilisent leurs services dans une position qui peut à la fois relever d'une logique de coopération ou de dépendance économique et technologique. Les plateformes peuvent être en effet un point d'accès essentiel au marché ne serait-ce que par le nombre de consommateurs qui ont opté pour un mono-hébergement. Elles sont dans le même temps des concurrentes qui peuvent évincer les entreprises à leur profit ou à celui d'autres opérateurs ou leur imposer des conditions contractuelles et techniques désavantageuses. De tels conflits d'intérêts et l'absence de garantie d'une concurrence à égalité des armes peuvent conduire à des propositions de démantèlements (Khan, 2019) dont le coût économique pourrait être important.

Cette proposition revient de fait à traduire sous forme d'injonction structurelle, un remède souvent envisagé sous forme d'injonction comportementale dans le cadre du droit de la concurrence de l'U.E. : celui d'une large application de la théorie des équipements essentiels aux plateformes numériques conduisant à des principes de neutralité des plateformes (Pasquale, 2016) ou de

neutralité des équipements. Dès lors qu'une plateforme est considérée comme un point d'entrée incontournable pour accéder au marché et que celle-ci a un effet structurant sur le comportement de marché des tiers, elle peut être considérée comme une activité qui concerne l'intérêt public (Hamilton, 1930), appelant ainsi une réglementation (Stigler Center, 2019). Comme le montre Rahman (2018), si l'on considère les plateformes majeures comme de nouveaux actifs essentiels, une réglementation publique peut se justifier... ou, comme nous le verrons, de larges obligations d'accès et d'interopérabilité et de neutralité peuvent être imposées.

Les positions prises durant la crise reviennent *in fine* soit à défendre un assouplissement des règles de concurrence (en matière de contrôle des concentrations, cela peut prendre la forme d'une défense des entreprises en faillite) conduisant à une forme de laissez-faire, sinon d'*antitrust pro-trust* (Van Horn, 2011), soit au contraire à des règles encore plus strictes pour éviter que la dépression ne donne l'opportunité aux opérateurs dominants de prendre le contrôle de tous les concurrents potentiels et de verrouiller à très long terme leur position concurrentielle. Nous retrouvons ici les termes du débat entre la proposition de loi aux États-Unis visant à interdire les concentrations au profit des opérateurs dominant de l'Internet et la position de Padilla et Petit (2020).

Les préconisations d'avant-crise et celles qui sont présentées depuis son déclenchement dessinent un *continuum* assez conventionnel mais quelque peu troublant pour une *communauté antitrust* quasi-unanimement soudée depuis une vingtaine d'années par un consensus autour d'une sanction des pratiques anticoncurrentielles fondée sur une analyse des effets (nets) réalisée sur la base d'un critère unique, celui du bien-être du consommateur (Newman, 2019). Ce dernier recouvre tout l'éventail entre un *laissez-faire*, une poursuite de la logique concurrentielle appuyée sur le recours à des enquêtes sectorielles, des remèdes plus sévères de l'ordre de l'interdiction des concentrations, voire du démantèlement, et enfin une réglementation. Ne manquent à l'appel que des propositions de nationalisations dont il est cependant possible de

trouver trace dans les appels au développement d'outils nationaux ou européens dans une logique de politique industrielle axée sur des arguments de souveraineté.

## II. La politique concurrentielle à la lumière de l'Antitrust au XX<sup>e</sup> siècle

### A. *La base politique de l'Antitrust*

Les conceptions héritées de Hamilton et de Jefferson sont au fondement des préconisations sur la concentration, formulées au cours du vingtième siècle. Le débat de l'élection présidentielle américaine de 1912 entre Debs, Taft, Roosevelt et Wilson pouvait déjà être lu selon ces catégories (Crane, 2015) tout comme ceux des années 1930. C'est cette grille de lecture que nous proposons pour la situation actuelle.

Il convient en effet de revenir aux débats du début de la république américaine entre approches agrariennes (Jefferson) et industrialistes (Hamilton). Contrairement à l'hypothèse de Bork (1966), le droit Antitrust a – comme celui de l'UE – une base politique et non économique. Il s'inscrit dans une logique de continuité des lois *Granger* des années 1860 et 1870, destinées à protéger les fermiers et petites entreprises contre les entreprises dominantes qui contrôlaient leur accès au marché et pouvaient leur imposer des conditions contractuelles léonines. Dans cette perspective, le Sherman Act était vu comme une garantie contre une appropriation indue du surplus par les entreprises dotées d'un pouvoir économique (Lande, 1982). Cette approche était présentée comme centrale dans les manuels antitrust des années 1960 et 1970 d'Areeda et Turner. Elle s'opposait à l'approche défendue par la 2<sup>nd</sup>e école de Chicago pour laquelle le seul but de la politique antitrust devait être l'efficience (Bork, 1978).

Ainsi, l'Antitrust américain tel qu'il dérive du Sherman Act de 1890 n'avait pas – et ne pouvait pas avoir – à son origine la forme que nous lui connaissons aujourd'hui. Depuis le virage de la fin des années 1970, la mise en application de l'Antitrust est très faible sinon

inexistante en matière de *monopolisation* (la Section 2 du Sherman Act, l'équivalent de notre sanction des abus de position dominante). Les divergences entre les cas Microsoft et Intel de la première décennie de notre siècle ont été encore amplifiées dans la deuxième : point de procédures équivalentes aux nôtres à l'encontre de Google ou d'Amazon... avant les annonces de février 2020. La seule procédure lancée contre Apple, le cas *Pepper*, correspond à des actions initiées par des acteurs privés en vue d'obtenir une réparation financière d'un dommage concurrentiel (voir pour deux analyses essentielles du cas, Vaheesan, 2018 et Posner, 2018).

Le contrôle des concentrations est également permissif (surtout par rapport à ce qu'il fut dans les années soixante). Les concentrations verticales – déterminantes dans le cas des plateformes dominantes de l'Internet – sont principalement vues comme génératrices de gains d'efficacité comme en témoignent les propositions de lignes directrices aux États-Unis, présentées en janvier 2020 (DoJ and FTC, 2020) et les analyses auxquelles elles ont donné lieu (Beck et Morton, 2020).

Comment expliquer cette situation ? L'Antitrust actuel ne peut en lui-même être ramené aux positions de Robert Bork (Kovacic, 2020). Pour autant, trois facteurs peuvent expliquer ces eaux basses en termes de mise en œuvre des règles de concurrence. Premièrement, la méfiance vis-à-vis des actions en réparations (souvent menées dans l'équivalent américain des actions de groupe) conduit à accroître le standard de la preuve (et à le placer sur le plaignant). Ensuite, le faux positif est réputé collectivement plus coûteux que le faux négatif. Enfin, les marchés sont perçus comme essentiellement autorégulateurs dans la mesure où il n'est de barrières à l'entrée que réglementaires.

Se dessine donc le risque d'une sous-activation des règles de concurrence particulièrement favorable à la concentration du pouvoir économique. Le rapport du DoJ sur les pratiques unilatérales des firmes dominantes l'automne 2008 qui avait été retiré en mai 2009 par l'administration Obama avait constitué l'acmé de cette approche, mais

le rapport de l'administration Trump de février 2020 en porte également la marque. Cette approche qui a pu être qualifiée de *pro-trust antitrust* peut aussi être qualifiée d'un antitrust modeste dans le sens d'une application des règles antitrust avec une main tremblante (Crane, 2007), en ce sens qu'elle correspond effectivement à une logique conservatrice craignant que la décision antitrust et les remèdes associés ne créent une situation encore plus néfaste que l'option du laissez-faire. Elle peut également être considérée suivant Newman (2019) comme un antitrust réactionnaire, en ce qu'il tend à considérer que la concentration actuelle n'est en aucun cas un problème dans la mesure où elle est génératrice de gains d'efficacité et que les marchés sont réputés demeurer absolument autorégulateurs. Dans ce cadre, la crise même si elle conduit à des fusions-acquisitions additionnelles ou à des disparitions de concurrents n'est pas un problème en soi dans la mesure où elle permet une réallocation efficace du capital.

Les positions des économistes et des juristes américains vis-à-vis de la question de la concentration du pouvoir économique privé ont été très diverses et très changeantes dans le temps. Le consensus actuel sur une mise en œuvre précautionneuse fondée sur des critères restrictifs (Newman, 2019) fait paradoxalement écho à la réticence des tribunaux aux États-Unis à appliquer la loi Sherman, à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, au nom de la défense de la liberté contractuelle et des droits de propriété. Cette loi (1890) avait une visée politique avant même toute finalité économique, dans une logique jeffersonnienne. Le contrat social américain reposait sur la garantie des libertés et de l'indépendance économique des citoyens. Les libertés devaient être défendues face aux royautés tant dans l'ordre politique que dans l'ordre économique.

