

CAHIER DE RECHERCHE — CEIM



Note de recherche
Gouvernance des TIC 11-01
ISSN 1714-7638

L'évolution de l'antitrust des deux côtés de
l'Atlantique :
le cas d'étude de Microsoft

MARIE-CHRISTINE MORIN



Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation
Institut d'études internationales de Montréal
Université du Québec à Montréal
C.P. 8888, succ. Centre-ville,
Montréal, H3C 3P8

FÉVRIER 2011

Tel : (514) 987 3000 # 3910
<http://www.ceim.uqam.ca>

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette publication demeurent l'entière responsabilité de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement ceux du Projet d'études sur les TIC (ÉTIC) ou des membres du Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM).

L'évolution de l'antitrust des deux côtés de l'Atlantique : le cas d'étude de Microsoft

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.¹ Principalement, cette conjoncture pose la problématique de l'harmonisation des règles commerciales transnationales², particulièrement en termes de concurrence, pour permettre une synergie fonctionnelle du système économique mondial au nom de la croissance et l'innovation.³ 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 révolution technologique, industrielle, politique et institutionnelle⁴ : 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^e siècle, alors que l'Amérique du Nord traverse une période de transition économique marquée par une amélioration des moyens de communication et de transport.⁵ 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

¹ À partir des années 1970 aux États-Unis (É.-U.), et plus globalement au tournant des années 1990, le débat sur le rôle de l'État face à l'émergence du secteur 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.

² 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.

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

⁴ 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.

⁵ Voir Bertrand Bellon, «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.

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 américaines et c'est en réaction à cette révolution 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 ressources⁶. 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 les intérêts « nationaux » de l'UE, notamment 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 et 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*")⁷, 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 des jeux, prépondérant aux États-Unis, utilisé dans la synthèse de la théorie de l'École de Chicago, par ailleurs populaire chez les entreprises privées dominantes à l'échelle mondiale. Cette approche reconnaît la possibilité que certaines pratiques restrictives à la concurrence puissent s'avérer ultimement bénéfiques, en mettant l'accent sur les gains

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>.

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» Rafael La Porta *et al.*, «Investor Protection and Corporate Governance» (2000), 58 : octobre *Journal of Financial Economics* 3, à la p. 4.

en efficacité et l'innovation : la règle de raison devrait ainsi servir de test, au détriment d'une application stricte des dispositions législatives. 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 réglementaires et judiciaires de l'UE en la matière?

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 connaîtra 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 la synthèse post-Chicago⁸.

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

⁸ Voir Frédéric Marty et Julien 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*.

concurrence⁹. En effet, alors qu'aux États-Unis, l'antitrust vise le niveau et l'intensité de la concurrence pour garantir une efficacité économique au service du consommateur, l'UE cherche avant tout à préserver les conditions d'existence de la concurrence, objectif hérité de l'ordolibéralisme¹⁰ allemand des années 1930, puis à réaliser l'objectif d'intégration communautaire. Il faut souligner qu'à la sortie de la Deuxième Guerre mondiale, les États-Unis avaient insisté pour que l'UE se dote d'une politique de concurrence forte, et ce, afin d'empêcher la constitution de champions nationaux associés à l'autoritarisme allemand et japonais 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, notamment en misant sur la protection des PME, particulièrement 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 TIC, les États-Unis et l'UE y verront une fonction commune, c'est-à-dire l'équilibre 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 et des effets de l'extraterritorialité des lois et politiques de la concurrence?

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 »

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.

¹⁰ L'ordolibéralisme est un courant de la pensée économique développé en Allemagne pendant la Grande crise. Ce paradigme, réfutant à la fois libéralisme et marxisme, prône l'intervention politique de l'État pour «ordonner» structurellement le marché, afin de le maintenir la libre concurrence entre ses agents. La notion d'«abus de position dominante», maintenant au cœur des droits occidentaux de la concurrence, est notamment l'un de ses héritages épistémique. Stephen Martin, «The Goals of Antitrust and Competition Policy» (2007) 57 *American Economic Review* 242, à la p. 5.

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.¹¹ En 1997, le DoJ trouve Microsoft coupable de n'avoir pas respecté ses 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 Jackson¹². 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*¹³) en utilisant sa position monopolistique pour entraver *illégalement* la concurrence.¹⁴ Pour justifier sa puissance commerciale, l'argument de « connexivité 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.¹⁵ 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.¹⁶ Cela dit, le fait d'ordonner le démantèlement de l'entreprise fut

¹¹ *United States of America v. Microsoft*, Civil Action No. 94-1564 (1994).

¹² *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (DC Cir. 2001) (Ct. of App.).

¹³ 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 ».

¹⁴ 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>>.

¹⁵ Microsoft ayant pris compte, avec l'ascension fulgurante de Netscape, de l'importance de mettre de l'avant son navigateur Internet.

¹⁶ Benjamin Klein, «The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position?» (2001) 15 : 2 *Journal of Economic Perspectives* 45.

considéré comme une mesure excessive, qui reviendrait à « jeter le bébé avec l'eau du bain ».¹⁷

Les parties, à savoir 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 Judgement*)¹⁸ 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'avoir *utilisé* celui-ci pour faire entrave à la possibilité pour 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 à 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 dispositions¹⁹ contenues dans le *Microsoft Final Judgement*, contraignant Microsoft à fournir à ses concurrents les codes sources nécessaires au développement de logiciels compatibles avec son système d'exploitation *Windows*.²⁰ L'entreprise devra également prolonger son programme de licences, qui 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.²¹

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*,

¹⁷ *Ibid.*, à la p. 61.

¹⁸ *New York et. al. c. Microsoft Corp.*, 683 F.3d 2, Civil Action No. 98-1233 (2002) [2009].

¹⁹ L'accord a partiellement expiré le 12 novembre 2007.

²⁰ 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>. «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>>.

²¹ *New York et. al. c. Microsoft Corp.*, *supra* note 18.

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.²²

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)²³. 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.²⁴ 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.²⁵

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 œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence*²⁶ qui, en influençant les décisions de la Commission, témoignent d'une certaine coopération transatlantique en matière de régulation de la concurrence.²⁷

²² 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.

²³ Voir Daniel Fasquelle, *Droit américain et droit communautaire des ententes : étude de la règle de raison*, Paris, Édition Joly, 1993.

²⁴ 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>>.

²⁵ 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>>.

²⁶ *Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence*, [1998] J.O. L 173.

²⁷ 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>>.

Dans l'affaire Microsoft, la Cour européenne de justice a mis un terme, le 17 septembre 2007, à neuf ans de procédure judiciaire.²⁸ En fait, le jugement rendu par le Tribunal de première instance (TPI)²⁹ 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 TFUE³⁰) protégeant le marché européen contre l'abus de position dominante.³¹ Cet arrêt en appel du jugement *Microsoft c. Commission*³² 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 redevances équivalant à 10 000 € et à maintenir ses droits de propriété intellectuelle internationaux à 0,4 % du montant de ses ventes.³³

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.³⁴ 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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>.

³⁰ Le 1^{er} décembre 2009, les articles 81 et 82 du traité CE furent remplacés par les articles 101 et 102 respectivement 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.

³¹ *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.

³² 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*].

³³ 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.

³⁴ 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.

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.³⁵ 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 ASA³⁶ (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 Projects³⁷.

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 plaignantes 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.³⁸

³⁵ 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>.

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

³⁷ 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 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.

³⁸ 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>.

Un rapprochement inévitable?

Dans une publication de la Chambre de commerce et d'industries de Paris (CCIP)³⁹ 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. 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 de « protéger les consommateurs en protégeant la concurrence, et non les concurrents »⁴⁰.

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 :

³⁹ 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.

⁴⁰ É.-U. Antitrust Division and U.S. Department of Justice, *Hearing on International Antitrust in the 21st Century : Coopération and convergence* (par Charles A. James), OECD Global Forum on Competition, Paris, 2007. Voir également *Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958).

[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 Interactive*⁴¹. 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*⁴² et *Michelin II*⁴³, 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

⁴¹ CE, *Décision COMP/38.233 (Wanadoo Interactive) de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE*) [2003], en ligne : Europa <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/38233/fr.pdf>>.

⁴² *British Airways plc c. Commission des Communautés européennes*, T-219/99, [2003] E.C.R. II-05917.

⁴³ *Manufacture Française des pneumatiques Michelin c. Commission*, T-203/01, [2003] E.C.R. II-04071.

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 applaudit 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 économique⁴⁴. 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'entrer 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 critiques quant à sa grande rigidité. Plus particulièrement depuis l'an 2000, l'UE a connu une transition vers des décisions plus « économistes » et a même nommé, en 2003, un économiste à la Direction générale de la concurrence, organe directement rattaché au Commissaire européen. Soulignons que plusieurs décisions de la Commission en matière de concurrence furent infirmées par le Tribunal de première instance des Communautés européenne (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*⁴⁵,

⁴⁴ *Supra* note 8.

⁴⁵ *General Electric v. Commission*, T-210/01, [2005] E.C.R. II-05575.

*Airtours/FirstChoice*⁴⁶, *Schneider/Legrand*⁴⁷, *Tetra laval/Sidel*⁴⁸ et *WorldCom/Sprint*⁴⁹. 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 concurrence⁵⁰.

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/Honeywell*)⁵¹. Ainsi, selon certains auteurs, on assiste sous la gouvernance d'Obama à une tendance vers une politique antitrust plus « européenne »⁵².

