



Janvier 2010

La stratégie de Microsoft face à l'*antitrust* américain

Marie-Christine Morin

Depuis le début des années 1990, les actions contre Microsoft se multiplient tant au niveau public que privé. L'intérêt des autorités américaines de la concurrence pour cette firme fera en sorte d'ouvrir une première enquête du côté de la *Federal Trade Commission (FTC)*, qui ouvrira la voie au dépôt de plaintes tous azimuts, tant de la part du *Department of Justice (DOJ)* et du fédéral (*attorney général*), que des États fédérés (*state attorneys general*) et du secteur privé. Cette multiplication des procédures judiciaires contre Microsoft complexifie le portrait qu'elle arbore devant la loi.

Le « jugement final » de Microsoft

En avril 2009, le DoJ a reconduit jusqu'en 2011 l'essentiel des dispositions¹ contenues dans l'accord *antitrust* conclu en 2001² entre la compagnie Microsoft et le « Groupe de New York »³, auquel s'est joint le « Groupe de Californie »⁴ en 2003. Jusqu'à terme, Microsoft est contrainte de fournir à ses concurrents les codes sources nécessaires au développement de logiciels compatibles avec son système d'exploitation *Windows*.⁵ Le géant américain devra également prolonger son programme de licences, qui permet

l'interopérabilité de plusieurs de ses protocoles techniques.⁶

L'entente en question fait suite à une décision de la Cour d'appel du District de Columbia (Washington DC, 2001) affirmant que la compagnie avait effectivement violé la législation *antitrust* américaine (notamment la section 2 du *Sherman Act*) en utilisant sa position monopolistique pour entraver illégalement la concurrence.⁷ Les parties s'entendirent officiellement à l'amiable aux termes d'une feuille de route intitulée « *Final Judgement* » et 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. »⁸ Les dispositions de cet accord seraient donc reconductibles dans la mesure où les situations découlant d'actes illégaux ne seraient pas considérablement rétablies.

D'ailleurs, la préoccupation des autorités *antitrust* américaines concernant le comportement de la société de Redmond n'est pas nouvelle : au début des années 1990, deux « enquêtes Microsoft » furent

conduites en vertu de la section 2 du *Sherman Antitrust Act* respectivement par la FTC (1991-1993) et le DoJ (1993-1994). Si elles n'ont pas conduit à des procédures judiciaires, elles ont tout de même mené, en 1995, 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.⁹

Ainsi, l'augmentation de la popularité d'autres plates-formes technologiques (notamment Google, Novell, Linspire, et Xandros) et l'expansion de systèmes d'exploitation développés par des entreprises concurrentes (Apple et Linux) constituent des éléments d'argumentation pour Microsoft en vue d'éviter la reconduction partielle ou totale du *Final Judgement*¹⁰. Toutefois, jusqu'à maintenant, l'émergence de ces éléments n'aurait pas suffi pour démontrer le rétablissement significatif d'une concurrence susceptible de défier la position dominante de Windows.

Des ententes verticales pour le contrôle du marché

En novembre 1999, le Jugement Jackson avait d'ailleurs 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 comportements discriminatoires 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*.¹¹

De plus, Microsoft verserait chaque année 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 également que Dell aurait annulé, à la suite de l'intervention du géant de Redmond, un contrat avec le concepteur de système Questar, qui proposait la commercialisation d'appareils Dell munis du tableau de bord de Linspire préinstallé sur une plate-forme Linux.

Microsoft fausserait ainsi les prix courants 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.¹² D'après 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.¹³

L'évitement judiciaire

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 d'une entente à l'amiable, notamment afin d'éviter la création de précédents judiciaires qui pourraient 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 du géant américain, 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*¹⁴, 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 technologies de l'information et des communications (TIC).

Cela dit, le compromis accepté par *Sun* réfère à un calcul politico-économique dépassant les principes du droit commercial : outre la somme astronomique gagnée par *Sun* pour avoir évité à Microsoft de se compromettre devant les tribunaux américains, l'inventeur de Java s'est surtout assuré d'un partenariat avec le plus grand éditeur informatique au monde, abandonnant l'idée de le concurrencer.¹⁵

D'ailleurs, suite au règlement de cette affaire, *Sun Microsystems* a annoncé, en novembre 2004, le retrait de son appui aux autorités de la concurrence européennes dans leur bataille juridique contre Microsoft.¹⁶ 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, avait alors affirmé s'être « réconcilié » avec Microsoft.¹⁷

Plus encore, le procès *InterTrust v. Microsoft*¹⁸, dont l'ouverture était prévue pour mi-juin 2003 à l'issue d'une plainte d'*InterTrust* sous l'égide du *trust* *Sony/Philips*, n'aura finalement pas lieu aux États-Unis.