### ***B. La structuration des débats autour de l'opposition entre Hamilton et Jefferson***

Une grande partie du débat antitrust porte alors sur les moyens. Le respect des règles de la concurrence libre pouvait-il suffire ou devait-on directement réduire la puissance économique des firmes

dominantes en leur imposant des cessions d'actifs voire en les démantelant ?

La première approche est celle de l'Antitrust dans sa forme la plus conventionnelle. Il s'agit de dissuader les comportements qui font obstacles à une concurrence par les mérites. En termes européens, il ne s'agit pas de sanctionner la position en elle-même mais seulement l'abus de celle-ci. A partir de 1938, l'Antitrust adopte cette position lors du 2<sup>nd</sup> New Deal. La concentration du pouvoir économique n'est pas un problème en soi – et peut même être porteuse d'efficacité – il ne s'agit pas de la contrecarrer en elle-même, mais de sanctionner des utilisations de celles-ci visant à porter préjudice aux consommateurs en entravant le processus de concurrence (Waller, 2004).

La deuxième approche est de nature structuraliste. L'objectif assigné au droit Antitrust est de contrecarrer la concentration du pouvoir économique, voire d'y remédier. Si cette approche était dominante dans les années soixante, ses origines étaient plus anciennes. Elles sont en effet jeffersoniennes. La politique de concurrence doit dans ce cadre veiller à la dispersion du pouvoir économique, selon la position du juge à la Cour Suprême Louis Brandeis (qui donne son nom au mouvement Neo-Brandeis). Dans *The Curse of Bigness* (1934), il suggère de démanteler les opérateurs dominants non seulement pour la défense de la démocratie mais également pour des raisons d'efficacité. Cette position n'était pas celle de la 1<sup>ère</sup> École de Chicago. Pour Henry Simons, auteur la même année de *A Positive Program for Laissez-faire* (1934), il est nécessaire de combattre la concentration du pouvoir économique, quel qu'en soit le coût en matière d'efficacité. Il incarnait donc une optique purement jeffersonienne.

De son côté, la tradition hamiltonienne eut plusieurs traductions dans l'histoire de l'Antitrust. Tout d'abord, les économistes institutionnalistes considéraient, au moins jusqu'au premier tiers du XX<sup>e</sup> siècle, que la concentration du pouvoir économique était source d'efficacité. Il n'était pas question de se priver de ses gains, mais d'en assurer une répartition raisonnable au travers de l'action de

commission de régulation associant les différentes parties prenantes (Kirat et Marty, 2020).

Des versions plus étatistes, donc plus hamiltoniennes, se développèrent également. Il s'agissait de substituer une gestion coordonnée de l'économie, à une concurrence ruineuse et porteuse d'instabilité (Hamilton, 1919). Théodore Roosevelt dans le cadre de l'élection présidentielle de 1912 proposait de contrebalancer le pouvoir des firmes par celui d'une réglementation publique forte. Après le 1<sup>er</sup> conflit mondial, l'expérience de la coordination des grandes firmes au travers de l'économie de guerre donna lieu à des propositions de nature plus corporatistes, équivalentes à celles connues en Europe.

Dans le cadre de sa présidence F.D. Roosevelt oscille entre ses différentes variantes des approches hamiltoniennes et jeffersoniennes, notamment sous l'effet de vues divergentes au sein même de ses conseillers. Le 1<sup>er</sup> New Deal, marqué par la Loi de redressement industriel national (le NIRA), est d'inspiration hamiltonienne. Cependant, cette expérience de concurrence réglementée est instrumentalisée au profit des grandes entreprises. Il s'ensuit à l'issue de la censure du NIRA par la Cour Suprême, où siège alors le jeffersonien Louis Brandeis, une période de flottement. L'influence institutionnaliste en faveur de la concurrence juste se révèle en effet dans la loi Robinson-Patman de 1936. Le 2<sup>nd</sup> New Deal est, contre toute attente, marqué par une relance de l'activation de l'Antitrust (Waller, 2004). Le soutien de Roosevelt se limite à son discours « Restreindre les monopoles » prononcé en avril 1938 devant le Congrès, mais Arnold consacre le passage d'une logique de défense d'une concurrence juste à une concurrence libre. L'accent mis sur l'efficacité le conduit à ne pas considérer la concentration du pouvoir économique comme un problème en soi. Il se distingue en ceci de la position jeffersonienne de la 1<sup>ère</sup> École de Chicago et de la position structuraliste que prend l'Antitrust américain de l'arrêt Alcoa de 1945 et du Celler-Kefauver Act de 1950, jusqu'au retournement de la fin des années 1970.

L'arrêt de la Cour Suprême de 1948 *Columbia Steel*, prononcé deux ans avant le Celler-Kefauver Act constitue le meilleur contre-exemple possible à ce qui peut être présenté comme un conservatisme antitrust actuel. L'arrêt autorise une concentration verticale, que connaît l'économie numérique actuelle. En l'espèce, il s'agit de l'acquisition par United States Steel Corporation des actifs de Consolidated Steel Corporation qui était le principal fabricant d'acier indépendant dans l'Ouest des États-Unis. Du fait de la faible part de marché de la firme sur le marché, l'acquisition fut acceptée.

Cet arrêt fut voté à une majorité de 5 contre 4. L'opinion dissidente du Juge Douglas constitue un plaidoyer purement jeffersonien sur le contrôle des acquisitions des opérateurs dominants. Pour lui, la consolidation du pouvoir de marché se fait par les rachats successifs de petits concurrents ou de *complémenteurs*. Douglas souligne ensuite que la taille des firmes ne garantit en rien l'efficacité de celles-ci en s'appuyant sur les travaux du TNEC, notamment sa monographie n°13 de 1941 : *Relative Efficiency of Large, Medium-sized, and Small Business*. Il s'appuie alors sur les conclusions de son prédécesseur à la Cour Suprême, Louis Brandeis, dans *The Curse of Bigness* publié en 1934 : la destruction de valeur qui résulte de la concurrence est bien moindre que les inefficiences liées aux monopoles. De surcroît, le monopole crée des inefficiences économiques en aggravant les inégalités sur le marché (au détriment des consommateurs, des partenaires commerciaux). Si des gains d'efficacité devaient procéder de la croissance du pouvoir de marché, ils n'ont pas de raison d'être redistribués. Enfin, le monopole acquiert la capacité de « réguler » l'économie, responsabilité qui ne peut être assurée que les pouvoirs publics démocratiquement élus.

Pour Douglas, le monopole est un problème en soi même s'il n'abuse pas de sa position : la loi Sherman vise à la dispersion du pouvoir économique. A cette méfiance de fond sur la concentration du pouvoir économique s'ajoute celle sur les effets de l'intégration verticale qui fait directement écho aux politiques d'acquisitions actuelles des *Big Tech* : L'achat de firmes clientes en aval a pour effet de réduire l'accès au marché des concurrents en amont. Le risque

soulevé ici est celui d'acquisitions verticales préemptives, visant à bloquer l'entrée de concurrents.

Nous retrouvons ici les craintes actuelles vis-à-vis de l'intégration verticale des opérateurs dominants de l'Internet. Lesquelles sont bien entendues rejetées dans une optique d'antitrust conservateur pour lequel la taille n'est pas un problème tant que les barrières à l'entrée sont faibles et pour laquelle les sphères politiques et économiques doivent être disjointes et pour laquelle les arguments jeffersoniens tiennent à une volonté de préserver une économie structurée par des fermiers et des entrepreneurs indépendants.

### III. Les enseignements du traitement concurrentiel de la concentration du pouvoir économique

Il s'agit, dans cette troisième partie, de tracer quelques perspectives d'évolution à la lumière des débats universitaires et des propositions de réformes des politiques de concurrence, en considérant successivement les débats aux Etats-Unis (A) et les initiatives en Europe (B).

