

UNE VICTOIRE POUR MICROSOFT ?

Par Michèle Rioux

Février 2003

L'affaire Microsoft a mobilisé l'attention des autorités antitrust depuis le début des années 90. La récente victoire de Microsoft lui a permis, en novembre 2002, d'éviter un démantèlement. Ceci semble clore une poursuite qui a soulevé de vifs débats aux États-Unis, dont l'un des plus importants portait sur la pertinence de l'action antitrust dans le contexte de l'émergence de la nouvelle économie. Néanmoins, ce géant de l'informatique, qui développe une présence de plus en plus importante dans la quasi-totalité des segments de la nouvelle économie, n'est pas au bout de ses peines avec les autorités antitrust, qu'il s'agisse des autorités américaines ou de la Commission européenne. Les controverses soulevées par le procès Microsoft et l'ambiguïté des gouvernements face à l'émergence de grands groupes – voire de monopoles – illustrent une problématique de fond qui traverse les débats économiques actuels, soit celle de la régulation des marchés à l'heure de la déréglementation et de la globalisation.

Dix années d'enquêtes et de poursuites débouchent sur la décision de démanteler Microsoft

En 1990, la Federal Trade Commission (FTC) lançait une enquête sur la collusion entre Microsoft et IBM. Trois ans plus tard, alors que l'enquête piétine, le Département de la Justice engage une poursuite contre les pratiques commerciales de Microsoft. En 1995, le Juge Thomas Penfield Jackson approuve un accord signé en 1994 par Microsoft et le Département de la Justice. En vertu de cet accord, Microsoft s'engageait à ne pas utiliser son système d'exploitation de manière anticoncurrentielle. Concrètement, Microsoft ne devait pas contraindre les constructeurs d'équipements informatiques à intégrer ses logiciels à Windows.

En 1997, le Département de la Justice affirme que Microsoft a violé l'ordonnance d'août 1995 et le juge Jackson ordonne ensuite à Microsoft de cesser d'obliger les fabricants d'ordinateurs à lier *Internet Explorer* et *Windows 95*. En janvier 1998, Microsoft signe un accord qui l'oblige à permettre aux fabricants d'ordinateurs (Compaq et autres) d'installer le système d'exploitation sans l'icône *Internet Explorer*. Quelques mois plus tard, le Département de la Justice et 20 États américains

engagent une poursuite contre Microsoft pour abus de position dominante¹. En 1999, dans ses conclusions préliminaires, le juge Thomas Penfield Jackson affirmera que Microsoft détient un pouvoir de monopole et qu'il en a abusé. Un processus de médiation est amorcé mais le juge Richard Posner, nommé comme médiateur par le juge Jackson, ne parviendra pas à obtenir un compromis satisfaisant pour les parties.

En 2000, le juge Jackson rend sa décision ; Microsoft est coupable de violation du Sherman Act et de plusieurs autres lois en vigueur dans différents États. Microsoft fait immédiatement appel de la décision alors que le Département de la Justice et 17 États demandent au juge le partage de Microsoft en deux sociétés séparées. Le débat sur les mesures à prendre fait rage durant plusieurs mois mais finalement, en juin de cette même année, le juge Jackson décide que Microsoft doit être démantelée en deux sociétés et qu'elle doit modifier ses comportements.

Coupable de violation du Sherman Act

Selon la partie plaignante, Microsoft maintenait illégalement son monopole sur le marché des systèmes d'exploitation destinés aux ordinateurs PC (Intel-compatible personal computers). Il était aussi allégué que Microsoft multipliait les pratiques anticoncurrentielles pour maintenir son monopole et qu'elle tentait de monopoliser le marché des logiciels de navigation internet. La plainte portait également sur les pratiques anticoncurrentielles de l'entreprise visant à défendre son monopole, notamment celle qui consistait à lier *Internet Explorer* et *Windows*. En 2000, la Cour concluait que : (1) Microsoft avait bel et bien maintenu son pouvoir de marché de manière anticoncurrentielle et qu'elle tentait de monopoliser le marché des navigateurs (Web Browser market) ; et, (2) Microsoft violait aussi la loi en liant illégalement *Internet Explorer* à *Windows*. Toutefois, concernant les pratiques de commercialisation de Microsoft pour empêcher la concurrence (notamment l'existence de contrats d'exclusivité liant Microsoft et d'autres entreprises), la Cour concluait que la preuve

¹ Soulignons que deux États se sont, par la suite, retirés de cette action.



n'avait pas suffisamment démontrée la culpabilité du géant de Redmond.

Il convient de rappeler ici que, selon la section 2 du Sherman Act, il est illégal de monopoliser un marché. Pour être reconnue coupable de monopolisation, la preuve doit être faite que : (1) l'entreprise ou la personne détient un monopole sur un marché « pertinent » ; (2) elle a acquis ou elle maintient cette position en vue de monopoliser le marché ; et, (3) elle a acquis ou maintient cette position en ayant recours à des pratiques anticoncurrentielles².

