

L'intelligence artificielle - Le rôle des États face aux géants numériques. L'exemple de l'UE

Pierre Larouche

Volume 29, Number 4, 2024

Souveraineté culturelle et géants numériques : regards croisés :
Canada, Québec, France, Belgique

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1115127ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1115127ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Centre de recherche en droit public Université de Montréal

ISSN

1480-1787 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Larouche, P. (2024). L'intelligence artificielle - Le rôle des États face aux géants numériques. L'exemple de l'UE. *Lex Electronica*, 29(4), 51–63.
<https://doi.org/10.7202/1115127ar>

© Pierre Larouche, 2024



This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE - LE RÔLE DES ÉTATS FACE AUX GÉANTS NUMÉRIQUES. L'EXEMPLE DE L'UE

Pierre LAROUCHE
*L'Intelligence artificielle -
Le rôle des États face aux géants numériques.
L'exemple de l'UE*

Pierre Larouche²¹

²¹ Professeur titulaire, Droit et innovation, Faculté de droit, Université de Montréal. Cette contribution est basée sur une retranscription des propos tenus lors du Symposium « Souveraineté culturelle et géants numériques – Regards croisés Canada, Québec, France, Belgique » tenu les 18 et 19 avril 2024 à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

INTRODUCTION

[1] Les discussions tenues lors du Symposium « Souveraineté culturelle et géants numériques – Regards croisés Canada, Québec, France, Belgique » forment la base des contributions à cet ouvrage. Plusieurs collègues traitent de grands pans du cadre législatif et réglementaire canadien ou européen. Dans cette contribution, je désire m'attarder à une question plus délimitée, à saveur institutionnelle plus que substantielle, dont nous avons discuté en filigrane tout au long du symposium. Il s'agit de la manière d'aborder les grandes plateformes numériques, en clair de l'approche institutionnelle qui permet d'arriver à des résultats concrets. En effet, il est facile de pointer du doigt ces grandes plateformes et de les blâmer pour toutes sortes de phénomènes socio-économiques; sans souscrire à toutes les analyses faites par mes collègues, il est indéniable que les actions de ces plateformes ne sont pas toujours bénéfiques pour la société et l'économie. C'est autre chose, toutefois, que de réussir à amener des changements concrets aux comportements de ces acteurs pour progresser vers une solution aux problèmes observés. Il faut choisir la bonne approche institutionnelle.

[2] Je me concentrerai tout d'abord sur la question spécifique de l'exploitation par les plateformes des contenus produits par les médias locaux afin de nourrir leurs services ou leurs fils de nouvelles, en comparant l'Union européenne, l'Australie et le Canada (1), pour ensuite en tirer des leçons plus générales (2).

1. L'EXPLOITATION PAR LES PLATEFORMES NUMÉRIQUES DES CONTENUS PRODUITS PAR LES MÉDIAS LOCAUX

[3] Depuis quelques années, les médias locaux²² partout au monde se plaignent que les grandes plateformes numériques – d'abord et avant tout Google et Meta (Facebook) – siphonnent leurs revenus publicitaires en transformant le contenu produit par ces médias en un simple élément de l'environnement de la plateforme numérique, que ce soit un service de nouvelles ou un fil de nouvelles (ou une partie d'un fil de nouvelles). Les usagers se trouvent alors soit à prendre connaissance du contenu en question dans l'environnement de la plateforme numérique (sous forme de titre ou de résumé), soit à être envoyés vers le site du média local pour une visite ponctuelle, afin de lire le contenu en question, avant de revenir (présument) vers la plateforme numérique. Dans tous les cas, le média local qui a produit le contenu se trouve privé d'une bonne partie de l'achalandage (temps passé sur le site à lire du contenu) qui lui permet de recueillir des revenus publicitaires en ligne. À terme, c'est la survie des médias locaux qui est menacée. Pour des raisons tout à fait valables que d'autres contributions explorent en détail, la présence de médias locaux actifs qui produisent et diffusent des nouvelles, et plus généralement du contenu médiatique axé sur les réalités locales (politique, société, culture, sport, économie), est considérée comme un élément essentiel au bon fonctionnement de la société. C'est ainsi que le siphonnage des

²² Par médias locaux, nous entendons les médias établis dans une juridiction, sans égard à leur taille. « Local » est donc opposé à « global », qui est le niveau auquel les grandes plateformes numériques déploient leur stratégie. Quant au Canada, par exemple, CBC/Radio-Canada est tout autant un média local qu'un journal plus localisé comme *Le Quotidien de Saguenay*, par exemple.

revenus publicitaires devient un problème de politique publique dans la plupart des juridictions.

