

**WORKING PAPERS SERIES**  
2010/01

L'Évolution de l'antitrust: le cas d'étude de Microsoft

Marie-Christine Morin  
Doctorat en science politique et droit  
Université du Québec à Montréal

A working paper prepared for  
"Ever Closer Union/Union sans cesse plus étroite?"  
Graduate Student Conference  
European Union Centre of Excellence, York University  
March 11-12, 2010

European Union Centre of Excellence, York University  
715 York Research Tower, 4700 Keele Street  
Toronto ON M3J 1P3  
Tel: 417 736 5695  
Fax: 416 650 8069  
[euce@yorku.ca](mailto:euce@yorku.ca)

*The European Union Centre of Excellence at York University has been made possible  
through the generous support of the European Commission.*

## 1. Introduction

Symptôme de la transformation des lieux de pouvoir et notamment du retrait de l'État au bénéfice du secteur privé, les impératifs de la mondialisation contraignent de plus en plus les acteurs économiques à adhérer au processus de la globalisation des marchés.<sup>1</sup> Principalement, cette conjoncture pose la problématique de l'harmonisation des règles commerciales transnationales<sup>2</sup>, notamment en termes de concurrence, pour permettre une synergie fonctionnelle du système économique mondial au nom de la croissance et l'innovation.<sup>3</sup> À l'heure de l'informatique, la mise en place de nouveaux principes directeurs en ce sens nourrit maintenant des débats concernant la conciliation des diverses structures de régulation de la concurrence, quelles soient nationales, régionales ou internationales, ainsi que publiques ou privées. Conséquemment, ces nouveaux enjeux apparaissent particulièrement sur le marché mondial des technologies de l'information et des communications (TIC).

Historiquement, le besoin de l'antitrust s'est particulièrement fait sentir dans un contexte de révolutions technologique, industrielle, politique et institutionnelle<sup>4</sup> : il en va de même aujourd'hui, à l'ère de la nouvelle économie. En effet, aux États-Unis, l'antitrust remonte à la fin du 19<sup>e</sup> siècle, alors que l'Amérique du nord traverse une période de transition économique marquée par une amélioration des moyens de communication et de transport.<sup>5</sup> Le marché américain, alors caractérisé par une multitude de marchés locaux, se transforme en un vaste marché unique. Ce genre de bouleversement est typique de ce qu'on peut observer aujourd'hui dans les industries de la communication et de l'information, en matière d'innovations techniques et d'utilisation de nouveaux systèmes de transport, ainsi que de nouveaux modes de communications. Ainsi, la période 1880-1890 fut marquée par une concentration des entreprises américaine et c'est en réaction à cette révolution

---

<sup>1</sup> À partir des années 1970 aux États-Unis (É.-U.), et plus globalement tournant des années 1990, le débat sur le rôle de l'État face à l'émergence du privé dans les relations internationales, qui n'est plus le seul à détenir le pouvoir décisionnel, s'intensifiera. La gouvernance dans les secteurs traditionnellement nationaux de la finance, ainsi que des télécoms, sera particulièrement touchée par ce passage de l'étatique au global. David Levi-Faur et Jacint Jordana, «The Politics of Regulation in the Age of Governance» (2004) dans *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, The CRC Series on Competition, Regulation and Development, Edward Elgar Publishing, 2004, chap. I, aux pp. 1 à 28.

<sup>2</sup> Selon Frank Easterbrook et Daniel Fischel, on assisterait à une «convergence forte» des systèmes juridiques ainsi que des règles de la gouvernance d'entreprise soutenue par les acteurs capitalistes dominants, pour des raisons d'efficacité et de sécurité, nonobstant les spécificités nationales. Frank Easterbrook et Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

<sup>3</sup> Michèle Rioux, «Gouvernance globale des télécommunications: mythes et limites» (novembre 2004) *Économie Politique Internationale*, CEIM, Athéna, Montréal (26pp.).

<sup>4</sup> Voir Gérard Duménil, Mark Glick et Dominique Lévy, «The History of Competition Policy as Economic History» (1997) 42 :2 *The Antitrust Bulletin* 373, aux pp. 373 à 416.

<sup>5</sup> Voir Bellon Bertrand, «Cent ans de politique antitrust aux États-Unis» (1993) dans *Politique de la concurrence*, 63 *Revue d'économie industrielle* 10, aux pp. 10 à 24.

technologique que fut adopté le *Sherman Antitrust Act*. Actuellement, on observe au même titre une concentration dans le secteur des TIC.

Par ailleurs, le phénomène de l'antitrust sera plus tardif du côté européen et émergera dans le contexte d'après-guerre, alors que le premier souci de l'Europe est de partager la gestion des ressources premières pour permettre la reconstruction du continent dévasté en ratifiant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). En ce sens, l'objectif poursuivi par la réglementation de la concurrence était l'interdiction des pratiques discriminatoires entre pays membres pour garantir un accès pacifique et égal aux ressources<sup>6</sup>. De plus, la santé éclatante de l'économie américaine, reposant sur les règles de l'antitrust, fascine les Européens de l'époque. De nos jours, l'antitrust est toujours instrumentalisé pour satisfaire l'intérêt « national » de l'UE, c'est-à-dire le rattrapage de son retard technologique.

Le cas Microsoft s'avère notoire pour aborder cette problématique puisque la multinationale fait désormais face à plusieurs sources et niveaux de gouvernance dont les actions sont parfois conflictuelles. À ce chapitre, la compagnie de Steve Ballmer se voit actuellement confrontée à deux principaux défis sous-jacents, à savoir le maintien de relations soutenables avec les États d'une part, et d'autre part la conciliation entre les différents systèmes normatifs de la concurrence et le maintien de sa position dominante dans son déploiement international. Cette note de recherche, à travers l'étude du dossier Microsoft, vise à soutenir l'hypothèse suivante : alors que *de facto*, la régulation globale de la concurrence sur le marché des TIC s'arrime de plus

en plus sur l'ordre normatif américain et la gouvernance par l'entreprise (*corporate governance*)<sup>7</sup>, la modélisation d'une gouvernance multilatérale publique apparaît comme l'apanage de l'Union européenne (UE), qui cherche ainsi à mettre en place les paramètres concurrentiels qui permettraient son rattrapage technologique.

S'institutionnalisant, le modèle idéologique européen agit en tant que résistance (plus ou moins efficiente) à l'uniformisation *de jure* de la concurrence selon le paradigme (preponderant aux États-Unis) des jeux, issu de la synthèse de la théorie de l'École de Chicago, par ailleurs populaire chez les entreprises privées dominantes de par le monde. Suivant cette approche, comment une firme multinationale comme Microsoft s'adapte-t-elle à la diversité des cadres normatifs nationaux, plus particulièrement ceux des États-Unis et de l'Europe? À travers l'institutionnalisation d'une gestion globale néolibérale de la régulation des marchés mondialisés, les États-Unis s'affirment-ils comme une autorité de fait? La synthèse post Chicago et la théorie des jeux représentent-elles un réel obstacle aux impulsions réglementaire et judiciaire de l'UE en la matière?

---

<sup>6</sup> 6 Brigitte Leucht et Katja Seidel, «Du Traité de Paris au règlement 17/1962 : ruptures et continuités dans la politique européenne de concurrence, 1950-1962» (2008) 81 : 1 HES 35, en ligne: <[https://www.cairn.info/load\\_pdf.php?ID\\_ARTICLE=HES\\_081\\_0035](https://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=HES_081_0035)>.

<sup>7</sup> 7 «Corporate governance is, to a large extent, a set of mechanisms through which outside investors protect themselves against expropriation by the insiders ... the key mechanism is through the legal system, meaning both laws and their enforcement» R. La Porta *et al.*, «Investor protection and corporate governance» (2000), 58: octobre *Journal of Financial Economics* 3, à la p. 4.

## 2. État des lieux : Microsoft face à l'ordre public

Tout d'abord, à la question à savoir si l'intervention publique dans la régulation des marchés est aujourd'hui justifiée, nous répondons par le postulat de base suivant : si la concurrence doit être juste et libre, elle doit être juste d'abord, et libre ensuite. Techniquement, les objectifs centraux de la réglementation publique de la concurrence réfèrent à la sauvegarde des conditions nécessaires à l'innovation et l'efficacité économique nationale, au bien-être optimal des consommateurs, à la compétitivité internationale des entreprises, à l'entrée de petites et moyennes entreprises sur les marchés, ainsi qu'à la répartition efficace des ressources. En ce sens, nous illustrerons par l'étude du cas Microsoft les enjeux que pose le secteur des TIC face aux droits nationaux de la concurrence au sein des deux plus importants centres économiques de la planète, les États-Unis et l'Union européenne (UE).

Microsoft est devenue, depuis les années 1990, le centre des débats sur la régulation de la concurrence, tant au niveau de l'harmonisation des normes internationales que du rôle de l'intervention antitrust. L'affrontement entre deux principaux modèles de régulation de la concurrence se matérialise de manière probante par les démêlés judiciaires que connaît la compagnie avec les autorités antitrust américaines et européennes. À ce chapitre, l'approche communautaire européenne, prônant un interventionnisme structurel à même de renforcer son autonomie économique-technologique, oppose une certaine résistance à l'hégémonie du système américain qui mise plutôt sur un processus normatif au cas par cas, influencé par l'École de Chicago et, de plus en plus, par la théorie des jeux<sup>8</sup>.

La divergence entre les politiques de concurrence des deux côtés de l'Atlantique ne résulte pas tant d'une moins grande expertise économique de l'UE, mais plutôt d'une véritable différence entre les conceptions de ce qu'est la politique de concurrence. Nous sommes en effet face à deux cultures et deux traditions différentes de régulation de la concurrence<sup>9</sup>. En effet, alors qu'aux États-Unis, l'antitrust vise le niveau et l'intensité de la concurrence, l'UE cherche plutôt à préserver les conditions d'existence de la concurrence. Il faut souligner que les États-Unis avaient insisté pour que l'UE se dote d'une politique de concurrence forte, afin d'empêcher la constitution de champions nationaux et (surtout) de garantir l'ouverture potentielle des marchés. Chose faite, l'UE va par ailleurs tâcher d'utiliser sa politique de concurrence à son avantage, surtout en matière de rattrapage technologique. Ainsi, cette dichotomie s'avère davantage une question de choix politiques, concrétisés par l'application de règles économiques et juridiques.

Quels sont les intérêts stratégiques qui guident leurs mécanismes de régulation des marchés d'une part, et de l'autre? Quelles sont les zones de convergence et divergence des approches? En ce qui concerne la gouvernance des

---

<sup>8</sup> 8 Voir Frédéric Marty et Juien Pillot, «Les politiques de concurrence européenne et américaine face aux remises de fidélité accordées par une entreprise dominante : L'affaire Intel» (2009), 26 OFCE *Science Po*.

<sup>9</sup> 9 Marc Deschamps et Frédéric Marty, «Les politiques de concurrence sont-elles réductibles à de la théorie économique appliquée? Réflexion autour de l'affaire Microsoft» (2008) 5 R.R.J. 2571.

TIC, les États-Unis et l'UE y verront une fonction commune, c'est-à-dire l'équilibrage entre le droit de la propriété intellectuelle (DPI) et le droit de la concurrence (antitrust). De fait, que ce soit à Washington ou à Bruxelles, l'affaire Microsoft aura soulevé trois enjeux majeurs du DPI, qui se retrouvent au cœur de la réflexion sur la construction d'un ordre normatif mondial de la concurrence à même d'endiguer l'abus de position dominante sur le marché des TIC : il s'agit de la vente liée, des contrats d'exclusivité, ainsi que de l'interopérabilité et la neutralité des réseaux. Quels sont les effets de la juxtaposition des deux modèles à l'action d'une entreprise globale comme Microsoft, notamment en terme de conflits de lois, des règlements des conflits, à des effets de l'extraterritorialité des lois et politiques de la concurrence?

## 2.1 Microsoft face à la justice américaine

La préoccupation des autorités américaines concernant le comportement de Microsoft

n'est pas nouvelle. En fait, les déboires de Microsoft envers la justice américaine ont amorcé leur escalade en 1991, alors que deux « enquêtes Microsoft » furent conduites en vertu de la section 2 du Sherman Antitrust Act respectivement par la Federal Trade Commission (FTC, 1991-1993) et le DoJ (1993-1994). Si elles n'ont pas conduit à des procédures judiciaires, elles ont tout de même mené à un décret du DoJ interdisant les contrats de bundling (vente liée gratuite entre processeurs pairs, matériel et logiciel) ou d'exclusivité entre Microsoft et les équipementiers. Microsoft s'engageait du coup à ne pas utiliser Windows 95 de manière anticoncurrentielle.<sup>10</sup> En 1997, le DoJ trouve Microsoft coupable de n'avoir pas respecté ces obligations, en intégrant son navigateur Explorer au système d'exploitation Windows. Cette brèche donnera lieu à l'ouverture, le 19 octobre 1998, d'un procès porté par 19 États pour abus de position dominante.

Cette procédure donnera lieu, en juin 2000, à une décision majeure par laquelle le Juge Thomas Penfield Jackson ordonnera contre toute attente le démantèlement de la compagnie en deux entités, une pour les systèmes d'exploitation et l'autre pour les applications logicielles.

Or, en 2001, la Cour d'appel du District de Columbia (Washington DC) infirme la décision Jackson.<sup>11</sup> La cour confirme toutefois les conclusions de première instance concernant les faits (*Finding of facts* du 5 novembre 1999), affirmant que la compagnie avait effectivement violé la législation américaine (notamment la section 2 du *Sherman Antitrust Act*<sup>12</sup>) en utilisant sa position monopolistique pour entraver

---

<sup>10</sup> United States of America v. Microsoft, Civil Action No. 94-1564 (1994).

<sup>11</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (DC Cir. 2001) (Ct. of App.).

<sup>12</sup> On retrouve dans cette section du Sherman Act : « Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court ».

*illégalement* la concurrence.<sup>13</sup> Pour justifier sa puissance commerciale, l'argument de « connexité technologique » élaboré par Microsoft affirme que la préinstallation d'*Explorer* sur *Windows* lui procure un meilleur rendement en termes de rapidité et d'évitement de bogues informatiques, ce qui permettrait aux consommateurs de bénéficier d'un rapport qualité/prix optimal.<sup>14</sup> Toutefois, ce moyen de défense ne recevra qu'un tiède accueil — cette justification commerciale ne serait pas raisonnable en vertu du principe de proportionnalité, puisque la vente liée, à l'instar des contrats d'exclusivité, représente une entrave abusive au développement d'une compétition bénéfique pour le consommateur, dès lors qu'elle est perpétrée par une entreprise détenant une certaine puissance commerciale.<sup>15</sup> Cela dit, selon la majorité, le fait d'ordonner le démantèlement de l'entreprise constituerait une mesure excessive, qui reviendrait à « jeter le bébé avec l'eau du bain ».<sup>16</sup>

Les parties (Microsoft et le « Groupe de New York », auquel s'est joint le « Groupe de Californie » en 2003) se sont finalement entendues en 2002 sur une entente extrajudiciaire officialisée aux termes d'une feuille de route (ordonnance par consentement, ci-après; *Microsoft Final Judgment*)<sup>17</sup> visant à éliminer les pratiques illégales de Microsoft, prévenir la récurrence de pratiques identiques ou similaires et restaurer la menace concurrentielle des produits intergiciels (*middleware products*) préalablement à la conduite illégale de Microsoft. Ainsi, Microsoft ne fut pas reconnue coupable d'*accroître* illégalement son monopole, mais plutôt d'*utiliser* celui-ci pour faire entrave à la possibilité de ses concurrents de contrecarrer les barrières à l'entrée lui permettant de maintenir cette position dominante. Microsoft fut ainsi appelée à modifier certaines pratiques « hors la loi » et d'en corriger les conditions conséquentes, en vue d'une revalorisation de la concurrence. Les dispositions de cet accord sont renouvelables dans la mesure où les situations découlant d'actes illégaux ne seraient pas considérablement rétablies.