Dans le cas présent, il fut établi que Microsoft détenait un pouvoir de monopole sur le marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs compatibles. Microsoft détenait un monopole sur ce marché puisqu'il n'existait pas, actuellement ou dans un délai raisonnable, de produits susceptibles de constituer un substitut à *Windows*³. La Cour a considéré que cette situation permettait à Microsoft de fixer les prix supérieurs au prix concurrentiel (autrement dit elle pouvait surfacturer ses prix) sans courir le risque de provoquer l'entrée de concurrents et de perdre des parts de marché. Outre la part de marché de Microsoft, excédant 95%, plusieurs barrières à l'entrée furent reconnues comme étant une protection contre l'entrée de concurrents. Bien que Microsoft ait tenté de contredire cet argument en faisant valoir, d'une part, que les pressions concurrentielles l'empêchaient d'exercer un pouvoir de monopole et, d'autre part, que ses pratiques (tant au niveau de sa politique de prix qu'au niveau de l'introduction d'innovations technologiques) étaient incompatibles avec l'exercice d'un tel pouvoir de marché, Microsoft fut considérée comme un monopole.

Mais il n'est pas suffisant de prouver qu'une entreprise détient un monopole. L'application du droit de la concurrence a toujours reflété, à divers degrés, un grand pragmatisme, voire une grande tolérance, par rapport aux processus de monopolisation. L'on peut même considérer que le droit de la concurrence n'est pas un instrument visant à faire prévaloir la concurrence mais un instrument de légitimation institutionnelle des processus de monopolisation qui reflète le degré d'acceptabilité de la concentration économique et des pratiques anticoncurrentielles des entreprises dans une société à un moment donné. L'influence du néolibéralisme, particulièrement dans les États-Unis des années 80, a certainement contribué à renforcer l'idée selon laquelle la concentration des marchés n'était pas un critère suffisant pour justifier l'action antitrust et que, en la matière, il fallait démontrer au moins deux choses pour appliquer la loi contre les monopoles : la première étant que cette position dominante sur le marché ne reflétait pas une performance supérieure de l'entreprise dans la mesure où il convient d'éviter de punir les entreprises qui s'imposent en raison de leur efficacité et de leur capacité à innover ; et, la deuxième étant qu'il fallait prouver que l'entreprise bénéficiant d'une telle position avait adopté

des pratiques anticoncurrentielles ayant des effets véritables et substantiels sur la concurrence.

Dans le cas de Microsoft, il fut établi que l'entreprise savait pertinemment qu'elle possédait un pouvoir de monopole, qu'elle cherchait à préserver son pouvoir de marché et qu'elle exploitait les barrières à l'entrée à cet effet. Mais encore faut-il prouver que ces comportements visent à exclure ou à empêcher la concurrence et qu'ils ne constituent pas une réponse normale de l'entreprise aux pressions concurrentielles auxquelles elle fait face. À cet égard, la Cour a considéré que, ayant reconnu une menace à son pouvoir de monopole dans l'émergence de certaines technologies, Microsoft avait cherché à convaincre les « développeurs » de se concentrer sur des applications spécifiques à *Windows* et à ignorer d'autres avenues, notamment celles qui étaient ouvertes par le navigateur Netscape et la technologie Java. Ce faisant, Microsoft empêchait le développement de technologies qui auraient pu mener à l'émergence de substituts à *Windows*, avec le résultat qu'elle est parvenue à barrer la route à Netscape et Sun Microsystems de manière efficace et probablement permanente.

Les antécédents ont certainement joué fortement en défaveur de Microsoft. Cette dernière avait, rappelons-le, réussi à convaincre Intel, Apple, RealNetworks et IBM de renoncer à certaines technologies susceptibles de réduire les barrières à l'entrée qui lui procuraient une protection contre la concurrence. Elle a tenté la même chose avec Netscape en 1995 en proposant à cette dernière de renoncer à introduire un nouveau navigateur. Devant le refus de Netscape, Microsoft a pris des mesures de représailles contre celle-ci et contre les fournisseurs d'accès internet, les fabricants d'ordinateurs et d'autres firmes afin d'imposer *Explorer*. Par la suite, Microsoft a tenté de rendre Netscape moins intéressant pour les développeurs. La stratégie consistait à maximiser l'usage de *Internet Explorer*, ce qui passait notamment par une pré-installation sur les PC et par des contrats liant *Windows* et son navigateur. Microsoft a imposé de fortes contraintes aux fabricants et ce, afin de limiter la possibilité de reconfigurer *Windows 95* et *Windows 98*. En outre, Microsoft a utilisé des incitatifs et des mesures de représailles pour exclure Netscape du marché.