[4] Sur papier, la solution qui ressort dans presque toutes les juridictions est d'effectuer un transfert financier des grandes plateformes vers les médias locaux, afin de compenser les pertes de revenus et de permettre aux médias locaux de poursuivre leurs opérations. C'est dans la manière de s'y prendre pour qu'un tel transfert soit mis en place qu'on peut observer des divergences.

1.1 L'EXPÉRIENCE DE L'UNION EUROPÉENNE, À TRAVERS LE PRISME FRANÇAIS

53

[5] À l'échelle mondiale, le premier pas a été accompli en Union européenne avec la Directive 2019/790 sur le droit d'auteur et droits voisins dans le marché unique numérique²³. Cette Directive visait à mettre à jour plusieurs aspects du droit d'auteur en Union européenne, à la lumière de l'évolution de l'économie numérique. Parmi ceux-ci se trouvait la question de la protection à accorder aux publications de presse face aux grandes plateformes. La Directive crée un régime spécifique relativement à cette question à son article 15, dont les principes sont énoncés au premier paragraphe :

1. Les États membres confèrent aux éditeurs de publications de presse établis dans un État membre les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE pour l'utilisation en ligne de leurs publications de presse par des fournisseurs de services de la société de l'information.

[6] Les droits en question sont le droit de reproduction²⁴, soit le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction de « publications de presse » par des « fournisseurs de services de la société de l'information » ; et le droit de mise à disposition du public²⁵, soit le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public de ces publications, ici aussi par ces mêmes fournisseurs de services. « Publication de presse » est définie assez largement pour comprendre la plupart du contenu informationnel produit par un périodique (journal ou magazine) sous contrôle éditorial²⁶. Les « fournisseurs de services de la société de l'information » est un terme d'art en droit européen, qui comprend les grandes plateformes²⁷. L'article 15 établit donc un droit substantiel au bénéfice des médias locaux, ou à tout le moins en clarifie l'existence. Il en fixe certaines limites : l'usage personnel, les hyperliens et les courts extraits ne le violent pas²⁸. Pour le reste, l'article 15 réfère aux exceptions, limitations, sanctions et voies de recours applicables au droit d'auteur et droits voisins²⁹, y compris l'article 8 de

²³ [2019] JOUE L 130/92.

²⁴ Directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information [2001] JOUE 167/10, art. 2.

²⁵ *Ibid.*, art. 3(2).

²⁶ Directive 2019/790, *supra* note 3 art. 2(4).

²⁷ Les « services de la société d'information » étant une notion utilisée depuis la fin des années 1990 pour désigner les services offerts électroniquement, à distance et sur demande de l'utilisateur : voir désormais la Directive 2015/1535 du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information [2015] JOUE L 241/1, art. 1(b). Quant à la notion de fournisseur de services de la société de l'information, elle provient de la Directive 2000/31 du 8 juin 2000 (Directive sur le commerce électronique) [2000] JOUE L 178/1, art. 2.

²⁸ Directive 2019/790, *supra* note 4, art. 15(1).

²⁹ *Ibid.*, art. 15(3).

la Directive 2001/29, qui prévoit que les États membres mettent en place des mécanismes de sanction efficaces, proportionnés et dissuasifs³⁰. La Directive 2019/790 n'indique donc aucunement comment les droits conférés par l'article 15 doivent être exercés et, en particulier, elle ne prévoit aucun mécanisme spécifique visant à favoriser les ententes entre plateformes et médias locaux. Elle s'inscrit donc dans le cadre général du droit de l'Union européenne, qui laisse aux États membres le soin de veiller à la mise en œuvre des droits créés au niveau européen.

[7] L'article 15 de la Directive 2019/790 fait suite à des tentatives mitigées de s'attaquer à ce problème en Allemagne et en Espagne (ROSATI, 2021, pp. 253-254, 258). Comme c'était prévisible³¹, sa mise en œuvre ne s'est pas faite sans heurts. Le cas français est édifiant : anticipant l'entrée en vigueur de la transposition française de l'article 15 de la Directive, Google a changé sa politique d'affichage des contenus d'actualité pour cesser d'afficher le contenu provenant des médias locaux, sauf si ceux-ci avaient donné leur aval à cet affichage. Or, cet aval était présumé, au sens de la politique de Google, emporter l'octroi d'une licence à titre gratuit pour l'exploitation du contenu en question³². La conduite de Google a été portée devant l'Autorité française de la concurrence, au motif qu'il s'agirait d'un abus de position dominante. L'Autorité s'est rangée derrière les plaignants, et a intimé à Google de mener des négociations de bonne foi³³. Google a continué à chercher à limiter la portée de la loi à travers ces négociations, et ce n'est qu'au terme d'un bras de fer avec l'Autorité que Google s'est finalement engagée à suivre un processus de négociation bien défini, trois ans après que la France eut transposé la Directive³⁴.