#### A. *Une lecture des débats aux États-Unis*

Ce développement historique illustre une permanence des débats antitrust malgré les évolutions technologiques. Les constantes tiennent aux buts attribués à la politique de la concurrence et aux liens qui sont tissés entre concentration du pouvoir économique et pouvoir politique. Nous avons particulièrement insisté sur les traditions hamiltoniennes et jeffersoniennes. La première s'accommode de la concentration du pouvoir économique du moment où celle-ci est génératrice d'efficacité. Elle ne fait pas pour autant sienne l'hypothèse de séparation des sphères politique et économique et appelle donc une forme de contrôle social. La seconde considère que marché et démocratie sont inséparables et ne peuvent fonctionner que par la double dispersion du pouvoir économique et du pouvoir politique. Il s'agit alors par certains égards de les séparer et de donner aux règles antitrust une nature « constitutionnelle ». Le marché n'est pas un outil

de promotion de l'efficacité mais de dispersion du pouvoir économique.

La vision du New Brandeis est indubitablement jeffersonienne. Pour reprendre les travaux de Wu (2018), la grande taille est une menace contre le processus de concurrence et contre la démocratie. Il en va de même pour Khan (2017, 2020) pour la solution de remèdes structureaux s'impose. Pour Steinbaum et Stucke (2020), l'un des objectifs à assigner à l'antitrust est de disperser et de déconcentrer le pouvoir économique.

Cependant, un éventuel dialogue entre les entreprises dominantes du numérique et les gouvernements pendant la crise renvoie plutôt à une perspective hamiltonienne. Il est intéressant à ce titre de revenir à Pasquale (2018) qui s'inspire de l'article de Hayek (1945), *The Use of Knowledge in Society*, et revient sur la supériorité du marché en matière de traitement de l'information. L'exploitation de flux d'information massifs et diversifiés et les capacités de traitement de l'information ne rendent-elles pas la concentration désirable au point de vue collectif ? La concentration des marchés numériques n'est-elle pas porteuse de gains d'efficacité dont il serait dommageable de se priver ? Imposer des démantèlements conduirait à des pertes d'efficacité et donc de bien-être du consommateur. Empêcher les croisements de données réduirait les capacités de prédiction des algorithmes en tarissant leurs flux de données et en dégradant la diversité et donc la qualité.

Une perspective hamiltonienne peut se satisfaire d'une souveraineté fonctionnelle des plateformes dominantes, en raison de leur efficacité. Avoir un pouvoir structurant sur des marchés diversifiés et intégrés crée un pouvoir de réglementation qui se justifie par son efficacité et qui peut aux yeux des pouvoirs publics demeurer acceptable tant que ces infrastructures numériques fonctionnent de façon raisonnable et participent à des fonctions d'intérêt général. Il y a donc pour reprendre les termes de Pasquale (2018) une approche technocratique qui fait écho au managérialisme des années 1920.

Pasquale (2018) adopte une position visant à concilier la maîtrise de la puissance économique privée et la préservation des gains d'efficacité liés à l'intégration verticale et à la maîtrise des flux de données au travers de l'utilisation d'outils concurrentiels se rapprochant, comme ceux défendus par l'Autorité de la concurrence, d'outils de régulation sectorielle. Ces derniers consistent en des obligations de portabilité des données, d'interopérabilité des services voire de neutralité des plateformes. Ces outils se retrouvent également dans le RGPD ou encore dans le règlement de la Commission dans le Règlement de juin 2020 en matière de relation *platform to business*.

Les avantages de cette approche tiennent au fait qu'elle permet de prendre en compte des dommages à la concurrence qui dépassent le dommage au bien-être du consommateur. Il peut être par exemple plus aisé de prendre en compte le dommage aux partenaires commerciaux (permettant de saisir les phénomènes de dépendance technologique et de dépendance économique) et les dommages à l'innovation. Un autre apport de cette approche est qu'elle permet de préserver autant que faire se peut une concurrence effective (Steinbaum et Stucke, 2020) en faisant peser une responsabilité particulière sur l'opérateur dominant. Elle peut participer – au moins partiellement – à la préservation d'une concurrence à égalité d'armes, à la garantie de l'accès au marché et à l'absence de discrimination.

Cette démarche propose également (Crémer et al., 2019), d'inverser la charge de la preuve. Ce dernier point est déterminant. Aux États-Unis, l'influence de l'école de Chicago (la Seconde et non pas la Première qui préférerait des règles *per se*) est principalement passé par l'élévation du standard de la preuve et l'attribution de sa charge au plaignant. Le consensus de la communauté antitrust s'est forgé autour de ce point en partie pour prévenir les excès des actions de groupe en réparations (Kovacic, 2020). Pour un conservatisme antitrust, cette approche limite le risque de faux positif. Le risque de faux négatifs additionnels s'élève, mais les seconds réputés moins coûteux sont moins préjudiciables que les premiers ; le risque peut alors être accepté. Cependant la sous-application des règles antitrust qui en

résulte peut favoriser des pratiques anticoncurrentielles (Chopra et Khan, 2020) et donc définitivement consolider la position des opérateurs dominants. Le manque de transparence de l'économie des algorithmes (naturel ou construit au travers de stratégies d'opacification) peut aisément faciliter des refus d'accès implicite, des distorsions en faveur des produits et services proposés par la firme dominante elle-même, de dégradation des référencements naturels, etc... (Pasquale, 2015).

Cependant, la recherche de l'équité peut prendre des formes différentes. Elle peut être volontariste et viser à rééquilibrer les pouvoirs de négociations en contrebalaçant les déséquilibres contractuels. Cela peut passer par des formes de réglementation ou par des facilitations d'exercice de pouvoirs de marché compensateurs. Elle peut reposer seulement sur des mécanismes d'autorégulation ou de transparence moins bien effectifs dans le cadre d'une information imparfaite (incomplète et asymétrique). Elle conduit également les autorités de concurrence à se muer en régulateurs, tâches pour lesquelles elles peuvent ne pas disposer des moyens nécessaires. Un autre risque et non des moindres est à relever dès lors que l'on s'écarte de la protection du processus de concurrence en lui-même ou du bien-être du consommateur : celui de devoir balancer les intérêts des concurrents avec ceux des autres parties prenantes... qu'il s'agisse des opérateurs dominants ou des consommateurs. Des phénomènes de recherche de rentes ou de capture du régulateur sont possibles. Cela peut être le cas au profit des entreprises dominantes comme ce fut le cas dans le cadre de la National Recovery Administration ou lors de la Seconde Guerre Mondiale ou à celui d'entreprises peu efficaces qui pourraient jouer de l'argument de la souveraineté ou d'une politique industrielle biaisée...

Ce risque de capture d'une politique de concurrence de nature hamiltonienne peut être illustré par un dernier retour aux années 1930. En l'espèce, un article de Simons publié en 1936 dans l'*American Economic Review* revient sur la polémique née de son ouvrage de 1934 où il propose de nationaliser des firmes en situations de monopole. Il considère que si l'argument de l'efficacité devait l'emporter pour des

entreprises à coûts fixes et à rendement croissant et si donc le démantèlement ne pouvait être envisagé, la nationalisation était un moindre mal que le laissez-faire ou la réglementation et la supervision par une commission spécialisée. Cette position proche des ordolibéraux (*marché autant que possible, État autant que nécessaire*) lui fut reprochée par les économistes libéraux, notamment de la 2<sup>nde</sup> École de Chicago (Kitch, 1983).

Simon (1936) souligne le primat du fonctionnement concurrentiel des marchés et le rôle des lois antitrust : la nationalisation est un moindre mal... Dans son optique chigoéenne, des monopoles privés protégés par la réglementation publique sont autant de tumeurs malignes du système économique, alors que des monopoles issus du jeu concurrentiel sont des maux tolérables. Sa position annonce la notion de barrières à l'entrée de Stigler, qui ne peuvent être que réglementaires. L'accent mis sur la notion de capture de la réglementation montre que Simons tire les conclusions du NIRA : les grandes entreprises peuvent aisément capturer et manipuler la réglementation à leur profit. Les grandes firmes peuvent instrumentaliser la réglementation tant pour échapper à l'incertitude radicale propre à la concurrence que pour se protéger contre la concurrence étrangère. Non seulement, la réglementation permettrait de pérenniser les positions dominantes mais elle constituerait une double menace pour la démocratie.

Premièrement, elle pousse les grandes firmes à investir dans la capture du pouvoir politique : stratégie la plus efficace pour pérenniser un pouvoir de marché au détriment de l'efficacité, comme l'a montré Zingales (2017) dans *Medici Vicious Circle*. Deuxièmement, la logique hamiltonienne veut que tout accroissement de la concentration du pouvoir économique privé favorise la montée d'un dirigisme étatique, pour reprendre Simons (1936), ce qu'il veut éviter. Si la position de Simons est liée au contexte des années 1930 face aux régimes corporatistes allemands, italien en ligne de mire, l'argument peut être transposé à notre époque : les enjeux liés à la concurrence sur les marchés numériques soulèvent aussi des questions de garanties démocratiques.