Cela dit, cette harmonisation transatlantique est l'objet d'un calibrage difficile entre les paradigmes antitrust américain et européen. En effet, des spécialistes américains tels que Eleanor Fox, John Kirkwood et Robert Lande critiquent aujourd'hui la notion d'efficacité développée par une École de Chicago encore forte à la Cour suprême des États-Unis⁵³, et qui estime que « la politique de la concurrence devrait s'attacher principalement, et probablement exclusivement, à l'efficacité économique, laquelle conduit, pensent-ils, à la satisfaction du consumer welfare »⁵⁴ (sic). Or, selon Robert Pitofsky, une autorité en matière d'analyse des politiques de concurrence, « the Chicago school is just wrong ». L'antitrust devrait plutôt axer sa politique sur la protection des consommateurs contre les pratiques des entreprises les privant du transfert du surplus et des richesses dont disposent les entreprises en position dominante⁵⁵. Ainsi, le virage économique européen risque d'être trop serré pour rencontrer l'imminent retour états-unien vers un structuralisme post-Chicago.

⁴⁶ *Airtours plc v. Commission*, T-342/99, [2002] E.C.R. II-2585.

⁴⁷ *Schneider Electric v. Commission*, T-310/01, [2002] E.C.R. II-4071.

⁴⁸ *Tetra Laval v. Commission*, T-5/02, [2002] E.C.R. II-4382.

⁴⁹ *MCI, Inc. c. Commission of the European Communities*, T-310/00, [2004], E.C.R. II-03253.

⁵⁰ Frédéric Marty, «Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis : critères économiques et sécurité juridique» (2007) 1 : 100 *Revue de l'OFCE* 85, à la p. 93.

⁵¹ Mario Monti, «Concurrence : l'Amérique converge vers l'Europe» (2009) dans 3 : 28148 *Concurrences Review of Competition Laws* 1.

⁵² Voir Robert Pitofsky, *Why the Chicago School Overshot the Mark - The Effect of Conservative Economic Analysis on US Antitrust*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

⁵³ *Ibid.*, aux pp. 107 à 137.

⁵⁴ Kirkwood, John B. et Lande, Robert H.. «Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency» (2008) 84 *Notre Dame L. Rev.* 191.

⁵⁵ *Supra* note 52, à la p. 97.

Les grands enjeux de l'affaire Microsoft

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 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*⁵⁶.

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.⁵⁷⁵⁸

À la défense de Microsoft, accusée d'avoir conclu des ententes d'exclusivité frauduleuses avec plusieurs fabricants d'équipements informatiques, les analystes Page

⁵⁶ 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/>.

⁵⁷ 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>>.

⁵⁸ 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 alias* 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 de 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*.

et Lopatka⁵⁹ 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.⁶⁰

Pour ce qui est de l'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.

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.⁶¹ 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 jugement⁶² a trouvé Microsoft coupable d'avoir abusé de sa position dominante pour conclure des ententes de collaboration avec la plupart des fabricants d'ordinateurs personnels (PC) européens,

⁵⁹ John E. Lopatka, et William H. Page, «Bargaining and Monopolization: In Search of the Boundary of Section 2 Liability between Aspen and Trinko» (2005) 73 *Antitrust L.J.* 115.

⁶⁰ 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 environ 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. 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_netscrosft.shtml>.

⁶¹ David Spector, «Comment le droit de la concurrence doit-il traiter les accords d'exclusivité ?» (2004) 4 *Bulletin de la Fédération Paris-Jourdan*.

⁶² 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>>.

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).⁶³ Selon la Commission, Microsoft s'assure ainsi de 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 ».⁶⁴

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 David Spector⁶⁵, 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 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 dépenses⁶⁶. L'auteur conclut que les contrats d'exclusivité peuvent, contrairement à ce que semble avancer la théorie des jeux, « 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. »⁶⁷

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 séparément⁶⁸. En 1990, c'est sur cette base que fut portée la première plainte contre Microsoft devant les

⁶³ International Data Corporation (IDC), en ligne : <http://www.idc.com/en_US/st/aboutIDC.jhtml;jsessionid=RDV3XQCQ0RP24CTFA4FCFFAKMUDYWIWD>, 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.

⁶⁴ 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 n° 416.

⁶⁵ Professeur à l'École d'économie de Paris et ancien professeur au MIT.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ *Supra* note 61.

⁶⁸ 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).

autorités américaines. Celle-ci concernait la vente liée du navigateur *Internet Explorer* (IE) sous *Windows*. Suite à une succession de démêlés judiciaire qui s'est poursuivie jusqu'en 2001, la Justice américaine a finalement conclu que Microsoft utilisait illégalement cette pratique, 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.⁶⁹

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.⁷⁰ Or, dans son jugement d'appel de l'arrêt Microsoft⁷¹, 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.

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. 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.⁷² 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

⁶⁹ Michèle Rioux, «Une victoire pour Microsoft?», *Centre Études internationales et mondialisation (CEIM)*, Observatoire des Amériques, février 2003, p.1.

⁷⁰ 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>>.

⁷¹ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (DC Cir. 2001) (Ct. of App.).

⁷² 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.

faire prédominer⁷³. 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.⁷⁴

L'approche européenne concernant la vente liée

Au sein de l'UE, on abordera la question de la vente liée du point de vue de l'abus de position dominante (art. 102 TFUE), autour duquel s'est articulé un important débat concernant les impacts de cette pratique 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

⁷³ «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 70, au para 5.3.

⁷⁴ *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, No 04-1329, 2005 (U.S.S.C.), décision datée du 1er mars 2006.

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 trouvée coupable d'avoir injustement lié la vente de son navigateur à travers le géant Windows. En plus du retrait d'IE 8 du nouveau système d'exploitation (*Windows 7*) de Microsoft 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.⁷⁵

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.⁷⁶ 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 ».⁷⁷

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 Turin⁷⁸, 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

⁷⁵ 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 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.

⁷⁶ CE, Communiqué de presse, IP/OO/906, (3 septembre 2000).

⁷⁷ *Supra* note 64, à la p.2.

⁷⁸ Alberto Mingardi et Paolo Zanetto, « Super Mario contre Microsoft : l'histoire d'un jugement fabriqué d'avance » (2004) *Centre for the New Europe*, Istituto Bruno Leoni Turin, Italie.

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 Microsoft⁷⁹. 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 partiellement libres) rivalisant directement avec les produits Microsoft, tels que Google, Firefox⁸⁰, 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.⁸¹ La vraisemblable intransigeance de Bruxelles apparaît, à la lumière de cette analyse du *Centre for the New Europe* (CNE)⁸², 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 2000.⁸³ 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.⁸⁴ Monti aurait ainsi répondu aux plaintes des entreprises européennes concurrentes de Microsoft⁸⁵, sapant du coup l'objectif fondamental de la protection du consommateur.⁸⁶

⁷⁹ 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 : Centre for the New Europe <http://www.cne.org/pub_pdf/2006_04_20_msft_macro.pdf>.

⁸⁰ Le 1^{er} 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>>

⁸¹ *Supra* note 78.

⁸² 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>>.

⁸³ 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.

⁸⁴ *Ibid*, p.11.

⁸⁵ 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-contre-microsoft-29543-.html>>.

⁸⁶ *Supra* note 78, à la p. 5.

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 technologique, diversifier les options offertes aux consommateurs et empêcher le contrôle des prix par les entreprises?⁸⁷

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.*⁸⁸ 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.⁸⁹ 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

⁸⁷ 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 >.

⁸⁸ *Intergraph Corp. v. Intel Corp. (Intel)*, 3 F. Supp. 2d 1255 (N.D. Ala. 1998), *vacated*, 195 F.3d 1346, 1367 (Fed. Cir. 1999).

⁸⁹ Voir Michael A. Carrier, «Refusals to License Intellectual Property under Section 2 of the Sherman Act» (2005) 55 *DePaul Law Review* 1191.

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.⁹⁰

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.⁹¹ Également, dans l'arrêt *Verizon v. Law Offices of Curtis v. Trinko*⁹², 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.⁹³ 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.⁹⁴ 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.⁹⁵

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.⁹⁶ À cet égard, certaines conditions doivent toutefois être rencontrées, c'est-à-dire (1) que l'accès à la ressource est essentiel à l'activité commerciale (cela implique plus qu'une simple difficulté économique); (2) que 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

⁹⁰ *New York et al. c. Microsoft Corp.*, 683 F.3d 2, Civil Action No. 98-1233 (2002).

⁹¹ *Martin Gardner Reiffin v. Microsoft Corporation*, CA No. 98-1502 (Washington D.C. 2003).

⁹² 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.

⁹³ *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*).

⁹⁴ *Trinko*, *supra* note 92, aux pp. 411-415.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ *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.

possession d'un DPI)⁹⁷; et (4) que 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 décision de Bruxelles concernant les mesures correctives imposées à Microsoft.⁹⁸ 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 101 TFUE. 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 européens, réels ou potentiels.⁹⁹

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 programmes compatibles avec *Windows*, violant donc en fait et en droit les dispositions 101 et 102 du TFUE. Ces dispositions visent à éviter qu'une entreprise n'en vienne à exiger arbitrairement des droits pour l'utilisation de ses

⁹⁷ 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.

⁹⁸ *Microsoft c. Commission*, T-201/04, [2004], non encore publié au Rec.