1.2 L'EXPÉRIENCE AUSTRALIENNE

[8] Soucieuse de s'attaquer au problème décrit plus haut, l'Australie a pu aussi observer ce qui s'est passé en Union européenne. En 2021, l'Australie adopte le *Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act 2021*, qui ajoute le Code en question à la loi australienne sur la concurrence³⁵. Contrairement à l'Union européenne, l'Australie ne définit pas très clairement le droit substantiel en question³⁶, cependant la loi comprend un mécanisme très bien énoncé pour encadrer les négociations entre plateformes et médias locaux (le Code). D'un côté, le ministre responsable désigne les plateformes numériques touchées par les obligations découlant du Code³⁷. Quant à eux, les médias locaux peuvent s'inscrire auprès de l'autorité australienne des médias, qui vérifie leur éligibilité aux bénéfices du Code : ils doivent produire du « core news content » et être soumis à

³⁰ Directive 2001/29, *supra* note 3, art. 8.

³¹ L'article 15 s'est attiré de nombreuses critiques dans la doctrine : voir Rosati, 2021. à la p. 257 et la lettre ouverte publiée avant l'adoption de cette disposition, en ligne : <<https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/>>.

³² Voir la Décision de l'Autorité de la concurrence française 22-D-13 du 21 juin 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par Google dans le secteur de la presse, considérants 34 et s., en ligne : <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/>>.

³³ À travers l'imposition de mesures conservatoires : *ibid.*, considérants 40 et s.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Act n° 21, 2021.

³⁶ La loi apparaît tout de même refléter une présupposition qu'une entente entre les plateformes et les médias australiens est nécessaire pour permettre aux premières d'utiliser le contenu produit par les dernières, ce qui implique que les médias australiens ont un droit quelconque sur leur contenu.

³⁷ *Competition and Consumer Act 2010* (Cwth), Partie IVBA (telle qu'ajoutée par la loi citée *ibid.*), art. 52E.

des standards professionnels³⁸. Chaque plateforme est alors obligée de négocier avec chaque média local pour en venir à une entente sur les conditions (y compris la rémunération) de l'usage par la plateforme du contenu produit par le média local, avec médiation à la clé³⁹.

[9] L'élément-clé du dispositif australien entre en scène si les parties ne peuvent parvenir à une entente sur la rémunération : elles sont alors forcées de se soumettre à un arbitrage de type « arbitrage sur offre finale »⁴⁰. Aussi connu sous le nom de « baseball arbitration »⁴¹, ce type d'arbitrage prévoit que les parties déposent chacune une seule et unique « offre finale » et que l'arbitre ne peut que choisir l'une ou l'autre des offres. En théorie des jeux, l'arbitrage sur offre finale incite les parties à déposer des offres finales qui se rapprochent de leur point de rupture, pour éviter que leur offre apparaisse déraisonnable et soit rejetée⁴². Plus fondamentalement, l'arbitrage sur offre finale rend l'arbitrage moins intéressant et force les parties à s'appliquer à trouver une solution négociée⁴³. Il s'agit là d'une manifestation d'un phénomène appelé la « négociation dans l'ombre de la loi »⁴⁴, c'est-à-dire que les parties vont s'entendre sur une solution qui se rapproche de celle qui aurait ressorti d'un litige, afin d'épargner les coûts, l'incertitude et autres inconvénients liés au contentieux. Avec son arbitrage sur offre finale obligatoire en cas de désaccord sur la rémunération, la loi australienne indique clairement que l'objectif principal du législateur était d'assurer une rémunération aux médias australiens, sous la forme d'un transfert venant des grandes plateformes⁴⁵.

[10] Dans le cas de l'Australie, on pourrait dire que la fortune sourit aux audacieux. Les autorités publiques australiennes n'ont même pas eu besoin d'appliquer la loi pour provoquer des négociations. Les parties intéressées se sont entendues à l'amiable, entièrement hors du cadre de la loi, pour éviter l'application de celle-ci, aux dires de plusieurs parties⁴⁶. Face à Meta et Google, les médias australiens se sont regroupés en un petit nombre de cartels de négociation, ce qui a permis de régler assez rapidement. Il ne faut pas non plus oublier que parmi les médias australiens se cache News Corp., un géant médiatique global. Le succès australien s'est toutefois un peu étioilé en 2024, alors que Meta a annoncé ne pas vouloir reconduire les ententes avec les médias australiens, préférant se priver de leur contenu (PURTILL, 2024).

38 *Ibid.*, art. 52F et s.

39 *Ibid.*, art. 52ZF et s.

40 *Ibid.*, art. 52ZJ-ZZE

41 Ce type d'arbitrage ayant acquis ses lettres de noblesse lorsqu'il a été prescrit pour le règlement des différends salariaux entre les joueurs de baseball et leur équipe.