Cette position est centrale dans le discours sur la réduction des monopoles, prononcé par le Président F.D. Roosevelt devant le Congrès en avril 1938 : « Des événements malheureux à l'étranger nous ont rappelé deux vérités simples sur la liberté d'un peuple démocratique. La première vérité est que la liberté d'une démocratie n'est pas sûre si le peuple tolère la croissance du pouvoir privé au point qu'il devienne plus fort que son État démocratique lui-même. C'est cela, par essence, le fascisme - la propriété du gouvernement par un individu, par un groupe ou par tout autre pouvoir privé ».

L'argument de la préservation de la démocratie contre la concentration du pouvoir privé mais également public est un important dans la littérature *jeffersonienne* défendue par le *New Brandeis Movement*. Wu (2018) prend à ce titre des accents quasi-ordolibéraux : il s'agit de défendre le processus de concurrence et de protéger les libertés économiques et politiques contre les coercitions privées ou publiques (Teachout et Khan, 2014). Le lien à la démocratie est bien entendu plus évident aux États-Unis qu'en Europe en regard par exemple des règles de financement des campagnes électorales. L'argument de la défense de la démocratie contre les pouvoirs économiques acquérant la capacité de mettre en œuvre une régulation « privée » des marchés est donc une constante de l'argument jeffersonien. Elle donne à ce titre une nature *constitutionnelle* au droit Antitrust (Brietzke, 1988 ; Nachbar, 2013).

Un dernier point peut être soulevé pour compléter le *continuum* d'approches sur la gestion des pouvoirs économiques privés. Elle pourrait tenir à la recherche d'une voie médiane entre Jefferson et Hamilton qui était tenue dans *The Federalist* par Madison. L'idée était de s'en tenir dans le règlement des conflits d'intérêts dans la société sur le rééquilibrage des différentes forces sociales en présence et sur l'action des tribunaux. Cette approche peut être illustrée par deux types de contributions au débat concurrentiel actuel.

La première version de cette approche défendue par Petit (2020) tient au fait que les entreprises dominantes du secteur de l'Internet se concurrencent entre elles sur les marchés actuels et

futurs. Ne capturant pas définitivement les consommateurs dans leurs silos respectifs, elles sont sous la menace constante sinon de nouvel entrant du moins des autres *Big Tech*. La gratuité des services, le rythme d'innovation effréné et l'intensivité de ces firmes en recherche-développement témoigneraient qu'il s'agit moins de monopoles jouissant d'une vie paisible que des firmes composant un oligopole aux franges concurrentielles instables se caractérisant par des nuits sans sommeil (Evans, 2017). En d'autres termes, le mécanisme de concurrence survivrait à concentration du pouvoir économique actuel. Les forces concurrentielles se compenseraient comme celles des différents intérêts sociaux dans une perspective madisonnienne.

La seconde version repose sur l'idée de la défense d'un antitrust conçu comme une discipline purement technique opposé à un antitrust dit populiste car relié à la demande sociale et politique. La majeure partie des figures de proue de l'antitrust américain peut être rassemblée dans cet ensemble. Il en est ainsi de Shapiro (2018), Sokol (2020) ou encore Hovenkamp (2018). L'idée est que la technicité de l'Antitrust et sa focalisation sur un seul critère, le bien-être du consommateur, assure sa neutralité et donc l'optimalité en termes économique des décisions (Melamed et Petit, 2018). Il s'agit de la traduction en antitrust de la défense de la société contre *l'instabilité*, *l'injustice* et *la confusion* exprimée par Madison dans le n°10 du *Fédéraliste* en 1787. Pour Brietzke (1988), cette sensibilité participe de l'idée que « un choix judiciaire en partie instinctif du juste milieu crée un processus auto-entretenu qui maintient la faction [dominante] sous contrôle, ce qui modère les extrémités de la *partisanerie* qui pourraient autrement mettre en danger les processus démocratiques ». Il s'agit donc par la neutralité des règles de contrôler les effets des oppositions des « factions », nous dirions des intérêts antagonistes des différentes parties prenantes. La seule différence comme le notait Brietzke (1988) est que la société d'individus libres, égaux et en concurrence de Madison a laissé place à une société marquée par une concurrence de groupes d'intérêts aux moyens pour le moins hétérogènes.

Ainsi, si le consensus antitrust autour de l'approche par les effets (évalués à la seule aune du bien-être du consommateur) a constitué l'un des avatars de la *fin de l'histoire* telle que théorisée à la fin des années quatre-vingt-dix par Francis Fukuyama, la situation actuelle est celle d'un *dissensus* radical. Les cinq voies que nous avons décrites *supra* au fil de l'analyse historique de l'antitrust américain sont aujourd'hui ouvertes aux États-Unis, avec cependant des probabilités de succès bien différentes.

La première est celle d'une *défense du statu-quo* basée sur une application précautionneuse des règles de concurrence elle-même fondée sur le seul critère du bien-être du consommateur. Il s'agit, dans une logique conservatrice, de préserver les acquis d'une politique menée depuis les années 1970 et vue comme un gage d'efficacité économique et de prévention de la capture de la politique antitrust par des groupes d'intérêts ou par les pouvoirs publics dans une perspective interventionniste. La contribution présentée en mai 2020 par des économistes et des juristes réunis autour de l'International Center for Law and Economics<sup>1</sup> pour la commission constituée par la Commission des Lois de la Chambre des Représentants sur la situation des règles de concurrence et ses implications pour la protection de la concurrence dans les marchés numériques incarne cette conception (Barnett et al., 2020). L'ère jeffersonienne y est présentée comme un *chaos* initial (« un corpus juridique sans principe et incohérent, entaché de contradictions internes ») qu'un apport économique « moderne » a « transformé en un système gérable qui contribue positivement à la compétitivité américaine et au bien-être du consommateur »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup><https://laweconcenter.org/resource/joint-submission-of-antitrust-economists-legal-scholars-and-practitioners-to-the-house-judiciary-committee-on-the-state-of-antitrust-law-and-implications-for-protecting-competition-in-digital-market/>

<sup>2</sup> Au-delà même de la question de la politique de concurrence, cette position conduit à s'interroger sur les relations entre l'expertise économique et le débat démocratique. Zingales (2020) en s'appuyant notamment sur le cas du Robinson-Patman Act de 1936, qui avait constitué, la dernière tentative de défense d'un principe de *fair competition*, montre comment la non-application

La deuxième approche consiste en une relance de la mise en œuvre de l'Antitrust par le gouvernement fédéral lui-même, que cela soit en matière de pratiques unilatérales (*monopolization* selon la Section 2 du Sherman Act), de pratiques commerciales déloyales (*unfair or deceptive acts or practices* selon la Section 5 du FTC Act) ou en matière de contrôle des concentrations, notamment verticales.

La troisième approche, notamment défendue par le Centre Stigler (2019), se rapproche des propositions européennes que nous détaillerons dans notre prochaine section. Elle repose d'abord sur l'approfondissement du recours à des injonctions concurrentielles pouvant jouer tant *ex ante* qu'*ex post*, à l'instar d'obligations en termes d'interopérabilité des plateformes, de standardisation des interfaces de programmation (API) et de portabilité des données. Elle propose ensuite de rendre plus exigeantes les conditions d'examen des projets de fusions-acquisitions en inversant par exemple le standard de la preuve (Kamepalli et al., 2020). L'incertitude quant à la décision donnerait un signal positif aux usagers et aux financeurs des sociétés innovantes en leur montrant que le rachat par une des *Big Tech* n'est pas une issue inexorable en cas de succès. Elle envisage enfin une possible régulation *ex ante* venant compléter l'activation des règles de concurrence.

La quatrième approche est celle proposée par le courant néo-structuraliste. Elle consiste à envisager, dans une optique purement jeffersonienne, des mesures structurelles telles la prohibition des fusions-acquisitions, présentée *supra*, et le démantèlement des opérateurs dominants pour répondre à la fois à des problèmes économiques, définis de façon large (l'innovation, le processus de concurrence, l'équité, les inégalités...), et à des problèmes politiques, liés au risque de capture du pouvoir politique par ces mêmes opérateurs (Khan, 2020). Ces questions se posent avec une acuité particulière dans le contexte états-unien en regard de l'importance des

---

contemporaine de cette loi ne se fonde pas sur un choix démocratique mais sur sa qualification comme contradictoire avec les apports de la science économique actuelle.

groupes de pression dans le système politique et des modes de financement des campagnes électorales.

