

Avec des poursuites lancées sur le fondement de l'article 2 du *Sherman Act* mais aussi avec l'important arrêt de la Cour d'appel du District de Columbia en juin 2001, l'affaire *Microsoft*, encore aujourd'hui emblématique, a sans conteste marqué l'histoire du droit antitrust américain. Jean-Christophe Roda revient sur les apports de l'affaire, tant sur les questions liées à la nouvelle technologie que sur le droit commun de la monopolisation.

Les apports de l'affaire Microsoft au droit américain de la monopolisation



Par Jean-Christophe RODA,

Docteur en droit,
Cabinet Racine

1. En mai 1998, la Division Antitrust du *Department of Justice*, vingt États de l'Union et le District de Columbia déposèrent une plainte contre l'entreprise *Microsoft* pour violation du *Sherman Act*. Il était reproché au géant américain de l'informatique d'avoir monopolisé le marché des systèmes d'exploitation et d'avoir cherché à s'approprier le marché secondaire des logiciels de navigation sur Internet.

2. L'affaire fut portée devant la Cour du District de Columbia. La Cour se prononça en avril 2000 et retint l'existence de plusieurs violations de la loi antitrust (*United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59, D.D.C. 2000). Après avoir constaté l'existence d'un monopole de *Microsoft* sur le marché des logiciels de systèmes d'exploitation, la Cour considéra que la firme de Redmond avait procédé à des ventes liées illégales en couplant son système d'exploitation avec son logiciel de navigation Internet Explorer. Elle estima également que l'entreprise défenderesse s'était rendue coupable d'un « *maintien de monopolisation* » sur le marché des systèmes d'exploitation par le biais de divers contrats conclus avec les constructeurs d'ordinateurs et les fournisseurs d'accès à Internet. Elle jugea enfin que *Microsoft* s'était rendu coupable de « *tentative de monopolisation* » sur le marché connexe des navigateurs, en procédant à des ventes liées. *Microsoft* interjeta appel devant la Cour d'appel du Circuit du District de Columbia. En juin 2001, celle-ci reforma partiellement la décision de première instance (*United States v. Microsoft*, 253

F.3d 34, D.C. Cir. 2001). La partie du jugement concernant la tentative de monopolisation fut annulée. Il en fut de même s'agissant des ventes liées. La Cour d'appel confirma en revanche l'existence d'un maintien de monopolisation sur le marché des systèmes d'exploitation. Des négociations s'ouvrirent alors entre les différents plaignants et *Microsoft*. Un accord transactionnel sur les sanctions et les remèdes à adopter fut finalement trouvé et approuvé par la Cour d'appel en novembre 2002. Si d'autres péripéties judiciaires suivirent, l'essentiel du volet américain de l'affaire *Microsoft* venait de connaître son dénouement.

3. Six années plus tard, l'affaire *Microsoft* demeure emblématique aux États-Unis. Rarement un procès antitrust n'avait autant passionné le public et n'avait autant été suivi par la presse généraliste. L'identité des protagonistes et leur personnalité a grandement favorisé cet engouement. Pour de nombreux Américains, le cas a aussi symbolisé, à l'orée du nouveau millénaire, le procès de la « *nouvelle économie* » (cf. Melamed D. et Rubinfeld D., *U.S. v. Microsoft : Lessons Learned and Issues Raised*, Antitrust Stories, Foundation Press 2007, p. 288).