42 Par opposition à l'arbitrage classique, où les parties peuvent avoir intérêt à se montrer déraisonnables en espérant que, lorsque l'arbitre coupe la poire en deux, elle atterrisse en-deçà de leur point de rupture.

43 Les études empiriques montrent que les effets escomptés ne sont pas toujours observés : voir entre autres H. S. Farber, « An Analysis of Final-Offer Arbitration », (1980) 24 *Journal of Conflict Resolution* 683-705 et H. S. Farber et H. C. Katz, « Interest Arbitration, Outcomes, and the Incentives to Bargain », (1979) 33 *Industrial and Labor Relations Review* 55-63.

44 Une expression qui tire son origine de R.H. Mnookin et L. Kornhauser, « Bargaining in the Shadow of the Law : The Case of Divorce », (1979) 88:5 *Yale LJ* 950-997. Cet article célèbre a donné lieu à une littérature scientifique considérable relativement à l'influence des règles de fond – même si elles ne sont jamais appliquées – sur la volonté de négocier des parties et sur la teneur de leurs négociations.

45 Tous les autres termes de la relation commerciale entre les plateformes et les médias australiens sont laissés au mécanisme général de médiation prévu à la Loi. Seule la rémunération est sujette à l'arbitrage sur offre finale.

46 Voir le rapport publié au premier anniversaire de la loi australienne : Treasury, *News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code – The Code's first year of operation* (2022) aux pp. 4-9, en ligne : <<https://treasury.gov.au/sites/default/files/2022-11/p2022-343549.pdf>>. Le rapport soulève aussi la problématique de la confidentialité des ententes conclues hors du cadre de la loi, qui s'est certainement avérée un avantage aux yeux des parties, du moins des plus puissantes.

1.3 L'EXPÉRIENCE CANADIENNE

[11] Comme c'est souvent le cas, le Canada s'est inspiré de l'Australie, autre pays du Commonwealth, sans nécessairement avoir examiné ce qui s'est fait en Union européenne auparavant.

[12] En 2023, le Parlement fédéral a adopté la *Loi sur les nouvelles en ligne*⁴⁷, mieux connue sous son numéro de projet de loi, soit C-18. Mais la loi C-18 n'est qu'une pâle copie du *News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code*. Le Canada reprend l'idée générale du mécanisme de tenaille : ou bien les parties s'entendent, ou bien c'est l'arbitrage sur offre finale en matière de rémunération⁴⁸. Mais il en change les termes. Tout comme en Australie, pour une plateforme, la meilleure manière d'éviter l'arbitrage sur offre finale n'est pas tant de participer au processus de négociation structuré des articles 18 et suivants de la loi C-18, mais plutôt de conclure un accord avec les médias canadiens hors de ce processus et de se faire accorder une exemption sur la base de l'article 11. Or, contrairement à la loi australienne, les conditions à remplir pour qu'un accord donne lieu à une exemption vont bien au-delà de la rémunération adéquate des médias locaux. En effet, l'article 11 est une litanie de huit conditions que l'accord doit remplir, concernant :

- l'indemnisation équitable des médias canadiens, bien entendu; mais aussi
- le soutien à la production de nouvelles locales, régionales et nationales;
- la protection de la liberté d'expression et de l'indépendance journalistique des médias;
- la viabilité du marché canadien des nouvelles;
- le soutien aux modèles d'entreprises novateurs, en particulier auprès des médias locaux et indépendants;
- l'implication des secteurs à but lucratif et sans but lucratif, y compris les entreprises de nouvelles reflétant une diversité de modèles d'entreprise qui fournissent des services à l'ensemble des marchés et des diverses populations, notamment, d'une part, les marchés locaux et régionaux dans l'ensemble des provinces et territoires et, d'autre part, les communautés francophones et anglophones, les communautés noires et d'autres communautés racialisées;
- le soutien aux médias autochtones, y compris la fourniture de nouvelles par et pour les peuples autochtones;
- le soutien aux médias des communautés de langue officielle en situation minoritaire, y compris la fourniture de nouvelles par et pour les communautés de langue officielle en situation minoritaire.

⁴⁷ LC 2023, ch. 23.

⁴⁸ *Ibid.*, art. 19

[13] Il revient au CRTC d'apprécier si les ententes satisfont à toutes ces exigences⁴⁹, mais pour l'appuyer le gouvernement fédéral a adopté le *Règlement sur l'application et l'exemption (Loi sur les nouvelles en ligne)*⁵⁰, qui spécifie chacune de ces conditions à un degré de détail tel, qu'il reste très peu à négocier pour les parties sur ces questions.

[14] Le Canada place donc les plateformes devant l'alternative suivante : négocier un accord conforme à la litanie de conditions de l'article 11 de la loi C-18, ou bien passer à l'arbitrage sur offre finale.