Les arguments techniques de Microsoft pour justifier ses pratiques ont été écartés par la Cour, tout comme ceux qui cherchaient à établir la supériorité de *Internet Explorer*. Il en fut de même pour les arguments de Microsoft qui tentaient d'établir un lien entre ses pratiques et l'exercice de ses droits de propriété intellectuelle. Si le *Copyright Act* permet à une entreprise d'empêcher les détenteurs de licences de modifier un produit protégé, comme *Windows 95* et *Windows 98*, les pratiques de Microsoft ne constituaient pas des restrictions permises en vertu de cette loi. Contrairement à ce qu'affirmait Microsoft, rien dans cette loi ne permet à une entreprise de préserver l'intégrité des logiciels contre une modification ou une distorsion. En effet, il n'existe pas de tels droits exclusifs énumérés dans le *Copyright Act* et il est, par ailleurs, spécifiquement mentionné que les entreprises ne peuvent utiliser les droits dont elles bénéficient en vertu de cette

² *United States v. Grinnell Corp.* (1966) et *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services* (1992).

³ S'il existe des possibilités d'entrevoir l'émergence de substituts dans un délai raisonnable, il est plus difficile de considérer que l'entreprise constitue effectivement un monopole. Ceci est particulièrement important dans le contexte de la nouvelle économie puisque les changements technologiques rapides qui la caractérisent peuvent être considérés comme un rempart contre les abus de position dominante sur le marché.

loi de manière anticoncurrentielle⁴. Bref, les restrictions utilisées par Microsoft ne furent pas considérées comme étant des mesures visant à préserver l'intégrité de *Windows*.

En ce qui concerne la pratique de Microsoft qui consistait à fournir gratuitement *Internet Explorer* aux fournisseurs d'accès internet ou encore à leur offrir des conditions favorables en échange de la faveur qu'ils accorderaient à *Explorer*, le juge Jackson a conclu qu'un tel sacrifice, celui de ne pas chercher à tirer des revenus d'*Explorer*, ne pouvait être expliqué qu'en considérant l'effet d'une telle stratégie sur Netscape. Microsoft cherchait à maximiser l'usage d'*Explorer* et à tirer profit de ce qu'on appelle l'« effet réseau » afin d'empêcher Netscape de gagner des parts de marché et, éventuellement, de réduire les barrières à l'entrée protégeant le monopole de Microsoft.

Le jugement : De Microsoft aux « Baby Bills »?

Le dernier cas de démantèlement d'un monopole remonte à la décision de briser le monopole d'AT&T au début des années 80. Le Département de la Justice était alors parvenu à un compromis avec AT&T qui impliquait une séparation structurelle entre les marchés interurbains et locaux et sept compagnies, les *Baby Bells* qui allaient, de leur côté, conserver un monopole sur le marché local⁵. C'est un peu la même situation qui semblait se reproduire à l'issue du procès de Microsoft alors que l'on visait à séparer les activités de « monopole » de Microsoft (système d'exploitation) de ses activités plus « concurrentielles » (applications-logiciels). De la même manière que l'on avait créé les *Baby Bells* à l'issue de l'affaire AT&T, l'on allait maintenant voir apparaître ce que certains ont appelé des « *Baby Bills* ». La différence, très significative, étant que Microsoft n'entendait pas accepter ni négocier, contrairement à AT&T une vingtaine d'années plus tôt, une telle réorganisation de ses activités. Comme nous l'avons dit plus tôt, la médiation entre Microsoft et le Département de la Justice a échoué, et Microsoft n'envisage pour l'instant aucune forme de réorganisation structurelle pour répondre aux préoccupations des autorités antitrust.

⁴ Dans l'affaire *Eastman Kodak* (504 U.S. at 479 n.29), il est mentionné que « The Court has held many times that power gained through some natural and legal advantage such as a . . . copyright, . . . can give rise to liability if « a seller exploits his dominant position in one market to expand his empire into the next. » » (quoting *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 611 (1953)). Aussi dans l'affaire *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*, 36 F.3d 1147, 1186 n.63 (1st Cir. 1994), il apparaît que « a copyright does not exempt its holder from antitrust inquiry where the copyright is used as part of a scheme to monopolize ». Par ailleurs, dans *Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak* (1998), on mentionne que « Neither the aims of intellectual property law, nor the antitrust laws justify allowing a monopolist to rely upon a pretextual business justification to mask anticompetitive conduct ».

⁵ Il est intéressant de mentionner que les *Baby Bells* ne sont plus aussi nombreuses. Plusieurs d'entre elles ont fusionné et il n'en reste véritablement que trois. Dans le débat provoqué par la crise actuelle dans les télécommunications, la FCC considère la possibilité de permettre leur fusionnement avec des entreprises sur les d'autres segments de marché, notamment avec WorldCom et AT&T, ce à quoi elle s'était opposée jusqu'ici afin d'éviter la reconstitution de l'ancienne structure de marché.