En avril 2009, le Département de la justice (DoJ) a reconduit jusqu'en 2011 l'essentiel des dispositions<sup>18</sup> contenues dans le *Microsoft Final Judgment*, contraignant Microsoft à fournir à ses concurrents les codes sources nécessaires au développement de logiciels compatibles avec son système d'exploitation *Windows*.<sup>19</sup> L'entreprise devra également prolonger son programme de licences, qui

---

<sup>13</sup> Thomas Penfield Jackson, «U.S. v. Microsoft : Court's Finding of Facts» (5 novembre 1999), en ligne : United States Department of Justice <<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f3800/msjudgex.htm>>.

<sup>14</sup> Microsoft ayant pris compte, avec l'ascension fulgurante de Netscape, de l'importance de mettre de l'avant son navigateur Internet.

<sup>15</sup> Benjamin Klein, «The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position?» (2001) 15 : 2 *Journal of Economic Perspectives* 45.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> *New York et. al. c. Microsoft Corp.*, 683 F.3d 2, Civil Action No. 98-1233 (2002).

<sup>18</sup> L'accord a partiellement expiré le 12 novembre 2007.

<sup>19</sup> É-U., Department of Justice, *Justice Department Requests Extension of Microsoft Final Judgment* (16 avril 2009) 09-354, en ligne : DoJ <[http://www.usdoj.gov/atr/public/press\\_releases/2009/244922.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2009/244922.htm)>.«USA: Microsoft prolonge l'accord anti-trust», *Silicon.fr*, 15 mai 2006, en ligne : <<http://www.silicon.fr/fr/silicon/news/2006/05/15/usa-microsoft-prolonge-laccord-anti-trust>>.

permet l'interopérabilité de plusieurs de ses protocoles techniques. En effet, l'augmentation de la popularité d'autres plates-formes logicielles (notamment Google, Novell, Linspire, et Xandros) et l'expansion de systèmes d'exploitation développés par des entreprises concurrentes (Apple, Linux et bientôt Google) n'ont pas suffi pour démontrer le rétablissement significatif d'une concurrence susceptible de défier la position dominante de *Windows* et ses effets anticoncurrentiels sur les marchés adjacents.<sup>20</sup>

L'affaire Microsoft témoigne de l'application d'une méthodologie de régulation à la pièce des « effets » des monopoles/fusions, offrant un traitement différencié aux sociétés d'intérêts pour la classe dirigeante américaine (grands propriétaires et investisseurs), notamment à celles capables de s'imposer sur le marché global et face à la concurrence des monopoles nationaux étrangers. Cette méthodologie facilite le règlement *de facto*, surtout *via* des ententes à l'amiable et donne du poids à l'argument qui prétend la non-applicabilité du *Sherman Antitrust Act* sur le marché des TIC : la position dominante de Microsoft s'avérerait difficilement assimilable par analogie à celle de la *Standard Oil*, démantelée en 1911, de même qu'à la situation de monopole absolu qu'occupait AT&T jusqu'à son démantèlement en 1982. Chose certaine, les revers qu'a connus l'affaire Microsoft auront mis en doute la capacité des autorités de la concurrence américaine à s'imposer politiquement face à cette puissance économique privée.<sup>21</sup>

## 2.2 Microsoft face au modèle européen

L'UE arbore une vision plutôt « civiliste » ou déductive du droit, se voulant générale et systématique en amont et cherchant à consacrer les grands principes qui devront déterminer les paramètres du droit européen de la concurrence (la « gouvernance européenne »), notamment par l'homologation d'un système standardisé d'évaluation des coûts réels des investissements privés en termes de recherches et développement (R&D)<sup>22</sup>. Dans cette optique, la Commission européenne (CE) a délimité le champ de compétence de sa gouvernance en termes de concurrence aux cas d'abus de position dominante et à l'application des règles relatives aux concentrations.<sup>23</sup> La CE vise ainsi l'institutionnalisation d'un espace européen permettant une saine concurrence entre ses membres, à même de favoriser le rattrapage technologique de l'UE face au géant américain.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> *New York et. al. c. Microsoft Corp.*, 683 F.3d 2, Civil Action No. 98-1233 (2002) [2009].

<sup>21</sup> Emmanuel Breen et Naomi Norberg, « France – États-Unis : Regards croisés sur l'internationalisation du droit » (2007), Chaire « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit » du Collège de France, Benjamin N. Cardozo School of Law, à la p. 13.

<sup>22</sup> Voir Daniel Fasquelle, *Droit américain et droit communautaire des ententes : étude de la règle de raison*, Paris, Édition Joly, 1993.

<sup>23</sup> Voir CE, *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, [1997] J.O. C 372, en ligne : Europa <<http://www.peruzzetto.eu/texts/textes/cce/com-defintion-marche.html#3>>.

<sup>24</sup> Mathieu Denoix et Olaf Klargaard, *La politique de la concurrence dans l'Union européenne*, Fondation Robert Schuman, 1997, en ligne : <<http://www.robert-schuman.eu/pdf.qe.php?num=qe-52>>.

Techniquement, pour conclure à la légitimité d'une fusion-acquisition en vertu du droit européen de la concurrence, le département *antitrust* de la Commission européenne cherchera à déterminer si : (1) l'acheteur détient des intérêts substantiels, notamment des DPI, sur le marché de la société acquise; (2) dans l'affirmative, si la fusion donne lieu au contrôle de 25 % ou plus des parts du marché en question; et (3) si l'acheteur se trouve en position dominante ou s'il y a présence suffisante d'autres entreprises potentiellement à même de concurrencer le nouveau *trust* sur les marchés principal et secondaire.<sup>25</sup> L'action des autorités de la concurrence européenne, notamment dans l'affaire *Microsoft* est toutefois limitée par l'*Accord* [conclu en 1998] *entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en oeuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence*<sup>26</sup> qui, en influençant les décisions de la Commission, témoignent d'une certaine coopération transatlantique en matière de régulation de la concurrence.<sup>27</sup>

Dans l'affaire *Microsoft*, la Cour européenne de justice a mis un terme, le 17 septembre 2007, à neuf ans de procédure judiciaire.<sup>28</sup> En fait, le jugement rendu par le Tribunal de première instance (TPI)<sup>29</sup> condamne l'entreprise à verser une amende exemplaire de près de 800 millions d'euros, en réparation du viol de l'article 82 du traité CE (art. 102 TFUE<sup>30</sup>) protégeant le marché européen contre l'abus de position dominante.<sup>31</sup> Cet arrêt en appel du jugement *Microsoft c. Commission*<sup>32</sup> confirme, pour l'essentiel, la décision rendue par la Commission européenne en mars 2004. Celle-ci réclamait 497,2 millions d'euros, en plus de la contraindre à produire une version du système d'exploitation sans *Windows Media Player* (WMP), ainsi qu'à publiciser les codes techniques nécessaires à l'interopérabilité des plates-formes concurrentes avec le système d'exploitation *Windows*. Microsoft dut alors consentir à offrir ces informations contre des

---

<sup>25</sup> Voir par exemple Commission européenne, Case No COMP/M.3042, *Sony / Philips / InterTrust*, SG (2002) D/233491/233492 Regulation (EEC) No 4064/89 Merger procedure, Article 6(1)(b) Non-opposition, Office for Official Publications of the European Communities, L-2985, Luxembourg, en ligne : <[http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3042\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3042_en.pdf)>.

<sup>26</sup> *Journal officiel* n° L 173 du 18.06.1998.

<sup>27</sup> Pierre Larouche, «Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences» (2006) 2006-08 *TILEC Discussion Paper*, en ligne : SSRN <<http://ssrn.com/abstract=943615>>.

<sup>28</sup> La saga de *Microsoft* contre la justice européenne a commencé en 1998, par le dépôt d'une série de plaintes par l'éditeur de logiciel Sun Microsystems.

<sup>29</sup> Arrêt du Tribunal de première instance, T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commission des Communautés européennes*, 17 septembre 2007, en ligne : <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=fr&num=79929082T19040201&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>>.

<sup>30</sup> Le 1er décembre 2009, les articles 81 et 82 du traité CE furent remplacés par les articles respectivement 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Les deux ensembles de dispositions sont identiques sur le fond. Les références aux articles 101 et 102 TFUE doivent être comprises comme des références aux articles 81 et 82 du traité CE.

<sup>31</sup> *Traité de Rome instituant la Communauté*, 25 mars 1957, J.O.L. C-325/33 (entrée en vigueur de la version consolidée : décembre 2002), art. 82.

<sup>32</sup> CE, Décision COMP/C-3/37.792 de la Commission, du 24 mars 2004, relative à une procédure engagée en vertu de l'article 82 du Traité CE, [2004] J.O.L. C(2004)900 final [ci-après *Microsoft c. Commission*.]



redevances équivalant à 10 000 € et à maintenir ses droits de propriété intellectuelle internationaux à 0,4 % du montant de ses ventes.<sup>33</sup>

Seule victoire pour Microsoft dans cette affaire, l'arrêt du TPI infirmera la mesure prévue à l'article 7 du jugement de la Commission, qui avait prescrit que Microsoft devait avoir recours à un mandataire indépendant ayant un plein accès aux informations et installations de l'entreprise (et à ses frais) et chargé de rendre compte aux autorités de la concurrence. Or, le TPI a jugé que la Commission n'avait pas compétence pour déléguer à un organe tiers le contrôle du respect des directives imposées.<sup>34</sup> Ces décisions européennes se trouvent actuellement au cœur de virulents débats, notamment en ce qui concerne la pertinence d'une intervention politique au niveau du contrôle de la concurrence des marchés relativement à l'innovation et au *bien-être* du consommateur. Encore une fois, trois principaux enjeux économiques apparaissent centraux à la controverse actuelle, soit les contrats d'exclusivité, la vente liée et l'interopérabilité.

Enfin, le 16 décembre 2009, la CE a rendu une décision concernant la légalité de l'inclusion du navigateur *Explorer*, ainsi que d'autres logiciels liés à Microsoft, tels que Desktop et Windows Live, sur la plate-forme Windows pour PC.<sup>35</sup> Il s'agit de la conclusion relativement à deux enquêtes en cours depuis le 14 janvier 2009 en vertu des articles 101 et 102 TFUE. Ces investigations font suite aux plaintes des concepteurs d'Opera Software ASA<sup>36</sup> (à laquelle s'est jointe Mozilla) et de l'European Committee for Interoperable System (ECIS), une coalition regroupant plusieurs grandes entreprises. Celles-ci accusent Microsoft d'imposer son navigateur par le biais de son système d'exploitation, déjà en situation de monopole de fait.

Bien que Microsoft n'intègre plus depuis le 11 août 2009 pour les copies vendues sur le territoire de l'UE, le logiciel *Explorer 8* dans sa nouvelle version de *Windows 7*, cette mesure ne fut pas jugée suffisante au regard de la Commission européenne. Selon l'autorité, Microsoft pourrait toujours imposer son navigateur *via* des accords contractuels avec les fabricants d'équipement, à qui reviendrait le choix du ou des programmes qui sera ou seront installés sur ses machines. Afin de contrôler la compagnie de Redmond, la CE a donc prescrit l'intégration d'un écran de démarrage qui permettra à l'internaute de choisir librement le navigateur qu'il souhaite utiliser, parmi ceux satisfaisant aux critères du test Acid2, développé par Web Standards Projects<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Bien qu'aux yeux de la compagnie de Redmond, ces injonctions ne représentent en rien un « souci majeur » et ne devraient « pas sérieusement modifier le concept de Microsoft ». Daniel Dombey, « EU To fine Microsoft A record \$613m », *Financial Times*, 23 mars 2004.

<sup>34</sup> Ashwin van Rooijen, « Tribunal de première instance: Microsoft c. Commission européenne », *Institut de droit de l'information (IVIR)*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Université d'Amsterdam, 2007.

<sup>35</sup> CE, Décision de la Commission COMP/C-3/39.530 du 16.12.2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 TFUE et de l'article 54 de l'accord EEE, en ligne : <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/39530/final\\_decision\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/39530/final_decision_fr.pdf)>.

<sup>36</sup> Opéra est une entreprise basée à Oslo (Norvège) et se spécialise dans le développement de navigateurs Internet, de cellulaires et de systèmes d'exploitation.

<sup>37</sup> Web Standards Projects, en ligne : <<http://www.webstandards.org/>>. À cet égard, l'Union fédérale des consommateurs (UFC) *Que Choisir* a proposé à Bruxelles l'établissement d'un système de sélection intégré, afin de démocratiser le choix de navigateur des consommateurs. Selon ce procédé, les navigateurs

Les plaignantes dénoncent également le fait que Microsoft ne permette pas aux navigateurs concurrents d'être entièrement compatibles avec Windows. La deuxième enquête se penche donc sur la question de l'harmonisation des produits de Microsoft avec la concurrence, notamment avec les produits « libres » (open) tels qu'OpenOffice. Les plaignants réclament en ce sens une standardisation des interfaces de communication, ce qui permettrait aux applications développées par les sociétés concurrentes de fonctionner avec tous les systèmes d'exploitation et d'ainsi briser les monopoles d'Office, d'Outlook et d'Exchange Server. Le dossier reste donc à suivre.<sup>38</sup>

### 2.3 Un rapprochement inévitable?

Dans une publication de la Chambre de commerce et d'industries de Paris (CCIP)<sup>39</sup> réagissant aux lignes directrices établies par la Commission européenne le 19 décembre 2005 en matière d'abus de position dominante (art. 102 TFUE), les grands propriétaires privés ont revendiqué une grille d'analyse plus rigide pour évaluer le préjudice concurrentiel ainsi que l'abandon de l'approche « formaliste » de la CE en matière d'abus de position dominante (en opposition avec la théorie de l'effet réel). S'appuyant sur le modèle américain, la Chambre propose d'axer le contrôle de la concurrence sur les entraves spécifiques et effectives à la concurrence plutôt que de protéger les concurrents. S'inquiétant de la nécessité d'étendre la question aux relations de pouvoir qu'exercent les entreprises dominantes envers leurs fournisseurs, l'alliance du secteur privé soutiendra l'idée de la rationalité économique des pratiques commerciales. À cet égard, le CCIP prétend qu'il est légitime pour une entreprise d'élargir sa part de marché si celle-ci offre des produits moins chers et dénonce une délimitation jugée trop étroite des marchés pertinents, notamment lorsqu'il s'agit de concurrence internationale.