[15] Même si l'article 11 reprend les principaux éléments de la politique canadienne des médias, qui sont tous louables en soi, il reste que le procédé employé à la loi C-18 est douteux.

[16] Tout d'abord, d'un point de vue citoyen, c'est troublant de voir le Parlement fédéral confier la réalisation de la politique canadienne des médias au bon vouloir de grandes entreprises privées. Certes, le CRTC vérifie le contenu des accords, mais il ne peut surveiller leur application en détail.

[17] Deuxièmement, la loi C-18 abandonne l'approche axée sur la rémunération qui avait fait le succès de la loi australienne. Au lieu de mettre toute la pression pour que les grandes plateformes concèdent une rémunération raisonnable aux médias locaux, on leur transmet un menu comprenant la rémunération, certes, mais aussi une série d'obligations qui leur sont parfaitement étrangères. Qui plus est, ces obligations impliquent la gestion de relations avec des centaines d'organismes partout au Canada, allant des grands groupes de médias canadiens aux médias locaux des petites villes et des communautés autochtones. En réalité, la loi C-18 leur demande soit de devenir un agent privé de mise en œuvre de la politique canadienne des médias, soit de se retrouver devant l'arbitrage sur offre finale.

[18] Devant un tel choix, ce n'est pas surprenant que tant Meta que Google se soient regimbés. Ce sont des entreprises globales qui n'ont aucun intérêt à devenir un pseudo-CRTC : l'effort est hors de proportion avec les bénéfices à en retirer. Meta a tout simplement annoncé qu'elle laissait tomber le contenu en provenance des médias canadiens. Cette décision a eu des conséquences néfastes pour les médias canadiens, mais il y a lieu de croire que ceux-ci trouveront à terme de nouveaux moyens de rejoindre leurs lecteurs et usagers (PATTERSON, 2024). Meta a aussi fait l'objet de plaintes au Bureau de la concurrence, où sa décision est présentée comme un abus de position dominante envers les médias canadiens, mais les chances de succès sont minces⁵¹.

[19] Google a plutôt servi un ultimatum au fédéral : l'entreprise a annoncé être prête à effectuer un transfert unique de 100 millions \$ cad par an à un seul interlocuteur, qui lui se chargerait de la distribution (et de la conformité aux énoncés de l'article 11 de la loi

⁴⁹ Ibid., art. 11.

⁵⁰ DORS/2023-276.

⁵¹ « Le Bureau de la concurrence invité à enquêter sur le blocage des nouvelles par Meta » Radio-Canada Info (8 août 2023), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/2001959/blocage-facebook-instagram-medias-information>>.

C-18), à l'instar de ce qui est fait en Australie (THIBEAULT et al., 2023). Le gouvernement fédéral a capitulé et a amendé le Règlement d'application en conséquence⁵². C'est ainsi que la solution qui avait été présentée comme une victoire des pouvoirs publics en Australie est devenue un symbole de l'impuissance de ceux-ci au Canada.

[20] À la lumière des réactions de Meta et de Google et de la réponse du gouvernement fédéral, il ne reste que deux lectures possibles de la loi C-18. Une lecture cynique y verrait une initiative politique destinée à rallier les médias et l'opinion publique canadiens derrière le gouvernement fédéral, même au prix d'un bilan modeste sur le fond, accompagné d'un pourrissement des relations avec deux grands joueurs globaux du numérique. La deuxième lecture constaterait plutôt une naïveté flagrante de la part du gouvernement fédéral dans la manière d'aborder ces relations. Aucune de ces deux lectures n'est satisfaisante, mais la seconde laisse au moins place à l'amélioration.

2. LA MANIÈRE D'ABORDER LES GRANDES PLATEFORMES NUMÉRIQUES

[21] À l'heure actuelle, les autorités publiques du monde entier cherchent à recréer un rapport de force avec les grandes plateformes numériques et à récupérer ainsi leur pouvoir d'infléchir le comportement de celles-ci lorsqu'il va à l'encontre des droits fondamentaux ou des politiques publiques.

[22] Au départ, il y a deux approches principales à la relation entre grandes entreprises et pouvoirs publics, telles qu'elles ressortent de l'application du droit de la concurrence et de la réglementation sectorielle – qui forment l'armature de la gouvernance économique. Ces deux approches correspondent grossièrement à la tradition américaine et à la tradition européenne⁵³.