En 2000, le juge Jackson a finalement répondu favorablement au Département de la Justice et aux États qui avaient demandé, outre des mesures correctrices des pratiques de Microsoft, un démantèlement de l'entreprise. Le jugement final du juge Jackson allait donc tracer la voie à une réorganisation structurelle de Microsoft, à des changements de comportements et à une surveillance de l'entreprise. Microsoft s'est dite surprise de la décision et de la sévérité des mesures choisies ; elle ne reconnaissait pas sa culpabilité, et encore moins la pertinence de se voir briser en morceaux. Pour le juge Jackson, l'envergure des mesures, structurelles et autres, se justifiait par plusieurs raisons. La première était liée au refus persistant de Microsoft non seulement de reconnaître qu'elle avait effectivement violé la loi mais aussi de modifier ses pratiques. La deuxième raison était qu'il existait plusieurs indicateurs permettant de prouver que cette entreprise déployait des stratégies similaires à celles qu'elle a adoptées sur le marché des systèmes d'exploitation et des navigateurs pour s'imposer sur de nouveaux marchés. La troisième raison évoquée par le juge était que Microsoft ne semblait pas prête à modifier sa façon d'agir de manière volontaire ; le passé ayant démontré que l'on ne pourra pas lui faire confiance, celle-ci n'ayant jamais respecté les ententes avec la justice concernant certaines pratiques anticoncurrentielles. La décision fort controversée d'ordonner la séparation de Microsoft en deux entités distinctes découlait donc, en partie, de l'attitude intransigeante de la compagnie durant la période de médiation ; une solution négociée aurait certainement été moins radicale.

Le renversement de la décision

En 2001, une cour fédérale invalide le jugement de juin 2000. L'impartialité du juge Jackson étant en cause, le dossier est renvoyé devant un tribunal de première instance. Le juge Jackson aurait fait des remarques désobligeantes sur Microsoft, en privé, devant les journalistes. Selon le code de conduite s'appliquant aux juges américains, un juge ne doit pas faire de déclarations publiques sur les actions en cours. Avec les doutes sur l'impartialité du juge Jackson s'ouvre une porte qui permettra à Microsoft de chercher un compromis pour éviter une restructuration structurelle.

Microsoft demande à la Cour suprême des États-Unis d'annuler la décision de la Cour d'appel. En août, Colleen Kollar-Kotelly est désignée comme juge. Par la suite, le Département de la Justice abandonne l'idée de la réorganisation structurelle de l'entreprise et un compromis est recherché. En octobre, la Cour suprême refuse de se saisir de l'appel de Microsoft, qui réclamait l'annulation du jugement. Colleen Kollar-Kotelly nomme un médiateur, Eric Green, et en novembre, Microsoft et le Département de la Justice s'entendent sur les grandes lignes d'un accord. Le compromis vise à empêcher que Microsoft puisse prendre des mesures contre les fabricants d'ordinateurs et il oblige l'entreprise à rendre accessibles à ses concurrents les éléments techniques nécessaires pour que leurs produits fonctionnent normalement avec *Windows*.

C'est ce compromis que le juge Kollar-Kotelly a validé, le 1^{er} novembre 2002, en le modifiant légèrement, pour mettre fin aux poursuites. Selon le juge Colleen Kollar-Kotelly, l'accord est conforme à l'intérêt public (selon les normes établies par le *Tunney Act*). Le juge a donc rejeté les arguments de neuf États qui affirmaient

que l'accord était trop peu contraignant pour Microsoft. Ayant ainsi réussi à faire renverser la décision du juge Jackson, la compagnie peut crier victoire ; il n'y aura pas de réorganisation structurelle. Il demeure qu'en vertu de cet accord, Microsoft s'engage à laisser plus de latitude aux fabricants d'ordinateurs pour proposer des alternatives au système d'exploitation *Windows*. Le juge demande aussi à Microsoft de partager certains de ses codes logiciels avec ses concurrents⁶. Il est aussi important de souligner que le géant de Redmond restera sous haute surveillance afin d'assurer qu'il respecte les mesures édictées par le juge Kollar-Kotelly.

Il est évident qu'avec le changement d'administration et l'arrivée de John Ashcroft à la tête du Département de la Justice, le vent a véritablement tourné en faveur de Microsoft. Durant la campagne présidentielle qui a mené à la victoire de Georges W. Bush, ce dernier a fortement critiqué l'attitude de l'administration Clinton en matière antitrust et signifié qu'il préférerait, pour sa part, l'innovation à la réglementation. Nous avons déjà évoqué qu'un débat important a porté sur la pertinence de l'action antitrust dans la nouvelle économie. En effet, durant les années 90, tout en réactivant l'action antitrust qui avait été mise en veilleuse durant une grande partie des années 80, les États-Unis se questionnent sur le rôle de la politique de concurrence dans un contexte économique caractérisé par la rapidité des changements technologiques et par la globalisation économique. Si la décision du juge Jackson a conforté l'opinion de certains qui considéraient que la nouvelle économie ne remettait pas en cause les fondements et la pertinence de l'action antitrust, le revirement de situation fait maintenant pencher la balance de l'autre côté. Les liens entre innovation et concurrence sont complexes mais ce qu'il convient de constater est qu'en la matière, les autorités antitrust sont plutôt enclines à adopter une approche au cas-par-cas. L'idée est de ne pas ériger des obstacles à l'innovation et au progrès en appliquant les lois sur la concurrence tout en cherchant à éviter les pratiques abusives qui pourraient, elles aussi, mettre un frein au progrès économique et empêcher les gains de compétitivité de l'économie américaine. L'idée reste aujourd'hui la même quoique la nouvelle administration adopte une approche qui semble tout à la fois beaucoup plus tolérante face aux pratiques des entreprises, beaucoup plus confiante par rapport à la capacité des forces du marché à favoriser l'innovation et beaucoup moins portée à poser des contraintes réglementaires qui pèseraient sur les entreprises, même lorsqu'il s'agit de faire régner ou de préserver la concurrence sur les marchés. Compétitivité oblige, la concurrence n'est plus un objectif prioritaire. Microsoft n'est-elle pas le symbole même de la revitalisation du capitalisme américain qui a ébloui le monde entier durant