4. Pour les juristes et spécialistes du droit de la concurrence, l'affaire *Microsoft* a également fait date. Sur le plan de la politique fédérale antitrust, un signal important a été envoyé. C'était la première fois depuis presque vingt ans que le gouvernement fédéral lançait des poursuites sur le fondement de l'article 2 du *Sherman Act*, signifiant ainsi sa volonté de réactiver cet instrument de contrôle et de protection des marchés. Bien qu'à l'issue du litige, *Microsoft* ait conservé son quasi-monopole sur le marché des systèmes d'exploitation et que les remèdes négociés aient été jugés insuffisants (cf. Hovenkamp H., *The Antitrust*

Enterprise - Principle and Execution, Harvard Univ. Press, 2005, p. 298), l'affaire a été perçue comme une importante victoire du *Department of Justice*. Le gouvernement a démontré qu'il pouvait obtenir la condamnation rapide d'un fleuron de l'économie américaine pour monopolisation, effaçant ainsi le souvenir du cuisant échec subi lors de l'affaire *IBM*, trente ans auparavant (cf. Melamed D. et Rubinfeld D., préc., p. 302). Sur le plan de l'analyse et du droit antitrust, la décision de la Cour d'appel du District de Columbia de juin 2001 s'inscrit dans la lignée des arrêts importants du droit américain de la concurrence, par la qualité de l'analyse antitrust proposée, mais aussi par la volonté de la Cour de rationaliser et de systématiser une partie du droit de l'article 2 du *Sherman Act* qui, jusqu'à cette date, n'avait pas fait l'objet d'analyses très fouillées (Waller W. S., *Microsoft and Trinko : A Tale of Two Courts*, Utah L. Rev., 2006, pp. 901 et s.).

5. L'affaire *Microsoft* marque donc une étape importante dans l'histoire de l'antitrust américain. Elle a largement alimenté la réflexion des autorités américaines concernant les pratiques unilatérales et en particulier celles se déroulant sur les marchés des nouvelles technologies. Mais son influence apparaît surtout dans la jurisprudence des Tribunaux fédéraux : bien que le droit de la monopolisation se fonde sur l'article 2 du *Sherman Act*, il demeure pour l'essentiel un droit de *common law*, marqué par le système du précédent. La décision rendue par la Cour d'appel du District de Columbia de juin 2001 est régulièrement reprise et contribue ainsi à faire évoluer le contentieux de la monopolisation. Les apports sont variés et concernent aussi bien les questions liées à la « *nouvelle économie* » (I) que celle liées aux aspects plus généraux du droit de la monopolisation (II).

>

I. – LES APPORTS CONCERNANT LA « NOUVELLE ÉCONOMIE »

A. – L'affirmation d'une application classique des règles à la « nouvelle économie »

6. Le terme « nouvelle économie » désigne généralement une diversité de marchés dans lesquels l'innovation, la création et l'exploitation de droits de propriété intellectuelle, les changements technologiques rapides, tiennent une place centrale (Gavil A. E., Kovacic W. E. et Baker J. B., *Antitrust Law in Perspective*, Thomson/West 2002, pp. 1062 et s.). Ces thèmes ont été placés au centre des débats de l'affaire *Microsoft*, l'entreprise défenderesse ayant invoqué à plusieurs reprises la spécificité de la nouvelle économie pour justifier sa situation ou son comportement.

7. Microsoft avait en effet fondé toute une partie de sa stratégie sur l'idée selon laquelle les principes classiques du droit antitrust n'avaient pas vocation à s'appliquer à son comportement (ou, à tout le moins, devaient s'y appliquer avec souplesse). Selon la défenderesse, ces principes étaient basés sur des mécanismes d'analyse statiques ou démodés qui s'adaptaient mal au particularisme de la nouvelle économie. Ainsi, ne pouvant pas sérieusement contester l'existence d'un pouvoir de monopole sur le marché des systèmes d'exploitation, Microsoft avait souligné l'instabilité et le dynamisme des marchés des hautes technologies, où les rivaux peuvent s'imposer rapidement s'ils proposent un meilleur produit. Dans ce contexte, l'entreprise défenderesse estimait ne pas être en mesure d'exercer son pouvoir de marché parce qu'elle devait s'efforcer d'anticiper rapidement et de résister à la concurrence de futurs rivaux. L'argument fut rejeté par la Cour d'appel qui, si elle a admis qu'une telle concurrence schumpétérienne pouvait exister, c'était à la condition que le marché pertinent ne soit pas protégé par des barrières à l'entrée, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