⁹⁹ 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.

protocoles, ce qui lui assurerait une position dominante perpétuelle, hors compétition, sans pour autant innover davantage.¹⁰⁰

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,¹⁰¹ 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.¹⁰²

Suite à cette concession, la stratégie mise en œuvre 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 eut égard à ses brevets (partagés avec Novell), notamment par le biais de menaces de poursuites judiciaires.¹⁰³ 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.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ En réponse à la plainte déposée en 2007 devant les autorités du droit de propriété intellectuelle américaines, le

¹⁰⁰ Mark Schmidt, «Lawyers Playing Lawmakers: The Microsoft Antitrust Suit», *National Taxpayers Union Foundation*, n° 119, septembre 1999.

¹⁰¹ Soit 20 000 lignes de codes de pilotes de périphériques : gestion de stockage sur disques durs SCSI et IDE et gestion des protocoles pour réseaux Ethernet.

¹⁰² Philippe Guerrier, «Comment Microsoft courtise les communautés open source» (21 juillet 2009), en ligne : ITespresso.fr <<http://www.itespresso.fr/comment-microsoft-courtise-les-communaut-es-open-source-30549.html>>.

¹⁰³ 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-real-world.aspx>>.

¹⁰⁴ 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>>.

¹⁰⁵ 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=%2Fnethtml%2FFPTO%2Fsearch-bool.html&r=12&f=G&l=50&co1=AND&d=PTXT&s1=5,787,449&OS=5,787,449&RS=5,787,449>>.

jugement condamne Microsoft, en plus de la censure de Word, à payer 290 millions \$ É.-U. à i4i en dommages et intérêts.¹⁰⁶

La réaction stratégique de Microsoft

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*¹⁰⁷, 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 l'entreprise 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.¹⁰⁸ D'ailleurs, suite au règlement de cette affaire, Sun Microsystems a annoncé, en novembre 2004, le retrait de son appui aux autorités de

¹⁰⁶ Intellectual Proprety Watch, «Microsoft Loses Key Patent Judgment», 23 décembre 2009, en ligne : Intellectual Proprety 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+ip-watch+%28Intellectual+Property+Watch%29>.

¹⁰⁷ Cette décision venait à son tour invalider celle de la 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.

¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰

Plus encore, le procès *InterTrust v. Microsoft*¹¹¹, dont l'ouverture était prévue pour 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), et ce, 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).¹¹² 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.¹¹³ Au demeurant, Microsoft n'a jamais admis sa faute envers le *Sherman Act* et continue de défendre la légitimité *de jure* de sa position.

Clin d'œil 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

¹⁰⁹ 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», 7 mars 2005, en ligne : L'Atelier : <<http://www.atelier.fr/institutions/10/07042005/commission-europeenne-recoit-cinq-soutiens-taille-contre-microsoft-29543-.html>>.

¹¹⁰ Juste avant cette affaire (mars 2004), son Président, Ed Black, défendait pourtant une tout autre position : «[L]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 subséquentement 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>>.

¹¹¹ É.-U., *InterTrust v. Microsoft*, U.S. District Court for the Northern District of California, 2004.

¹¹² 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>.

¹¹³ 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/)>.

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 adressée aux 27 organisations citoyennes plaignantes, évitant une fois de plus à la multinationale la tenue de procédures civiles.¹¹⁴ 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.¹¹⁵ 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.¹¹⁶

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

¹¹⁴ 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>>.

¹¹⁵ 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>. Voir Microsoft, *Microsoft California Standards Claim Form*, en ligne : <http://programs.apple.com/microsoftclaims/Standard_Claim_Form.pdf>.

¹¹⁶ 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>>

matériel informatique à des organisations communautaires et caritatives.¹¹⁷ 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.¹¹⁸ 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.

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, 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 de partialité, ce qui invalida son jugement.¹¹⁹ L'affaire fut renvoyée en première instance puis réglée hors cour suite à un compromis au cœur 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

¹¹⁷ Voir l'entrevue d'Andrew Chin, professeur à l'Université de Caroline du Nord et expert sur le cas de Microsoft, dans Andrew Noyes, «Microsoft's philanthropic record has won praise», en ligne : National Journal Technology Daily <<http://www.nationaljournal.com/about/technologydaily/microsoft07.html>>.

¹¹⁸ Voir Brad Smith, *Microsoft on the Google-Yahoo! Deal: The Future of Internet Advertising, Consumer Choice and Competition*, 1^{er} octobre 2008, en ligne : Microsoft <<http://www.microsoft.com/Presspass/presskits/googleyahoo/default.mspx>>.

¹¹⁹ 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 *supra* note 78.

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 chapitre, le 18 mars 2009, un renvoi de la Cour suprême américaine a répondu négativement à la demande de Microsoft soutenant l'irrecevabilité de la 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.¹²⁰ 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.¹²¹ 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*.¹²²

En fait, s'il est toujours pertinent de tenir compte des gains en efficacité provoqués par un comportement par ailleurs potentiellement dommageables pour la concurrence sur un marché donné, il semble admis, depuis les années 1990, que d'autres critères devraient être pris en compte pour évaluer l'impact réel d'une fusion ou d'un monopole sur la concurrence. Les autorités de la concurrence adoptent aujourd'hui une approche plus nuancée, faisant la balance entre le bilan commercial et le bilan concurrentiel. En effet, le droit américain de la concurrence semble aujourd'hui bien ancré dans le paradigme de la synthèse post-Chicago, qui réfère aux outils développés par la théorie des jeux¹²³. Au niveau théorique, ce courant se distingue de l'École de Harvard, qui accorde une importance privilégiée au droit à la liberté de choix du consommateur et à la justice distributive¹²⁴, par rapport à l'idée d'« efficacité économique ». Favorable aux DPI, la synthèse post-Chicago dénonce les approches

¹²⁰ 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>>.

¹²¹ Nathan Eddy, « Supreme Court Denies Microsoft Bid To Block Novell Lawsuit By », ChannelWeb, 18 mars 2008, en ligne : <<http://www.crn.com/software/206904400>>.

¹²² Phillippe 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>>.

¹²³ Einer R. Elhauge, « Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions? » (2007) 3 : 2 *Competition Policy International* 1.

¹²⁴ Selon l'École de Harvard, tant les actes ayant pour effet de diminuer l'efficacité économique que ceux qui portent atteinte aux valeurs distributives sont considérés comme anticoncurrentiels. Ainsi, l'analyse légale d'une pratique devra tenir compte de son effet sur le libre accès au marché des PME, ainsi que sur la qualité des produits ou du choix des consommateurs.

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. Par exemple, en 1990, dans l'affaire *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*¹²⁵, la Cour suprême américaine a affirmé que «[l]es visées des lois sur les brevets et des lois *antitrust* peuvent paraître, à première vue, complètement opposées. Cependant, ces deux régimes législatifs sont complémentaires, puisqu'ils visent tous deux à encourager l'innovation, l'industrie et la concurrence». 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 le « flou juridique » concernant les hautes technologies, un des moyens de défense privilégiés 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 au libre marché.¹²⁶ 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 concurrence¹²⁷. 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.

¹²⁵ *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 897 F.2d 1572, 1576 (Fed. Cir. 1990).

¹²⁶ Voir *supra* note 59.

¹²⁷ *Supra* note 16, à la p. 45.

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 plates-formes 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.¹²⁸ Cela dit, signe que l'application des lois *antitrust* aux DPI concernant la « nouvelle économie » ne fait pas l'unanimité aux États-Unis, les autorités américaines ont 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.¹²⁹

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

¹²⁸ *Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property*, *supra* note 70, au para. 3.4.

¹²⁹ *The Antitrust Modernization Commission* : en ligne : <<http://govinfo.library.unt.edu/amc/>>.

leur autorité et leur pouvoir de régulation sur l'Internet.¹³⁰ Par le biais d'un de ses plus grands fleurons nationaux, 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 Microsoft 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 2008.¹³¹

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 publicitaires¹³² nettement moins généreux,

¹³⁰ Brooke Masters, Roger Blitz et Daniel Pimlott, «Online Gambling Wants Another Chance to Win» *Financial Times* (du Royaume-Uni) (1^{er} février 2007), en ligne : FT.com/In depth <http://www.ft.com/cms/s/0/b4b1fb48-b239-11db-a79f-0000779e2340,dwp_uuid=e676331a-4bb0-11da-997b-0000779e2340.html>.

¹³¹ 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 (Senior Vice President and General Counsel) for Microsoft Corporation, «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 (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.msp>>.

¹³² Rappellant les récents déboires d'AOL, dans sa sous-traitance pour Time Warner.

mais définitivement salubre dans les circonstances pour la firme de Sunnyvale¹³³ : l'Accord intervient tactiquement après que Jerry Yang, l'ancien PDG et cofondateur de Yahoo! fût démis de ses fonctions¹³⁴ « [e]n raison de [son] incapacité à conclure un accord avec Microsoft », ainsi qu'après que Qi Lu, l'ancien vice-président 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 Twitter¹³⁵). 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 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 FCC¹³⁶). En effet, les standards traditionnels de Microsoft, notamment au niveau de 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 McGeedy, ancien administrateur d'Intel ayant témoigné contre Microsoft au cours du procès *United States v. Microsoft*, si l'impact de Linux ne met pas en danger la position dominante de Microsoft dans le domaine des systèmes

¹³³ 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-tres-risque_1224661_651865.html>.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ 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/>>.