⁶ Les mesures à respecter sont : interdiction d'utiliser sa position dominante pour imposer aux intégrateurs la présence de *Windows* dans leurs machines; obligation de dévoiler, en tout ou en partie le code source de *Windows* pour faciliter l'intégration de logiciels concurrents; et, obligation de « nettoyer » le bureau de divers utilitaires (ou plutôt leurs icônes) dont *Internet Explorer* et *Media Player* pour permettre, éventuellement, un remplacement par des logiciels concurrents. Le comité de surveillance est composé de trois personnes, une est désignée par le Département de la Justice; une autre par Microsoft; et la troisième est nommée par les deux premières. Il s'agit de Harry Saal, Franklin Fite et Edward Stritter. Travaillant au siège de Microsoft, ils devront rapporter les anomalies constatées.

les années 90 ? Mais les États-Unis devraient prendre garde puisque les symboles de réussite se transforment souvent, dans un contexte d'autorégulation des marchés, en scandales aux implications désastreuses. Pensons ici à Enron et WorldCom pour ne nommer que celles-là.

Une victoire définitive ?

La fin de l'année 2002 s'est terminée sur une note moins joyeuse pour Microsoft. Un juge d'une cour fédérale a ordonné à Microsoft d'inclure une nouvelle version de *Java* (Sun Microsystems) dans *Windows*. Selon Sun Microsystems, sans cette mesure, *Java* ne pourra plus concurrencer la technologie développée par Microsoft (*Passeport.Net*)⁷. Microsoft a déjà annoncé qu'elle fera appel de cette décision. Le juge J. F. Motz (Federal District Court, Baltimore) a aussi signifié qu'il considèrerait empêcher Microsoft d'inclure une version de *Java* qui, selon Sun Microsystems, lui cause préjudice. Deux États fédéraux, le Massachusetts et la Virginie Occidentale, ont intenté un recours devant cette même cour, pour des motifs identiques⁸.

Les démêlés de Microsoft avec la justice américaine ne sont donc pas totalement choses du passé. En effet, cette décision du juge Motz remet en cause la décision du juge Colleen Kollar-Kotelly qui rejetait la proposition de neuf États de contraindre Microsoft à inclure *Java* à *Windows*. Un argument ayant servi la défense dans le procès dont il a ici été question semble actuellement se retourner contre elle. Selon Microsoft, il est impossible de dire si les technologies *Java* ou *Netscape* auraient pu devenir des substituts à *Windows*. Cet argument, qui a influencé le jugement Kollar-Kotelly, semble être celui qui sert de fondement à la nouvelle poursuite amorcée à la fin de l'année 2002. Le juge Motz a signifié que si *.Net* est véritablement supérieur à *Java*, il dominera le marché mais que ce résultat ne devait pas découler de la volonté de Microsoft de barrer la route à ses concurrents.

Par ailleurs, Microsoft devra aussi continuer à se défendre contre l'application du droit de la concurrence de l'Union européenne. En effet, la Commission européenne a annoncé que le compromis approuvé en novembre 2002 aux États-Unis n'affecte pas l'enquête qu'elle conduit de son côté. L'Union européenne poursuit aussi Microsoft pour abus de position dominante mais la procédure européenne ne porte pas sur les navigateurs internet et sur les relations entre l'entreprise et les fabricants d'ordinateurs. La procédure lancée contre Microsoft par la Commission européenne en 2001 porte sur le groupement de *Media Player* et *Windows*. Cette procédure vient en compléter une autre qui porte sur *Windows 2000*. En raison de l'intégration de *Media Player* au système *Windows*, il est impossible de désinstaller *Media Player* de *Windows Millennium* et de *Windows XP*, ce qui a des effets anticoncurrentiels, notamment sur les logiciels *RealPlayer* de RealNetworks et *QuickTime* d'Apple Computer. Néanmoins, Microsoft ne veut pas dissocier son logiciel de lecture multimédia

⁷ *.Net* et *Java* sont des programmes qui permettent aux programmeurs de développer des logiciels compatibles avec différents systèmes et plate-formes.