Rappelant les accusations de *Sun Microsystems* concernant l'utilisation illégale de composantes Java (et maintenant celle de *i4i* à propos de *Word*), *InterTrust* accusait Microsoft d'utiliser onze technologies brevetées *Digital Right Management* (DRM) sans autorisation, et ce, 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 anti-piratage (aujourd'hui, ces droits de propriété intellectuelle (DPI) sont reconnus comme Microsoft DRM).¹⁹

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.²⁰ Au demeurant, Microsoft n'a jamais admis sa faute envers le *Sherman Act* et continue de défendre la légitimité *de jure* de sa position.

La distinction naturelle des marchés

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 le *Standard Oil Trust* de Rockefeller, fondé en 1879 et démantelé en 1911. C'est d'ailleurs le rejet de cette défense qui avait conduit le juge Jackson, en 2000, à ordonner le démantèlement de Microsoft en deux sociétés distinctes. Or, cette décision provoqua une importante levée de boucliers donnant du crédit à 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, par le renversement de la décision. Stratégiquement, on accusa le juge Jackson d'impartialité, ce qui invalida son jugement.²¹ 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 ne

s'adressant pas exclusivement à *Windows* soient de plus en plus tendues, ce qui laisse présager d'éventuelles poursuites en ce sens.

À ce sujet, le 18 mars 2009, un renvoi de la Cour suprême américaine a répondu négativement à la question de Microsoft soutenant l'irrecevabilité de la 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.²² 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.²³

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*.²⁴

À suivre...

Un autre dossier épineux alimente encore aujourd'hui les démêlés de Microsoft avec la justice américaine. Cette fois-ci, il s'agit d'une accusation de viol de contrat, au détriment de la compagnie Eolas

Technologies, en ce qui concerne une plateforme d'applications web (*applets* et *plugins*) permettant aux utilisateurs de lire des éléments multimédias ou du contenu en temps réel directement à partir de leur navigateur, c'est-à-dire sans devoir recourir à un quelconque logiciel parallèle.

Dans cette affaire, Eolas prétend avoir développé cette technologie sous le couvert d'un contrat avec Microsoft datant de 1993. La plainte, déposée en 1999 et dont la compagnie de l'Université de Californie est sortie jusqu'ici victorieuse, dénonce l'inopérabilité de sa nouvelle création avec Explorer, contrairement à ce que prévoyait l'accord en question. En réponse à cette accusation, les avocats de Microsoft invoquent la caducité de l'entente, affirmant qu'Eolas a délibérément continué son travail de développement, alors qu'une plateforme similaire était entre-temps développée par un inventeur de la compagnie O'Reilly and Associates, Pei Wei. Selon Microsoft, la technologie en question ne représenterait plus l'« avancée » prévue dans le contrat. La multinationale de Redmond prépare actuellement sa défense en appel de la décision, datée du 22 septembre 2003²⁵.

Dans la même veine, l'affaire *Reiffin c. Microsoft*, dans laquelle le plaignant revendique également l'interopérabilité de son lecteur « temps réel » avec Windows et Explorer, est présentement en réexamen. En effet, le juge Newman, de la Cour de District Nord de Californie, a infirmé en 2003 le jugement de juin 2000 concernant la plainte de M. Reiffin, qui avait alors rejeté la recevabilité de l'affaire.²⁶

¹ L'accord avait partiellement expiré le 12 novembre 2007.

² *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir 2001).

³ Partie plaignante composée des États de New York, de la Louisiane, du Maryland, de l'Ohio, de l'Illinois, du Kentucky, du Michigan, de la Caroline du Nord ainsi que du Wisconsin.

⁴ Collectif de plaignant composé des États de la Californie, du Connecticut, de la Floride, de l'Iowa, du Kansas, du Massachusetts, du Minnesota, de l'Utah et du District de Columbia.