¹³⁶ 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 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>>.

d'exploitation, l'effet du navigateur Mozilla Firefox serait « extrêmement important », en ce sens ou il fixerait des standards plus rigides.¹³⁷

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.¹³⁸

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

¹³⁷ William H. Page et John E. Lopatka, «The *Microsoft* Case : Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare» (2007) University of Chicago Press.

¹³⁸ Site officiel de Microsoft, en ligne : Microsoft Corporate Citizenship <<http://www.microsoft.com/about/corporatecitizenship/en-us/our-commitments/our-principles/windows-principles.aspx>>.

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*.

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 entreprises, notamment 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* vue comme une plateforme standard). Or, rappelons que de l'autre côté de l'Atlantique, dans 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 important du « *private enforcement* ». ¹³⁹ De plus, alors qu'aux États-Unis, Google est aujourd'hui perçu comme la « nouvelle Microsoft », cela ne va pas de soi dans l'UE. Christine Varney, chef de la section concurrence du DoJ a ainsi déclaré : « Pour moi, Microsoft est tellement « siècle dernier », elle n'est pas le problème. Je pense que nous allons voir un problème

¹³⁹ 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.

durable, potentiellement, avec Google, qui à mon avis a acquis légalement un monopole dans la publicité sur Internet »¹⁴⁰. 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. Bref, l'exception de l'efficacité économique serait admise à Washington comme une manière de favoriser l'efficacité et la liberté des entreprises, alors qu'à Bruxelles, il s'agirait de favoriser l'accomplissement du TFUE et la compétitivité de l'UE elle-même.

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.¹⁴¹

¹⁴⁰ Thierry Noisette, «Pour la chef de l'antitrust américain, Google est le prochain Microsoft», 19 février 2009, *ZNet France*, en ligne : ZNet.fr <<http://www.zdnet.fr/actualites/pour-la-chef-de-l-antitrust-americain-google-est-le-prochain-microsoft-39387257.htm>>.

¹⁴¹ 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>>.

Bibliographie

1. Livres et monographies

— *États-Unis* —

- Alese, F.. *Federal Antitrust and EC Competition Law Analysis*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2008.
- Amato, Giuliano. *Antitrust and the Bounds of Power : Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, Hart Publishing, 1997.
- Bork, R.H.. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978.
- Brian A. Facey et al.. *Competition and antitrust law : Canada and the United States*, Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2006.
- Dewey, Donald. *The Antitrust Experiment In America*, New York, Columbia University Press, 1990.
- Easterbrook, Frank et Daniel Fischel. *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- Ewing Jr., Ky P.. *Competition Rules for the 21st Century : Principles from America's Experience*, 2^e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2006.
- Fasquelle, Daniel. *Droit américain et droit communautaire des ententes : étude de la règle de raison*, Paris, Édition Joly, 1993.
- Firth, Alison et al.. *Comparative Law of Monopolies*, Singleton (Éd.), Kluwer Law International (Pays-Bas), 2009.
- Jackson, John H.. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge. Cambridge University Press, 2009.
- Joliet, René. *The Rule of reason in Antitrust law*, 26, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967.
- Hovenkamp, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*, Havard University Press, 2005.
- Howard, Marshall. *Antitrust and Trade Regulation. Englewood Cliffs*, New Jersey, Prentice Hall, 1983.
- Hylton, Keith. *Antitrust Law and Economics*, vol. 4, 2^e éd., Encyclopedia of law and economics, Cheltenham (Glos, UK), Edward Elgar Publishing, 2010
- Letwin, William. *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, New York, Random House, 4^e éd, 1965.

- Levi-Faur et J. Jordan. *The Potities of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, The CRC Series on Competition, Regulation and Development, Edward Elgar Publishing, 2004.
- Lustig, R. Jeffrey. *Corporate Liberalism: The Origins of Modern American Political Theory, 1890–1920*, Berkeley, University of California Press, 1986.
- McAdams, Tony *et al.*. *Law, business and society*, 7^e éd., New York, McGraw-Hill-Irwin, 2007.
- McChesney *et al.*. *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-choice Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995.
- Moss, Diana L. (éd.). *Network Access, Regulation and Antitrust*, Routledge Press, 2005.
- Page, William H.. *The Microsoft case : antitrust, high technology, and consumer welfare*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.
- Pitofsky, Robert. *Why The Chicago school overshot the mark - The effect of conservative economic analysis on US Antitrust*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Posner, Richard A., *Antitrust Law : An Economic Perspective*, 2^e éd., Chicago, University of Chicago Press, 2001.
- Thorelli, Hans B.. *The Federal Antitrust Policy : Origination of an American Tradition*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1955.
- Van Cise, Jerrold G.. *The Federal Antitrust Laws*, 1967, American institute for public Policy reserch, [2^e édition 1971].
- Viscusi *et al.*. *Economics of Regulation and Antitrust*, 4^e éd., The MIT Press, 2005.

— *Union européenne* —

- Andreangeli, Arianna, *EU Competition Enforcement and Human rights*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.
- Arcelin, Linda. *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR, Presses universitaires de Rennes, 2009.
- Drexl, Josef *et al.*. *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009.
- Fasquelle, Daniel. *Droit américain et droit communautaire des ententes : étude de la règle de raison*, Paris, Édition Joly, 1993.
- Goldman, Berthold, Antoine Lyon-Caen et Louis Vogel. *Droit commercial européen*, 5^e édition, Paris, Dalloz, 1994.

- Hayton, D.J. et al. (éds.), *Principles of European Trust Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999.
- Kuilwijk, K.J.. *The European Court of Justice and the GATT Dilemma : Public Interest versus Individual Rights?*, Critical European Studies Series, vol. 1, Zelhem, Nexed Editions Academic Publishers, 1996.
- O'Donoghue, Robert et A, Jorge Padilla, *The law Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.
- Odudu, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law : The Scope of Article 81*, OUP, 2006.
- Mendes, Mario Marques. *Antitrust in a World of Interrelated Economies: Interplay Between Antitrust and Trade Policies in the US and the EEC*, Brussels, Études européennes, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1991.
- Subiotto, Romano et Robert Snelders (éd.), *Antitrust Developments in Europe*, Cleary Gottlieb and Kluwer Law International, 2005.
- Teubner, Gunther. *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Anti-Trust, and Social Welfare Law*, European University Institute, Walter de Gruyter, 1987.
- Townley, Christopher. *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2009.
- Wilson, Joseph. *Globalization and the limits of national merger control laws*, La Haye, Kluwer Law International, 2003.

2. Articles

— États-Unis —

- Ahlborn, Christian et David S. Evans. « The Microsoft Judgment and Its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe » (2009) 75 *Antitrust L.J.* 887.
- Archibald, G. C.. « Chamberlin versus Chicago » (1961) 29 *Review of Economic Studies* 2.
- Audretsch, David B.. « Divergent Views in Antitrust Economics » (1988) 33 *Antitrust Bull.* 135.
- Averitt, Neil W. et Robert H. Lande. « Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law » (1997) 65 *Antitrust L.J.* 713.
- « Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law » (2007) 74 *Antitrust L.J.* 175.
- Baker, Donald I. et William Blumenthal. « Ideological Cycles and Unstable Antitrust Rules » (1986) 31 *Antitrust Bull.* 323.

- Baker, Jonathan B. «Beyond Schumpeter vs. Arrows: Antitrust Fosters Innovation» (2007) 74 *Antitrust L.J.* 575.
- Baker, Scott et Claudio Mezzetti. «A Theory of Rational Jurisprudence» (2010) Washington University School of Law in St. Louis et University of Warwick Department of Economics.
- Balmer, Thomas A.. «One Step Forward, Two Steps Back: Economic Analysis and Political Considerations in Antitrust Law Revision » (1986) 31 *Antitrust Bull.* 981.
- Bellon, Bertrand. « Cent ans de politique antitrust aux États-Unis » (1993) dans *Politique de la concurrence*, 63 *Revue d'économie industrielle* 10.
- Bianchi, Patrizio. « Politique antitrust et politique de la concurrence dans le contexte européen — Seconde partie : les politiques anti-trust aux États-Unis et en Europe » (1992) 60 : 2 *Revue d'économie industrielle* 7.
- Blake, Harlan et Kenneth Jones. « The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy » (1965), 65 *Colum. L. Rev.* 363, 377, 422.
- Blair, Roger D.. « The Ghost of Albrecht: Caribe BMW, Inc. v. Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft » (1995) 40 *Antitrust Bull.* 205.
- Blair, Roger D. et Christine A. Piette. « The Interface of Antitrust and Regulation: Trinko » (2005) 50 *Antitrust Bull.* 665.
- Blumenthal, William. « Epilogue: The Issues the Divide Us » (1996) 41 *Antitrust Bull.* 585.
- Bork, Robert H. « The goals of antitrust policy » (1967) 57 *American Economic Review* 242.
- Brodley, Joseph F.. « The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technoclogical Progress » (1987) 62 *N.Y.U. L. Rev.* 1020.
- «Antitrust Standing in Private Merger Cases: Reconciling Private Incentives and Public Enforcement Go... more» (1995) 94 : 1 *Michigan Law Review* 1.
- Carlton, Denis W. et M. Waldman, «The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries» (2002) 33 *Rand Journal of Economics* 194.
- Carlton, Dennis W. et Randal C. Picker. «Antitrust and Regulation» (2006) 312 *John M. Olin Law & Economics Working Paper* (2d series) 1.
- Crane, Daniel A.. « Technocracy and Antitrust » (2008) 86 *Tex. L. Rev.* 1159.
- Davidow, Joel. « United States Antitrust Developments in the New Millennium » (2001) 24 : 3 *World Competition* 425.
- Denis, Paul T.. « Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects » (1993) 38 *Antitrust Bull.* 479.