8. Microsoft avait également cherché à justifier certaines de ses pratiques destinées à protéger sa position en se fondant sur le droit de la propriété intellectuelle (First H., *Microsoft and the Evolution of the Intellectual Property Concept*, *Wisconsin L. Rev.*, 2006, pp. 1369 et s.). Des clauses contractuelles incluses dans les licences consenties par Microsoft aux constructeurs d'ordinateurs avaient pour effet de restreindre les opportunités de l'entreprise concurrente Netscape de distribuer son logiciel de navigation. Micro-

soft estimait que les restrictions étaient justifiées car, en les imposant, elle n'avait fait qu'exercer ses droits de détenteur de copyrights. Pour l'entreprise défenderesse, dès lors que des droits de propriété intellectuelle avaient été acquis légalement, leur exercice ultérieur ne pouvait donner lieu à une mise en cause sur le fondement du droit de la concurrence. L'argumentation de Microsoft fut rejetée par la Cour d'appel. Selon elle, Microsoft avait pleinement le droit de jouir de ses droits de propriété intellectuelle, sous réserve que ceux-ci, à l'instar des autres droits de propriété, ne violent pas les lois de la concurrence. Dans ce cas, une application des règles antitrust s'avérait nécessaire.

9. Bien que la question de l'application des règles antitrust aux marchés de l'innovation ou à la propriété intellectuelle ne soit pas nouvelle, l'affaire *Microsoft* a permis de relancer le débat et de poser les problématiques en des termes

Dans l'affaire *Microsoft*, il a été jugé pour la première fois que les effets de réseau pouvaient constituer des barrières à l'entrée.

plus actuels. En refusant de valider l'approche retenue par Microsoft, la Cour a donc posé clairement le principe selon lequel les règles antitrust devaient être appliquées sans connaître d'assouplissements particuliers aux marchés de la nouvelle économie. La Cour a toutefois indiqué qu'une application plus fine du droit de la concurrence était possible, pour tenir compte de circonstances particulières. Mais en aucun cas, il n'était question d'appliquer les principes antitrust selon des standards différents, comme l'avait proposé Microsoft. Les règles du droit antitrust américain sont en effet suffisamment souples et subtiles pour permettre une adaptation aux faits (cf. Posner R., *Antitrust in the New Economy*, *Antitrust L. J.*, vol. 68, 2001, pp. 925 et s.). Ce principe a été affirmé ultérieurement par la Cour suprême (cf., par ex., *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 US 1 (2006)) et repris en avril 2007 dans les recommandations de l'*Antitrust Modernization Commission*, organe chargé de réfléchir à l'amélioration et la modernisation du droit américain de la concurrence (cf. AMC, chap. I.A : *Antitrust Law and the « New Economy »*, sur le site Internet de l'AMC).

B. – La consécration judiciaire des « effets de réseau »

10. Des « effets de réseau » sont souvent observés sur les marchés relevant de la nouvelle économie (Fox E. M., *What is Harm to Competition?* *Antitrust L. J.*, vol. 70, 2002, pp. 371 et s.). La doctrine économique désigne généralement le réseau comme l'ensemble des utilisateurs de produits répondant à un standard technique commun, propre à un système donné, étant précisé que la compatibilité n'est possible qu'entre les produits du réseau (*Antitrust in the Information Age : Section 2 Monopolization Analyses in the New Economy*, *Harvard L. Rev.*, vol. 114, 2001, n° 5, p. 1630). Dès que le produit peut être connecté avec celui d'un autre utilisateur, il acquiert de la valeur et celle-ci s'accroît avec le nombre d'utilisateurs constituant le réseau (Hovenkamp H., *The Monopolization Offense : Ohio State L. J.* vol. 61, 2000, p. 1047). Un produit bénéficie d'un important effet de réseau si un grand nombre d'utilisateurs utilisent celui-ci. Plus le phénomène prend de l'ampleur, et plus il sera difficile pour l'utilisateur du réseau de choisir des produits qui ne seraient pas compatibles avec le réseau. Les coûts que supportent les consommateurs pour quitter le réseau sont très importants et font d'eux une clientèle très difficilement « délogeable » pour les nouveaux entrants.