⁸ Cependant, au début de février 2003, la cour d'appel de Richmond (Virginie) a suspendu le jugement Motz. Microsoft avait fait appel le 21 janvier 2003. Les parties doivent revenir prochainement devant le juge. En attendant, Microsoft met en marché une nouvelle version de *Windows* qui n'inclut plus la composante qui fait concurrence à Sun.

Media Player de son système d'exploitation *Windows*. Bruxelles accuse aussi Microsoft d'avoir conçu *Windows* pour qu'il fonctionne mieux avec son propre logiciel serveur *Windows NT*, aux dépens des concurrents qui utilisent *Linux* ou d'autres versions du système d'exploitation *Unix*. La Commission estime que Microsoft a caché des informations essentielles sur l'interopérabilité avec d'autres logiciels et que l'entreprise a aussi appliqué une politique d'octroi de licences abusive et discriminatoire à l'endroit des clients qui choisissent de ne pas utiliser le paquet « all included » de Microsoft et qui ont recours à des serveurs concurrents⁹.

Microsoft est donc loin de pouvoir crier victoire mais il demeure qu'actuellement, la volonté politique ne semble pas favoriser l'action antitrust, du moins aux États-Unis. Microsoft est l'une des entreprises phares d'une économie américaine actuellement une période difficile. Pourquoi sévir contre une entreprise qui fonctionne bien alors que plusieurs autres entreprises de la nouvelle économie font faillite ? Toute la question consiste à savoir si Microsoft s'impose illégalement en bloquant la concurrence ou si l'entreprise est véritablement plus performante que les autres. Le débat, qui a penché vers la première hypothèse jusqu'à la décision du juge Jackson, est relancé. Si le jugement du juge Jackson avait établi que l'action antitrust avait un rôle à jouer dans la nouvelle économie, le revirement actuel semble signifier que ce rôle est considérablement réduit.

Pour Microsoft, *it is now business as usual* ? Il faudra attendre de voir si le compromis sera efficace contre les écarts de conduite du géant de Redmond. Il faudra aussi s'attendre à ce que cette puissante entreprise reste, d'une manière ou d'une autre, au centre des débats sur la concurrence. La victoire de Microsoft pourrait s'avérer n'être que temporaire. Comme le suggèrent les informations les plus récentes fournies par le formulaire 10-K de la *Securities and Exchange Commission*, Microsoft fait encore face à plusieurs poursuites et enquêtes (voir l'annexe). L'on peut donc conclure non pas avec le mot *FIN* mais avec *A SUIVRE*.

Certes, Microsoft gagne du temps et pendant ce temps, il est évident qu'elle s'efforce de développer son emprise sur plusieurs créneaux clés de la nouvelle économie. L'actuelle controverse portant sur la bataille entre l'approche Microsoft versus l'approche du logiciel libre de UNIX et la concurrence que semble vouloir livrer IBM à Microsoft peuvent constituer des remparts contre les abus de Microsoft. Microsoft a d'ailleurs compris que son attitude vis-à-vis des logiciels libres pouvait lui coûter cher et elle semblait, jusqu'à tout récemment,

⁹ Bruxelles a annoncé, en février 2003, que l'enquête était bien avancée et que la Commission pourra certainement rendre une décision durant la première partie de l'année. L'on présentait un changement d'attitude lorsque Mario Monti a précisé que toutes les options restaient ouvertes et que la décision devait tenir compte des jugements rendus aux États-Unis. Par ailleurs, toujours en février 2003, l'entreprise de Redmond et l'Union européenne ont conclu un accord qui engage Microsoft à apporter des modifications à *Passport* pour renforcer la protection des données privées. Un groupe de travail (le groupe de travail article 19) a la tâche de traiter avec l'entreprise en ce qui concerne sur la protection des données. Deux modèles sont en question, celui de Microsoft et celui de Sun (*Liberty Alliance*).

reconsidérer sa stratégie et son attitude à cet égard. Depuis quelque temps, c'est l'introduction d'une innovation technologique, le *Palladium*, qui fait couler beaucoup d'encre. Pour certains, il s'agit d'une innovation majeure – voire incontournable – que Microsoft introduit dans les prochaines versions de *Windows*. *Palladium* concrétise le concept de TCPA (Trusted Computing Platform Alliance) que Bill Gates présente comme une nouvelle plate-forme informatique qui améliorera la « confiance » dans le monde PC. Elle permet de sécuriser les données, les communications et les réseaux commerciaux des entreprises. Pour d'autres, il s'agirait d'une autre tentative, d'une envergure sans précédent, de contrôler le marché de l'informatique puisqu'elle peut être utilisée pour restreindre l'utilisation des données, par exemple en ne permettant pas d'accéder à un fichier avec une autre application que celle avec laquelle il a été créé. Microsoft pourrait contrôler la gestion numérique des droits d'utilisation des logiciels¹⁰.
Déjà vu ?