La cinquième approche est purement hamiltonienne, et ne préserve en rien des risques de capture de la réglementation que nous avons présentés avec le NIRA. Elle fait écho au recours qu'ont eu les gouvernements aux opérateurs dominants de l'Internet durant la crise sanitaire même pour porter les politiques publiques. L'efficacité des entreprises concernées et leurs capacités à collecter et à traiter des données massives en faisaient des interlocuteurs obligés pour les gouvernements et même des relais indispensables. Les technologies développées devenaient dès lors essentielles non seulement dans une optique de *surveillance* mais également dans une optique *solutionniste* (Morozov, 2014). La réponse à la crise passait par le recours à des dispositifs techniques visant à contrôler et à orienter les comportements individuels.

Cette essentialité pose indubitablement une question sur le statut même des entreprises de la donnée. A l'heure actuelle, à la concentration des marchés répond une concentration capitaliste qui passe notamment par des participations minoritaires (Scott-Morton et Hovenkamp, 2018) ou par des fonds d'investissements. Les éventuelles participations publiques sont celles de fonds souverains, de la péninsule arabique ou d'Asie de l'Est. Des prises de participations étatiques directes ou des modes de propriété collective pourraient être envisagés non pas dans une optique de valorisation mais dans une logique sinon de contrôle, du moins de droit de regard sur la gestion.

La situation aux États-Unis n'en connaît pas moins une évolution spectaculaire et en grande partie inattendue. Si l'influence du courant néo-brandeis était significative auprès du parti démocrate comme l'a montré la proposition de loi sur le moratoire des acquisitions au printemps 2020, plusieurs dynamiques avant la crise du coronavirus ont convergé en cet automne 2020<sup>3</sup>. La première dynamique fut initiée

---

<sup>3</sup> La Commission Fédérale pour le Commerce (FTC) avait déjà déclenché une analyse rétrospective des acquisitions réalisées par les grands opérateurs du

en juin 2019 par la constitution d'une commission d'enquête bipartite au sein de la Commission des Lois de la Chambre des Représentants qui a donné lieu au dépôt d'un rapport sur la situation de la concurrence sur les marchés numériques<sup>4</sup>. La seconde dynamique est de nature contentieuse. Après avoir lancé une enquête sur les pratiques de Google, la division antitrust du ministère de la Justice vient de déposer une plainte sur la base de la Section 2 du Sherman Act.

Les deux points méritent de plus amples développements. Le rapport de la Chambre des Représentants est fondamental à plusieurs titres. Il propose un net changement par rapport à la mise en œuvre des règles antitrust telle qu'elle a cours depuis plus de quarante ans et suppose également un revirement pratique décisionnelle des juridictions américaines et notamment de la Cour Suprême. En quelques mots, il invite à une européanisation du droit antitrust américain en introduisant la notion d'abus de position dominante et en corrigeant certains de ses biais pro-défendeurs. Il invite également à resserrer significativement les règles en matière de contrôle des concentrations, notamment en matière verticale. La plainte déposée par la division antitrust est des plus significatives à deux égards. Premièrement, c'est la première plainte de ce type depuis la procédure ouverte contre Microsoft à la fin des années 1990. Deuxièmement, elle reprend les grandes lignes des procédures ouvertes par la Commission européenne contre Google et les étend aux accords conclus tant avec Mozilla qu'avec Apple pour faire de Google Search leur moteur de recherche par défaut. A l'instar des points soulevés dans le cas du rapport, l'un des points fondamentaux sera l'attitude des juridictions auxquelles est soumis le contentieux (Marty, 2020).

---

numérique en février 2020.

<sup>4</sup> <https://assets.documentcloud.org/documents/7222833/House-Tech-Antitrust-Report.pdf>

## B. Quelles perspectives européennes ?

Les réponses concurrentielles européennes à la crise se sont comme aux États-Unis inscrites à la fois dans un temps court, lié à la réponse aux nécessités conjoncturelles, et dans un temps long, lié aux enjeux posés par la concentration du pouvoir économique.

Au niveau conjoncturel, tout d'abord, des cadres spécifiques ont été mis en place en matière de coopération inter-entreprises, de contrôle des concentrations et d'encadrement des aides publiques. La Commission a publié, le 8 avril 2020, un « cadre temporaire pour l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les coopérations mises en place entre des entreprises pour réagir aux situations d'urgence découlant de la pandémie actuelle de COVID-19 ». Cette mesure ne doit pas étonner. Le droit de la concurrence de l'U.E. ne prohibe pas les coopérations inter-entreprises. Il sanctionne celles qui ont pour objet d'échapper à la concurrence au détriment du consommateur. En matière d'aides publiques, la supervision assurée par la Commission a également fait l'objet d'assouplissement avec la mise en place d'un cadre provisoire adapté (19 mars, amendé le 3 avril et le 8 mai 2020). La question centrale, en regard de notre propos, demeure celui de la sanction des pratiques unilatérales et du contrôle des concentrations. Sur ce second sujet, l'affaiblissement des entreprises face à la crise, qui a suscité la proposition de loi d'Elisabeth Warren et d'Alexandria Ocasio-Cortez aux États-Unis, a trouvé une traduction dans une prise de position de Margrethe Vestager sur les prises de participations étrangères, notamment chinoises, dans le capital des entreprises européennes.

Au niveau structurel, les réflexions entamées dès avant la crise, avec notamment l'enquête sectorielle sur le commerce en ligne de 2017 et le rapport Crémer et al. (2019), ont trouvé un prolongement avec la création d'un observatoire européen sur l'économie des plateformes numériques, en avril 2018, et la préparation d'un *Digital Services Act*. Dans ce cadre la Commission a lancé, le 11 mai 2020, par l'intermédiaire de la DG, Réseaux de communications, contenus et technologies, un projet d'étude d'impact pour une réglementation

spécifique portant sur les plateformes de commerce en ligne mettant en jeu de forts effets de réseaux et occupant une position de verrou d'accès au marché.

Les préoccupations mises par la Commission sont celles que nous avons décrites *supra*. Les effets de réseaux propres à l'économie des marchés biface renforcent les phénomènes de dominance pouvant conduire à des positions de quasi-monopoles. Celles-ci ne poseraient pas des problèmes en termes concurrentiels si elles demeuraient *contestables*, c'est-à-dire susceptibles d'être remise en cause par le jeu de la concurrence. Or, deux facteurs peuvent contribuer à pérenniser cette concentration du pouvoir économique : les avantages liés au contrôle des données et les barrières à l'entrée et à l'expansion liées aux effets de réseaux. L'initiative de la Commission, annoncée dès avant le déclenchement de la crise, par sa communication du 11 février 2020, *Façonner l'avenir numérique de l'Europe*.

A ce titre, les deux consultations lancées par la Commission les 2 et 4 juin derniers sont particulièrement représentatives d'une possible inflexion des politiques de concurrence dans un sens s'écartant significativement de la pratique qui en a été faite durant les quatre dernières décennies.

La première initiative porte sur le futur paquet législatif sur les services numériques. Elle consiste en une consultation sur un instrument de régulation *ex ante* des très grandes plateformes en ligne jouant le rôle de contrôleurs d'accès. Les objectifs de la Commission portent sur le contrôle de plateformes qui sont à la fois des verrous d'accès au marché et qui exercent un pouvoir structurant (i.e. de régle privée) sur les entreprises qui utilisent leurs services. Dès lors que leurs positions de marché ne seraient plus contestables en termes concurrentiels, des principes fondamentaux d'accès au marché, de loyauté dans les relations commerciales et d'équité pourraient être remis en cause. Plus inédit encore, le document de consultation de la Commission évoque des dimensions d'intérêt général allant au-delà des aspects concurrentiels et économiques.

Comme il est de règle dans les études préliminaires d'impact proposées par la Commission, différents scénarii sont proposés. Le troisième, le plus radical, est le plus significatif pour notre propos. Il repose sur des règles prohibant *ex ante* et *per se* certaines pratiques. Deux principes de base du *consensus antitrust* né dans les années soixante-dix (Newman, 2019) sont potentiellement remis en cause à savoir l'approche par les effets et la prise en compte du bien-être du consommateur comme unique critère de décision. Le champ des interdictions concernerait les discriminations en faveur de ses propres services ou l'imposition de clauses contractuelles déséquilibrées. Des règles seraient également édictées en matière d'accès et de neutralité aux systèmes d'exploitation, de transparence algorithmique ou d'encadrement de la publicité en ligne.