11. Dans l'affaire *Microsoft*, il a été jugé pour la première fois que les effets de réseau pouvaient constituer des barrières à l'entrée. Le *Department of Justice* avait estimé, pour établir l'existence d'un pouvoir de monopole de Microsoft, qu'un tel effet de réseau existait du fait de la formidable attraction du système Windows. Selon le gouvernement, la plupart des consommateurs préféraient des systèmes d'exploitation pour lesquels un éventail élevé de logiciels ont déjà été créés, tandis que les concepteurs de logiciels préféraient développer des logiciels pour lesquels il existait une large base de consommateurs. Microsoft avait, pour sa part, contesté cette théorie, indiquant qu'il s'agissait là simplement du résultat de la popularité du système Windows. La Cour de district, puis la Cour d'appel validèrent la thèse du gouvernement et confirmèrent l'existence d'un tel effet de réseau qui contribuait à fermer le marché des systèmes d'exploitation. Ce faisant, l'idée selon laquelle des effets de réseau pouvaient former des barrières à l'entrée, jusqu'ici contestée, a été définitivement admise. Le concept est désormais fréquemment repris par les plaideurs dans les affaires de monopolisation (Melamed D. et Rubinfeld D., préc., p. 303).

II. – LES APPORTS CONCERNANT LE DROIT COMMUN DE LA MONOPOLISATION

A. – Le recul de l'infraction *per se* en matière de ventes liées

12. L'affaire *Microsoft* a marqué une étape importante s'agissant de l'appréciation des ventes liées. Lors du procès, le *Department of Justice* avait mis en cause la pratique de Microsoft, consistant à vendre son système d'exploitation lié avec son navigateur Internet Explorer. Aux États-Unis, les ventes liées ont longtemps été stigmatisées. L'effet de levier a été reconnu en tant que restriction de concurrence dès les débuts du droit antitrust, ce qui a fait du contrat couplé une infraction prohibée *per se*. Sous l'influence de l'École de Chicago, la nocivité des accords liés a cependant été contestée et l'existence d'effets pro-concurrentiels a été avancée (Gavil A. E., Kovacic W. E. et Baker J. B., préc., pp. 710 et s.).

13. En première instance, les ventes liées de Microsoft avaient été jugées illégales. Selon la Cour de district, la pratique avait permis à Microsoft d'étendre sa position de monopoliste sur le marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels au second marché des logiciels de navigation. Or, en appel, la solution fut infirmée. La Cour d'appel jugea que la vente liée avait été considérée à tort comme une infraction *per se*, alors qu'il apparaissait plus prudent, dans un secteur technologique émergent, de la soumettre à la règle de raison. La Cour fit ainsi valoir que des effets pro-concurrentiels semblaient exister pour le plus grand avantage du consommateur en termes de prix et de confort d'utilisation.

14. Au-delà de la spécificité du marché en cause, la décision *Microsoft* a été un signal important ayant permis d'amorcer un mouvement en faveur d'une plus grande tolérance à l'égard des ventes liées (cf., en ce sens, Melamed D. et Rubinfeld D., préc., p. 309). Elle a consacré un net recul de l'infraction *per se* puisque, par la suite, les allégations de ventes liées illégales ont rarement été admises par les juridictions fédérales (cf., *par ex.*, Abraham v. Intermountain Health Care Inc., U.S. 10th Circuit Court of Appeals 2006), tandis que la Cour suprême a semblé s'orienter clairement vers une analyse plus raisonnable de ces pratiques (Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc., 547 U.S. 1, 2006).

