

# Le procès Microsoft : un « thriller » économique

**HERVÉ DUMEZ**

Directeur de Recherche au CNRS \*

**Le procès Microsoft fera date dans l'histoire du droit de la concurrence. Ses épisodes décisifs auront été les affrontements entre économistes, défenseurs de conceptions radicalement opposées de la nature des innovations et des marchés pertinents dans la « nouvelle économie ». Alors que le dossier de la firme de Bill Gates semblait assez solide au départ, l'affaire tourna pour elle à la débâcle. Si cet événement confirme que les autorités et l'opinion américaines ne plaisent pas avec la législation anti-trust, il révèle aussi des aspects nouveaux du comportement des entreprises et des rapports de force dans l'univers des technologies de l'information. Analyse et dramaturgie du procès.**

Lorsque, le 19 octobre 1998, s'ouvre le procès<sup>1</sup> qui oppose le Département de la Justice et 19 États américains à Microsoft, Bill Gates peut se sentir en confiance. Un an plus tard, le 5 novembre 1999, tombent pourtant les *findings of facts*<sup>2</sup> du juge Thomas Penfield Jackson énonçant qu'à son avis,

Microsoft a commis dans les années 1995 et 1996 des violations graves et répétées des lois anti-trust. Alors qu'un médiateur est nommé, tout devient envisageable, y compris le démantèlement de la firme de Redmond, à l'instar de ce qui s'était passé pour AT&T, il y a près de vingt ans.

Ce procès est la plus importante affaire de concurrence qu'aient connue les Etats-Unis dans les années 90. C'est surtout une défaite cuisante pour les tenants de la « nouvelle économie de la concurrence ». Pour eux, les marchés actuels – en particulier ceux sur lesquels des innovations majeures se succèdent à un rythme rapide – se caractérisent par de nouvelles formes de concurrence. Dès lors, les dispositions traditionnelles du droit de la concurrence seraient frappées d'obsolescence. L'affaire Microsoft devait être l'occasion d'illustrer cette thèse. Mais l'issue du procès déçut ces espérances.

## LA POSITION DE MICROSOFT

Selon Microsoft, la concurrence dans l'industrie du logiciel, comme dans les autres industries de haute technologie, est de type « paradigmatique » : une entreprise développe un nouveau type de logiciel et le met sur le marché ; elle est imitée par un ensemble de concurrents ; le meilleur produit emporte la part du lion, les autres étant éliminés ou cantonnés dans une niche particulière ; la période du paradigme commence donc par une violente bataille concurrentielle, suivie d'une phase de mono-

<sup>1</sup> Il s'agit d'un procès antitrust civil, sans jury, le juge décidant seul. Voir H. Dumez, « Un aspect méconnu du dispositif antitrust aux USA : les litiges privés », *Chroniques d'Actualité de la SEDEIS*, n° 8, 15 août 1988.

<sup>2</sup> Les *findings of facts* sont la synthèse dans laquelle le juge formule sa vision du cas et va asseoir son jugement. Entre eux et le jugement, des négociations ont lieu pour aboutir à un éventuel règlement à l'amiable. Elles sont en cours actuellement.

\* Centre de recherche en gestion, Ecole polytechnique.

pole de fait ; ce dernier n'est pas ébranlé par une nouvelle concurrence dans le cadre du paradigme lui-même, mais par l'apparition d'un nouveau paradigme, reposant sur une nouvelle innovation majeure ; les firmes qui ont perdu la bataille du premier paradigme se préparent activement pour le suivant. Cette conception de la concurrence est assez proche des analyses de l'école autrichienne<sup>3</sup>.