- DeSanti, Susan S.. « Catching up with Modern Times: Key Recommendations to the US Antitrust Commission » (2007) 3 *Competition L. Int'l* 45.
- Devlin, Alan et Bruno Peixoto. « Reformulating Antitrust Rules to Safeguard Societal Wealth » (2008) 13 *Stan. J.L. Bus. & Fin.* 225.
- DiLorenzo, Thomas J. «The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective» (1985) 5 *International Review of Law and Economics* 78.
- Duménil, Gérard, Mark Glick et Dominique Lévy. « The History of Competition Policy as Economic History » (1997) 42 :2 *The Antitrust Bulletin* 373.
- Economides, Nicholas et Ié Lianos. «The elusive antitrust standard on bundling in Europe and in the United States in the aftermath of the Microsoft cases» (2009) 76 : 2 *Antitrust Law Journal* 483.
- Elhauge, Einer R.. « Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions? » (2007) 3 : 2 *Competition Policy International* 1.
- Elzinga, Kenneth G. « The Goals of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts? » (1977) 125 : 6 *University of Pennsylvania Law Review* 1191.
- Farrell, Joseph et Michael L. Katz. « The Economics of Welfare Standards in Antitrust » (2006) *Competition Policy Center, Institute of Business and Economic Research, UC Berkeley*.
- Fligstein, Neil et Jennifer Choo. « Law and Corporate Governance » (2005) 1 : 84 *Annu. rev. Law Soc. Sci.* 61.
- Flynn, John J.. « Antitrust Jurisprudence : A Symposium on the Economic, Political and Social Goals of Antitrust Policy: Introduction » (1977) 125 : 6 *University of Pennsylvania Law Review* 1182.
- « Legal Reasoning, Antitrust Policy and the Social "Science" of Economics » (1988) 33 *Antitrust Bull.* 713.
- « Monopolization Under the Sherman Act: The Third Wave and beyond » (1981) 26 *Antitrust Bull.* 1.
- « The Reagan Administration's Antitrust Policy, Original Intent and the Legislative History of the Sherman Act » (1988) 33 *Antitrust Bull.* 259.
- «Which Past is Prolog — The Future of Private Antitrust Enforcement » (1990) 35 *Antitrust Bull.* 879.
- Flynn, Jonh J. et James F. Ponsoldt. «Legal Reasoning and the Jurisprudence of Vertical Restraints : The Limitations of Neoclassical Economic Analysis in The Resolution of Antitrust Disputes» (1987) 62 *N.Y.U. L. Rev.* 1125.
- Fox, Eleanor M.. «Economic Concentration, Efficiencies and Competition: Social Goals and Political Choices» (1977) 46 *Antitrust L.J.* 882.

- «Monopolization and dominance in the United States and the European Community: efficiency, opportunity, and fairness» (1986) 61 Notre Dame Law Review 981.
- « Is There Life in Aspen after Trinko — The Silent Revolution of Section 2 of the Sherman Act » (2005) 73 Antitrust L.J. 153.
- Glader, Marcus. « Innovation Economics and the Antitrust Guidelines on Horizontal Cooperation » (2001) 24 World Competition 513.
- Grengs, Christopher M.. « Verizon v. Trinko: From Post-Chicago Antitrust to Resource-Advantage Competition » (2006) 2 J.L. Econ. & Pol'y 105.
- Groeben, Hans Von der. « The role of competition in the Common Market in America » (1963) 14 American Bar Association (Proceedings Conference on Antitrust and the European Communities) 18.
- Goldfein, Shepard et Thomas Pak. «Negotiated Antitrust Settlements: Some Perspectives from U.S. Defendants» (2008) 2008 Eur. Competition L. Ann. 205.
- Guifford, Daniel J.. « Farewell to the Robinson - Patman Act - The Antitrust Modernization Commission's Report and Recommendation » (2008) 53 Antitrust Bull. 481.
- «The Jurisprudence of Antitrust » (1995) 48 S.M.U. L. Rev. 1677.
- Handler, Milton. « What is Wrong with the Antitrust Laws » (1963) 8 Antitrust Bull. 557.
- Han, Tie. «An inquiry into the causes for the multiple goals of the United States Antitrust Law from a historical perspective» (2006) 1 : 3 Front. Hist. China 329.
- Harvey, Dean. «Anticompetitive Social Norms as Antitrust Violations» (2006) 94 : 3 California Law Review 769.
- Hayslett III, Thomas L.. «Guidelines for the licensing of intellectual property : Harmonizing the commercial use of legal monopolies with the prohibitions of antitrust law» (1996) 3 J. Intell. Prop. L. 375.
- Hutchinson, Diane Wood. «Antitrust 1984: Five Decisions in Search of a Theory» (1984) 1984 The Supreme Court Review 69 (published by The University of Chicago Press).
- Jones, Alison. «Completion of the Revolution in Antitrust Doctrine on Restricted Distribution: Leegin and its Implications for EC Competition Law» (2008) 53 Antitrust Bull. 903.
- Kirkwood, John B. et Lande, Robert H.. «Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency» (2008) 84 Notre Dame L. Rev. 191.
- Klein, Benjamin. «The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position?» (2001) 15 : 2 *Journal of Economic Perspectives* 45.

- Kovacic, William E. «The Antitrust Paradox Revisited: Robert Bork and the Transformation of Modern Antitrust Policy» (1990) 36 *The Wayne Law Review* 1416.
- Kolasky, William J. and Andrew R. Dick. «The merger guidelines and the integration of efficiencies into antitrust review of horizontal mergers» (2003) 71 *Antitrust Law Journal* 207.
- Lande, Robert H.. «Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust» (1989) 58 *Antitrust L.J.* 631.
- «Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust » (2001) 62 *U. Pitt. L. Rev.* 503.
- «Proving the Obvious: The Antitrust Laws Were Passed to Protect Consumers (Not Just to Increase Efficiency)» (1999) 50 *Hastings L.J.* 959.
- «Resurrecting Incipency: From Von's Grocery to Consumer Choice » (2001) 68 *Antitrust L.J.* 875.
- «The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust » (1988) 33 *Antitrust Bull.* 429.
- «Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged» (1999) 50 *Hastings L.J.* 871.
- Lao, Marina. «Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and Sacrifice» (2005) 73 *Antitrust L.J.* 171.
- Larouche, Pierre. «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>>.
- Lopatka, John E. et William H. Page. «Bargaining and Monopolization: In Search of the Boundary of Section 2 Liability between Aspen and Trinko» (2005) 73 *Antitrust L.J.* 115.
- La Porta Rafael *et al.*, «Investor Protection and Corporate Governance» (2000), 58: octobre *Journal of Financial Economics* 3, à la p. 4.
- Leslie, Christopher R.. «Rationality Analysis in Antitrust» (2010) 158 : 2 *University of Pennsylvania Law Review* 1.
- Martin, Stephen. «The Goals of Antitrust and Competition Policy» (2007) 57 *American Economic Review* 242.
- Marty, Frédéric et Julien Pillot, «Les politiques de concurrence européenne et américaine face aux remises de fidélité accordées par une entreprise dominante : L'affaire Intel » (2009) 26 *OFCE*.

- May, James. «Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880–1918» (1989) 50 *Ohio State Law Journal* 294.
- «Historical Analysis in Antitrust Law» (1990) 35 *New York Law School Law Review* 857.
- Millon, David. « The Sherman Act and the Balance of Power » (1988) 61 *S. Cal. L. Rev.* 1219.
- Jones, Paul. « The Rise and Fall of American Antitrust: An International Perspective on Trinko and the Regulation of the Knowledge Economy » (2005) 50 *Antitrust Bull.* 687.
- Page, William H. et John E. Lopatka. «The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare» (2007) University of Chicago Press.
- Peritz, Rudolph J. R.. «Foreword: Antitrust as Public Interest Law» (1990) 35 *New York Law School Law Review* 767.
- Pitofsky, Robert. « Political Content of Antitrust » (1979) 127 *U. Pa. L. Rev.* 1051.
- Posner, Richard A.. « Antitrust Policy and the Consumer Movement » (1970) 15 *Antitrust Bull.* 361.
- «The Chicago School of antitrust analysis» (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925.
- Porter, Michael E.. «Competition and Antitrust: Toward a Productivity-Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures» (2001) 46 *Antitrust Bull.* 919.
- Riordan, Michael H. et Steven C. Salop. «Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach» (1995) 63 *Antitrust L.J.* 513.
- Rioux, Michèle. «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.*
- «Une victoire pour Microsoft?» (2003) 2 *Centre Études internationales et mondialisation (CEIM), Observatoire des Amériques.*
- Roda Jean-Christophe, « Regards sur l'Année 2006 en droit antitrust américain » (2007) 12 *Revue Lamy de la Concurrence* 2.
- Rodino, Peter W. Jr.. «The Future of Antitrust: Ideology vs. Legislative Intent » (1990) 35 *Antitrust Bull.* 575.
- Roessler, Frieder. «Domestic Policy Objectives and the Multilateral Trade Order: Lessons from the Past» (1998) 19 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 513.