L'examen de l'abus de position dominante nécessite trois étapes d'investigations :

D'abord (1) la définition du marché pertinent et la puissance commerciale de l'entreprise sur celui-ci, ensuite (2) la qualification des pratiques anticoncurrentielles de l'entreprise en position dominante et finalement (3) l'effet sensiblement néfaste sur la concurrence. La principale divergence entre les approches américaines et européennes se situe au niveau de la deuxième étape.

---

rencontrant certains critères figureraient dans une liste affichée à l'écran d'accueil et seraient présentés en ordre alphabétique, dépouillés de leurs logos. Le Bureau de la concurrence, de la société de l'information et des médias ainsi que la Direction générale de la santé et de la protection du consommateur examinent actuellement ces possibilités.

<sup>38</sup> CE, Décision de la Commission COMP/C-3/39.530 du 16.12.2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 TFUE et de l'article 54 de l'accord EEE, en ligne : [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/39530/final\\_decision\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/39530/final_decision_fr.pdf).

<sup>39</sup> Léon-Bernard Krepper, *Projet de lignes directrices communautaires sur les abus de position dominante : Pour une modernisation de l'analyse concurrentielle*, Rapport présenté à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et adopté par la Commission du commerce et des échanges et la Commission économique, financière et fiscale, 23 mars 2006.

Alors que l'approche américaine regarde si les comportements anticoncurrentiels pratiqués par l'entreprise en position dominante ont pour effet de nuire sensiblement à la concurrence, le test européen se demande d'abord si la pratique a un effet sur les concurrents réels ou potentiels, avant de mesurer l'effet de la restriction sur la concurrence. Ainsi, contrairement à l'approche européenne, l'objectif du droit de la concurrence américain est, selon l'assistant-procureur général en charge des questions de concurrences au sein du ministère de la Justice américain (*DoJ Assistant Attorney General for Antitrust*), Thomas O. Barnett, de « protéger les consommateurs en protégeant la concurrence, et non les concurrents ».

D'abord, la délimitation du marché pertinent donne lieu à la prise en compte du marché du produit en cause et du marché géographique en cause. Telle que l'a exprimée la Commission dans sa Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372, 9/12/1997) « [u]n marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés », alors que

[l]e marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

La seconde phase consiste en la détermination de la position dominante. En ce sens, selon la Commission, « [e]n vertu des règles de concurrence communautaires, la position dominante est la possibilité, pour une ou plusieurs entreprises, d'avoir des comportements sensiblement indépendants vis-à-vis d'autres concurrents, des clients et, finalement, des consommateurs ». Or, selon la CCIP, cette définition manque de précision du fait qu'il existerait presque toujours un certain lien de dépendance entre les concurrents et les clients, nuance d'ailleurs apportée par la Commission dans l'affaire *Wanadoo* (16/07/2003, COMP/38.233). De plus, la Chambre critique le fait que l'unique critère servant à déterminer la position dominante soit la détention de 90 % des parts du marché puisque certaines entreprises répondant à ce critère n'exercent pas nécessairement un pouvoir excessif, alors que, à l'inverse, une entreprise détenant 50 % d'un marché le pourrait. Elle souligne d'ailleurs que la prédominance d'une entreprise sur un marché reflète la plupart du temps sa compétitivité, alors que c'est l'accumulation de pratiques douteuses pour y parvenir ou s'y maintenir qui constitue l'abus réel. Il est donc nécessaire de procéder à la caractérisation d'une utilisation abusive de cette position, en termes de pratiques anticoncurrentielles. Il nous semble pertinent de souligner qu'à cette étape, l'approche américaine, soutenant la théorie de l'effet sur la concurrence, se demande si les comportements anticoncurrentiels pratiqués par l'entreprise en position dominante ont pour effet de nuire sensiblement à la concurrence. Par ailleurs, le test européen se demande d'abord si la pratique a un

effet sur les concurrents réels ou potentiels, avant de mesurer l'effet de la restriction sur la concurrence.

Enfin, il importe selon la CCIP que l'entreprise ainsi en cause puisse argumenter la justification du comportement litigieux via le moyen de défense de l'efficacité économique. À ce chapitre, elle insiste sur la nécessité de supprimer la présomption d'abus automatique lorsqu'une entreprise en position dominante adopte une pratique homologuée comme « douteuse ». On donne ici l'exemple des affaires *British Airways* et *Michelin II*, dans lesquelles était mis en cause l'établissement de « rabais de fidélité ». Selon cette analyse, les deux compagnies auraient été condamnées nonobstant le fait que les effets négatifs de cette pratique n'aient jamais été clairement démontrés. À la lumière de ce document, il semble que les entreprises ainsi incriminées n'auraient pas pu se défendre convenablement et justifier ces comportements objectivement, notamment en invoquant leurs propres intérêts commerciaux.

La chambre applaudira l'idée voulant que les différences entre les « philosophies » européenne et américaine en matière de concurrence soient en train de se résorber. Elle rappelle qu'alors qu'il y a une vingtaine d'années, les politiques américaines apparaissaient comme plus drastiques en matière de démantèlement des *trusts* (référant au cas d'AT&T), l'évolution du droit de la concurrence en Europe aura eu tendance à devenir de plus en plus sévère, notamment à travers l'examen des affaires *British Airways* et *Microsoft*. À ce chapitre l'étude de B. E. Hawk soutient que cette tendance s'expliquait plus par une « divergence dans les paradigmes politiques et économiques sous-jacents » que par un raisonnement proprement juridique. Les États-Unis se montreraient plus sceptiques face à l'efficacité d'une intervention gouvernementale « régulatrice » de la concurrence et privilégient une analyse *in concreto*, se contentant de casser les abus monopolistiques au cas par cas. L'approche européenne serait en ce sens moins prompte à miser sur la fonction « autocorrectrice » du marché et sur les avantages d'une concurrence ardue et difficilement pénétrable, accordant moins de crédit à la science économique<sup>40</sup>. De plus, l'approche américaine serait plus axée sur l'efficacité économique et le bien-être du consommateur et donc plus portée à tolérer les positions dominantes lorsque cela engendre des effets positifs sur la consommation. Le droit de la concurrence européen aurait quant à lui eu tendance à protéger le concurrent quant à sa possibilité d'entrée sur un marché.

En effet, depuis le début des années 1990, on assiste à un rapprochement entre les modèles américain et européen. Les approches des deux côtés deviennent plus nuancées, faisant une balance entre le bilan concurrentiel et le bilan commercial. Sous l'influence de la CJCE et des États-Unis, la Commission opérera en effet une réorientation plus économique de sa politique de concurrence, dont l'approche civiliste traditionnellement plus juridique est moins influencée par les courants de pensée politique et souvent la cible de critique quant à sa grande rigidité. Plus particulièrement depuis l'an 2000, l'UE connaîtra une transition vers

---

<sup>40</sup> Voir Frédéric Marty et Juien Pillot, «Les politiques de concurrence européenne et américaine face aux remises de fidélité accordées par une entreprise dominante : L'affaire Intel» (2009), 26 OFCE *Science Po*.

des décisions plus « économistes » et nommera même, en 2003, un économiste à la Direction générale de la concurrence, organe rattaché directement au Commissaire européen. Soulignons que plusieurs décisions de la Commission en matière de concurrence furent infirmées par le TPICE sur la base « d'erreurs manifestes d'appréciations » en matière de raisonnement économique, depuis 2000. Cela aurait permis une réorientation plus économique se rapprochant de la politique américaine en matière de concurrence, notamment à travers les affaires *General Electric/Honeywell* (2001), *Airtours/FirstChoice* (2002), *Schneider/Legrand* (2002), *Tetra laval/Sidel* (2002) et *WorldCom/Sprint* (2004). Dans ces décisions, le tribunal a en effet privilégié l'analyse des effets des positions dominantes sur le marché et sur les consommateurs, plutôt que de condamner *per se* certaines pratiques dont les effets, limitant une concurrence « facile », neutraliseraient au final les effets négatifs de certaines conduites restrictives sur la concurrence.<sup>41</sup>

Du côté américain, un rapprochement politique s'est manifesté en 2009, avec le retrait officiel par Christine Varney (directrice de la division antitrust du DoJ) des Lignes directrices du DoJ sur la Section 2 sur *Sherman Act*. Ces directives étaient à l'origine de plusieurs divergences entre les deux puissances (notamment dans l'affaire concernant *GE/Honywell*).<sup>42</sup> Ainsi, selon certains auteurs, on assiste, sous la gouvernance d'Obama, à une tendance vers une politique antitrust plus « européenne »<sup>43</sup>.

### 3. LES GRANDS ENJEUX DE L'AFFAIRE MICROSOFT

#### 3.1 Les contrats d'exclusivité

Dans son examen de la procédure intentée contre Microsoft, la Justice américaine s'est d'abord attaquée à la question des contrats d'exclusivité. En novembre 1999, le Jugement Jackson a déclaré Microsoft coupable de s'être servie de sa position dominante pour accaparer les deux postes de distribution de navigateurs Internet les « plus efficaces », soit les fournisseurs d'Accès Internet (FAI) et les fabricants d'ordinateurs personnels, et ceci, à défaut d'entretenir un réel avantage concurrentiel sur Netscape. Selon le juge Jackson, Microsoft usait de comportement discriminatoire en vendant à moindres coûts ses produits aux compagnies se pliant à ses conditions de mise en marché, en plus de nuire à la concurrence en freinant le développement des liens d'interopérabilité entre ses produits et ceux provenant d'entreprises avec lesquelles elle éprouve des relations contentieuses ou de compétition directe. À titre d'exemple, selon Michael Robertson, PDG de Linspire, une entreprise fournissant en « *open sources* » des logiciels et plates-formes

---

<sup>41</sup> Frédéric Marty, «Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : Critères économiques et sécurité juridique» (2007) 1 : 100 *Revue de l'OFCE* 85, à la p. 93.

<sup>42</sup> Mario Monti, «Concurrence : L'Amérique converge vers l'Europe» (2009) dans 3 : 28148 *Concurrences Review of competition laws* 1.

<sup>43</sup> Voir Robert Pitofsky, *Why The Chicago school overshot the mark - The effect of conservative economic analysis on US Antitrust*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

interopérables avec Linux, Microsoft se servirait de sa position dominante pour empêcher les fabricants d'ordinateurs personnels d'offrir leurs produits prééquipés d'un autre système d'exploitation que *Windows*.<sup>44</sup>

Microsoft aurait versé, annuellement, à Dell (le deuxième plus grand fabricant d'ordinateurs personnels aux États-Unis) une somme représentant plus de 25 % des revenus annuels du fabricant, soit environ 200 millions \$ É.-U., en contrepartie d'une présence exclusive sur les machines vendues. Robertson soutient que Dell aurait annulé, à la suite de l'intervention de Microsoft, un contrat avec le concepteur de système Questar, qui proposait la commercialisation d'appareils Dell munis du tableau de bord de Linspire pré-installé sur une plate-forme Linux. Microsoft fausserait ainsi les prix de vente en finançant certains commerçants « alliés » : en plus de leur verser une commission pouvant varier entre 2 et 10 dollars par ordinateur vendu muni de *Windows*, à laquelle s'ajouterait un bonus d'environ 30 dollars par ordinateur pour la recommandation du système auprès des développeurs de programmes.<sup>4546</sup>

À la défense de Microsoft, accusée d'avoir conclu des ententes d'exclusivité frauduleuses avec plusieurs fabricants d'équipements informatiques, les analystes Page et Lopatka soulignent le fait que la plupart des contrats répertoriés furent isolément sanctionnés par les tribunaux et prétendent, bien qu'ils acceptent la décision de la Cour sur ce point, que la réouverture de ces dossiers est injustifiée dans les circonstances. D'ailleurs, selon les auteurs, le comportement de Microsoft devrait être interprété comme une réaction rationnelle et proconcurrentielle face au refus de Netscape de diviser le marché en 1995, alors qu'il était encore le premier choix des consommateurs. Cette intransigeance aurait porté Microsoft à conclure des ententes d'exclusivité concernant *Internet Explorer* avec des fabricants de PC sous système d'exploitation *Windows*, stratégie qui permettra à son produit de s'affirmer sur le marché des navigateurs et donc d'offrir un produit concurrentiel à Netscape.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Honh Lettice, «Dell, prisoner of the Beast of Redmond», *The Register*, 3 septembre 2004, en ligne : [http://www.theregister.co.uk/2004/09/03/linspire\\_on\\_dell\\_windows\\_money/](http://www.theregister.co.uk/2004/09/03/linspire_on_dell_windows_money/).

<sup>45</sup> Thomas Penfield Jackson, «U.S. v. Microsoft : Court's finding of facts» (5 novembre 1999), aux paras. 64 et 131, en ligne : United States Department of Justice <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f3800/msjudgex.htm>.

<sup>46</sup> Selon Linspire, Microsoft financerait également un avantage comparatif abusif à ses jeux en dévaluant leur prix de vente, contrevenant du coup à l'accord *antitrust* que l'entreprise a conclu avec le DoJ. Linspire et Microsoft auraient également conclu un accord en juin 2007, faisant *inter alia* de l'outil de recherche Microsoft live.com le moteur par défaut du navigateur web Linspire 5.0. Les relations entre Linspire et Microsoft sont d'autant plus à feu et à sang depuis que le duo Gates/Ballmer a accusé la compagnie de distribution Linux, en mai 2007, d'avoir violé plus 228 brevets Microsoft. Le géant de Redmond aurait alors payé 20 millions de dollars à Linspire pour la modification de son nom original, Lindows, faisant référence au produit *Windows*.

<sup>47</sup> Le cas de Netscape est particulièrement révélateur du fait de l'important renversement du rapport de pouvoir de marché qui s'est opéré entre cet ex-géant de la navigation Internet et *Internet Explorer* (IE) de Microsoft. En effet, alors que Netscape détenait environs 80% du marché en 1995, il fût presque complètement éclipsé de la toile avec l'arrivée d'IE, distribué gratuitement avec Windows 95 (Netscape était à l'époque vendu environ 40 \$ É-U). Netscape entame un procès contre Microsoft en 1998 pour avoir proposé un accord de non concurrence en échange du partage du marché des navigateurs. Malgré sa conclusion à l'amiable (2001), la procédure de Netscape ouvrira la voie à l'action *United States c.*

David Spector<sup>48</sup> souligne le problème des « externalités » imprévisibles de ces ententes. En effet, celles-ci sont susceptibles d'affecter des tiers (entreprises ou consommateurs) de manière anticoncurrentielle, ne serait-ce que si la demande entre l'« excluante » et l'« exclue » s'avère suffisamment disproportionnée et que les coûts fixes de cette « exclue » constituent l'une de ses principales sources de dépenses.<sup>49</sup> L'auteur conclut que les contrats d'exclusivité peuvent, contrairement à ce que semble avancer l'École de Chicago, « s'inscrire dans des stratégies rationnelles de réduction de l'intensité de la concurrence, et méritent à ce titre l'attention des autorités de concurrence. »

Aux États-Unis, on a traité la question de la vente liée comme une violation de la section 1 du *Sherman Act*, portant sur les ententes et commandée par la règle de raison, ainsi que la théorie de l'effet. La pratique est légale en l'absence de preuve d'un effet réel, soit de réduire sensiblement la concurrence. En l'espèce, selon la justice américaine, si la pratique restrictive de Microsoft a été prouvée, ce ne fut pas le cas concernant son effet néfaste sur la concurrence.