⁵ 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>>.

⁶ *New York et. al. c. Microsoft Corp.*, 683 F.3d 2 (C.V. 01233, 2008).

⁷ Aux termes du *Final Judgment*, Microsoft ne serait donc pas coupable d'*accroître* illégalement son monopole; l'aspect illégal de son comportement résidant plutôt dans l'*utilisation* de celui-ci pour faire entrave à la possibilité pour ses concurrents de contrecarrer les barrières à l'entrée permettant à Microsoft de maintenir cette position dominante. Microsoft est ainsi appelée à modifier certaines pratiques « hors la loi » et d'en corriger les conditions conséquentes en vue d'une revalorisation de la compétition; voir 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>>.
- ⁸ É-U, *Competitive impact settlement*, 15 novembre 2001, au para. 17.
- ⁹ É-U., Department of Justice of the United States, *Final Judgment*, Civil Action No. 94-1564, 21 avril 1995.
- ¹⁰ *United States c. Microsoft Corp.*, *supra* note 2.
- ¹¹ 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/>.
- ¹² 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>>.
- ¹³ Linspire et Microsoft auraient également conclu un accord en juin 2007, faisant *inter alia* de l'outil de recherche Microsoft live.com le moteur par défaut du navigateur web Linspire 5.0. Les relations entre Linspire et Microsoft sont d'autant plus à feu et à sang depuis que le duo Gates/Ballmer a accusé la compagnie de distribution Linux, en mai 2007, d'avoir violé plus 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*.
- ¹⁴ Cette décision venait à son tour invalider celle du juge Colleen Kollar-Kotelly, qui avait rejeté la demande du « Groupe de New York » de contraindre Microsoft à inclure Java dans son système d'exploitation.
- ¹⁵ 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>>.
- ¹⁶ Sun Microsystems est à l'origine de l'ouverture de l'affaire Microsoft en Europe. Groupe BNP Paribas, « La Commission européenne reçoit cinq soutiens de taille contre Microsoft », 07 mars 2005, en ligne : L'Atelier : <<http://www.atelier.fr/institutions/10/07042005/commission-europeenne-recoit-cinq-soutiens-taille-contre-microsoft-29543-.html>>.
- ¹⁷ 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 subséquemment sur le contenu numérique lui-même. Cela est devenu encore plus important compte tenu de la convergence accrue de l'ordinateur et du divertissement familial. » Ed Black, *Computer and Communications Industry Association (CCIA)*, mars 2004, citée dans Fédération internationale des associations de multimédia (FIAM), *Bulletin de nouvelles de la FIAM*, par André G. Côté et Philippe Gauthier (mars 2004) 5 : 2, en ligne : FIAM <<http://www.fiam.org/newsletter/archives/index200403fr.html>>.
- ¹⁸ É-U., *InterTrust v. Microsoft*, U.S. District Court for the Northern District of California, 2004.
- ¹⁹ 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 une entente à l'amiable 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 / Philips / InterTrust*, SG (2002) D/233491/233492 Regulation (EEC) No 4064/89 Merger procedure, Article 6(1)(b) Non-opposition, Office for Official Publications of the European Communities, L-2985, Luxembourg, en ligne : <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3042_en.pdf>.
- ²⁰ 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/)>.
- ²¹ 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'espace économique européen (EEE); voir MINGRADI, Alberto et Paolo Zanetto, « Super Mario contre Microsoft : l'histoire d'un jugement fabriqué d'avance », *Center font the New Europe*, Turin, 2004.
- ²² 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>>.
- ²³ Nathan Eddy, « Supreme Court Denies Microsoft Bid To Block Novell Lawsuit By », ChannelWeb, 18 mars 2008, en ligne : <<http://www.crn.com/software/206904400>>.

-
- ²⁴ 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>>.
- ²⁵ Michael Kanellos, « Microsoft Ordered to Pay \$521 Million », *CNET news*, 22 septembre 2003, en ligne : <http://www.news.com/Microsoft-ordered-to-pay-521-million/2100-1012_3-5062409.html>
- ²⁶ *Martin Gardner Reiffin v. Microsoft Corporation* (2003), CA No. 98-1502 (Washington D.C.).