Quelques réflexions à la lumière du procès de Microsoft

Le procès Microsoft est révélateur de nombreux enjeux technologiques, économiques, réglementaires et politiques de la nouvelle économie. Il est impossible, dans le cadre d'une chronique, de les aborder de manière exhaustive et complète mais nous en mentionnerons néanmoins quelques-uns. Sur le plan technologique, dans une économie dont la croissance repose de plus en plus sur l'innovation, le cas Microsoft illustre fort bien l'ambivalence de l'action publique par rapport au rôle que celle-ci doit et/ou peut jouer dans la préservation et l'amélioration d'un environnement économique et d'un cadre réglementaire favorables à l'innovation. Certes, le rôle de la concurrence est au centre de la stratégie d'innovation des États-Unis, mais le contexte de changements technologiques et réglementaires rapides a aussi contribué à amener les gouvernements à considérer que si les monopoles sont dans l'ordre des choses, ils ne sauraient cependant être que temporaires. Selon cette perspective, qui s'appuie sur une conception évolutionniste du capitalisme, la destruction créatrice permet aux firmes innovantes de s'imposer sur le marché. Mais, d'une part, tout abus de position dominante provoquerait l'entrée de concurrents et, d'autre part, en cas de relâchement sur le plan de l'innovation, le risque est grand pour elles de se voir dépassées par des concurrents plus dynamiques. L'*Economic Report of the President* de 2002 cite Joseph Schumpeter pour mettre l'accent sur la concurrence découlant de l'innovation qui crée une situation où « the businessman feels himself to be in a competitive situation even when alone in his field » (p. 137)¹¹. Cela ne signifie pas que l'action antitrust est non pertinente. Ce même rapport souligne le rôle important que doit jouer l'action antitrust pour empêcher tout comportement qui aurait pour effet de réduire le développement et la diffusion de nouvelles

¹⁰ Mentionnons qu'en janvier 2003, Microsoft a décidé de changer le nom de cette plate-forme de sécurité des applications. Elle s'appelle désormais la « next-generation secure computing base » (plate-forme informatique sécurisée de nouvelle génération). Ce changement de nom n'est pas sans rapport avec la stratégie de Microsoft de « répondre » à ses critiques.

¹¹ Voir Council of Economic Advisors, *Economic Report of the President 2002*. (<http://w3.access.gpo.gov/eop/>)

technologies. Cette zone grise est au cœur de l'affaire Microsoft et il est peu probable que cette question trouve une solution claire et précise dans un avenir proche. Chose certaine, alors que l'action antitrust, traversée par des considérations de politiques industrielles et commerciales, est de plus en plus préoccupée par l'idée de ne pas faire obstacles à l'innovation en punissant les entreprises les plus performantes qui ont su ouvrir de nouveaux marchés, les grandes entreprises gagnent en marge de manœuvre.

Un autre fait important à relever en rapport avec le procès Microsoft est que l'efficacité de l'action est fortement remise en cause par la rapidité des changements technologiques. En effet, cette affaire montre à quel point il est difficile de contrer les pratiques anticoncurrentielles dans la nouvelle économie. L'analyse économique qui instruit ce cas met l'accent sur les liens entre le système d'exploitation et les applications mais cette approche semble déjà dépassée si l'on tient compte des nouvelles stratégies de Microsoft, ce qui signifie que même un démantèlement de l'entreprise pourrait être une mesure inadaptée pour corriger les pratiques anticoncurrentielles de la compagnie. Cette solution aurait pu être adéquate dans le contexte des années 90 mais elle pourrait éventuellement, si elle est effectivement mise de l'avant, rater sa cible. La convergence numérique (informatique, télécommunications, contenu) fait surgir le risque d'un verrouillage par Microsoft de tous les services du XXI^{ème} siècle et si l'on peut s'attendre à ce que les enquêtes et poursuites visant l'entreprise se multiplient, rien ne permet de croire que les actions antitrust gagneront en efficacité.

Plus fondamentalement, il faut reconnaître l'importance des facteurs conjoncturels. Premièrement, la crise de la nouvelle économie a un impact sur la volonté politique de pénaliser une entreprise qui fonctionne bien et qui n'a pas, après tout, commis des infractions aussi scandaleuses que Enron ou WorldCom. Le capitalisme américain, qui fait face à une perte de vitesse et à une crise morale sans précédent, n'a pas véritablement besoin d'accroître les incertitudes en imposant des restructurations dont les effets pourraient peser, du moins à court terme, sur la croissance et ralentir la relance de l'économie. Deuxièmement, le changement politique a aussi son importance. L'arrivée de l'administration Bush à la Maison Blanche a entraîné un glissement évident du débat sur la régulation économique. Nous avons dit que l'ambiguïté des gouvernements face à l'émergence de grands groupes et à la capacité autorégulatrice des marchés illustre une problématique de fond qui traverse les débats économiques actuels concernant le rôle de la régulation économique et les formes qu'elle doit prendre. L'approche qui semble être privilégiée en matière de régulation par la nouvelle administration repose sur quatre idées maîtresses : (1) la concurrence (lire *le marché*) est encore une fois affirmée comme étant le principe organisateur par excellence du capitalisme, ce qui justifie de libérer encore plus les acteurs privés des contraintes qui pèsent sur leurs activités et leurs décisions ; (2) dans les cas où la régulation doit venir compléter le marché dans l'organisation du capitalisme, il convient de se demander comment la régulation par les acteurs privés peut atteindre les objectifs visés plutôt que d'avoir recours à la régulation par le gouvernement (*government regulation*); (3) l'action gouvernementale peut