L'histoire de Microsoft peut alors se lire comme celle d'une firme innovante qui a gagné successivement une série de batailles paradigmatiques. La première, en 1981, fut celle des systèmes d'exploitation pour les ordinateurs personnels, avec le lancement de MS-DOS. Adopté par IBM, ce système s'imposa comme le standard de base, reléguant les autres dans des positions de niche. En 1985, Microsoft lance Windows, qui offre au consommateur une facilité d'utilisation accrue. Répondant au MacIntosh d'Apple, elle introduit Windows 95, un système d'exploitation aussi convivial que son rival, qui rencontre un immense succès et confère à la firme un monopole de fait. Enfin, Microsoft prend avec succès le virage d'Internet avec Explorer et Windows 98.

Chacune de ces innovations s'est traduite par un monopole, octroyé par les choix des consommateurs, mais constamment menacé par de nouvelles innovations paradigmatiques. Selon Microsoft, parler d'abus de position dominante dans un tel cas de figure n'aurait pas de sens. Et la condamner pour entrave à la concurrence reviendrait à pénaliser la firme la plus innovante du marché au nom d'une conception désuète du droit.

Cette ligne de défense fut notamment mise au point par l'économiste choisi par Microsoft pour la défendre, Richard Schmalensee,

professeur d'économie au MIT, doyen de la Sloan School of Management, ancien membre du Comité des conseillers économiques de la Maison blanche dans les années 80.

La position de la firme semblait donc solide au début du procès. Mais après quelques mois, la situation s'était retournée : « Microsoft est en train de se tirer dans le pied », affirmait Stanley Liebowitz, un économiste de l'Université de Dallas, représentant de l'école autrichienne, à l'issue de l'audience du 8 février 1999. En fait, la phase judiciaire se déroula en trois temps : les audiences des témoins à charge contre Microsoft, puis celles des témoins cités par la défense, enfin l'affrontement des six derniers témoins. Comme l'avait noté avec justesse l'avocat Stephen Axinn, « dans un procès antitrust, c'est au moment où les plaignants présentent leur position que la défense doit gagner. Elle a très peu de chance de gagner ensuite, lorsqu'elle exprime la sienne ».

Or la firme de Bill Gates ne gagna pas la première manche, et perdit nettement les deuxième et troisième. L'homme qui l'abattit fut David Boies, un avocat engagé par le Département de la Justice pour mener l'attaque.

### L'ANALYSE DES PLAIGNANTS

Deux économistes furent mobilisés par le Département de la Justice, Franklin Fisher et Frederick Warren-Boulton<sup>4</sup>. Le dernier, après avoir été *chief economist* dans ce Département de 1983 à 1989, est entré dans un cabinet spécialisé dans l'économie de la concurrence. Le premier est professeur au MIT, donc un collègue de Schmalensee, et même son ancien professeur.

Ils vont s'efforcer de démontrer que Microsoft est en situation de quasi-monopole sur le marché des systèmes d'exploitation pour les micro-ordinateurs équipés d'une puce Intel. Sans pouvoir prouver que l'entreprise pratique un prix de monopole, ils estiment que le test utilisé par les autorités américaines pour déterminer

l'existence d'un monopole est positif dans son cas : personne, en l'état actuel des choses, n'est capable de venir lui prendre des parts du marché des systèmes d'exploitation si elle augmente les prix de Windows de 10 %. Par ailleurs, des indices montrent que Microsoft peut exploiter cette position : les systèmes d'exploitation sont le seul composant d'un micro-ordinateur dont le prix ait augmenté ces dernières années. De plus, lorsqu'elle a sorti Windows 98, elle n'a pas baissé le prix de Windows 95, qu'elle aurait dû brader dans une situation de concurrence normale. Enfin, elle discrimine selon le comportement plus ou moins coopératif de ses clients. Compaq, qui collabore étroitement avec elle et accède facilement à ses demandes, bénéficie de prix plus intéressants qu'IBM, qui a tendance à faire de la résistance.