Cette réglementation pourrait être prise en charge par un régulateur européen (pour éviter la fragmentation du marché intérieur). Ce dernier pourrait également introduire des exigences spécifiques en matière d'accès à des données non personnelles, de portabilité des données ou encore d'interopérabilité.

La seconde initiative tient également en une consultation sur un éventuel nouvel outil en matière de concurrence. Elle intervient en complément et non en substitution de la première citée. La consultation porte sur des problèmes de concurrence structurels auxquels les outils de concurrence ne pourraient remédier, tels des barrières à l'entrée, des verrouillages de consommateurs et de partenaires commerciaux ou des avantages liés à un accès asymétrique aux données.

À nouveau, les scénarii les plus radicaux sont les plus intéressants. Un premier outil concurrentiel concerne la dominance. Elle pourrait donner lieu, même sans caractérisation d'une infraction aux règles de concurrence, à la communication de préoccupations de concurrence pour des engagements de nature comportementale ou structurelle, dès lors que la position dominante semble irréversible. Le second outil sur la structure du marché viserait à la prévenir.

La nouveauté que pourraient apporter ces instruments serait double vis-à-vis du consensus décrit *supra*. D'une part, la « sanction » est détachée de la démonstration d'un abus. D'autre part, ce n'est pas un comportement qui est visé mais la structure même du marché.

Le point essentiel de ces initiatives européennes tient à l'articulation entre politique de concurrence et réglementation *ex ante*. Dans la précédente décennie, la Commission avait utilisé l'instrument concurrentiel pour répondre aux enjeux liés aux phénomènes de concentration dans le secteur numérique. Après une première phase dans laquelle des procédures transactionnelles furent envisagées, notamment dans l'affaire Google qui aurait pu trouver une issue dans une décision rendant obligatoires des engagements volontairement pris par la firme en février 2013, la Commission a opté pour des décisions contentieuses qui se sont traduites en 2017 (Shopping), 2018 (Android) et 2019 (AdSense) par des amendes cumulées de près de 10 milliards d'euros et par des injonctions comportementales. Cependant, ces décisions ont été vues comme insuffisantes pour restaurer les conditions d'une concurrence libre et non faussée (Geradin, 2018).

Comme aux États-Unis, la politique de l'Union européenne vis-à-vis des plateformes numériques est à la croisée des chemins et peut s'orienter vers deux voies principales. La première est de faciliter la mise en œuvre des procédures concurrentielles et de renforcer les outils à leur disposition. La seconde est de compléter celles-ci par des mesures de réglementation. Les consultations de la Commission européenne ont pris fin en début d'automne, ses propositions seront connues en décembre 2020.

Le renforcement de l'effectivité des procédures concurrentielles peut passer par plusieurs canaux.

Premièrement, certains éléments déterminants des procédures concurrentielles pourraient faire l'objet de réformes visant à limiter le risque de *faux négatifs*, c'est-à-dire de situations dans lesquelles une entreprise qui a enfreint les règles de concurrence ne pourrait être

sanctionnée faute de pouvoir caractériser les faits. Ce risque est d'autant plus significatif que depuis la mise en œuvre de l'approche par les effets, ou approche *plus économique*, les autorités de concurrence doivent démontrer que les pratiques de marché visées se traduisent par un effet net négatif sur le bien-être du consommateur. L'accroissement du degré d'exigence par rapport à une application des règles de concurrence fondée sur des règles à une visée de promotion de l'efficacité économique et de prévention des cas des *faux positifs*, dans une logique qui est celle de la 2<sup>nde</sup> École de Chicago. Elle a cependant un effet pervers, celui de conduire à risquer de ne pas sanctionner des pratiques dont les effets sur la concurrence pourraient être irréversibles. Les évolutions nécessaires peuvent prendre plusieurs formes. Il peut s'agir d'une redéfinition de la notion de marché pertinent qui peut s'avérer très difficile à définir dans le cadre de marchés biface, comme l'ont par exemple montré les décisions Google Shopping et Google Android. Il peut également s'agir, comme le proposent Crémer et al. (2019), d'inverser la charge de la preuve dans les procédures pour tenir compte des asymétries d'information entre les autorités de concurrence et les entreprises.

Deuxièmement, la palette des outils pourrait être élargie. Le recours aux enquêtes sectorielles, comme pour les plateformes de commerce en ligne, est une première solution, conforme aux pouvoirs d'investigation auxquels cette procédure donne accès. Il en est de même pour les mesures conservatoires, qui peuvent permettre de prévenir un dommage irréversible à la concurrence. Il en est également ainsi de remèdes comportementaux que nous avons déjà présentés telles la portabilité des données, l'interopérabilité et la neutralité des plateformes, etc... Il en serait enfin de même pour des mesures correctives portant sur la dominance, s'exerçant sans requérir une caractérisation préalable d'un comportement dont l'effet est anticoncurrentiel.

Il convient également de se pencher sur les règles applicables au contrôle préalable des concentrations. Dans ce domaine, deux pistes principales de réflexions concernent les seuils structurels utilisés pour mettre en œuvre le contrôle et la possibilité de réviser *ex post* les

mesures correctives qui pourraient être imposées *ex ante* dans le cadre d'une acceptation du projet de concentration sous conditions (Marty et al., 2019). Il s'agirait par exemple de considérer l'opportunité d'examiner un projet non pas en fonction de seuils structurels de parts de marché ou de chiffre d'affaires mais de valorisation boursière de la cible ou de montant de la transaction pour pouvoir tenir compte de l'information délivrée par le marché quant à l'importance concurrentielle future de la cible. Dans le second cas, il s'agirait de préserver la possibilité d'imposer des remèdes plus exigeants dans une fenêtre de temps donnée (jusqu'à 18 mois par exemple) pour tenir compte de l'observation des évolutions des marchés et du comportement de l'entreprise concernée.

Pour autant, ces évolutions ne sont pas sans risques ou sans contrepartie. Se préserver contre le risque de faux négatif peut exacerber celui de faux positif. Les mesures conservatoires peuvent avoir des effets irréversibles sur des marchés en évolution rapide et des exigences en termes de portabilité des données peuvent – si elles sont symétriques – pénaliser les petites entreprises en termes de coûts et d'éventuel avantage lié aux données et poser de redoutables problèmes en matière de protection des données personnelles. De la même, les exigences décrites *supra* peuvent avoir pour effet d'étendre indûment la notion d'infrastructure essentielle, avec toute les critiques qu'il est possible de faire quant aux effets de son application comme remède concurrentiel. Enfin, dans le domaine du contrôle des concentrations, les évolutions proposées peuvent à la fois induire un risque juridique additionnel pour les firmes et alourdir encore la charge administrative des autorités de concurrence.

Reste cependant une dernière question : ces remèdes peuvent-ils « réparer » un dommage à la concurrence et donc répondre au problème d'une concentration déjà effective du pouvoir économique ? C'est dans cette perspective que la Commission, à l'instar des recommandations qui ont été faites aux États-Unis par le Centre Stigler (2019), songe à compléter le recours *ex post* aux règles de concurrence par la mise en œuvre d'une réglementation *ex ante*. Une telle réglementation aurait une double finalité. La première est de garantir

la contestabilité des positions dominantes et l'accès au marché. La seconde est d'assurer un fonctionnement loyal et équitable de la concurrence.

De telles initiatives procèdent de la reconnaissance du caractère structurant du pouvoir de marché des plateformes dominantes qui sont à la fois des verrous d'accès au marché pour de nombreuses entreprises et des régulateurs privés de leur écosystème (Autorité de la concurrence, 2020). Leur capacité à verrouiller les utilisateurs, qu'il s'agisse des consommateurs finaux ou des entreprises productrices de services complémentaires, soulève des problèmes de concurrence qui dépassent la seule question de la maximisation du bien-être du consommateur et qui peuvent donc être imparfaitement traités dans le cadre de contentieux concurrentiels traditionnels. Aux gains pour le consommateur qui peuvent tenir à l'apparente gratuité de services innovants correspondent de possibles obstacles à la liberté de choix, une dégradation de la dynamique d'innovation au profit de seules innovations complémentaires renforcer leur verrouillage et des dommages concurrentiels pour l'ensemble des autres parties prenantes à la plateforme.