En UE, on verra la question Microsoft sous l'angle de l'abus de position dominante (art. 102 TFUE, ex art. 82 TCE), c'est-à-dire que les accords verticaux sont sujets à des sanctions dès lors que l'entreprise détient 50 % du marché et sont interdits dès lors que l'entreprise détient 75 % du marché (rappelons que *Windows* est installé sur 90 % des PC). Ces pratiques sont donc présumées avoir un effet néfaste sur les concurrents réels ou potentiels, si l'entreprise en cause détient un pouvoir de marché.

### 3.2 L'interprétation européenne

L'approche de la Commission européenne (CE) veut, en principe, que les clauses, ainsi que les remises quantitatives injustifiables, constituent — lorsqu'elles émanent d'entreprises dominantes — un abus anticoncurrentiel de position dominante.<sup>50</sup> Ainsi, du côté européen, le Tribunal de première instance des communautés européennes (TPI) en appel de l'affaire *Microsoft c. Commission* a corroboré la décision rendue par la Commission européenne en 2004. Tombé en 2007, le jugement<sup>51</sup> a trouvé Microsoft coupable d'avoir abusé de sa position dominante

---

*Microsoft*, réclamant une version de *Windows* sans IE, WMP ni Outlook. Serge Descombes, «Saga Netscape/Microsoft: histoire d'un renversement : Ou Comment Microsoft, contre vents et marées, a imposé son Explorer face au Navigator de Netscape», *Journal du Net*, 23 août 2002, en ligne : JdNet <[http://www.journaldunet.com/solutions/0208/020823\\_netscrossoft.shtml](http://www.journaldunet.com/solutions/0208/020823_netscrossoft.shtml)>.

<sup>48</sup> Professeur à l'École d'économie de Paris et ancien professeur au MIT.

<sup>49</sup> L'UE tente d'ailleurs de restreindre ces externalités en mettant de l'avant le principe de précaution, qui reste peu reconnu comme tel.

<sup>50</sup> David Spector, «Comment le droit de la concurrence doit-il traiter les accords d'exclusivité ?» (2004) 4 *Bulletin de la Fédération Paris-Jourdan*.

<sup>51</sup> Arrêt du Tribunal de première instance, T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commission des Communautés européennes*, 17 septembre 2007, en ligne : <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=fr&num=79929082T19040201&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>>.

pour conclure des ententes de collaboration avec la plupart des fabricants d'ordinateurs personnels (PC) européens, dont les deux plus importants, HP et Dell, faisant en sorte que plus de 90 % des PC vendus dans l'Espace économique européen (EEE) le sont prééquipés de *Windows* et secondairement de *Windows Media Player* (WMP).<sup>52</sup> Selon la Commission, Microsoft s'assure ainsi restreindre considérablement les possibilités d'affirmation de ses adversaires sur les marchés concernés, non pas du simple fait d'être à l'avant-garde de la technologie, mais à l'aide de contraintes légales, sous forme de contrats avec les fabricants. Selon l'argument du groupe de travail *antitrust* européen retenu contre Microsoft, cette pratique aurait pour conséquence de causer un handicap aux éventuels concurrents et donc de décourager le processus normal « concurrence/innovation ».<sup>53</sup>

L'approche de la CE s'opposera dans une certaine mesure à l'École de Chicago, ainsi qu'à l'idée voulant que les ententes d'exclusivité soient justifiables dans la plupart des cas pour des raisons d'efficacité, et qu'elles ne constituent donc pas *a priori* une démarche monopolistique de mauvaise foi. En ce sens, selon Spector, la CE s'intéresserait davantage au problème des « externalités » imprévisibles de ces ententes. En effet, celles-ci sont susceptibles d'affecter des tiers (entreprises ou consommateurs) de manières anticoncurrentielles, ne serait-ce que si la demande entre l'« excluante » et l'« exclue » s'avère suffisamment disproportionnée et que les coûts fixes de cette « exclue » constituent l'une de ses principales sources de dépenses<sup>54</sup>? Ainsi, bien qu'ils puissent « s'inscrire dans des stratégies rationnelles de réduction de l'intensité de la concurrence, [les contrats d'exclusivité] méritent à ce titre l'attention des autorités de concurrence.»<sup>55</sup>

### 3.3 La vente liée

Un deuxième enjeu juridique majeur traité dans le cadre de l'affaire Microsoft fait référence à la vente liée, c'est-à-dire la vente de deux ou plusieurs produits sous forme d'ensemble à prix unique, sans que ceux-ci ne puissent être achetés séparément.<sup>56</sup> En 1990, c'est sur cette base que fut portée la première plainte contre Microsoft devant les autorités américaines. Celle-ci concernait la vente liée du

---

<sup>52</sup> International Data Corporation (IDC), en ligne :

<[http://www.idc.com/en\\_US/st/aboutIDC.jhtml;jsessionid=RDV3XQCQ0RP24CTFA4FCFFAKMUDYW IWD](http://www.idc.com/en_US/st/aboutIDC.jhtml;jsessionid=RDV3XQCQ0RP24CTFA4FCFFAKMUDYW IWD)>, tel que cité dans CE, Décision 04/900 de la Commission, du 24 mars 2004, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, [2004], J.O.L., aux pp. 116 et 117.

<sup>53</sup> Adrien Alberini et Pranvera Këllezi, « Arrêt Microsoft – le Tribunal de première instance confirme la décision de la Commission concernant les abus commis par Microsoft », *Centre d'études juridiques européennes* (CEJE), Université de Genève, 9 octobre 2007, Actualité no 416.

<sup>54</sup> L'Union européenne tente d'ailleurs de restreindre ces externalités en mettant de l'avant le principe de précaution, qui reste à terme peu reconnu comme tel.

<sup>55</sup> David Spector, « Comment le droit de la concurrence doit-il traiter les accords d'exclusivité ? » (2004) 4 Bulletin de la Fédération Paris-Jourdan.

<sup>56</sup> La définition suivante est généralement retenue par les autorités *antitrust* américaines : « An agreement by a party to sell one product (...) on the condition that the buyer also purchases a different (or tied) product, or at least agrees that he will not purchase that [tied] product from any other supplier. » É-U., *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 112 S. Ct. 2072, 2079 (1992).



navigateur *Internet Explorer* (IE) sous *Windows*. Suite à une succession de démêlés judiciaires qui s'est poursuivie jusqu'en 2001, la Justice américaine a finalement conclu que Microsoft utilisait illégalement cette pratique anticoncurrentielle, mais infirma la sentence du juge Thomas Penfield Jackson, qui ordonnait le démantèlement de l'entreprise, optant plutôt pour un arrangement par lequel Microsoft s'est engagée à rétablir graduellement la situation.<sup>57</sup>

Selon les Lignes directrices de l'*antitrust* américain relatives aux pratiques restrictives aux commerces, pour statuer sur le caractère contestable d'une vente liée, les autorités doivent vérifier si : (1) le vendeur dispose d'une puissance commerciale relativement au produit clé; (2) les ventes liées ont un effet nuisible sur la concurrence dans le marché pertinent relativement au produit lié; et (3) les motifs d'efficience au soutien des ventes liées en cause ne l'emportent pas sur leurs effets anticoncurrentiels.<sup>58</sup> Or, dans son jugement d'appel de l'arrêt *Microsoft*<sup>59</sup>, la Cour a jugé que l'analyse relative aux caractéristiques intrinsèques de la vente liée appliquée en première instance n'était pas adéquate dans le domaine des plates-formes de logiciels.

Suivant les principes de l'*equity*, le jugement a été fondé sur la Règle de la raison, laissant tomber l'évaluation de la « puissance commerciale » pour insister sur l'effet réel de réduction de la concurrence relative au produit lié et l'absence de justification commerciale valable à la vente liée.<sup>60</sup> Cette présomption fait en sorte d'évacuer la question de la position dominante en supposant que le simple fait de détenir un DPI permette d'exercer une puissance commerciale. Or, les paramètres du marché, notamment l'accès à des produits similaires, peuvent empêcher cet exercice ou encore le faire prédominer.<sup>61</sup> Cependant, les autorités *antitrust* américaines ont récemment nuancé cette dernière décision en affirmant que le degré de puissance commerciale exercée dépendait de « plus que la simple possession » d'un droit de propriété intellectuelle.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> Michèle Rioux, «Une victoire pour Microsoft?», *Centre Études internationales et mondialisation (CEIM)*, Observatoire des Amériques, février 2003, p.1.

<sup>58</sup> É.-U., Département de la justice et Commission fédérale du commerce, *Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property*, 6 avril 1995, republié dans 4 Tr. Reg. Rep. (CCH) 13.132, en ligne : <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm#t53>>.

<sup>59</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (DC Cir. 2001) (Ct. of App.).

<sup>60</sup> Cette interprétation a d'ailleurs été reprise en 2005 dans l'affaire *Independent Ink, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc.*, au terme de laquelle la Cour d'Appel fédérale a statué que l'on pouvait présumer à l'exercice d'une puissance commerciale, dès lors que le produit clé est un DPI et ce, nonobstant le paragraphe 5.3 des *Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property* (AGLIP), ainsi que les oppositions du DoJ et de la FTC. *Independent Ink, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc.*, 396 F.3d 1342 (Fed. Cir. 2005). La Cour s'appuie notamment sur deux arrêts de la Cour suprême allant dans le même sens, soit *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947) et *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38 (1962). Voir Jonathan M. Jacobson et Abid Qureshi, «Did the Per Se Rule on Tying Survive 'Microsoft'?», *New York Law Journal*, 14 août 2001.

<sup>61</sup> «The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner.» Cité dans les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, *supra* note 47, au para 5.3.

<sup>62</sup> *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, No 04-1329, 2005 (U.S.S.C.), décision datée du 1er mars 2006.

### 3.4 L'approche européenne concernant la vente liée

Un important débat s'est articulé sur vente liée et ses impacts sur les marchés secondaires. En appel de la Commission, le Tribunal de première instance (TPI) a conclu en 2007 que la vente du système d'exploitation *Windows*, du fait qu'il soit systématiquement prééquipé de certains appendices Microsoft, notamment du lecteur multimédia WMP et du nouveau format XPS (équivalent Microsoft du PDF d'Adobe Acrobat), consiste dans une entrave abusive à la concurrence sur les marchés secondaires, et ce, en consolidant l'avantage que détient l'entreprise en termes de pouvoir de marché.

Le Tribunal a statué que la position dominante de Microsoft, confortée par une convergence « provoquée » de la demande vers ses produits, assure une situation financière particulièrement aisée lui permettant non seulement l'achat d'entreprises prometteuses, mais également un financement accru de ses processus de développement. Conséquemment, l'entreprise a pu se permettre d'inclure gratuitement certains de ses logiciels à son système d'exploitation, amputant du coup leurs concurrents des bénéfices qu'aurait engendrés la vente de leurs produits. La Justice européenne rappelle en ce sens que cette pratique a permis à Microsoft d'évincer le lecteur RealPlayer de sa position dominante sur le marché des lecteurs multimédias.

À cet égard, les autorités de la concurrence européennes considèrent que la vente liée de WMP à travers le système d'exploitation *Windows* constitue une menace, en ce sens que la généralisation du logiciel incite au développement d'applications multimédias génériques et donc à l'utilisation par défaut du programme Microsoft préinstallé en tant que plate-forme *universelle*. Cela rendrait relativement superflue l'acquisition de lecteurs multimédias conçus par d'autres entreprises. Conséquemment, la Cour soutient que les effets directs et indirects de la présence automatique du lecteur WMP privilégient Microsoft non seulement dans ses relations avec les concepteurs de contenu, mais lui confère également une position prééminente sur divers marchés connexes, notamment sur le marché lucratif de la vente de musique en ligne. Cela sans compter l'impact publicitaire que génère la vente liée de produits. Ce faisant, le jugement du TPI a entériné la décision de la Commission ordonnant que *Windows* ne puisse pas être mis en marché au sein de l'EEE dans sa version originale qui inclut WMP (Microsoft devra proposer une version « de base » sous l'appellation *Windows XPn*). La Cour exigera que le lecteur soit vendu séparément ou sous forme de paquet, dans un ensemble *Windows* plus cher.

Également, dans le cadre de l'affaire *antitrust* impliquant *Internet Explorer*, dont les plaintes furent déposées par Opera et Mozilla, Microsoft fut rendue coupable d'avoir injustement lié la vente de son navigateur à travers le géant *Windows*. En plus du retrait d'IE 8, Microsoft de son nouveau système d'exploitation (*Windows 7*) en Europe, celui-ci devra être muni d'un écran d'accueil (soutenu par

Opera) permettant au consommateur de choisir, parmi une liste prédéterminée, le navigateur qu'il souhaite utiliser.<sup>63</sup>

Enfin, l'analyse de la vente liée a soulevé une question centrale, à savoir si Microsoft doit être considérée comme une entreprise consubstantielle, ou si ses branches, développant des produits informatiques diversifiés, ne devraient pas plutôt être segmentées, afin d'être soumises de manière autonome à la concurrence de leurs « marchés respectifs ». S'écartant, dans une certaine mesure, des conclusions américaines, cette dernière position, finalement adoptée, devrait permettre de ralentir la dominance de Microsoft sur les marchés du vieux continent, notamment en octroyant aux équipementiers le droit de choisir librement quels outils ils désirent inclure sur leurs ordinateurs, et donc de créer des environnements de travail variés et adaptés en fonction des différentes clientèles visées.<sup>64</sup> En effet, selon le TPI, *Windows* et *WMP* constituent des produits distincts par rapport à la demande des consommateurs. Ils devraient donc être vendus de manière indépendante. Évidemment, selon les avocats de Microsoft, il s'agit là d'une « nouvelle théorie juridique (...) hautement spéculative ».<sup>65</sup>

L'incertitude concernant les avenues de l'approche intentionnaliste — et potentiellement lourde de conséquences — de l'UE est par ailleurs accentuée par le tollé de contestations provoqué par la décision contre Microsoft. En effet, plusieurs figures importantes du milieu des affaires européen, dont Alberto Mingardi et Paolo Zanetto, respectivement directeur et consultant à l'Institut Bruno Leoni de Turin<sup>66</sup>, affirment protéger les intérêts du consommateur en défendant les effets bénéfiques relatifs à la position dominante de Microsoft. Reprenant l'argument de l'entreprise, ce point de vue soutient que le consommateur n'est en rien lésé par la présence d'outils complémentaires sur *Windows*, mais qu'au contraire, il bénéficie d'une forme améliorée du système proposé par Microsoft<sup>67</sup>. Suivant cette logique, l'avantage monopolistique serait intrinsèque au processus d'innovation, c'est-à-dire qu'une compagnie novatrice détiendrait « par la nature des choses » des droits prépondérants sur les produits qu'elle développe. Dès lors, le maintien de ces privilèges sera déterminé par la capacité de l'entreprise à rester à l'avant-garde de la technologie. En ce sens, l'affirmation graduelle de logiciels libres (ou

---

<sup>63</sup> cet égard, l'Union fédérale des consommateurs (UFC) *Que Choisir* a proposé à Bruxelles l'établissement d'un système de sélection intégré, afin de démocratiser le choix de navigateur des consommateurs. Selon ce procédé, les navigateurs rencontrant certains critères figureraient dans une liste affichée à l'écran d'accueil et seraient présentés en ordre alphabétique, dépouillés de leurs logos. Le Bureau de la concurrence, de la société de l'information et des médias ainsi que la Direction générale de la santé et de la protection du consommateur examinent actuellement ces possibilités.