Mais surtout, selon le Département de la Justice, Microsoft a abusé de son monopole pour bloquer l'innovation de concurrents potentiels. A la base de l'accusation, les relations avec Netscape. Lorsque Internet se met en place, les usagers ont l'habitude de se raccorder directement aux services qui les intéressent. Or, en 1993, apparaît une innovation « paradigmatique » : les premiers moteurs de recherche permettant d'atteindre des sites sur tout le réseau à partir d'une interrogation thématique. En décembre 1994, Netscape met sur le marché Navigator qui, en quelques mois, s'im-

<sup>3</sup> L'école autrichienne (Schumpeter, Hayek, etc.) ne conçoit pas le marché comme un mécanisme d'équilibre, mais comme un moteur d'innovation. On pense surtout à Israel Kirzner (1973) : *Competition and Entrepreneurship*, The University of Chicago Press. Pour une courte présentation, voir H. Dumez et A. Jeunemaître, *La concurrence en Europe*, Seuil, 1991.

<sup>4</sup> On connaît le montant des honoraires versés par les 19 États à F. Warren-Boulton : 547 000 dollars. Le coût du procès pour les États est évalué à 2 millions de dollars.

pose et devient la référence. En aucun cas, les moteurs de recherche ne sont des concurrents directs des systèmes d'exploitation. *A priori*, donc, Netscape n'est pas un concurrent de Microsoft. Mais Navigator est compatible avec les différents systèmes d'exploitation. On peut par ailleurs penser qu'à terme, des logiciels vont venir se greffer sur lui – et donc se retrouver directement compatibles avec les divers systèmes d'exploitation existant sur le marché. Un mémorandum daté de fin mai 1995

*Avec 100 millions de dollars par an, Microsoft va développer son moteur de recherche, Explorer, puis tout faire pour que les fabricants l'installent plutôt que Navigator de Netscape*

exprime les craintes de Bill Gates à cette époque : Netscape, dit-il, est bien devenu un concurrent de Microsoft, car sa stratégie a pour effet de banaliser (« *to commoditize* ») les systèmes d'exploitation<sup>5</sup>.

La menace se précise lorsque Sun développe un langage de programmation, Java, lui aussi compatible avec les différents systèmes d'exploitation existant sur le marché, et permettant de développer facilement de nouvelles applications. Si les logiciels, par le biais de ces « *middlewares* » (intermédiaires entre *hardware* et *software*) que sont Navigator ou Java, deviennent compatibles avec n'importe quel système d'exploitation, Microsoft perdra son avantage dans ce créneau, donc sa position de monopole.

Face à une telle menace, la firme de Bill Gates va jouer de tout son pouvoir de marché. Sa stratégie s'oriente d'abord vers les fabricants de micro-ordinateurs (IBM, Compaq, etc.). La position de ceux-ci est *a priori* la suivante : les consommateurs ont besoin, sur leurs machines, d'un système d'exploitation et d'un moteur de recherche. Leurs préférences se portent sur les deux produits phares de ces deux catégories : Windows

de Microsoft et Navigator de Netscape. Ce sont donc les deux produits que les fabricants installent sur leurs machines. Microsoft va développer en quelques années son propre moteur de recherche, Explorer, en y consacrant 100 millions de dollars par an, puis tout faire pour que les fabricants de micro-ordinateurs installent ce dernier plutôt que Navigator. Pour cela, elle décide d'abord de casser le marché en donnant gratuitement Explorer. Mais cela ne suffit pas, dans la mesure où,

pour le consommateur, moteur de recherche équivalait toujours à Navigator. Puisque les fabricants d'ordinateurs ont besoin de fournir à leurs clients Windows, Microsoft leur accorde alors un rabais s'ils s'engagent à charger sur leurs machines Explorer comme moteur de recherche par défaut (celui qui se charge automatiquement lorsque le client ouvre son ordinateur). Elle va encore plus loin avec le système d'exploitation Windows 98, qui comporte Explorer comme partie intégrante inamovible.