Une réglementation *ex ante* pour être envisagé pour prévenir de tels dommages, potentiellement irréversibles, et pour mettre en œuvre des mesures correctives qui permettraient de restaurer les conditions d'une concurrence libre et non faussée. La réglementation envisagée par la Commission pourrait s'inspirer de deux domaines. Le premier est le domaine financier. Les notions de risque systémique et l'importance des données et des algorithmes constituent deux traits communs. Le second est le secteur des télécommunications qui se caractérise également par des positions de forte dominance et des effets de réseaux et pour lequel des règles asymétriques sont mis en œuvre.

Deux questions se posent finalement, dès lors que l'on considère les initiatives de la Commission européenne de juin 2020, la contribution de l'Autorité de la concurrence de février 2020 ou encore le projet de révision de la loi allemande sur la concurrence en faveur

d'un *droit de la concurrence ciblé, proactif et numérique 4.0* rendu public en janvier 2020<sup>5</sup>.

La première question tient à la nécessité de recourir à une réglementation spécifique du marché des plateformes pour mettre en œuvre des remèdes qui ont pu par le passé être prononcés dans le cadre de procédures concurrentielles. Les mesures que pourrait mettre en œuvre un régulateur sectoriel portent en effet sur l'accès aux données, leur partage et leur portabilité, l'interopérabilité des plateformes, des services et des dispositifs techniques complémentaires (notamment dans le cadre du développement de l'Internet des Objets), la supervision des magasins d'applications. Les questions pertinentes sont celles de la temporalité de l'intervention et de la capacité de suivi des marchés.

La seconde question est celle du choix de l'institution chargée de cette réglementation et de cette supervision. Créer une autorité spécifique, comme le proposait le Centre Stigler (2019) dans son rapport sur les plateformes, peut se heurter à plusieurs difficultés. La première difficulté est la définition du périmètre des activités régulées et les possibles chevauchements avec d'autres instances de régulation sectorielle, dans le domaine des communications électroniques, de l'audiovisuel ou de la protection des données personnelles. La seconde difficulté est liée à l'articulation de la « régulation verticale » avec les autorités chargées de l'application des règles de concurrence dont la compétence est de nature horizontale.

Ces questionnements recouvrent des enjeux déterminants en termes d'action publique que nous connaissons maintenant depuis les années 1980 avec le développement des autorités indépendantes de régulation. Ces enjeux tiennent à de possibles cloisonnement l'action publique pouvant soulever des enjeux en termes de flexibilité des choix politiques, de redevabilité et d'effectivité des politiques publiques. Ces questions ne sont guère inédites. Un nouveau retour vers l'histoire américaine, notamment celle du New Deal, nous

---

<sup>5</sup> <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.html>

permettrait de voir que le F.D. Roosevelt avait en 1935 mandaté une Commission sous la direction de Louis Brownlow sur l'efficacité de l'administration fédérale. Les conclusions du rapport avaient mis en relief les conséquences négatives de la prise en charge des politiques fédérales par des agences *ad hoc* : « haphazard deposit of irresponsible agencies and uncoordinated powers » (Brownlow, 1937, cité par Arnold, 2007).

A nouveau, le retour vers l'histoire témoigne de la constance des questions posées aux politiques publiques par la question de la concentration du pouvoir économique. Une intervention est-elle nécessaire pour y remédier ou au contraire pour en tirer une utilité collective ? Convient-il de faire reposer l'intervention sur les seules règles de concurrence ou de recourir à des modèles reposant sur une définition plus large de l'intérêt général que le seul ordre concurrentiel ? Le cas échéant, comment associer les parties prenantes et éviter des phénomènes de renforcement des capacités de contrôle qui peuvent avoir tant des répercussions concurrentielle (verrouillage des positions acquises) que démocratiques ?

## Bibliographie

Alexiadis, P. et A. de Streel (2020), “Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms”, *European University Institute Working Paper*, n°2020/14, March.

Arnold, P.E., (2007), “The Brownlow Committee, Regulation, and the Presidency: Seventy Years Later”, *Public Administration Review*, November-December, pp.1030-1040.

Autorité de la concurrence (2020), *Contribution de l’Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, février.

Barnett, J.M., et al. (2020), *Joint Submission of Antitrust Economists, Legal Scholars, and Practitioners to the House Judiciary Committee on the State of Antitrust Law and Implications for Protecting Competition in Digital Markets*, May.

Beck M. et S.F. Morton (2020), “Evaluating the Evidence on Vertical Mergers”, *SSRN Working Paper*, <https://ssrn.com/abstract=3554073>

Bork R.H. (1966), “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, *Journal of Law and Economics*, 9, pp.7-48.

Bork R.H. (1978), *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, The Free Press.

Bougette, P., M. Deschamps et F. Marty (2015), “When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law”, *Enterprise and Society*, 16(2), pp.313-353.

Bourne R. (2019), “Is this Time Different? Schumpeter, the Tech Giants, and Monopoly Fatalism”, *Cato Institute Policy Analysis*, 17 June.

Brandeis, L. (1934), “The Curse of Bigness”, in Hovenkamp H.J. et D.A. Crane (eds) (2013), *The Making of Competition Policy. Legal and Economic Sources*, Oxford University Press, pp. 185-189.

Brietzke P.H. (1988), “The Constitutionalization of Antitrust: Jefferson, Madison, Hamilton, and Thomas C. Arthur”, *Valparaiso Law Review*, 22(2), pp. 275-330.

- Caffarra, C., G. Crawford et T. Valletti (2020), “How Tech Rolls: Potential Competition and ‘Reverse’ Killer Acquisitions”, *Vox CEPR Policy Working Paper*, May.
- Cappai, M., et G. Colangelo (2020), “Navigating the Platform Age: the ‘More Regulatory Approach’ to Antitrust Law in the EU and the U.S.”, *Transatlantic Technology Law Forum Working Paper*, Stanford Law School and University of Vienna School of Law, n° 55, March.
- Chopra, R., et L. Khan (2020), “The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking?”, *Chicago Law Review*, 87, pp. 357-379.
- Colin, N., A. Landier, P. Mohnem et A. Perrot (2015), *Economie numérique*, Note du Conseil d’Analyse Économique, 2015/7, n°26.
- Crane, D.A., (2007), “Antitrust Modesty (Review Essay),” *Michigan Law Review*, Michigan, 105, pp. 1193-1212.
- Crane, D.A., (2015), “All I Really Need to Know about Antitrust I Learned in 1912”, *Iowa Law Review*, 100(5), pp. 2025-2038.
- Crémer, J., Y.-A. de Montjoye et H. Schweitzer (2019), *Competition Policy for the Digital Era*, Commission européenne, DG Concurrence, Bruxelles.
- Cunningham, C., M.S. et F. Ederer (2018), “Killer Acquisitions”, *Academy of Management Proceedings*, vol. 1, <https://doi.org/10.5465/AMBPP.2018.301> .
- Detoef, A. (1936), « La fin du libéralisme ? », in Centre polytechnicien d’études économiques, *X-Crise : de la récurrence des crises économiques : son cinquantenaire, 1931-1981*, Paris, Economica, 1982.
- Evans, D.S., (2017), “Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights, but not Sleepy Monopolies”, Working Paper SSRN, n°3009438.
- Geradin, D. (2018), “What Should EU Competition Policy Do to Address the Concerns Raised by the Digital Platforms’ Market Power?”, Working Paper SSRN, n° 3257967.
- Gutiérrez, G. et T. Philippon (2018), “Ownership, Concentration, and Investment”, *AEA Papers and Proceedings*, 108, pp.432-37.
- Hamilton, W. (1919), “The Institutional Approach to Economic Theory”, *The American Economic Review*, 9(1), pp. 309-318.
- Hamilton, W. (1930), “Affectation with a Public Interest”, *Yale Law Journal*, 39(8), pp.1089-1112.