<sup>64</sup> CE, Communiqué de presse, IP/OO/906, (3 septembre 2000).

<sup>65</sup> Adrien Albernini et Pranvera Këllezi, « Arrêt Microsoft – le Tribunal de première instance confirme la décision de la Commission concernant les abus commis par Microsoft », *Centre d'études juridiques européennes* (CEJE), Université de Genève, 9 octobre 2007, actualité no 416, p.2.

<sup>66</sup> Alberto Mingardi et Paolo Zanetto, « Super Mario contre Microsoft : l'histoire d'un jugement fabriqué d'avance », *Centre for the New Europe*, Istituto Bruno Leoni Turin, Italie, 2004.

<sup>67</sup> Stan Liebowitz, Allocution, Colloque intitulé *The Macro Issues of Ten Microsoft Case: Antitrust Regulation's threat to European Innovation*, *Centre for the New Europe*, 20 avril 2006, aux pp. 22-23, en ligne : [http://www.cne.org/pub\\_pdf/2006\\_04\\_20\\_msft\\_macro.pdf](http://www.cne.org/pub_pdf/2006_04_20_msft_macro.pdf).

partiellement libres) rivalisant directement avec les produits Microsoft, tels que Google, Firefox,<sup>68</sup> ou Adobe Reader, démontrerait l'autonomie du marché de l'informatique en termes de génération de concurrence.

Selon Mingardi et Zanetto, la décision de 2004 de l'ex-commissaire à la concurrence européen, Mario Monti, s'inscrit dans la démarche « pro interventionniste » que poursuit celui-ci depuis son arrivée à l'exécutif européen. À tort ou à raison, l'objectif premier de Monti en matière de concurrence a été la création de précédents forts, en vue d'affirmer une position idéologique européenne favorable à la régulation politique des marchés.<sup>69</sup> La vraisemblable intransigeance de Bruxelles apparaît, à la lumière de cette analyse du *Centre for the New Europe* (CNE)<sup>70</sup>, s'être affirmée en réaction à l'attitude jugée clémente dont la Cour suprême américaine a fait preuve face à Microsoft dans son jugement de février 2000.<sup>71</sup> Selon les protestataires, l'administration européenne se trouverait dès lors à fournir une assistance publique à des entreprises non performantes, ce qui constitue une entrave à l'innovation, à la création d'emplois, ainsi qu'au rapport qualité/prix des produits en question.<sup>72</sup> Monti aurait ainsi répondu aux plaintes des entreprises européennes concurrentes de Microsoft<sup>73</sup>, sapant du coup l'objectif fondamental de protection du consommateur.<sup>74</sup>

Il s'agit donc là de l'expression du chaud débat entourant la question des limites de l'intervention politique légitime dans la régulation des marchés. Les autorités *antitrust* peuvent-elles légitimement contraindre une entreprise dominante à produire une version « de base » (potentiellement moins performante et moins utile) d'un produit « à valeur ajoutée » déjà disponible sur le marché? Le fait de permettre ou de faciliter l'entrée de nouveaux produits concurrents, et donc d'en stimuler le développement, est-il essentiel pour favoriser l'avancement

---

<sup>68</sup> Le 1<sup>er</sup> février 2009, Microsoft a présenté une offre d'achat historique à Yahoo! de 44,6 milliards \$ É.-U. Le dénouement de cette éventuelle transaction, qui est présentement sous enquête chez les autorités de la concurrence des deux côtés de l'Atlantique, reste à suivre. Voir aussi Karl de Meyer, «Une opération sous la haute surveillance des autorités antitrust», *Les echos.fr*, 4 février 2008, en ligne, <http://www.lesechos.fr/info/comm/4682148.htm>

<sup>69</sup> Alberto Mingardi et Paolo Zanetto, « Super Mario contre Microsoft : l'histoire d'un jugement fabriqué d'avance », *Centre for the New Europe*, Istituto Bruno Leoni Turin, Italie, 2004.

<sup>70</sup> Le Centre for the New Europe est un *think tank* d'influence sur les scènes européenne et internationale. Il se décrit comme étant d'orientation «pro-marché». Voir généralement Centre for the New Europe, en ligne : <<http://www.cne.org>>.

<sup>71</sup> 71 CE, Communiqué de Presse, «Commission examines the impact of Windows 2000 on competition», IP/00/141, (10 février 1999).

Voir Kehoe, Louise, «Clear Win For World's Software Giant», *Financial Times*, 29 novembre 2001.

<sup>72</sup> *Ibid*, p.11.

<sup>73</sup> Cinq entreprises d'influence, membres du Comité européen pour des systèmes compatibles (ECIS), ont ouvertement appuyé la position de la Commission contre Microsoft, soit IBM, Oracle, Nokia, Red Hat (Linux) et RealNetworks (propriétaire de RealPlayer). Groupe BNP Paribas, «La Commission européenne reçoit cinq soutiens de taille contre Microsoft», 7 mars 2005, en ligne : L'Atelier : <<http://www.atelier.fr/institutions/10/07042005/commission-europeenne-recoit-cinq-soutiens-taille-contremicrosoft-29543-.html>>.

<sup>74</sup> Alberto Mingardi et Paolo Zanetto, « Super Mario contre Microsoft : l'histoire d'un jugement fabriqué d'avance », *Centre for the New Europe*, Istituto Bruno Leoni Turin, Italie, 2004, à la p.5.

technologique, diversifier les options offertes aux consommateurs et empêcher le contrôle des prix par les entreprises?<sup>75</sup>

### 3.5 L'interopérabilité

La question de l'interopérabilité est le point central, en termes d'impact commercial, mis de l'avant par l'administration européenne dans l'affaire Microsoft. La question s'inscrit dans la problématique plus vaste de la généralisation de *Windows* comme plate-forme « universelle » ou « standard ». Dès lors, la question se pose à savoir si ce système d'exploitation ne devrait pas devenir « libre » (*open source*) en tant que produit générique (les bénéfices encourus ayant nettement rentabilisé les dépenses de la compagnie en termes de R&D); ou bien si le simple fait d'être en mesure de communiquer avec l'interface *Windows* est suffisant pour satisfaire les normes législatives minimales de la concurrence.

La question de l'interopérabilité est reliée à la théorie des « ressources essentielles » (*essential facilities*), utilisée notamment dans l'arrêt *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*<sup>76</sup> de 1999. Cette dernière soutient qu'une compagnie en position dominante ne peut légitimement bloquer l'accès d'un compétiteur aux ressources qui sont essentielles à son entrée sur un marché donné. Selon cette théorie, la réunion des quatre critères suivant permettrait de conclure la violation du §2 du *Sherman Antitrust Act*, soit (1) le refus de négocier l'accès à des ressources essentielles, (2) l'incapacité du concurrent d'accéder par d'autres moyens raisonnables à ces ressources, (3) le déni de l'utilité desdites ressources et (4) la possibilité de fournir effectivement l'accès à ces ressources.<sup>77</sup> Aux États-Unis, la jurisprudence reste toutefois mitigée sur la reconnaissance du principe des ressources essentielles, souvent jugée trop contraignante. D'ailleurs, aux termes du *Microsoft Final Judgement* intervenu entre Microsoft et les autorités américaines, le géant de l'informatique peut fixer lui-même les conditions de qualification permettant à une entreprise d'avoir accès à ses ressources essentielles.<sup>78</sup>

Dans la même veine, l'affaire *Reiffin c. Microsoft*, qui concerne l'interopérabilité d'un lecteur « temps réel » avec *Windows* et *Explorer*, est présentement en réexamen. En 2003, le juge Newman de la Cour de District Nord de Californie a infirmé le jugement de juin 2000 concernant la plainte de M. Reiffin, qui avait alors rejeté la recevabilité de l'affaire.<sup>79</sup> Également, dans l'arrêt *Verizon v. Law*

---

<sup>75</sup> Voir David Harfst, Allocution, Colloque intitulé *The Macro Issues Of ten Microsoft Case: Antitrust Regulation's threat to European Innovation*, Centre for the New Europe, 20 avril 2006, à la p.13, en ligne : Centre for the New Europe <[http://www.cne.org/pub\\_pdf/2006\\_04\\_20\\_msft\\_macro.pdf](http://www.cne.org/pub_pdf/2006_04_20_msft_macro.pdf)>.

<sup>76</sup> *Intergraph Corp. v. Intel Corp. (Intel)*, 3 F. Supp. 2d 1255 (N.D. Ala. 1998), *vacated*, 195 F.3d 1346, 1367 (Fed. Cir. 1999).

<sup>77</sup> Voir Michael A. Carrier, «Refusals to License Intellectual Property under Section 2 of the Sherman Act» (2005) 55 *DePaul Law Review* 1191.

<sup>78</sup> *New York et. al. c. Microsoft Corp.*, 683 F.3d 2, Civil Action No. 98-1233 (2002).

<sup>79</sup> *Martin Gardner Reiffin v. Microsoft Corporation*, CA No. 98-1502 (Washington D.C. 2003).

*Offices of Curtis v. Trinko*<sup>80</sup>, la Cour suprême a statué qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer cette théorie (sans toutefois la rejeter) dans la mesure où un organisme public dispose du pouvoir de contraindre au partage des ressources et d'en réglementer l'étendue.<sup>81</sup> La Cour s'est du coup prononcée réticente face au fait de forcer des personnes à partager leurs avantages, soulignant que les effets potentiels d'une telle mesure seraient en outre la réduction de l'investissement, l'attribution aux tribunaux d'un rôle de planificateurs centralisés et l'incitation à la collusion entre les concurrents.<sup>82</sup> En somme, ces jugements témoignent de l'attitude timorée des tribunaux face à l'imposition de contraintes positives aux entreprises en matière d'*antitrust*, et corrobore l'idée qu'une approche au « cas par cas » vaut mieux qu'une règle générale.<sup>83</sup>

### 3.6 L'approche européenne

La théorie des ressources essentielles trouve meilleur écho en Europe. Plusieurs jugements se sont prononcés clairement en faveur de son application lorsque des « circonstances exceptionnelles » provoquent une conduite abusive relativement à un droit de propriété intellectuelle exclusif.<sup>84</sup> À cet égard, certaines conditions devront toutefois être rencontrées, c'est-à-dire (1) l'accès à la ressource est essentiel à l'activité commerciale (cela implique plus qu'une simple difficulté économique); (2) le refus d'accès au droit de propriété intellectuelle prive vraisemblablement le marché secondaire de toute concurrence; (3) l'absence de justification objective (plus que la simple possession d'un DPI)<sup>85</sup>; et (4) le refus empêche l'émergence de nouveaux produits ou services que le détenteur du DPI n'offre pas et pour lesquels il y a une demande potentielle des consommateurs.

À ce chapitre, l'entêtement de Microsoft à vouloir conserver l'exclusivité (DPI) sur ses lignes de codes et ses codes sources, et ce, afin de rentabiliser le développement de ses produits, lui aura valu d'importantes remontrances. Dans l'arrêt *Microsoft* (2007), la justice européenne affirme l'existence d'un seuil minimal d'interopérabilité entre les différents systèmes d'exploitation, soutenant du coup la

---

<sup>80</sup> Voir *Verizon v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004) (U.S.S.C.) (ci-après *Trinko*), où la Cour a affirmé que la théorie avait été élaborée par les tribunaux inférieurs et n'avait jamais été reconnue par la Cour suprême.

<sup>81</sup> *Ibid.* Voir aussi *NYMEX v. Intercontinental Exchange*, 323 F.Supp.2d 559 (S.D.N.Y. 2004) à la p. 568, où la *District Court of New York* a jugé que l'on ne pouvait pas invoquer la théorie des installations essentielles parce que le secteur en cause était réglementé (en l'occurrence par la *Commodities Future Trading Commission*).

<sup>82</sup> *Trinko*, *supra*, n. 69, aux pp. 411-415.

<sup>83</sup> Voir Eleanor M. Fox, *A Tale of Two Jurisdictions and an Orphan Case: Antitrust, Intellectual Property, and Refusals to Deal*, 28 *Fordham Int'l L.J.* 952 (2005), à la p. 965.

<sup>84</sup> *IMS Health v. NDC Health*, [2004] Rec. CJCE I-5039; *Bronner v. Mediaprint* [1998] Rec. CJCE I-7791; *RTE et al. v. Commission, (Magill II)* [1995] Rec. CJCE I-743.

<sup>85</sup> L'analyse consiste à déterminer si les incitatifs à l'innovation l'emportent sur les « circonstances exceptionnelles » invoquées. Voir *European Commission v. Microsoft*, COMP/C-3/37.79 (décision de la Commission), 24 mars 2004, ainsi que *Microsoft Corp. vs. Commission des Communautés européennes*, T-201/04 R, 22 décembre 2004.

décision de Bruxelles concernant les mesures correctives imposées à Microsoft.<sup>86</sup> Sur ce point, le Tribunal a ordonné la « divulgation, sur une base prospective, complète et exacte des spécifications reliées aux protocoles utilisés par les serveurs de groupe de travail sous *Windows* », en vertu de l'alinéa 2b) de l'article 81 CE.<sup>87</sup> L'argument de la Cour s'appuie notamment sur la nécessité de partager les informations essentielles au développement de logiciels et d'applications indépendants, compatibles avec les principales plates-formes de Microsoft. L'UE cherche en ce sens à éviter que le géant américain ne contrôle les conditions de mise en marché des concurrents, réels ou potentiels, européens.<sup>88</sup>

Cette question reste controversée, puisqu'elle met en opposition deux droits, soit la propriété intellectuelle et la concurrence. En effet, du côté de Microsoft, on prétend que la décision de la Commission interprète de manière non conforme l'Accord de l'OMC sur la protection de la propriété intellectuelle (ADPIC). Le TPI affirme quant à lui que le droit à la propriété intellectuelle n'est pas absolu et rappelle que le droit communautaire a primauté sur les règles de l'OMC. Selon les autorités européennes, l'abus de Microsoft quant à son DPI consiste dans son refus de partager les principaux codes sources nécessaires au développement de

---

<sup>86</sup> *Microsoft c. Commission*, T-201/04, [2004], non encore publié au Rec.