Microsoft signe aussi un accord avec AOL (America On Line), le plus puissant des fournisseurs de services Internet. Lorsqu'un client choisit AOL, celle-ci lui remet un kit de connexion Internet. Jusque-là, ce kit comprenait Navigator. AOL décide de favoriser systématiquement Explorer contre Navigator et, en échange, Microsoft installe un lien direct avec AOL sur Windows : quand le client ouvrira son nouvel ordinateur, il pourra ainsi souscrire directement un abonnement avec AOL.

*Pourtant, la concurrence a favorisé le consommateur : il payait pour avoir un moteur ; depuis l'offensive de Bill Gates, on lui en donne deux gratuitement*

Les hommes de Bill Gates pratiquent ce genre de négociation avec les principaux acteurs de la filière informatique – qui dépendent de Microsoft puisqu'ils utilisent Windows. C'est ce qu'ils appellent le « *troc stratégique* » (*strategic barter*) : vous favorisez systématiquement Explorer contre Navigator et, en retour, nous vous offrons des conditions avantageuses. Les accords vont très loin, puisqu'ils stipulent des pénalités financières si les signataires, malgré leurs efforts pour favoriser Explorer, dépassent un certain pourcentage de clients utilisant Navigator. Par ailleurs, Microsoft développe volontairement un bogue qui déclenche l'ouverture automatique d'Explorer de manière imprévisible lorsque l'utilisateur du micro a débranché Explorer pour faire de Navigator son moteur de recherche par défaut.

Face à Sun, la firme de Redmond joue le maintien de la différenciation : elle développe une version de Java, améliorée sur le plan technique, ne tournant que sous Windows, et incompatible avec les autres versions développées par Sun. Cette dernière lui intentera un procès, qu'elle gagnera, le juge interdisant à Microsoft de mettre sur le marché sa propre version de Java.

Les démarches menées par Microsoft peuvent ne pas être illégales en elles-mêmes. Une entreprise a le droit de signer avec ses clients et fournisseurs des accords avantageux pour les deux parties. Si ces accords désavantagent le concurrent, c'est la loi du genre. Après tout, cette concurrence a favorisé le consommateur : auparavant, il payait pour avoir un moteur de recherche (Navigator) ; depuis l'offensive de Microsoft, on lui en

<sup>5</sup> En anglais, le terme *commodity* désigne un bien indifférencié (comme le blé, l'acier de base ou le pétrole) pour lequel il n'existe pas de différence fondamentale de qualité, le consommateur choisissant sans état d'âme le producteur qui lui offre le meilleur prix.

donne deux gratuitement (Navigator et Explorer).

Mais le problème clef est celui du pouvoir de marché : ce qui est autorisé pour une entreprise disposant d'une part de marché minoritaire ne l'est pas pour un monopole cherchant à défendre sa position face à une concurrence émergente. Ce sera l'un des points cruciaux du procès. Microsoft, avec sa théorie de la concurrence paradigmatique, s'est d'ailleurs peu – et mal, comme on le verra – battue sur ce point.

### ACTE I : UNE VIDÉO ET UN COUP DE THÉÂTRE

Le procès se déroule avec ses rebondissements, ses coups de théâtre, sa progression vers le dénouement. Chacune des parties présente ses témoins, que l'autre passe sur le grill (*cross examination*). L'une et l'autre ont le droit, à la fin du procès, de nommer trois témoins à décharge (*rebuttal witnesses*).

On commence par visionner, le 5 novembre, une vidéo de Bill Gates. Parmi les allégations du PDG de Microsoft, certaines sont ouvertement fausses. Il déclare par exemple qu'il n'était pas au courant des projets de Netscape en juin 1995. Or la justice a saisi un e-mail de lui, daté de trois semaines auparavant, et manifestant son inquiétude sur les intentions de Netscape. De même, il nie farouchement avoir fait pression sur IBM pour que celle-ci cesse son soutien à Java, alors qu'un autre e-mail de lui montre le contraire. Cette vidéo laissera la plus mauvaise impression.