- Hovenkamp, H. (2018), "Whatever Did Happen to the Antitrust Movement", *Notre Dame Law Review*, 94(2), pp.583-638.
- Kamepalli, S.R., R.G. Rajan et L. Zingales (2020), "Kill Zone", Working Paper, Becker Friedman Institute, 2020-19, March.
- Khan, L. (2017), "Amazon's Antitrust Paradox", *Yale Law Review*, 126(3), pp.710-805.
- Khan, L. (2018), "The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate", *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(3), pp.131-132.
- Khan, L. (2019), "The Separation of Platforms and Commerce", *Columbia Law Review*, 119(4), pp. 973-1098.
- Khan, L. (2020), "The End of Antitrust History Revisited", *Harvard Law Review*, vol. 133, pp. 1655-1682.
- Khan, L. et S. Vaheesan (2017), "Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents", *Harvard Law & Policy Review*, 11, pp.235-294.
- Kirat, T., et F. Marty (2020), "The Late Emerging Consensus Among American Economists on Antitrust Laws in the Second New Deal (1935-1941)", *Cahier Scientifique du CIRANO*, 2020S-46, ", September.
- Kitch, E.W. (1983), "The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970" », *Journal of Law and Economics*, 26(1), pp. 163-234.
- Kovacic, W.E. (2020), "The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History", *University of Chicago Law Review*, 87(2), pp.459-494.
- Kwoka, J. (2015), *Mergers, Merger Control, and Remedies*, Cambridge, MA, MIT Press.
- Lambrecht, A., et C.E. Tucker (2017), "Can Big Data Protect a Firm from Competition?", *Competition Policy International, Antitrust Chronicle*, January.
- Lancieri, F., et P. Sakowski (2020), "Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports", *Stigler Center Working Paper Series* n° 303; à paraître dans *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*.
- Lande, R.H. (1982), "Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged", *Hastings Law Journal*, 34, pp.65-151.

- Marty, F. (2020), "The Complaint brought by the DOJ against Google under Section 2 of Sherman Act: Some possible transatlantic convergences?", *Competition Forum*, article n° 0003, <https://www.competition-forum.com/>.
- Marty, F., S. Harnay et J. Toledano (2019), « Algorithmes et décision concurrentielle : risques et opportunités », *Revue d'Économie Industrielle*, n°166, pp. 91-118.
- Marty, F., et T. Kirat (2018), « Les mutations du néolibéralisme américain quant à l'articulation des libertés économiques et de la démocratie », *Revue Internationale de Droit Économique*, XXXII, 2018-4, pp.471-498.
- Marty, F., et T. Warin (2020), "Concurrence et innovation dans les écosystèmes numériques à l'ère de l'intelligence artificielle", *Concurrences*, 1-2020, pp.36-41.
- McChesney, F.S. (2010), "Easterbrook on Errors," *Journal of Competition Law and Economics*, 6(1), pp.11-31.
- Melamed, D. et N. Petit (2018), "The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets", *Review of Industrial Organization*, 54(4), pp.741-774.
- Morozov, E. (2014), *Pour tout résoudre, cliquez ici ! L'aberration du solutionnisme technologique*, FYP éditions.
- Nachbar, T. (2013), "The Antitrust Constitution", *Iowa Law Review*, 99, pp. 57-114.
- Newman, J. (2019), "Reactionary Antitrust", *Concurrences*, 4-2019, pp.66-72.
- Padilla, J. et N. Petit (2020), "Competition Policy and the Covid-19 Opportunity", *Concurrences*, n°2-2020, pp.1-5.
- Pasquale, F. (2015), *Black Box Society, Les algorithmes secrets qui contrôlent l'économie et l'information*, trad. Fra., Limoges : Fyp Éditions.
- Pasquale, F. (2016), "Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power", *Theoretical Inquiries in Law*, 17, pp.487-513.
- Pasquale, F. (2018), "Tech Platforms and the Knowledge Problem", *American Affairs*, 2(2), pp.3-16.
- Petit, N. (2020), *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*, Oxford, UK : Oxford University Press.

- Philippon, T. (2019), *The Great Reversal - How America Gave Up on Free Markets*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Posner, E. (2018), *Brief of Amicus Curiae Open Markets institute in Support of Respondents*, US Supreme Court, case n°17-2004, Apple Inc v Robert Pepper et al., October, p.18.
- Rahman, S. (2018), “The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept”, *Cardozo Law Review*, 39, pp.1621-1689.
- Roosevelt, F.D., (1938), *Message to Congress on Curbing Monopolies*, 29<sup>th</sup> April, <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/message-congress-curbing-monopolies>
- Scott-Morton, F., et H. Hovenkamp (2018), “Horizontal Shareholding and Antitrust Policy”, *Yale Law Journal*, 127(7), pp.2026-2047.
- Shapiro, G. (2018), “Antitrust in a Time of Populism”, *International Journal of Industrial Organization*, 61, pp.714-748.
- Simons, H.C. (1934), *A Positive Program for Laissez-Faire: Some Proposals for a Liberal Economic Policy*, Chicago, IL :University of Chicago Press.
- Simons, H.C. (1936), “The requisites of free competition”, *American Economic Review*, 26 (1), pp. 68-76.
- Sokol, D. (2020) “Antitrust’s ‘Curse of Bigness’ Problem”, *Michigan Law Review*, 118, pp.1-23.
- Steinbaum, M., et M.E. Stucke (2020), “The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust”, *University of Chicago Law Review*, 86, pp.595-623.
- Stigler Center for the Study of the Economy and the State, (2019), *Stigler Committee on Digital Platforms*, Final Report, Chicago Booth.
- Teachout, Z., et L. Khan (2014), “Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power”, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 9, pp.37-74.
- Temporary National Economic Committee (1941), *Relative Efficiency of Large, Medium-sized, and Small Business*, n°13, U.S. Government Printing Office.

U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, (2020), *Draft Vertical Merger Guidelines*, release for public comments, January, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1561715/p810034verticalmergerguidelinesdraft.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1561715/p810034verticalmergerguidelinesdraft.pdf).

Van Horn, R. (2011) "Chicago's Shifting Attitude Toward Concentrations of Business Power (1934–1962)", *Seattle University Law Review*, 34(4), pp.1527-1544.

Vaheesan, S. (2018), *Brief of Amicus Curiae Open Markets institute in Support of Respondents*, US Supreme Court, case n°17-2004, Apple Inc v Robert Pepper et al., October, p.3.

Vezzoso, S. (2020), "Data Portability: Initial Reflections on an Ex Ante Approach", Working Paper SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3561413> .

Waked, D. (2018), *Paradigm Shifts in the History of Law and Economics: Tracing Its Unfolding Through the Genealogy of the Public Interest in Utility and Market Regulations (1870s-1970s)*, HdR Thesis, Sciences Po. Paris School of Law, January.

Waller, S.W. (2004), "The Antitrust Legacy of Thurman Arnold", *Saint John's Law Review*, 78, pp.569-614.

White House (2020), *Economic Report of the President together with the Annual Report of the Council of Economic Advisers*, February.

Woodcock, R. (2020), "Digital Monopoly without Regret", *Concurrences*, n°1-2020, pp.53-58.

Wu, T. (2018), *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports.

Zingales, L. (2017), "Towards a Political Theory of the Firm", *Journal of Economic Perspectives*, 31(3), pp.113-130.

Zingales, L. (2020), "The Political Limits of Antitrust", Stigler Center, University of Chicago, Working Paper n°41, January.

## La collection *Prismes*

La collection *Prismes* rassemble des textes originaux qui traitent de questions théoriques contemporaines. Ses auteurs sont des contributeurs aux conférences, aux débats ou aux séminaires du Centre et de la Fondation.

### Dernières parutions

**40. *Changement technique et probabilités : comment la traduction automatique a changé la parole***

Alexandre Waibel,

**39. *La surveillance de l'espace et l'évaluation des risques : l'économie du débris***

George Papanicolao

**38. *Aléa statistique et fractionnaire***

Charles Tapiero et Pierre Vallois

**37. *L'abstraction face à l'application : le calcul d'Itô, le chaos de Wiener et le nœud de Poincaré***

Daniel Goroff

**36. *Réconcilier le pari et la mesure***

Glenn Shafer

La liste complète des publications se trouve sur le site  
[www.centre-cournot.org](http://www.centre-cournot.org)

**Frédéric Marty** est chargé de recherche au CNRS  
au sein du Groupe de Recherche en droit, économie et gestion  
(UMR GREDEG 7321 - Université Côte d'Azur). Il est par ailleurs chercheur  
affilié au département « innovation et concurrence »  
de l'OFCE et chercheur au CIRANO, Montréal. Il est membre du Collège  
de l'Autorité de la Concurrence en qualité de personnalité  
qualifiée au titre des professions réglementées.

Ses travaux portent sur le droit et l'économie de la concurrence.  
Son dernier ouvrage est *La concurrence au secours  
de l'économie numérique : conséquences attendues pour le consommateur*  
avec Patrick Hubert chez Fauves éditions.