contraindre ou fausser la dynamique du marché, auquel cas il convient de se demander s'il n'existe pas de moyens moins restrictifs d'atteindre les mêmes résultats ; et, (4) finalement, si régulation « autoritaire » il doit y avoir, les coûts et leur distribution doivent être justifiés par les bénéfices escomptés¹². En somme, l'orientation est claire : rien ne doit entraver le dynamisme des marchés et si une régulation s'avère nécessaire, cette dernière ne doit pas, dans la mesure du possible, reposer sur l'autorité et les procédures bureaucratiques. Elle doit surtout être fondée sur des critères de performance, des méthodes du marché et l'action des acteurs privés eux-mêmes.

Dans ce contexte, il serait étonnant que la volonté politique nécessaire pour contrer les pratiques anticoncurrentielles et frauduleuses soit assez forte pour faire émerger une nouvelle éthique du capitalisme. Si l'échec de l'autorégulation des marchés appelle des réformes, celles-ci semblent s'orienter vers des mesures très souples et, somme toute, très peu contraignantes pour les entreprises, même lorsqu'il s'agit de les forcer à jouer le jeu de la concurrence.

¹² Voir Council of Economic Advisors, *Economic Report of the President 2003*. (<http://w3.access.gpo.gov/eop/>)

Annexe

Selon le formulaire 10-K de la *Securities and Exchange Commission*, Microsoft fait toujours face à plusieurs poursuites.

U.S. v. Microsoft et New York v. Microsoft :

Dans ces poursuites, comme nous l'avons mentionné, un jugement de juin 2000 a établi la culpabilité de Microsoft relativement à la section 2 du *Sherman Act*. En juin 2001, la U.S. Court of Appeals for the District of Columbia a remis en cause, en partie, le jugement. En novembre 2001, un compromis avec le Département de la Justice est conclu. Neuf États (New York, Ohio, Illinois, Kentucky, Louisiane, Maryland, Michigan, North Carolina and Wisconsin) ont suivi le Département de la Justice. En novembre 2002, le compromis est approuvé. Certains États vont aller en appel.

Union européenne

Comme mentionné plus haut, la Commission européenne a annoncé qu'elle n'abandonnerait pas les procédures en cours concernant *Windows 2000* et *MediaPlayer*.

Autres poursuites

Plusieurs autres affaires sont en cours relativement aux dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles de Microsoft. Microsoft conteste et elle a gagné plusieurs affaires. Certaines affaires sont en appel. Microsoft estime que des coûts de 660 millions de dollars sont possibles pour résoudre ses affaires.

Netscape

Netscape Communications, désormais filiale de AOL-Time Warner, a engagé une poursuite contre Microsoft en janvier 2002 pour violation des lois antitrust (Monopolisation des marchés des systèmes d'exploitation et des logiciels de navigation, intégration *Internet Explorer/Windows*, interférence avec les relations d'affaires de Netscape). L'affaire a été transférée à la District Court in Baltimore qui coordonne aussi les poursuites pour dommages causés décrites plus haut.

Be Incorporated

Cette entreprise de logiciels acquise en août 2001 par Palm Inc. a engagé une action contre Microsoft en février 2002 (U.S. District Court for Northern California) pour violation des lois antitrust. L'affaire porte sur les accords de licences de Microsoft avec les fabricants d'ordinateurs, la politique des prix, les pratiques commerciales d'interférences avec les clients de Be. L'affaire a été transférée à la District Court in Baltimore qui

coordonne aussi les poursuites pour dommages causés décrites plus haut.

Sun Microsystems

En mars 2002, Sun Microsystems porte plainte contre Microsoft relativement aux lois antitrust et le *Copyright Act*. L'affaire a aussi été transférée à la District Court in Baltimore. Comme mentionné plus haut, le juge Motz a déjà ordonné à Microsoft d'intégrer une nouvelle version de Java.

Brevets

Microsoft doit se défendre dans plus de 20 cas de violation de brevets qui sont sur le point de faire l'objet de procès. Le procès du cas *University of California v. Microsoft* (U.S. District Court for the Northern District of Illinois) est prévu au printemps 2003. Le procès de *Reiffin v. Microsoft* (U.S. District Court for the Northern District of California) devrait avoir lieu à l'automne 2003 si Microsoft ne réussit pas à faire annuler cette affaire. Le procès *InterTrust v. Microsoft* (U.S. District Court for Northern California) pourrait avoir lieu en 2004. Toutes ces affaires portent sur *Windows* (certaines incluant *Office*).