<sup>87</sup> *Article 81* 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à: a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction; b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements; c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement; d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence; e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. 2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit. 3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : — à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, C 325/64 FR *Journal officiel des Communautés européennes* 24.12.2002 — à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises, et — à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans: a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs; b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence (nos soulignements). *Traité de Rome instituant la Communauté*, 25 mars 1957, J.O.L. C-325/33 (entrée en vigueur de la version consolidée : décembre 2002).

<sup>88</sup> D'ailleurs, en juillet 2006, Microsoft a écopé d'une amende, calculée en termes d'astreintes journalières et s'élevant à 280,5 millions d'euros, pour ne pas s'être conformée à la décision de 2004, en vertu de laquelle la Commission sommait l'entreprise de divulguer certains de ses codes sources spécifiques. Cela dit, la compagnie ne répond toujours pas aux exigences de Bruxelles sur ce point, bien qu'elle affirme travailler de bonne foi en ce sens. Dans la même veine, en septembre 2006, les deux leaders mondiaux en matière de logiciels de sécurité, Symantec et McAfee, ont également transmis leurs inquiétudes à la Commission concernant l'impossibilité de développer des logiciels compatibles avec *Windows Vista*. Encore une fois, les informations disponibles sur cette nouvelle plate-forme étant insuffisantes. Accusé de pratiques anticoncurrentielles, Microsoft a alors joué la carte de l'entente à l'amiable en s'engageant à révéler les informations requises, ainsi qu'à fournir une version de *Windows (XPn)* sans *Media Player* et ne présentant pas *Explorer* comme navigateur par défaut. Emmanuel Grasland et Michel Kititareff, «Vista : la longue marche de Microsoft», *Les Échos*, jeudi, 30 novembre 2006, p.9.

programmes compatibles avec *Windows*, violant donc en fait et en droit les dispositions 81 et 82 du *Traité de Rome*. Ces dispositions visent à éviter qu'une entreprise n'en vienne à exiger arbitrairement des droits pour l'utilisation de ses protocoles, ce qui lui assurerait une position dominante perpétuelle, hors compétition, sans pour autant innover davantage.<sup>89</sup>

Inévitablement, la nature transnationale du développement Web donnait une portée internationale à l'ordonnance de 2007. Par conséquent, dans le cadre de l'*Open Source Convention* établie en juillet 2009 à San Jose en Californie, Microsoft a rendu public 20 000 lignes de codes (sous licence publique générale GNU) nécessaires à l'interopérabilité de toutes les distributions de Linux,<sup>90</sup> qui pourront être exécutées sous Windows Servers 2008 *via* la machine virtuelle Hyper-V, signée Microsoft. Cette ouverture permettra une meilleure intégration des logiciels de Linux, déjà largement disponible sur la plate-forme Mac.<sup>91</sup>

Suite à cette concession, la stratégie mise en oeuvre par Microsoft pour se montrer

« *open* » (par exemple, la mise en ligne du service Moodle) sera par ailleurs compensée par une hausse du niveau d'agressivité de la compagnie eu égard à ses brevets (partagés avec Novell), notamment par des menaces de poursuites judiciaires.<sup>92</sup> Signe que toute chose comporte sa contradiction, le 23 décembre 2009, Microsoft a perdu en appel d'une décision majeure prononcée le 11 août 2009 par un tribunal du Texas. La Cour d'appel fédérale a donc confirmé l'ordonnance émise par le Juge Leonard Davis interdisant à Microsoft de vendre son logiciel de traitement de texte Word, fondement de la célèbre suite Office, sur l'ensemble du territoire américain.<sup>93</sup> Le logiciel, pouvant lire et créer des documents en formats .xml, .docx ou .docm, violerait le brevet de la société canadienne i4i déposé en 1998 et visant la même technologie.<sup>94</sup> En réponse à la plainte déposée en 2007 devant les autorités du droit de propriété intellectuelle américaines, le jugement condamne

---

<sup>89</sup> Mark Schmidt, «Lawyers Playing Lawmakers: The Microsoft Antitrust Suit», *National Taxpayers Union Foundation*, no 119, septembre 1999.

<sup>90</sup> Soit 20 000 lignes de code de pilotes de périphériques : gestion de stockage sur disques durs SCSI et IDE et gestion des protocoles pour réseaux Ethernet.

<sup>91</sup> Philippe Guerrier, «Comment Microsoft courtise les communautés open source» (21 juillet 2009), en ligne : ITespresso.fr <<http://www.itespresso.fr/comment-microsoft-courtise-les-communautes-open-source-30549.html>>.

<sup>92</sup> Ainsi que l'entend le vice-président de Microsoft, Horacio Gutierrez, «[i]ntellectual property licensing is and will continue to be part of those solutions.» Horacio Gutierrez, «Collaboration, Competition and IP in the Real World», 22 juillet 2009, en ligne : Microsoft <<http://microsoftontheissues.com/cs/blogs/mscorp/archive/2009/07/22/collaboration-competition-and-ip-in-the-realworld.aspx>>.

<sup>93</sup> É-U., *i4i LP's and Infrastructures for Information Inc.'s v. Microsoft Corp.*, Cour du District Est du Texas (Tyler Division) Case 6:07-cv-00113-LED, 11 août 2009, en ligne : <<http://blog.seattlepi.com/microsoft/library/20090811i4iinjunction.pdf>>.

<sup>94</sup> É-U., «Method and System for Manipulating the Architecture and the Content of a Document Separately from Each Other», United States Patent 5,787,449, Vulpe, et al., 28 juillet 1998, en ligne : US Patent & Trademark Office, Patent Full Text and Image Database <<http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO2&Sect2=HITOFF&p=1&u=%2Fnetacgi%2FPTO%2Fsearchbool.html&r=12&f=G&l=50&co1=AND&d=PTXT&s1=5,787,449&OS=5,787,449&RS=5,787,449>>.



Microsoft, en plus de la censure de Word, à payer 290 millions \$ É.-U. à i4i en dommages et intérêts.<sup>95</sup>

#### 4. La réaction stratégique de Microsoft

##### 4.1 Évitement et compensation

Face à ces poursuites judiciaires, la réaction défensive de l'entreprise de Redmond sera d'amener ses plaignants à jouer sur un autre terrain. En ce sens, la compagnie privilégiera la voie du règlement à l'amiable, notamment afin d'éviter la création de précédents judiciaires qui pourrait lui nuire pour l'avenir. Il s'agira donc de conserver le plus possible ces conflits dans le domaine du privé en proposant de généreuses compensations à ses contestataires tant privés que publics.

Pour illustrer la stratégie d'évitement judiciaire, l'appel de Microsoft concernant la décision de 2002 du juge Frederick Motz de la Cour fédérale de Baltimore est notoire. Le jugement, bien qu'il ait accueilli les revendications de fond soumise par Sun Microsystems en obligeant Microsoft d'inclure la plate-forme Java à son système d'exploitation *Windows*<sup>96</sup>, s'est tout de même soldé en avril 2004 par un règlement à l'amiable. En effet, *Sun* a accepté de retirer sa plainte en contrepartie du versement d'un cachet de dédommagement de près de deux milliards de dollars, ainsi que du retrait de la composante Java signée Microsoft du système *Windows XP* par l'entremise du *service pack 1a*. L'issue judiciaire de cette affaire, déposée en vertu du *Copyright Act*, aurait probablement été plus profitable à Sun en termes d'intégration du marché et, plus globalement au dynamisme concurrentiel du marché des TIC. Cela dit, le compromis accepté par *Sun* réfère à un calcul politico-économique dépassant les principes du droit commercial : outre la somme astronomique gagnée par Sun pour avoir évité à Microsoft de se compromettre devant les tribunaux américains, l'inventeur de Java s'est surtout assuré d'un partenariat avec le plus grand éditeur informatique au monde, abandonnant l'idée de le concurrencer.<sup>97</sup> D'ailleurs, suite au règlement de cette affaire, Sun Microsystems a annoncé, en novembre 2004, le retrait de son appui aux autorités de

---

<sup>95</sup> Intellectual Property Watch, «Microsoft Loses Key Patent Judgment», 23 décembre 2009, en ligne : Intellectual Property Watch <[http://www.ip-watch.org/weblog/2009/12/23/microsoft-loses-key-patent-judgement/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+ipwatch+%28Intellectual+Property+Watch%29](http://www.ip-watch.org/weblog/2009/12/23/microsoft-loses-key-patent-judgement/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+ipwatch+%28Intellectual+Property+Watch%29)>.

<sup>96</sup> Cette décision venait à son tour invalider celle du juge Colleen Kollar-Kotelly, qui avait rejeté la demande du «Groupe de New York» de contraindre Microsoft à inclure Java dans son système d'exploitation.

<sup>97</sup> Jean-Baptiste Su, «Procès InterTrust: Microsoft joue ses droits numériques», 01net., 13 avril 2004, en ligne : <[http://www.01net.com/editorial/212346/\(mise-a-jour\)-proces-intertrust-microsoft-joue-ses-droits-numeriques/](http://www.01net.com/editorial/212346/(mise-a-jour)-proces-intertrust-microsoft-joue-ses-droits-numeriques/)>. Christopher Bardy, «La justice dispense Microsoft d'inclure Java dans Windows», *Réseaux-Télécom.net*, 27 juin 2003, en ligne : <<http://www.reseaux-telecoms.net/actualites/lire-la-justice-dispense-microsoft-d-inclure-java-dans-windows-2179.html>>.

la concurrence européennes, dans leur bataille juridique contre Microsoft.<sup>98</sup> Ce repli a également impliqué celui de la *Computer and Communication Industry Association* (CCIA), dont Sun fait partie. Ce groupe de pression (basé à Washington), bien qu'à l'origine de nombreuses poursuites *antitrust* contre Microsoft aux États-Unis comme en Europe, aurait alors affirmé s'être « réconcilié » avec Microsoft.<sup>99</sup>

Plus encore, le procès *InterTrust v. Microsoft*<sup>100</sup> dont l'ouverture était prévue pour mi-juin 2003 à l'issue d'une plainte d'InterTrust sous l'égide du *trust* Sony/Philips, n'aura finalement pas lieu aux États-Unis. Rappelant les accusations de Sun Microsystems concernant l'utilisation illégale de composants Java (et maintenant celle de i4i à propos de Word), InterTrust accusait Microsoft d'utiliser onze technologies brevetées *Digital Right Management* (DRM) sans autorisation, à travers ses produits *Windows, Office, Windows Media Player*, la plate-forme .NET et le projet *Athena* (ex-Palladium). Microsoft a finalement réglé l'affaire à l'amiable en versant 440 millions de dollars à Intertrust pour l'affranchissement des droits numériques relatifs à ses technologies antipiratage (aujourd'hui, ces DPI sont reconnus comme Microsoft DRM).<sup>101</sup> Conclusion salvatrice pour le géant américain, qui risquait gros dans ce dossier, puisqu'une défaite devant les tribunaux aurait pu le contraindre à retirer du marché l'ensemble des produits concernés.<sup>102</sup> Au demeurant, Microsoft n'a jamais admis sa faute envers le *Sherman Act* et continue de défendre la légitimité *de jure* de sa position.

---

<sup>98</sup> Sun Microsystems est à l'origine de l'ouverture de l'affaire Microsoft en Europe. Groupe BNP Paribas, «La Commission européenne reçoit cinq soutiens de taille contre Microsoft», 07 mars 2005, en ligne : L'Atelier : <<http://www.atelier.fr/institutions/10/07042005/commission-europeenne-recoit-cinq-soutiens-taille-contre-microsoft-29543-.html>>.

<sup>99</sup> Juste avant cette affaire (mars 2004), son Président, Ed Black, défendait pourtant une tout autre position : «[I]a décision de la Commission Européenne confirme à nouveau les pratiques anticoncurrentielles et les stratégies commerciales illégales de Microsoft (...) Cette décision empêchera le monopole de Microsoft sur les plates-formes de diffusion et subséquemment sur le contenu numérique lui-même. Cela est devenu encore plus important compte tenu de la convergence accrue de l'ordinateur et du divertissement familial.» Ed Black, *Computer and Communications Industry Association* (CCIA), mars 2004, citée dans Fédération internationale des associations de multimédia (FIAM), *Bulletin de nouvelles de la FIAM* par André G. Côté et Philippe Gauthier (mars 2004) 5 : 2, en ligne : FIAM <<http://www.fiam.org/newsletter/archives/index200403fr.html>>.

<sup>100</sup> E.-U., *InterTrust v. Microsoft*, U.S. District Court for the Northern District of California, 2004.

<sup>101</sup> Paradoxalement, pour légitimer l'acquisition d'InterTrust devant la Commission européenne, en 2002, Sony/Philips avait utilisé l'argument juridique voulant que les droits numériques issus de la technologie Microsoft devraient être considérés comme des parts du marché de la gestion des droits numériques, soit le marché principal d'InterTrust. L'autorisation de la Commission s'était en outre appuyée sur l'idée que l'acquisition d'InterTrust pouvait favoriser la concurrence en freinant le monopole de Redmond. Deux ans plus tard, InterTrust cédait l'essentiel de ses droits à Microsoft dans un règlement hors cours qui aura notamment permis à Microsoft DMR de s'affirmer comme concurrent direct de la technologie FairPlay d'Apple. Voir Commission européenne, Case No COMP/M.3042, *Sony / Phillips / InterTrust*, SG (2002) D/233491/233492 Regulation (EEC) No 4064/89 Merger procedure, Article 6(1)(b) Non-opposition, Office for Official Publications of the European Communities, L-2985, Luxembourg, en ligne : <[http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3042\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3042_en.pdf)>.

<sup>102</sup> <Jean-Baptiste Su, «Procès interTrust: Microsoft joue ses droits numériques», *01net.*, 20 juin 2003, en ligne : <[http://www.01net.com/editorial/212346/\(mise-a-jour\)-proces-intertrust-microsoft-joue-ses-droits-numeriques/](http://www.01net.com/editorial/212346/(mise-a-jour)-proces-intertrust-microsoft-joue-ses-droits-numeriques/)>.

Clin d'oeil au slogan de Google « *Don't be evil!* », Microsoft misera également sur une apparence d'engagement social : « *be good!* » semble être la réplique adressée en ce sens par Ballmer. De cette manière, le géant de l'informatique arrivera dans la plupart des cas à contourner les systèmes normatifs nationaux, préférant de loin défrayer les coûts élevés relatifs à l'entretien d'une légitimité *de facto* que de risquer un jugement en action civile qui pourrait lui être fatal.