2.1 L'APPROCHE AMÉRICAINE

[23] L'approche américaine mise traditionnellement sur des interactions rapprochées entre l'autorité publique et la grande entreprise. L'autorité publique doit bien entendu déterminer elle-même quels sont ses objectifs et ses priorités. Mais une fois ceux-ci arrêtés, un processus se met en branle qui ressemble aux négociations privées. L'autorité annonce ses couleurs et envoie son équipe d'avocats et experts annexes négocier avec l'équipe de la grande entreprise, afin d'en arriver à un accord qui permette d'atteindre les objectifs de l'autorité publique avec l'appui, voire la coopération, de la grande entreprise. En ce qui concerne les méthodes de travail, les négociations sont menées tout comme des négociations privées. Le produit de ces négociations prend la forme d'un accord dont la forme et certains contenus-types rappellent les conventions privées. D'un point de vue sociologique, étant donné les

⁵² Par l'ajout des articles 9(2) et 10 au Règlement (outre les autres modifications qui découlaient du processus de consultation), qui y introduisent à la fois la contribution de 100 millions \$ cad et la possibilité d'un accord avec un groupe de médias canadiens.

⁵³ Ce n'est pas tout à fait exact de surimposer la matrice des traditions de common law et civiliste sur ces deux approches. En principe, le Royaume-Uni devrait alors se retrouver du côté américain, mais jusqu'au Brexit, l'expérience du Royaume-Uni a plutôt servi à enrichir durablement l'approche européenne, laquelle a à son tour marqué le Royaume-Uni. Il est encore trop tôt pour discerner si la rupture avec l'UE rapprochera le Royaume-Uni des États-Unis.

« portes tournantes » entre le public et le privé, ce n'est pas surprenant puisque les administrateurs, tant publics que privés, partagent la même culture organisationnelle. Cette approche exige que l'autorité publique soit dotée de ressources importantes, tant pour pouvoir mener ses propres réflexions (et recherches) en amont, que pour pouvoir tenir la cadence dans les négociations en aval. En cas d'échec, l'autorité doit aussi être en mesure de reprendre le chemin du litige. Sinon, le risque de capture lorgne : l'autorité publique devient dépendante de l'information que lui fournit la grande entreprise, laquelle peut ainsi influencer les décisions de l'autorité⁵⁴.

[24] Depuis 2020, les autorités américaines de la concurrence sont montées au créneau face aux grandes plateformes numériques. Elles suivent l'approche américaine décrite au paragraphe précédent. La première phase des échanges est contentieuse : il s'agit d'établir le rapport de force en établissant une violation du droit de la concurrence. Le tout premier jugement de la vague d'affaires déclenchées depuis 2020 a été rendu le 5 août dernier : le juge Mehta du District Court a conclu que Google avait manqué à l'article 2 du *Sherman Act*⁵⁵ en concluant des accords d'exclusivité avec Apple et avec les fabricants de téléphones intelligents utilisant Android pour que ceux-ci utilisent le moteur de recherche de Google par défaut⁵⁶. Le juge Mehta a réservé sa décision quant aux redressements. Depuis lors, Google et le ministère américain de la Justice négocient patiemment, visant un accord d'ici au printemps 2025.

2.2 L'APPROCHE EUROPÉENNE

[25] L'approche européenne est plus verticale. Au départ, la relation entre l'autorité publique et l'entreprise privée est hiérarchique. L'autorité publique énonce ses conclusions et ses desiderata, et l'entreprise privée doit s'y conformer. Si les indications de l'autorité publique sont trop générales ou trop obscures, c'est à l'entreprise privée de s'efforcer de les traduire le mieux possible dans sa réalité concrète⁵⁷. Si besoin est, l'entreprise privée peut solliciter la validation de son interprétation par l'autorité publique. Mais il ne s'agit pas de négocier. L'approche européenne a l'avantage d'être plus économe de moyens, mais elle emporte une plus grande distanciation de l'autorité publique par rapport à l'entreprise privée. Cela ne mène pas nécessairement à la capture, mais plutôt à un risque d'ineffectivité de l'action de l'autorité publique, qui ne réussirait pas à se rapprocher suffisamment de la réalité commerciale et économique pour que ses énoncés aient une emprise sur celle-ci et puissent donc l'affecter.

[26] Le paragraphe précédent décrit la version épurée de l'approche européenne, qui n'est plus représentative de ce qui se fait en matière de gouvernance économique, en particulier vis-à-vis des grandes entreprises. L'approche européenne a évolué parce que les questions à traiter se sont complexifiées, de sorte qu'il apparaît illusoire de croire qu'un énoncé de l'autorité publique puisse suffire à orienter la grande entreprise

⁵⁴ Sur la capture réglementaire, voir l'article canonique de G. Stigler, « The Theory of Economic Regulation », (1971) 2 *Bell Journal Econ. Man.* 3-21

⁵⁵ Codifié à 15 USC § 2.

⁵⁶ *US c. Google*, Jugement du 5 août 2024, Aff. 1:20-cv-03010 et 1:20-cv-03715 (D.C.).