B. – Le durcissement concernant les pratiques d'exclusivité mises en œuvre par les entreprises dominantes

15. Les contrats d'exclusivité ont également été au cœur des débats de l'affaire *Microsoft*. Ces pratiques sont envisagées avec une certaine faveur par le droit antitrust moderne qui les appréhende sous l'angle de la règle de raison. Elles peuvent néanmoins se révéler nocives lorsque la structure du marché est trop affaiblie ou lorsqu'elles sont mises en œuvre par une entreprise dominante, sans justification (Carlton D. W., *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal - Why Aspen and Kodak Are Misguided*, Antitrust L. J., vol. 68, 2001, pp. 659 et s.). C'était la thèse du *Department of Justice* qui, en se fondant sur les articles 1 et 2 du *Sherman Act*, reprochait à Microsoft d'avoir exclu Netscape du marché des logiciels de navigation sur Internet *via* les exclusivités conclues avec les principaux fournisseurs d'accès à Internet et avec d'autres acteurs du secteur.

Au-delà de la spécificité du marché en cause, la décision *Microsoft* a été un signal important ayant permis d'amorcer un mouvement en faveur d'une plus grande tolérance à l'égard des ventes liées.

16. La plainte du gouvernement fondée sur l'article 1 du *Sherman Act* fut rejetée. La Cour de première instance, puis la Cour d'appel, relevèrent qu'il n'avait pas été démontré que les accords d'exclusivité verrouillaient plus de 40 % de parts du marché des navigateurs, seuil jugé déterminant pour pouvoir mettre en œuvre la prohibition de l'article 1. En revanche, la Cour de première instance et la Cour d'appel considérèrent que les exclusivités exigées par Microsoft violaient l'article 2 du *Sherman Act*. Selon la Cour de district, puis la Cour d'appel, la conclusion par une entreprise dominante de contrats d'exclusivité pouvait, en certaines circonstances, constituer une infraction de monopolisation, alors même que le seuil de 40 % de parts de marché conditionnant la mise en œuvre de la prohibition de l'article 1 n'avait pas été franchi. En l'espèce, les juges estimèrent qu'en obtenant l'exclusivité des principaux fournisseurs d'accès à Internet, Microsoft avait privé Netscape d'un important canal de distribution. Or, l'atteinte

à la concurrence ayant été démontrée, Microsoft n'avait pu fournir d'explications réellement satisfaisantes pour justifier l'élaboration de cette stratégie.

17. Jusqu'à la décision rendue par la Cour d'appel, l'article 2 du *Sherman Act* était peu utilisé pour mettre en cause les accords d'exclusivité conclus par les entreprises dominantes. À la suite de l'affaire *Microsoft*, le texte a été mis en œuvre plus fréquemment dans cette optique. Alors qu'il était devenu difficile d'obtenir gain de cause sur le fondement de l'article 1, les juridictions se sont montrées plus réceptives aux théories des plaignants. Ces derniers ont alors pu obtenir plus facilement qu'auparavant la condamnation des entreprises dominantes lorsque celles-ci étaient incapables d'offrir des justifications pro-concurrentielles à l'utilisation des clauses d'exclusivité, alors même que le marché n'est pas substantiellement verrouillé (United States v. Dentsply International Inc., n° 03-4097, 3rd Cir., 2005).

C. – L'élaboration d'un test original pour identifier les comportements contraires à l'article 2 du *Sherman Act*

18. À l'instar des différents droits européens, les textes fondant le droit américain de la monopolisation sont très généraux et celui-ci souffre de ne pas disposer d'un standard véritablement clair pour distinguer ce qui est illégal, au sens de l'article 2, de ce qui ne l'est pas (Hovenkamp H., *The Antitrust Enterprise*, préc., pp. 150 et s.). La question se pose de manière récurrente, s'agissant des pratiques d'exclusion. Toute la difficulté réside dans le fait que les pratiques agressives mais concurrentielles conduisent souvent à exclure des concurrents. Or, la jurisprudence n'est pas parvenue à offrir des critères bien définis permettant de séparer les comportements souhaités de ceux qui évincent abusivement les rivaux. Néanmoins, depuis quelques décennies, la doctrine et les juridictions fédérales ont tenté d'élaborer des « tests » destinés à identifier les pratiques d'exclusion illégales (cf. les auditions menées conjointement par le *Department of Justice* et la *Federal Trade Commission*, et les débats qui ont eu lieu sur ce thème : US DOJ and FTC Hearings on Section 2 of the Sherman Act : Single-Firm Conduct as Related to Competition, 2006-2007). Aucun de ces tests n'est réellement satisfaisant, mais ils s'avèrent utiles pour certaines pratiques spécifiques et récurrentes (cf. Hawk B. E., À propos de la « concurrence par les mérites » : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du *Sherman Act*, Concurrences 3-2005, p. 35).