Parmi les nombreux exemples à l'appui de ce constat, l'issue du procès *California c. Microsoft*, en juillet 2003, s'avère des plus révélatrices. Au terme de cette affaire, où Microsoft était accusée de surfacturer ses produits, le juge Paul Alvaro de la Cour supérieure de San Francisco a approuvé l'entente proposée par Microsoft adressées aux 27 organisations citoyennes plaignantes, évitant une fois de plus à la multinationale la tenue de procédures civiles.<sup>103</sup> Selon l'accord en question, Microsoft s'est engagée à publier la distribution de crédits d'achat, à ses frais, d'une valeur de 5 à 29 dollars américains et valables pour la plupart des logiciels et progiciels de n'importe quel fournisseur de produits informatiques. Cette offre s'adresse aux personnes et aux entreprises californiennes s'étant procurées *Windows 95*, *Office* ou certains autres logiciels Microsoft entre le 18 février 1995 et le 15 décembre 2001, qui ont bénéficié de deux mois pour réclamer les crédits relatifs à l'achat de l'un des produits, vendus trop chers par rapport aux prix du marché. Il s'agit d'une première en la matière, soit la prescription d'un dédommagement public en vertu des lois *antitrust* américaines, qui pourrait s'élever à 1,1 milliard de dollars si tous les bons sont réclamés. En d'autres cas, Microsoft s'est engagée à verser les deux tiers de la somme non réclamée à des écoles californiennes pour l'achat de matériel informatique.<sup>104</sup> Or, cette jurisprudence vient contrebalancer la décision de 2002 du juge Motz, qui rejetait la validité de ce type d'accords. Microsoft avait alors proposé aux associations de consommateurs plaignants d'offrir gratuitement ses logiciels aux écoles défavorisées américaines, pour un montant allant jusqu'à un milliard de dollars. Contrairement à l'affaire *California c. Microsoft*, la partie plaignante avait par ailleurs dénoncé la proposition, accusant Microsoft de vouloir ainsi s'offrir le milieu éducatif.<sup>105</sup>

Ce genre de compensation s'inscrit dans la démarche de Microsoft visant à redorer son image suite aux déboires rencontrés avec les autorités *antitrust*. Il s'agit là d'un élément de plus en plus mis de l'avant au sein de la stratégie commerciale de la compagnie. En ce sens, Bill Gates axe maintenant celle-ci sur la coopération et la philanthropie, efforts notamment salués par Bill Clinton en octobre dernier, alors que la compagnie a contribué à la hauteur de 72 millions de dollars américains en argent et en matériel informatique à des organisations communautaires et

---

<sup>103</sup> Brenda Sandburg, «Judge Slashes Fees in Microsoft Class Action», *The Recorder*, 14 septembre 2004, en ligne : <<http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1095107239344>>.

<sup>104</sup> Declan McCullagh, «Judge OKs \$1.1 Billion Microsoft Deal», *CNET News.com*, 29 août 2003, en ligne : <[http://www.news.com/2100-1012\\_3-1027598.html](http://www.news.com/2100-1012_3-1027598.html)>. Voir Microsoft, *Microsoft California Standards Claim Form*, en ligne : <[http://programs.apple.com/microsoftclaims/Standard\\_Claim\\_Form.pdf](http://programs.apple.com/microsoftclaims/Standard_Claim_Form.pdf)>

<sup>105</sup> Estelle Dumout, «Microsoft rembourse 1,1 milliard de dollars pour éviter un procès risqué», *ZDnet.fr*, 14 janvier 2003, en ligne : <<http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,2128609,00.htm>>

caritatives<sup>106</sup>. La valeur des donations de Microsoft à des organismes à but non lucratif (OBNL) de par le monde s'élève, pour l'année fiscale 2007, à près de 400 millions de dollars.

Parallèlement, Microsoft mise également sur sa capacité d'influence normative par rapport à la réglementation de la concurrence américaine. En effet, la compagnie s'est lancée dans la production de rapports, commentaires et autres documents doctrinaux adressés au Congrès américain et qui constitue un argumentaire ayant des impacts incontestables sur la légitimité de la multinationale.<sup>107</sup> C'est d'ailleurs de cette manière que Microsoft a contribué à l'achoppement de l'alliance commerciale qui était prévue entre Yahoo! et Google. La compagnie s'affiche dès lors de plus en plus comme une autorité en matière de droit de la concurrence aux États-Unis.

## 4.2 La distinction naturelle du marché des TIC

Lorsqu'il s'agit de présenter une défense en Cour, l'argument numéro un des avocats de Microsoft est la non-applicabilité du *Sherman Act* aux entreprises issues de la « nouvelle économie » propulsée par la révolution technologique. Selon cette logique, l'industrie de la haute technologie serait radicalement différente de celle ayant insufflé les lois *antitrust* américaines, dont l'exemple par excellence est la *Standard Oil* de Rockefeller. D'ailleurs, le rejet de cette défense par le jugement Jackson qui en 2000 ordonnait le démantèlement de Microsoft en deux sociétés distinctes, ce qui provoqua une importante levée de boucliers des tenants de cette nouvelle interprétation de la Loi. Signe qu'elle est de plus en plus défendue dans le milieu du droit des technologies, cette opposition culmina, l'année suivante, dans le renversement de la décision. Stratégiquement, on accusa le Juge Jackson d'impartialité, ce qui invalida son jugement.<sup>108</sup> L'affaire fut renvoyée en première instance puis réglée hors cour, suite à un compromis au coeur duquel Microsoft s'engage primo à fournir les codes sources nécessaires à ses concurrents pour rendre leurs produits opérables sur *Windows*, et secundo à ne pas engager de représailles, notamment contre des fabricants d'ordinateurs et des fournisseurs Internet, en vue d'imposer ses produits. Toutefois, sur cette dernière disposition, il semble que les relations entre Microsoft et les développeurs de technologies ne s'adressant pas exclusivement à *Windows* soient de plus en plus tendues, ce qui laisse présager d'éventuelles poursuites en ce sens.

À ce sujet, le 18 mars 2009, un renvoi de la Cour suprême américaine a répondu négativement à la question de Microsoft soutenant l'irrecevabilité de la

---

<sup>106</sup> Andrew Chin (prof univ. De Caroline du Nord, expert sur le cas de Microsoft) dans Andrew Noyes, «Microsoft's philanthropic record has won praise»

<sup>107</sup> Voir Brad Smith, *Microsoft on the Google-Yahoo! Deal: The Future of Internet Advertising, Consumer Choice and Competition*, 1er octobre 2008, en ligne : Microsoft <<http://www.microsoft.com/Presspass/presskits/googleyahoo/default.mspx>>.

<sup>108</sup> Une stratégie argumentaire semblable, c'est-à-dire basée sur un parti pris de l'autorité compétente, fut déployée contre la décision du Commissaire Mario Monti inculquant Microsoft d'abus de position dominante dans l'EEE; voir MINGRADI, Alberto et Paolo Zanetto, « Super Mario contre Microsoft : l'histoire d'un jugement fabriqué d'avance », *Center font the New Europe*, Turin, 2004.

plainte de la compagnie de développement de logiciel Novell à son endroit, susceptible de contraindre le géant de Redmond à verser plusieurs milliards à son concurrent.<sup>109</sup> Les avocats de Microsoft estimaient que Novell n'était pas son concurrent direct sur le marché des systèmes d'exploitation, ni un client Microsoft dans les années 1994-1995, et que ces conditions étaient nécessaires à l'intention d'une telle poursuite judiciaire. La Cour a statué en faveur de Novell, ce qui constituait, selon le renvoi, un précédent important.<sup>110</sup> Or, la plainte de Novell fut retirée suite à un accord historique, conclu en novembre 2006, entre les deux protagonistes. Appuyé par une proposition sonnante et trébuchante de Microsoft s'élevant à 355,6 millions \$ É.-U., l'entente consacre un partenariat de développement qui permettrait à Microsoft d'utiliser les brevets de Novell pour commercialiser SUSE Linux, opérable à partir de *Windows Server 2008*.<sup>111</sup>

Au niveau théorique, alors que l'École de Harvard accorde une importance particulière au droit à la liberté de choix du consommateur, en termes davantage raisonnables, l'École de Chicago, paradigme actuellement dominant aux États-Unis, insiste pour sa part sur l'idée d'« efficacité économique » ou d'« efficience ». Favorable aux DPI, elle dénonce les approches favorisant une application stricte de la législation *antitrust* concernant les restrictions entre concurrents. Selon cette approche, la structure et la dynamique propre à un marché doivent être considérées dans l'analyse pour déterminer si l'usage d'une restriction est abusif ou non. En ce sens, il importe de tenir compte du caractère particulier des « marchés de l'innovation », dont la nature justifie souvent l'absence de concurrents du fait qu'ils n'existent pas encore. La distinction naturelle des marchés permettrait en outre d'évaluer la possibilité que l'arrangement monopolistique puisse être le meilleur type de marché pour favoriser l'innovation technologique.

Saisissant l'opportunité que présente encore ce « flou juridique », le moyen de défense privilégié par les avocats de Microsoft s'appuiera sur les contributions doctrinales de plusieurs économistes experts en concurrence, notamment celles de William H. Page, John Lopatka et Benjamin Klein, qui adhèrent au courant libéral de l'approche « évolutionniste » de l'*antitrust* américain reprenant, pour l'essentiel, les théories économiques développées par les partisans de l'École de Chicago dans les années 1970. Ce courant néoclassique s'appuie sur l'idée de la prévisibilité rationnelle de l'évolution d'un système, c'est-à-dire que les bons produits l'emporteront nécessairement contre les mauvais si l'on respecte les lois inhérentes

---

<sup>109</sup> Plus particulièrement, l'affaire concerne des allégations d'abus de position dominante du monopole Microsoft pour écraser le processeur de traitement de texte *WordPerfect* et le logiciel tableur *QuattroPro*. La plainte de Novell, déposée en 2004, vise d'abord l'inopérabilité de ces technologies sur la plate-forme *Windows 95*. Ensuite, elle accuse Microsoft d'avoir délibérément ciblé et détruit une franchise de Novell parce qu'elle produisait des éléments compatibles avec d'autres systèmes que *Windows*. Paul McDougall, «Supreme Court Won't Block Novell's Microsoft Lawsuit», *Information week*, 18 mars 2008, en ligne : <<http://www.informationweek.com/news/showArticle.jhtml?articleID=206904292>>.

<sup>110</sup> Nathan Eddy, «Supreme Court Denies Microsoft Bid To Block Novell Lawsuit By», ChannelWeb, 18 mars 2008, en ligne : <<http://www.crn.com/software/206904400>>.

<sup>111</sup> 111 Phillipe Astor, «Microsoft et Novell ouvrent un labo dédié à l'interopérabilité de leurs systèmes», *ZDNet.fr*, en ligne : <<http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39373227,00.htm>>.

au libre marché.<sup>112</sup> Au regard de cette épistémologie déterministe, l'intervention des autorités régulatrices de la concurrence saperait les avantages relatifs au dynamisme des sociétés dominantes plutôt que de permettre l'émergence d'agents innovateurs.

Selon Benjamin Klein, la position dominante de Microsoft, ainsi que son comportement commercial (relativement aux accusations de pratiques anticoncurrentielles dont elle fait l'objet) serait justifiable selon la logique rationnelle de la concurrence.<sup>113</sup> Ainsi, l'attitude agressive de Microsoft face à la concurrence, par exemple envers le navigateur Netscape et le système Java de Sun Microsystems, s'expliquerait par la peur légitime de perdre sa position dominante sur le marché de la haute technologie. Il s'agirait donc là d'un comportement défensif tout à fait normal, visant la conservation d'une position de chef de file par la mise en marché de nouveaux produits.

Selon Klein, l'analyse de la conduite de Microsoft doit principalement tenir compte de quatre éléments. D'abord, l'investissement massif de la multinationale dans la technologie des navigateurs, dont une partie consiste en l'absorption des coûts reliés à la fourniture gratuite du service *via* Internet. Ensuite, l'acquisition de contrats d'exclusivité avec des distributeurs Internet et finalement, la vente liée d'*Explorer* à l'achat de la plate-forme *Windows*. D'après l'auteur, alors que les quatre actions furent mises en cause par l'Administration américaine, seules les deux dernières seraient des éléments réellement contestables en droit de la concurrence. En effet, se plaçant du point de vue du consommateur, l'analyse de Klein soutient que, dû à ses investissements majeurs sur le marché de la distribution de navigateur, Microsoft offre en réalité un des meilleurs rapports qualité/prix pour l'acquisition de son « excellent » produit *Explorer*. Cela justifierait largement son positionnement quasi monopolistique. En ce qui concerne la fixation des prix à zéro, la multinationale fut accusée d'éliminer la possibilité de revenus pour les compagnies concurrentes et donc de se servir de sa position dominante sur le marché des plateformes informatiques pour conquérir le marché dérivé des navigateurs Internet. Or, l'auteur réfute cette argumentation, soutenant que cette action se justifie par l'absence de coût marginal attribuable au commerce d'*Explorer*.

L'idée du caractère distinct du marché des TIC ne sera toutefois pas retenue par les lignes directrices américaines, qui favoriseront une analyse classique des paramètres de convergence des télécommunications, au même titre que n'importe quel autre domaine. En principe, cette démarche consiste à vérifier si : (1) l'entreprise est en position dominante (contrôle plus de 20 % du marché); (2) la restriction considérée risque d'avoir des effets négatifs sur la concurrence; et (3) la restriction est raisonnablement nécessaire pour obtenir des effets bénéfiques pour la croissance, qui doivent faire plus qu'en compenser les effets négatifs.<sup>114</sup> Cela dit, signe que l'application des lois *antitrust* aux DPI concernant la « nouvelle économie

---

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> *Supra* note 8, à la p. 45.

<sup>114</sup> *Supra* note 47, au para. 3.4.

» ne fait pas l'unanimité aux États-Unis, l'Administration américaine a cru bon de créer en mai 2007 l'*Antitrust Modernization Commission*, soit un organe responsable de produire des rapports qui contribueront à l'homologation des « bonnes pratiques » en la matière.<sup>115</sup>

### 4.3 S'affirmer sur l'Internet et face à l'*open source*

Le système de l'Internet soulève sans cesse de nouveaux enjeux tant sociaux que politiques et économiques. À différents degrés, l'extension progressive de la Toile à l'ensemble des activités de la vie courante contribue à modifier les lieux de pouvoir nationaux et internationaux. D'après Jonathan Palfrey, professeur de droit à l'Université Harvard, cela se traduirait notamment par la propension des États à vouloir accroître leur autorité et leur pouvoir de régulation sur l'Internet.<sup>116</sup> Par le biais d'un de ses plus grands monopoles d'État, Microsoft, les États-Unis affirment aujourd'hui plus que jamais leurs convoitises de l'Internet.