⁵⁷ C'est ainsi d'ailleurs que la notion de responsabilité spéciale de l'entreprise en position dominante prend une partie considérable de son sens. Contrairement au droit américain, le droit de la concurrence européen exige de l'entreprise dominante qu'elle intègre l'interdiction de l'abus de position dominante (qui découle directement de l'article 102 TFUE) à sa conduite. Voir P. Larouche et M.P. Schinkel, « Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act », dans D. Sokol et R. Blair, éd., *Oxford Handbook of International Antitrust Economics – Vol. 2* (Oxford: OUP, 2014) 153-187.

sans que l'autorité publique n'ait besoin de pousser ses réflexions plus loin (autrement dit, le risque d'ineffectivité est considérable). Par ailleurs, les grandes entreprises sont souvent américaines et les autorités publiques européennes ont dû apprendre à composer avec des entreprises qui souhaitent s'asseoir autour d'une table de négociation et non simplement « mettre en application » tant bien que mal les directives de l'autorité publique.

[27] L'approche contemporaine vis-à-vis des grandes entreprises offre donc plus de possibilités d'interaction entre l'entreprise et l'autorité publique, mais l'empreinte verticale traditionnelle demeure. Ces interactions ne sont pas vraiment des négociations, mais elles sont plutôt conçues comme une discussion sur la conformité (*compliance*) des entreprises, où l'autorité publique peut aider l'entreprise en précisant sa pensée à la lumière des efforts accomplis et des propositions faites par cette dernière.

[28] C'est ce qu'on peut observer dans le cadre de la mise en œuvre de deux nouveaux instruments majeurs de gouvernance économique en Union européenne, dont les autres contributions ont déjà traité, soit le Règlement sur les marchés numériques (DMA)⁵⁸ et le Règlement sur l'intelligence artificielle (AIA)⁵⁹.

[29] Le DMA vise spécifiquement les grandes plateformes. Lorsque celles-ci sont désignées « contrôleur d'accès »⁶⁰ relativement à un « service de plateforme essentiel »⁶¹, une série d'obligations s'appliquent immédiatement pour leur imposer certaines règles de conduite visant à ramener une certaine contestabilité des marchés du numérique⁶². Les contrôleurs d'accès doivent alors faire rapport annuellement à la Commission de la manière dont ils se conforment à ces obligations⁶³. Ils peuvent aussi demander des discussions avec la Commission pour évaluer si les mesures qu'ils ont prises sont adéquates⁶⁴. De son côté, la Commission peut aussi adopter une décision visant à préciser les obligations du contrôleur d'accès⁶⁵. En l'absence de conformité aux yeux de la Commission, cette dernière peut déclencher une procédure contentieuse⁶⁶ qui peut mener à l'imposition d'amendes et d'astreintes⁶⁷. Le tout premier cycle annuel de rapports a eu lieu au printemps 2024, et si dans l'ensemble la conformité est satisfaisante, la Commission a tout de même ouvert plusieurs procédures contentieuses sur les questions les plus controversées, dont l'ouverture de boutiques d'applications

58 Règlement 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique [2022] JOUE L 265/1 (mieux connu sous sa désignation anglaise de *Digital Markets Act* ou DMA).

59 Règlement 2024/1689 du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, en ligne : <<http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>> (mieux connu sous sa désignation anglaise de *Artificial Intelligence Act* ou AIA).

60 DMA, *supra* note 38, art. 3.

61 *Ibid.*, art. 2.

62 Ces obligations sont énumérées aux art. 5 à 7 DMA, *ibid.*

63 *Ibid.*, art. 8 et 11.

64 *Ibid.*, art. 8(3).

65 *Ibid.*, art. 8(2).

66 *Ibid.*, art. 18.

67 *Ibid.*, art. 29 à 31.

concurrentes à l'App Store dans l'environnement iOS, ou le modèle « Pay or Consent » mis de l'avant par Meta pour encadrer le choix des usagers.

[30] De même, le tout nouveau AIA mise sur un cadre institutionnel établi, soit celui de la réglementation européenne des produits dans le cadre du marché unique⁶⁸. C'est un cadre lui aussi axé sur la conformité : les producteurs de systèmes IA à haut risque ou de modèles d'IA à usage général doivent d'abord et avant tout veiller à se conformer aux normes substantielles de l'AIA et être en mesure de démontrer leur conformité⁶⁹. Ici, le développement des normes de l'AIA pour les rapprocher de la réalité des entreprises se fera par le biais de normes harmonisées européennes⁷⁰ – conformément au cadre établi – ou de codes de pratique (pour les modèles d'IA à usage général)⁷¹.