- Salop, Steven C.. « Question : What is the real and proper antitrust welfare standard? Answer: the true consumer welfare standard» Allocution devant la *Antitrust Modernization Commission*, 4 novembre 2005.
- Scher, Irving. « The Major Antitrust Issues in the Decade Ahead » (1990) 58 *Antitrust L.J.* 181.
- Schwartz, Louis B.. « "Justice" and Other Non-Economic Goals of Antitrust » (1979) 127 : 4 *University of Pennsylvania Law Review* 1076.
- Shapiro, C..«Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak» (1995) 63 *Antitrust Law Journal* 483.
- Spector, David. «Comment le droit de la concurrence doit-il traiter les accords d'exclusivité ?» (2004) 4 *Bulletin de la Fédération Paris-Jourdan*.
- Stigler, George. «The Economists and the Problem of Monopoly» (1982) 72 : 2 *American Economic Review Papers and Proceedings* 8.
- Svetiev, Yane. « Antitrust Governance: The New Wave of Antitrust» (2007) 38 *Loyola University of Chicago Law Journal* 593.
- «U.S. Department of Justice Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations» (1988) 12 *World Competition* 105.
- Van Cise, Jerrold G.. « Antitrust Past-Present-Future » (1990) 35 *Antitrust Bull.* 985.
- Waller, Spencer Weber et Jennifer Woods. « Antitrust Transitions » (2009) 32 *World Competition* 189.
- Wilson, Bruce B.. « The Consumer Protection Goals of the Antitrust Division and the Proposed Nixon Administration Consumer Protection Legislation » (1970) 15 *Antitrust Bull.* 347.
- Wolf, Ernest. « La Législation antitrust des Etats-Unis et ses effets internationaux » (1950) 2:3 *Revue internationale de droit comparé* 440.

— *Union européenne* —

- Albernini, Adrien 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.
- Alfter, Mette et al. «New Horizontal Merger Guidelines - Plugging the Gap or Openings the Floodgates» (2004) 5 *Bus. L. Int'l* 385.
- Anadon, C. « Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations » (2010) 46 *RLDA* 33.

- Berger, Karine et Stanislas Martin. « La contradiction souvent évoquée au sein de la politique économique entre contrôle des concentrations et soutien de la compétitivité des entreprises est-elle un faux débat? » (2003) 132 : 2 *Revue Concurrence consommation* 7.
- Bianchi, Patrizio. « Politique antitrust et politique de la concurrence dans le contexte européen — Seconde partie : les politiques anti-trust aux États-Unis et en Europe » (1992) 60 : 2 *Revue d'économie industrielle* 7.
- Bloch, Robert E. et al.. « A Comparative Analysis of Article 82 and Section 2 of the Sherman Act » (2006) 7 *Bus. L. Int'l* 136.
- Boni, Stefano et Pietro Manzini. « National Social Legislation and EC Antitrust Law » (2001) 24 *World Competition* 239.
- Boschek, Ralf. « The EU Policy Reform on Vertical Restraints : An Economic Perspective » (2000) 23 *World Competition* 3.
- Breen, Emmanuel 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.
- Brkan, Maja. « Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms? » (2005) 28 : 4 *World Competition* 479.
- Buckley, Meg. « Licensing Intellectual Property: Competition and Definitions of Abuse of a Dominant Position in the United States and the European Union » (2004) 29 *Brook. J. Int'l L.* 797.
- Buttigieg, Eugene. « Consumer Interests under the EC's Competition Rules on Collusive Practices » (2005) 16 *European Business Law Review* 643.
- « Consumer Interest and the Antitrust Approach to abusive Practices by Dominant Firms » (2005) 2005 : 8 *EBLR* 1191.
- Chammas, Mona. « Concurrence : la nouvelle approche de la Commission dans la mise en oeuvre de l'article 82 CE » (2009) 157 *Journal de droit européen (ex Journal des Tribunaux Droit européen (Larcier))* 69.
- Denoix, Mathieu et Olaf Klargaard. « La politique de la concurrence dans l'Union européenne » (1997) *Fondation Robert Schuman*, en ligne : < <http://www.robert-schuman.eu/pdf.qe.php?num=qe-52>>.
- Diawara, Karounga. « Politique de la concurrence et intégration des marchés intérieurs : analyse comparative entre les perspectives canadienne et européenne (U.E) » (2006) 2 : 1 *Review of European and Russian Affairs* 57.

- Ehlermann, Claus Dieter. «The Modernization of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution» (2000) 37 *Common Market Law Review* 537.
- Eilmansberger, Thomas. «How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses» (2005) 42 *Common Market Law Review* 129.
- Fishwick, Francis. « Definition of Monopoly Power in the Antitrust Policies of the United Kingdom and the European Community » (1989) 34 *Antitrust Bull.* 451.
- Fox, Eleanor M., « Monopolization and dominance in the United States and the European Community: efficiency, opportunity, and fairness» (1986) 61 *Notre Dame Law Review* 981.
- Geradin, Damien. «Limiting the scope of Article 82 EC: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?» (2004) 41 *Common Market Law Review* 1519.
- Glais, Michel. « La jurisprudence récente (articles 85 et 86) de la Commission européenne de la concurrence à l'épreuve de la théorie économique » (1991) 59 : 2 *Revue d'économie industrielle* 101.
- Griffin, Joseph P.. « Extraterritoriality in U.S. and Eu Antitrust Enforcement » (2000) 67 *Antitrust L.J.* 159.
- Heinemann, Andreas. « Propriété intellectuelle et abus de position dominante en droit communautaire : Bilan et perspectives » (2007) 3 : 8 *Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence.*
- Incardona, Rossella. «Modernisation of Article 82 EC and Refusal to Supply: Any Real Change in Sight» (2006) 2 *Eur. Competition J.* 337.
- Kloub, Jindrich. «White Paper on Damage Auctions for Breach of the EC Antitrust Rules: Plea for a More Holistic Approach to Antitrust Enforcement» (2009) 5 *Eur. Competition J.* 515.
- Jebsen, Per et Robert Stevens. «Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under Article 86 of the European Union» (1996) 64 *Antitrust L.J.* 443.
- Jenny, Frédéric. « Droit européen de la concurrence et efficience économique » (1993) 63 : 1 *Revue d'économie industrielle* 193-206.
- Jones, Alison. « Resale Price Maintenance : A Debate about Competition Policy in Europe » (2009) 5 *Eur. Competition J.* 479.

- Kellerbauer, M.. «The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct : a shift towards a more economic approach?» (2010) 31 : 5 *ECLR* 175.
- Larouche, Pierre. «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>>.
- Leucht, Brigitte 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.
- Levy, Nicholas. «Mario Monti's Legacy in EC Merger Control» (2005), 1 : 1 *Competition Policy International* 99.
- Martin, Stephen. «The Goals of Antitrust and Competition Policy» (2007) 57 *American Economic Review* 242.
- Meyring, Bernd. «T-Mobile : Further confusion on information exchanges between competitors» (2010) 1 : 1 *Jnl of Euro Competition Law & Practice* 30.
- Mezzanotte, F. E.. «Using abuse of collective dominance in Article 102 TFEU to fight tacit collusion : the problem of proof and inferential error» (2010) 33 : 1 *World Competition* 77.
- Mingradi, Alberto et Paolo Zanetto. « Super Mario contre Microsoft : l'histoire d'un jugement fabriqué d'avance» (2004) Centre for the New Europe, Istituto Bruno Leoni Turin, Italie.
- Monti, Mario. « Concurrence : L'Amérique converge vers l'Europe » (2009) dans 3 : 28148 *Concurrences Review of competition laws* 1.
- «A European Competition Policy for today and tomorrow» (2006) 23 : 2 *World Competition* 1.
- Osti, Cristoforo. « Interpreting Convergence: Where Antitrust Meets Consumer Law » (2009) 5 *Eur. Competition J.* 377.
- Paulweber, Michael. « The End of a Success Story? The European Commission's White Paper on the Modernisation of the European Competition Law : A Comparative Study about the Role of the Notification of Restrictive Practices within the European Competition and the American Antitrust Law» (2000) 23 *World Competition* 3.
- Pera, Alberto. « Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law » (2008) 4 *Eur. Competition J.* 127.
- Reim, Fabrice. « Concurrence effective ou concurrence efficace? : L'ordre concurrentiel en trompe-l'oeil » (2008) 12 : 1 *Revue Internationale de Droit Economique* 67.