19. Dans l'affaire *Microsoft*, la Cour d'appel a élaboré un nouveau test pour identifier les pratiques d'éviction contraires à l'article 2 du *Sherman Act*. Face à la complexité du cas, et pour ne pas risquer d'adopter une décision pouvant avoir des conséquences néfastes pour le consommateur en réduisant l'innovation, la Cour d'appel a tenté de concevoir un test de « *mise en balance* », s'inspirant clairement de la règle de raison utilisée dans le cadre de l'article 1 du *Sherman Act*. Le test prévoit plusieurs étapes : le plaignant doit d'abord démontrer que la pratique heurte la concurrence, et pas uniquement les concurrents ; ensuite, le plaignant doit mettre en évidence les effets anticoncurrentiels de la pratique ; si tel est le cas, il appartient alors au défendeur d'apporter des justifications proconcurrentielles à son comportement ; si le défendeur parvient à apporter de telles justifications, la charge de la preuve rebascule sur le plaignant, qui doit démontrer que la pratique anticoncurrentielle cause plus de tort que de bien à la

concurrence (Gavil A. E., Kovacic W. E. et Baker J. B., préc., p. 916). Les parties sont donc invitées à étudier en profondeur les effets de la pratique litigieuse, afin de proposer des arguments convaincants qui puissent résister à la mise en balance. La Cour d'appel a visiblement voulu bâtir une méthodologie simple et fonctionnelle, en structurant l'analyse. Le test reflète une vision prudente du droit de la monopolisation qui rejette une application « *en aveugle* » et accorde une véritable place à l'analyse des effets au cas par cas.

20. Par la suite, cette méthodologie a été utilisée plusieurs fois par les juridictions (*MetroNet Services Corp. v. U.S. West Communications*, 325 F.3d 1086 (9th Cir. 2003)), le gouvernement (lorsque celui-ci s'est adressé à la Cour suprême en tant qu'*amicus curiae* lors de l'affaire *Trinko* : 540 U.S. 398 (2004)) ou la *Federal Trade Commission* (cf. FTC, Opinion of the Commission, In re : Rambus Inc., FTC Docket n° 9302 (2 août 2006)). L'*Antitrust Modernization Commission* a également mis en avant l'importance du test conçu dans l'affaire *Microsoft*. Dans son rapport d'avril 2007, alors

que la question de la trop grande généralité de l'article 2 du *Sherman Act* était posée, la Commission a considéré qu'un amendement de la loi était inopportun. Selon elle, le texte ne doit pas être complété, afin de conserver sa flexibilité. Il a simplement été recommandé de continuer à recourir aux standards d'analyse élaborés par les juridictions pour déterminer si tel comportement est illégal ou non. À ce propos, l'*Antitrust Modernization Commission* a souligné l'utilité du test élaboré par la Cour d'appel du District de Columbia pour identifier les pratiques d'exclusion pour lesquelles le caractère anticoncurrentiel n'apparaît pas de manière patente (AMC, Rapport préc., spéc. chap. I.C : Exclusionary Conduct). L'influence de l'affaire *Microsoft* sur le droit américain de la monopolisation est de nouveau mise en exergue. Son évocation dans des développements consacrés à la modernisation et à l'avenir du droit antitrust des États-Unis laisse supposer que la décision de la Cour d'appel du district de Columbia fera encore beaucoup parler d'elle... ♦