Preuve que Microsoft est consciente de la nécessité d'orienter son développement vers la Toile, la société multiplie les efforts pour contenir l'expansion de la firme Google, dont les services Web font de plus en plus office d'incontournables, mais aussi pour développer son propre système de services en ligne. Chose certaine, depuis l'ouverture du dossier devant les autorités de la concurrence américaine en 1990, le paysage informatique s'est considérablement transformé, notamment *via* l'émergence de l'*open source*, mise de l'avant par GNU/Linux : la stratégie commerciale de Microsoft doit donc être remaniée. En effet, alors qu'il y a 25 ans, l'objectif était le financement du développement en vue de l'acquisition de programmes « fermés » auprès de développeurs, afin d'en vendre les certificats de licence (en vertu du DPI), la concurrence d'aujourd'hui met à la disposition des consommateurs une panoplie de services similaires et gratuits, qui tirent l'essentiel de leur financement de la publicité en ligne. Le marché de la publicité Web est pour l'heure largement contrôlé par Google, qui détiendrait à elle seule environ 75 % des parts du marché. C'est en ce sens que Microsoft est montée jusqu'au Congrès américain pour faire valoir son opposition au projet de partenariat publicitaire qui allait être conclu entre Google et Yahoo! à l'été 2008.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> *The Antitrust Modernization Commission* : en ligne : <<http://govinfo.library.unt.edu/amc/>>.

<sup>116</sup> Brooke Masters, Roger Blitz et Daniel Pimlott, «Online Gambling Wants Another Chance to Win» *Financial Times* (du Royaume-Uni) (1er février 2007), en ligne : FT.com/In\_dept <[http://www.ft.com/cms/s/0/b4b1fb48-b239-11db-a79f-0000779e2340,dwp\\_uuid=e676331a-4bb0-11da-997b-0000779e2340.html](http://www.ft.com/cms/s/0/b4b1fb48-b239-11db-a79f-0000779e2340,dwp_uuid=e676331a-4bb0-11da-997b-0000779e2340.html)>.

<sup>117</sup> Selon Microsoft, l'alliance de Google et Yahoo! aurait fait en sorte de monopoliser 90 % de la recherche en ligne, permettant ainsi à Google d'influencer et de manipuler les coûts relatifs à la publicité sur l'Internet. Cela aurait pour effet de nuire à l'innovation et de hausser les prix à la consommation. Brad Smith (Vice-président sénior et Conseiller général chez Microsoft), «Written Testimony on the Google/Yahoo! Agreement and the Future of Internet Advertising (House)», Hearing on Competition and the Internet, House Committee on the Judiciary, Task Force on Competition Policy and Antitrust Laws, Washington D.C., 15 juillet 2008, en ligne : <<http://www.microsoft.com/Presspass/exec/bradsmith/07-15housetestimony.msp>>. ; et Brad Smith (Senior Vice President and General Counsel) for Microsoft Corporation, «Written Testimony on the Google/Yahoo! Agreement and the Future of Internet Advertising

Signe de l'importance de l'enjeu publicitaire, Microsoft s'est d'ailleurs empressée de faire parvenir une offre d'achat alléchante à Yahoo! peu après avoir contribué à l'achoppement de l'entente devant les autorités *antitrust* américaines. Yahoo! regrettera d'avoir tenu tête à Ballmer et se résignera à conclure le 29 juillet 2009 une entente de sous-traitance en service de vente d'espaces publicitaires<sup>118</sup> nettement moins généreux, mais définitivement salulaire dans les circonstances pour la firme de Sunnyvale<sup>119</sup> : L'Accord intervient tactiquement après que Jerry Yang, l'ancien PDG et cofondateur de Yahoo! fût démis de ses fonctions<sup>120</sup> « [e]n raison de [son] incapacité à conclure un accord avec Microsoft », ainsi qu'après que Qi Lu, l'ancien viceprésident exécutif de Yahoo!, soit nommé à la barre de la division des services Internet chez Microsoft en janvier 2009. Microsoft avait également recruté Sean Suchter, un ancien responsable du département de recherche de Yahoo!, en novembre 2008. Pour couronner le tout, après que Microsoft ait mis en juin 2009 le grappin sur le moteur Bing (partenaire du service de microblogue Twitter<sup>121</sup>). Comme quoi Microsoft est prête à jouer dur pour s'imposer sur le marché des TIC, condition au maintien de sa position dominante dans un futur rapproché.

Pour l'instant, l'avantage de Microsoft réside dans le la position dominante de son tableau de bord informatique (*Windows*), passage presque obligé pour accéder à Internet. La compagnie s'assure ainsi de la collaboration des développeurs Web qui ne pourraient se permettre la non-opérabilité de leurs applications en format MS-DOS. Microsoft craint toutefois l'achat et la diffusion d'OpenOffice, une suite homologue à Microsoft Office, par le géant Google, en plus de redouter une éventuelle alliance stratégique avec Apple (relations d'ailleurs surveillées par le FCC<sup>122</sup>). En effet, les standards traditionnels de Microsoft, notamment au niveau de

---

(Senate)», Hearing on The Google/Yahoo! Agreement and the Future of Internet Advertising, United States Senate Judiciary Committee Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, Washington D.C., 15 juillet 2008, en ligne : Microsoft <<http://www.microsoft.com/Presspass/exec/bradsmith/07-15testimony.mspx>>.

<sup>118</sup> Rappelant les récents déboires d'AOL, dans sa sous-traitance pour Time Warner.

<sup>119</sup> Au terme de cet accord, négocié pour 10 ans, Yahoo! empochera de 88 % (les 5 premières années) à 90 % (les 5 dernières années) du chiffre d'affaires de Microsoft lié à la vente d'espaces publicitaires, soit une rente annuelle garantie pour les trois premières années de 50 millions de dollars. La première offre de Microsoft, refusée en novembre dernier, atteignait presque les 50 milliards. Microsoft pour sa part obtient le transfert de 400 spécialistes de Yahoo! dans ses rangs. Par ses partenariats avec Bing et Yahoo!, Microsoft entend ainsi contrer la montée en puissance de Google, qui détiendrait selon les chiffres divulgués par l'institut américain ComScore environ 65 % du marché de la recherche sur Internet contre 8,4 % pour Microsoft/Bing et environ 20 % pour Yahoo!, et dont le navigateur Google Chrome est maintenant disponible en ligne pour les utilisateurs de la plate-forme Pentium d'Intel. Robert Cyran, «Avec Microsoft, Yahoo! amorce un virage très risqué», 31 juillet 2009, Le Monde, en ligne : LeMonde.fr <[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/07/31/avec-microsoft-yahoo-amorce-un-virage-tresrisque\\_1224661\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/07/31/avec-microsoft-yahoo-amorce-un-virage-tresrisque_1224661_651865.html)>.

<sup>120</sup> Par un vote de l'Assemblée générale annuelle des actionnaires du groupe Internet de Yahoo!, en novembre 2008. Il fut remplacé par Carol Bartz en janvier 2009.

<sup>121</sup> Microsoft a récemment lancé son nouveau site Bingtweets, qui allie les résultats de recherche Internet de Twitter et de Bing sur la même page. Voir en ligne : BingTweets <<http://bingtweets.com/>>.

<sup>122</sup> Les soupçons proviennent notamment du fait qu'Eric Schmidt, PDG de Google, siégeait, jusqu'à tout récemment, sur le conseil d'administration d'Apple. Schmidt a démissionné le 3 août dernier, sous prétexte qu'avec la sortie du navigateur Google Chrome (et du système d'exploitation Chrome OS, prévu pour



la confiance des consommateurs dans la stabilité de ses produits, ne lui permettent pas encore de proposer des alternatives concluantes en *open source*. Selon Steven McGeady, ancien administrateur d'Intel ayant témoigné contre Microsoft au cours du procès, si l'impact de Linux ne met pas en danger la position dominante de Microsoft dans le domaine des systèmes d'exploitation, l'effet du navigateur Mozilla Firefox serait « extrêmement important », en ce sens ou il fixerait des standards plus rigides.<sup>123</sup>

Au terme de sa « modernisation », Microsoft affirme que le développement de la nouvelle version de son système d'exploitation, *Windows 7*, s'exerce dorénavant en collaboration avec d'autres acteurs de l'industrie. Il faut noter qu'elle s'était fait reprocher de vouloir posséder toutes les dimensions de l'industrie, plutôt que de travailler en collaboration avec les entreprises connexes. L'éditeur mettra également à la disposition des développeurs plusieurs de ses informations sources au sein de son propre « espace ouvert », intitulé MSDN. À cet égard, la compagnie a publié en 2006 une déclaration de principes (en 12 points) censée guider les futurs développements de *Windows*. Ceux-ci sont répartis en trois catégories :

- Choice for Computer Manufacturers and Customers. Microsoft is committed to designing Windows and licensing it on contractual terms so as to make it easy to install non-Microsoft programs and to configure Windows-based PCs to use non-Microsoft programs instead of or in addition to Windows features.
- Opportunity for Developers. Microsoft is committed to designing and licensing Windows (and all the parts of the Windows platform) on terms that create and preserve opportunities for applications developers and Web site creators to build innovative products on the Windows platform — including products that directly compete with Microsoft's own products.
- Interoperability for Users. Microsoft is committed to meeting customer interoperability needs and will do so in ways that enable customers to control their data and exchange information securely and reliably across diverse computer systems and applications.<sup>124</sup>

---

2010) Google n'est plus «complémentaire», mais bien «en concurrence» avec les produits Apple. Dans un communiqué officiel, Steve Jobs a déclaré vouloir éviter les éventuels conflits d'intérêts qui pourraient nuire à l'efficacité de Schmidt en tant qu'administrateur. Steve Jobs, «Dr. Eric Schmidt Resigns from Apple's Board of Directors» (3 août 2009) en ligne : Apple <<http://www.apple.com/pr/library/2009/08/03bod.html>>.

<sup>123</sup> William H. Page et John E. Lopatka, «The *Microsoft* Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare» (2007) University of Chicago Press.

<sup>124</sup> 124 Site officiel de Microsoft, en ligne : Microsoft Corporate Citizenship <<http://www.microsoft.com/about/corporatecitizenship/enus/our-commitments/our-principles/windows-principles.aspx>>.

Premier pas en ce sens, la dernière version d'*Explorer* (8) a donné lieu à la création du *Windows Internet Explorer Developer Center* (2008), un espace Web mettant à la disposition des développeurs certaines informations essentielles à l'opérabilité sur *Windows*. En fin de compte, en opposition avec une tradition de fermeture quasi imperméable aux concurrents, sous le sceau de la propriété intellectuelle, la nouvelle stratégie développée par Microsoft dans les dernières années prévoit le travail en étroite collaboration avec les différents acteurs de l'industrie, ainsi qu'avec les agences gouvernementales. Cela dans le but de s'éviter d'importants frais judiciaires, voire un démantèlement partiel. En outre, la compagnie s'impliquerait de plus en plus en politique, s'affichant aujourd'hui comme une firme d'expert-conseil majeure pour les autorités *antitrust*. Ainsi, les démêlés judiciaires que connaît Microsoft aux États-Unis et en Europe l'auront forcé à investir considérablement dans le développement d'une rhétorique de gouvernance globale de la concurrence dans le domaine des TIC. Relent positif de ces expériences, la démonstration de la cohérence et de l'effectivité de ce moyen de défense aura par ailleurs impliqué certains changements d'attitude du géant de Redmond, notamment envers l'*open source*. Aujourd'hui, non seulement tous les contrats et décisions relatives au design de Microsoft sont préalablement et minutieusement révisés par des avocats spécialistes en droit de la concurrence, mais la compagnie a également cru bon de dispenser à l'ensemble de ses employés une formation extensive portant sur les systèmes *antitrust*.<sup>125</sup>

## 5. Conclusion

Somme toute, l'étude du cas Microsoft démontre l'intérêt des États-Unis dans la promotion d'une approche de la régulation de la concurrence qui favorise les jeux entre champions internationaux, alors que l'UE cherche à protéger l'émergence et la viabilité de champions nationaux européens, cherchant ainsi à permettre à ses PME de vendre leurs produits de haute technologie (ex. logiciels) sur les tablettes plutôt que de vendre leur DPI à Microsoft pour qu'elle les commercialise sous *Windows*. L'idée est d'opérer un rattrapage technologique sur les marchés secondaires en empêchant la vente liée d'*Explorer* et de *Windows Media Player*, ainsi qu'en forçant Microsoft à ouvrir totalement *Windows* (idée de *Windows* comme une plateforme standard). Or, rappelons que, de l'autre côté de l'Atlantique, l'ordonnance par consentement conclue entre les autorités américaines et Microsoft, l'éditeur choisit les entreprises à qui il s'ouvre. Les États-Unis cherchent ainsi à maintenir leur position dominante internationale sur le marché des TIC. Selon l'approche américaine, un « nivellement » technologique sur les standards Microsoft ne favoriserait pas l'innovation et la diversité du secteur.

Ainsi, fortement influencé par l'idée néoclassique d'un marché extérieur totalement libéré, l'hégémon mise ainsi sur l'entreprise privée et sa gouvernance comme vecteur de la compétitivité économique américaine valorisant l'idée du rôle

---

<sup>125</sup> *Supra* note 113.

important du « *private enforcement* ». <sup>126</sup> De plus, alors qu'aux États-Unis, Google est aujourd'hui perçu comme la « nouvelle Microsoft », cela ne va pas de soi en UE. Christine Varney, chef de la section concurrence du DoJ a ainsi déclaré : « Pour moi, Microsoft est tellement "siècle dernier", ils ne sont pas le problème. Je pense que nous allons voir un problème durable, potentiellement, avec Google, qui à mon avis a acquis légalement un monopole dans la publicité sur Internet ». Or, Microsoft pose vraisemblablement encore problème sur le vieux continent, en témoigne le nouveau jugement de 2009 de la CE contre Microsoft concernant la vente liée d'explorer et l'interopérabilité de son système.

Enfin, dans un contexte de crise économique, on peut se demander si le rapprochement entre les États-Unis et l'Europe pour l'harmonisation des règles de la concurrence globale ne risque pas de reculer d'un pas. En effet, le dilemme entre une intervention nécessaire pour réguler les marchés à la sortie de la crise économique et la réflexion sur l'utilité des monopoles pour générer une croissance économique se pose aujourd'hui plus que jamais, ainsi que l'a bien souligné Barak Obama :

Nous vivons dans une économie mondialisée et nous devons probablement adapter notre approche de l'antitrust pour distinguer ce qui est véritablement un comportement anticoncurrentiel de la part de monopoles et d'oligopoles de ce qui est juste de grandes entreprises qui réussissent et qui ont besoin d'être grandes pour soutenir la concurrence sur le plan international. <sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Michèle Rioux, «Fondements et paradoxes d'une intégration en profondeur en Amérique du Nord : le cas des télécommunications» (2002) 02 : 05 (avril) Cahier de recherche du Groupe de recherche sur l'intégration continentale, UQAM, CEIM, à la p. 6

<sup>127</sup> Nicole Dupont (AFP), «Barack Obama : les grandes lignes de la politique antitrust» (21 mai 2008), L'internationalmagazine.com, en ligne : L'international <<http://www.linternationalmagazine.com/article4222.html>>.