- Ritter, Cyril. «Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?» (2005) 28 *World Competition* 281.
- Rousseva, Ekaterina. «Modernizing by eradicating: How the Commission's new approach to Article 81 EC dispenses with the need to apply Article 82 EC to vertical restraints» (2005) 42 *Common Market Law Review* 587.
- Schmitz, Stefan. «The European Commission's Decision in GE/Honeywell and the Question of the Goals of Antitrust Law » (2002) 23 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 539.
- Slot, Piet Jan. «A view from the mountain: 40 years of developments in EC competition law» (2004) 41 *Common Market Law Review* 443.
- Spector, David. «From Harm to Competitors to Harm to Competition: One More Effort, Please» (2006) 2 *Eur. Competition J.* 145.
- Tesauro, Giuseppe. «International Competition Network First Annual Conference, Naples, 28 September 2002, Opening speech» (2003) 26 *World Competition* 277.
- Thouvenin, J.-M.. « Le calvaire et la capitulation de Microsoft ou la confirmation de la « puissance globale » du gendarme européen de la concurrence » (2010) 535 *RMCUE* 76.
- Venit, James S.. «Brave new world: The modernization and decentralization of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty» (2003) 40 *Common Market Law Review* 545.
- Wise, Michael. « Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne » (2007) 1 *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence* 7.
- Wilhelm, Pascal et Elise Provost. « La Cour de justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis » (2009) 41 *Revue Lamy Droit des affaires* 45.
- Wils, Wouter P. J.. « The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines : A Legal and Economic Analysis» (2007) 30 *World Competition* 197.
- «The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles » (2008) 2008 *Eur. Competition L. Ann.* 27.
- Zekos, Giorgios I.. « Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law » (2008) 25 : 1 *Journal of International Arbitration* 1.

— *Études comparées* —

- Amato, Filippo. « International Antitrust: What Future? » (2001) 24 *World Competition* 451.
- Akbar, Yusaf. «Grabbing Victory from the Jaws of Defeat: Can the GE/Honeywell Merger Facilitate International Antitrust Policy Co-operation?» (2002) 25 *World Competition* 403.
- Baetge, Dietmar. « Competition Law and Perspectives for Harmonisation » (2004) 9 *Unif. L. Rev.* n.s. 501.
- Bantekas, Ilias. «The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration» (2008) 27 *Aust. YBIL* 193.
- Boscheck, Ralf. «Contract Logic and Efficiency Concerns Considerations for an Efficiency Approach to Antitrust Analysis in Keeping with the Logic of Institutional Choice» (2002) 25 *World Competition* 435.
- Breen, Emmanuel 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
- Budzinski, Oliver. «The International Competition Network: Prospects and Limits on the Road Towards International Competition Governance», (2004) *Competition and Change*, vol. 8, no. 3, pp.223-242.
- Cadot, Olivier *et al.*. «Trade and Competition Policy» (2000) 34 *Journal of World Trade* 1.
- Cooperman, Daniel. «Merger Regulation in the New Economy: A Plea for Greater International Coordination» (2006) 7 *Bus. L. Int'l* 253.
- Crampton, Paul S.. «Alternative Approaches to Competition Law : Consumers' Surplus, Total Surplus, Total Welfare and Non-Efficiency Goals» (1993) 17 *World Competition* 55.
- Crampton, Paul S. et Brian A. Facey. «Revisiting Regulation and Deregulation Through the Lens of Competition Policy Getting the Balance Right» (2002) 25 *World Competition* 25.
- Damro, Chad. «Multilateral Competition Policy and Transatlantic Compromise» (2004) 9 *European Foreign Affairs Review* 269.
- Damtoft, Russell W. et Ronan Flangan. «The Development of International Networks in Antitrust» (2009) 43 *Int'l Law*. 137.
- Davidow, Joel et Hal Shapiro. «The Feasibility and Worth of a World Trade Organization Competition Agreement» (2003) 37 *Journal of World Trade* 49.

- Deschamps, Marc 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.
- Ewing, Ky P. Jr.. «Comments on Emerging Competition Policy in the Decades Ahead: Problems and Suggestions for Solution» (2002) 2002 Bus. L. Int'l 17.
- Fiebig, Andre. «International Trade and U.S. Antitrust Law» (2008) 31 World Competition 146.
- Fox, Eleanor M.. «Linked-in: Antitrust and the Virtues of a Virtual Network» (2009) 43 Int'l Law. 151.
- «“We Protect Competition, You Protect Competitors”» (2003) 26 World Competition 149.
- Gerard, Damien. «Merger control policy: How to give meaningful consideration to efficiency claims?» (2003) 40 Common Market Law Review 1367.
- Gifford, Daniel J. et Robert T. Kudrle. «Rhetoric and Reality in the Merger Standards of the United States, Canada, and the European Union » (2005) 72 Antitrust L.J. 423.1.
- Grewlich, Alexandre S.. «Globalisation and Conflict in Competition Law : Elements of Possible Solutions» (2001) 24 World Competition 367.
- Guzman, Andrew T.. «Antitrust and International Regulatory Federalism» (2001) New York University Law Review 1142.
- Hassanien, Mohamed Ramadan. «Bilateralism and Multilateralism: Can Public International Law Reconcile between Them? Real Options for Further Developments in WTO Jurisprudence» (2008) 8 Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L. 51.
- Heinemann, Andreas. « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence » (2004) Revue Internationale de Droit Économique 293.
- Hoekman, Bernard et Petros C. Mavroidis. «Economic Development, Competition Policy and the WTO» (2003) 37 Journal of World Trade 1.
- Jones, Clifford A.. « Toward Global Competition Policy? : The Expanding Dialogue on Multilateralism» (2000) 23 World Competition 95.
- De León, Ignacio. « Should We Promote Antitrust in International Trade?» (1997) 21 World Competition 35.
- Dhanjee, Rajan. «The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices – an Instrument of International Law?» (2001) 28 Legal Issues of Economic Integration 71.

- Lloyd, P. J.. « Multilateral Rules for International Competition Law? » (1998) 8 : 21 *World Economy* 1129.
- Macias, Maria Jose Rodriguez et al.. « International Anti-Trust » (2009) 43 *Int'l Law*. 231
- Malinauskaite, Jurgita. «Harmonisation in Competition Law in the Context of Globalisation» (2010) 21 *European Business Law Review* 369.
- Marty, Frédéric 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*.
- Marty, Frédéric. «Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : critères économiques et sécurité juridique» (2007) 1 : 100 *Revue de l'OFCE* 85.
- Mavroidis, Petros C. et Sally J. Van Sichen. «The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues» (1997) 31 *Journal of World Trade* 5.
- Montagnani, Maria Lilla. «Remedies to Exclusionary Innovation in the High-Tech Sector : Is there a Lesson from the Microsoft Saga?» (2007) 30 *World Competition* 623.
- Nenova, Mira Burri. «The Law of the World Trade Organization and the Communications Law of the European Community: On a Path of Harmony or Discord?» (2007) 41 *Journal of World Trade* 833.
- Rill, James F.. «Creating and Maintaining Competition in a Common Market: The Future of Antitrust in an Integrated World Economy» (1992) 1992 *U. Chi. Legal F.* 263.
- Rioux, Michèle. « Culture de concurrence : les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée » (2004) 04 : 04 *Économie politique internationale*, Cahiers de recherche du CEIM (13 pp).
- «Gouvernance globale des télécommunications: mythes et limites» (novembre 2004) *Économie Politique Internationale*, CEIM, Athéna, Montréal (26pp.).
- Shelton, Joanna R.. « Competition Policy: What Chance for International Rules» (1999) 1 : 2 *OECD Journal of Competition Law and Policy* 51.
- Steiner, Daniel. « The International Convergence of Competition Laws » (1997) 24 *Man. L.J.* 577.
- Rowley, J. William. «The Internationalisation of Merger Review: Global Solutions Require Both Words and Actions» (2003) 2003 *Bus. L. Int'l* 183.
- Takigawa, Toshiaki. «Harmonization of Competition Laws after Doha Substantive and Procedural Harmonization» (2002) 36 *Journal of World Trade* 1111.
- Todino, Mario. «International Competition Network The State of Play after Naples» (2003) 26 *World Competition* 283.

Trachtman, Joel P.. « Recent Initiatives in International Financial Regulation and Goals of Competitiveness, Effectiveness, Consistency and Cooperation » (1991) 12 Nw. J. Int'l L. & Bus. 241.

3. Documentation officielle

— États-Unis —

É.-U, Department of Justice (Antitrust Division), Hearing on International Antitrust in the 21th Century : Coopération and convergence (par Charles A. James), OECD Global Forum on Competition, Paris, 2007.

—Department of Justice (Federal Trade Commission), *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>>.

—Department of Justice (Antitrust Division), *Hearing on International Cooperation and the Future of U.S. Antitrust Enforcement Before the American Law Institute*, 72nd Annual Meeting, Washington D.C.. (1996) (affirmé par Anne K. Bingaman, Assistant Attorney General).

—Department of Justice (Antitrust Division), *Hearing on Perspectives on International Antitrust Enforcement : Recent Legal Developments and Policy Implications Before the American Bar Association Section of Antitrust Law*, Fall Forum, Washington D.C.. (2003) (affirmé par Makan Delrahim, Deputy Assistant Attorney General).

—Department of Justice (Federal Trade Commission), *1992 Horizontal Merger Guidelines*, 1997 [avec 8 avril 1997, révisions de la section 4 sur les efficacités], en ligne : DoJ <www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html>.

—Department of Justice (Federal Trade Commission), *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, avril 2000, p. 1, en ligne : FTC <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>.

—Department of Justice (Federal Trade Commission), *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, 2006, Section 4.

—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>

—Department of Justice, 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>>.

— *Rapport de la Commission sur le « Plan d'action pour la politique des consommateurs 1999-2001 » et sur le « Cadre général pour les activités communautaires en faveur des consommateurs 1999-2003 », [2001] COM(2001) 486 final.*

Krepper, L-B. « 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.