CONCLUSION

[31] Même si le point de départ reste différent (échanges hiérarchisés plutôt que négociations sur le modèle privé), les approches européennes et américaines convergent peu à peu lorsqu'il s'agit de traiter avec les grandes plateformes numériques. L'interaction entre les autorités publiques et les entreprises privées est incontournable, et le succès de la politique publique passe par l'implication des acteurs privés dans une forme de corégulation. Les enjeux sont trop complexes et le déficit d'information trop grand pour que l'autorité publique puisse espérer réussir en se passant de la coopération des acteurs privés.

[32] Cela exige un doigté certain de la part de l'autorité publique, car les grandes plateformes numériques sont nées et ont grandi dans un environnement très permissif, où on a toujours favorisé leur croissance et considéré que leurs innovations étaient en principe bénéfiques pour la société. Ces entreprises doivent s'émanciper d'une culture d'innovation bien implantée chez elles désormais, qui veut qu'on sorte les nouveaux produits sans se préoccuper des impacts sur la société, quitte à corriger le tir plus tard si besoin est⁷².

[33] L'autorité publique doit aussi investir les ressources humaines et matérielles nécessaires pour atteindre un niveau de compétence et d'expertise qui lui permette de traiter efficacement avec les grandes plateformes.

[34] Quant à lui, la Canada est encore bien loin du compte. Outre le fiasco de la loi C-18, le projet de *Loi sur l'intelligence artificielle et les données*⁷³ – présentement à l'étude à la Chambre des communes – passe lui aussi à côté du sujet. Si le projet de loi ressemble superficiellement à l'AIA, il lui manque toute la dimension institutionnelle.

⁶⁸ Le « New Legislative Framework », tel que décrit à la Décision 768/2008 du 9 juillet 2008 relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits [2008] JOUE L 218/82

⁶⁹ AIA, *supra* note 39 art. 16 et art. 53 et 55, respectivement.

⁷⁰ *Ibid.*, art. 40.

⁷¹ *Ibid.*, art. 53, 55 et 56.

⁷² Ou comme l'a énoncé Mark Zuckerberg (Meta) : « move fast and break things ».

⁷³ Partie 3 du Projet de loi C-27, Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs, la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et la Loi sur l'intelligence artificielle et les données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois, déposé le 16 juin 2022.

Alors qu'il a été exposé plus haut que l'AIA repose sur un cadre institutionnel établi, axé sur la participation des entreprises à la certification de leur conformité et au développement des normes harmonisées et des codes de pratique, le projet de loi canadien reste ancré dans une approche classique. Le texte législatif est développé à travers des règlements préparés par l'administration fédérale. Aucune autorité réglementaire n'est prévue, qui permettrait de concentrer les ressources et de signaler le sérieux du gouvernement. Le projet de loi fait une place particulièrement grande aux règlements qui sont prévus à chaque disposition législative substantielle. Même s'il revient aux entreprises de s'y conformer, le projet de loi pourrait bien déboucher sur un système de « command-and-control » à l'ancienne, où l'autorité publique se trouve à dicter le comportement des entreprises. Il y a lieu de douter des chances de succès d'une telle approche, surtout pour une puissance moyenne comme le Canada, face à des entreprises globales. Il y a un risque, cependant, de nuire à l'industrie canadienne en l'enfermant dans un carcan. Le Canada se doit de progresser dans son approche institutionnelle vis-à-vis des géants du numérique.

RÉFÉRENCES

Farber, Henry S. (1980), « An Analysis of Final-Offer Arbitration », 24 *Journal of Conflict Resolution* 683-705

Farber, Henry S. et Katz, Harry C. (1979), « Interest Arbitration, Outcomes, and the Incentives to Bargain », 33 *Industrial and Labor Relations Review* 55-63.

Larouche, Pierre et Schinkel, Maarten Pieter (2014). « Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act », dans D. Sokol et R. Blair, éd., *Oxford Handbook of International Antitrust Economics – Vol. 2*, Oxford: Oxford University Press, 153-187.

Mnookin, Robert H. et Kornhauser, Lewis (1979). « Bargaining in the Shadow of the Law : The Case of Divorce », 88:5 *Yale LJ* 950-997.

Purtill, James. « Facebook Ate and then Ignored the News Industry » ABC Science (7 mars 2024), en ligne : <www.abc.net.au>.

Patterson, Jessica. « How Meta's news ban reshaped Canadian media », Digital Content Next (12 septembre 2024), en ligne : <<https://digitalcontentnext.org/blog/2024/09/12/how-metas-news-ban-reshaped-canadian-media/>>.

Rosati, Eleonora. (2021), *Copyright in the Digital Single Market*, Oxford, Oxford University Press.

Stigler, George. (1971), « The Theory of Economic Regulation », 2 *Bell Journal Econ. Man.* 3-21.

Thibeault, Daniel. et al., « Federal government reaches deal with Google on Online News Act », CBC News (29 novembre 2023), en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/politics/google-online-news-act-1.7043330>>.