— Études comparées —

Document de synthèse sur le rapport du commerce et de la politique de la concurrence avec le développement et la croissance économique (1998), OMC Doc. WT/WGTCP/W/80 (Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence), en ligne : OMC <<http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/u/WT/WGTCP/W80.DOC>>.

Étude des questions relatives à un éventuel cadre multilatéral (2003), OMC Doc. WT/WGTCP/W/228 (Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence), en ligne : OMC [Partie I](#), [Partie II](#), [Partie III](#), [Partie IV](#).

É.-U, Department of Justice (Antitrust Division), *Hearing on International Cooperation and the Future of U.S. Antitrust Enforcement Before the American Law Institute*, 72nd Annual Meeting, Washington D.C.. (1996) (affirmé par Anne K. Bingaman, Assistant Attorney General).

— Department of Justice (Antitrust Division), *Hearing on Perspectives on International Antitrust Enforcement : Recent Legal Developments and Policy Implications Before the American Bar Association Section of Antitrust Law*, Fall Forum, Washington D.C.. (2003) (affirmé par Makan Delrahim, Deputy Assistant Attorney General).

Les principes fondamentaux de la politique de la concurrence (1999), OMC Doc. WT/WGTCP/W/127 (Note d'information du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence), en ligne : OMC <<http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/u/WT/WGTCP/W127.doc>>.

NU, CNUCED, doc. off. NU TD/RBP/CONF.5/6 (11 août 2000), *Quatrième conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives*, en ligne : CNUCED <<http://www.unctad.org/fr/docs/tdrbpconf5d6.fr.pdf>>.

OCDE, *Competition, Innovation and Productivity Growth* (par Sanghoon Ahn), (2002) 317 OECD Economics Department Working Papers, OECD Publishing.

———«Les objectifs du droit et de la politique de la concurrence et la conception optimale d'une autorité de la concurrence» (2003) 5 : 1 Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence 8.

———*Réformes économiques : Objectif croissance 2007*, Paris, 2007, p. 144, en ligne : OCDE http://www.oecd.org/document/8/0,3343,fr_2649_37443_38088936_1_1_1_37443,00.html

———*Revised Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*, OECD Document No. C(95)130/Final (Sept. 21, 1995).

Réseau international de la concurrence, 1994, *Merger Guidelines Project*, chapitre 6, en ligne : RIC <<http://www.reseauinternationaldelaconcurrence.org>>.

Vue d'ensemble de la législation nationale des Membres en matière de concurrence (2003), OMC Doc. WT/WGTCP/W/128/Rev.3 (Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence), en ligne : OMC <<http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/u/WT/WGTCP/W128R3.doc>>.

Tables de Jurisprudence

1. États-Unis

Addyston Pipe and Steel Co. v. United States, 85 F. 271 (6th Cir. 1898).

Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968).

American Steel Co. v. American Steel & Wire Co., 244 Fed. 300 (1916).

Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).

Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc., 897 F.2d 1572, 1576 (Fed. Cir. 1990).

Atlantic Richfield v. USA Petroleum, 495 U.S. 328 (1990).

Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962).

Cantor v. Detroit Edison Co., 96 S. Ct. 3110 (1976).

- Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).
- Connell Const. Co. v. Plumbers Local 100*, 421 U.S. 616, (1975).
- Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).
- DaimlerChrysler Corp. v. Cuno*, 547 U.S. 332 (2006).
- Data General v. Grumman Systems Support Corp*, 36 F.3d 1147 (1 Cir. 1994).
- Eiberger v. Sony Corp.*, 622, F. 2d 1068 (2^e Circuit 1980).
- FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 at 580 (1967).
- Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975).
- 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.
- Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).
- In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000) [Xerox].
- Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 3 F. Supp. 2d 1255 (N.D. Ala. 1998), *vacated*, 195 F.3d 1346, 1357-58 (Fed. Cir. 1999).
- Jefferson Parish Hospital Dist. No 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).
- Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958).
- Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).
- Patterson v. United States*, 222 Fed. 599 (1915).
- Precision Instrument Manufacturing Co. v. Automotive Maintenance Machinery* 324 U.S. 806 (1945).
- Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Light Co.*, 364 U.S. 656 (1961).
- Ramsey v. Bill posters Ass'n*, 260 U.S. 501 (1923).
- Reiter v. Sonotone Corp. et al.* 442 U.S. 330 (1979).
- Reynolds Metal Co. v. FTC*, 309 F.2d 223 (D.C. Cir. 1962).
- SCM Corp. c. Xerox Corp.*, 645 F.2d at 1206 (1981).

- Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U.S. 341 (1963).
- Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 458 (1993).
- Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).
- State Oil v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).
- United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 427 (2d Cir. 1945).
- United States v. American Tobacco Co*, 221 U.S. 106 (1911).
- United States v. Arnold, Schwinn & Co*, 388 U.S. 365 (1967).
- United States v. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), aff'd, 460 U.S. 1001 (1983).
- United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486 (1974).
- United States v. Grinnell Corp.*, 236 F. Supp. 244 (D.R.I. 1964) (Wyzanski, J.), aff'd with modification of decree, 384 U.S. 563 (1966).
- United States v. E.I. duPont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586 (1957).
- United States v. International Boxing Club*, 348 U.S. 236 (1955).
- United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir.), cert. denied, 534 U.S. 952 (2001).
- United States v. Pabst Brewing Co*, 384 U.S. 546 (1966).
- United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).
- United States v. Socony-Vacuum Oil Co*, 310 U.S. 150 (1940).
- United States v. Reading Company*, 226 U.S. 324 (1912).
- United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 596 (1972).
- United States v. Trenton Potteries Co*, 273 U.S. 392 (1927).
- United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295, 343 (1953).
- United States v. Von's Grocery Co*, 384 U.S. 270 (1966).
- Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967).

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P., 540 U.S. 398 (2004).

Wasbasch St Louis & Pacific Railway Co. v. Illinois State, 118 US 557 (1885).

2. Union Européenne

Airtours plc v. Commission, T-342/99, [2002] E.C.R. II-2585.

Bayer AG et Société de construction mécanique Hennecke CmbH c. Heinz Süllhöfer, C-65/86, [1988] E.C.R. I-5249.

British Airways plc c. Commission des Communautés européennes, [2003] T-219/99, E.C.R. II-05917.

CE, *Décision COMP/38.233 de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE* (Wanadoo Interactive), [2003], en ligne : Europa <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/38233/fr.pdf>>.

———*Décision du 18 janvier 1991, IV/M.050, AT&T/NCR*, [1991] J.O. L-2985, en ligne : Europa <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m50_en.pdf>.

———*Décision de la Commission du 9 novembre 1994 relative à une procédure d'application du Règlement (CEE) no 4064/89 du Conseil (IV/M.469 – MSG Media Service)*, [1994] J.O. L 364, à la p. 1.

———*Décision de la Commission du 20/12/2002 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N COMP/M.3042 - SONY / PHILIPS / INTERTRUST) sur base du Règlement (CEE) N 4064/89 du Conseil*, [2003] J.O. C 23 à la p. 8-8.

Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres c. Ciné-Vog Films SA et autres, C-262/81, [1982] E.C.R. I-3381.

Deutsche Grammophon c. Metro SB, C-78/70, [1985] E.C.R. I-487.

ETA c. DK Investment, C-31/85, [1985] E.C.R. I-3933.

General Electric v. Commission, T-210/01, [2005] E.C.R. II-05575.

General Motors Continental NV v. Commission of the European Communities, C-26/75, [1975] E.C.R. I-1367.

Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, C-85/76, [1979] E.C.R. I-461.

Javico c. Yves Saint Laurent Parfums, C-306/96, [1998] E.C.R. I-1983.

JCB Service c. Commission, T-67/01, [2004] E.C.R. II-49.

Kai Ottung c. Klee & Weilbach A/S et Thomas Schmidt A/S, C-320/87, [1989] E.C.R. I-1177.

LC Nungesser KG et Kurt Eisele c. Commission (semences de maïs), C-258/78, [1982] E.C.R. I-2015.

Manufacture Française des pneumatiques Michelin c. Commission, T-203/01, [2003] E.C.R. II-04071.

MCI, Inc. c. Commission of the European Communities, T-310/00, [2004] E.C.R. II-03253.

Métro SB-Grossmärket GmbH & Co. KG c. Commission, C-26/76, [1977] E.C.R. I-1875.

Microsoft Corporation c. Commission, T-201/04 [2007] E.C.R. II-3601.

Rémia BV et autres c. Commission, C-4284, [1985] E.C.R. I-2545.

Schneider Electric v. Commission, T-310/01, [2002] E.C.R. II-4071.

Société Technique minière (LTM) c. Maschinenbau ULM GmbH (MBU), C-56/65, [1966] E.C.R. I-337.

SPRL Louis Erauw-Jacquery c. Société coopérative La Heisbignonne, C-27/87, [1988] E.C.R. I-1919.

Stergios Delimitis c. Henninger Braü AG, C-234/89, [1991] E.C.R. I-935.

Tetra Laval v. Commission, T-5/02, [2002] E.C.R. II-4381.

Tipp-Ex c. Commission, C-279/87, [1990] E.C.R. I-261.

T-Mobile Netherlands, C-8/08 [2009] E.C.R. I-0000.

United Brands Company et United Brands Continentaal BV c Commission européenne, C-27/76, [1978] E.C.R. I-00207.

Windsurfing international inc. C. Commission, C-193/83, [1986] E.C.R. I-611.