Néanmoins, les choses ne vont pas si mal pour Microsoft. Les témoignages des dirigeants de firmes appelées par le Département de la Justice, notamment celui des PDG de Netscape et d'Apple, ont été

extrêmement sévères, mais ils ne peuvent être recoupés. Franklin Fisher, le dernier des témoins invoqués par l'accusation, est forcé d'admettre que l'intégration d'Explorer dans Windows et sa vente gratuite ont malgré tout profité au consommateur, même si le choix de ce dernier a été restreint. Mais les avocats de Microsoft n'ont pas réellement réussi à saper la position des plaignants. A plusieurs reprises, ils ont irrité le juge Jackson en faisant traîner les interrogatoires, sans parvenir à mettre en difficulté les témoins de la partie adverse.

Le coup de théâtre intervient le 23 novembre : la presse annonce le rachat de Netscape par AOL

et la signature d'une alliance entre AOL/Netscape et Sun. Microsoft pavoise : on l'accuse d'avoir pratiqué des prix prédateurs en poussant Netscape à la ruine, et celle-ci vient d'être achetée pour plus de dix milliards de dollars. Par ailleurs, alors que l'accord passé entre AOL et Microsoft était censé être anticoncurrentiel, AOL vient de constituer un puissant concurrent potentiel de Microsoft. Même si cette fusion ne peut jouer directement dans l'interprétation de faits antérieurs, elle semble affaiblir la thèse des plaignants.

### ACTE II : UN ÉCONOMISTE EN DÉROUTE

Le 13 janvier 1999, entre en scène l'économiste Richard Schmalensee, le premier des témoins cités par Microsoft. Son audition va tourner à la débâcle. Schmalensee commence par présenter son analyse du marché pertinent. Pour lui, le marché des systèmes d'exploitation n'existe pas : c'est entre les plates-formes (comprenant les serveurs, les stations de travail, les machines permettant de se raccorder à Inter-

net) que la concurrence s'exerce. C'est le juge lui-même qui interrompt Schmalensee : dans un autre procès, opposant Bristol Technologies à Microsoft, en octobre 1998, soit moins de quatre mois auparavant, l'économiste, cité comme témoin, a affirmé devant la Cour que la plate-forme proposée par Bristol n'était pas concurrente des systèmes d'exploitation vendus par Microsoft<sup>6</sup>. Comment, demande le juge Jackson, le témoin peut-il se contredire à ce point ? Parce que, répond Schmalensee, Java et Netscape ont introduit

entre-temps des systèmes potentiellement concurrents des systèmes d'exploitation. Certes, répond le juge, mais alors pourquoi la

plate-forme de Bristol ne l'était-elle pas ? Parce qu'elle ne permettait pas de développer de nouveaux logiciels, répond Schmalensee, peu convaincant.

On en vient à la position dominante de Microsoft sur le marché. Selon Schmalensee, Microsoft est sous la pression constante d'une menace concurrentielle, ce qui lui ôte tout pouvoir de marché. David Boies, représentant le Département de la Justice, l'interroge : mais où sont les entrants potentiels dans le cas des systèmes d'exploitation ? Schmalensee : la caractéristique du marché des logiciels est que les entrants potentiels peuvent venir de partout. Oui, répond Boies, mais en douze ans, aucun n'est apparu. Il est vrai, concède finalement Schmalensee, que les concurrents existants ne constituent pas la contrainte essentielle sur les prix de Microsoft.

Dans un article de la *Harvard Law Review*, poursuit Boies, vous avez écrit : « Des profits excessifs et persistants constituent une bonne indication d'un pouvoir de marché de long terme... Ils montrent clairement qu'il existe un obstacle

<sup>6</sup> En plus du procès principal, Microsoft avait en cours trois autres procès : avec Bristol, Sun et Caldera. Ce fut l'une des difficultés de sa défense : les contradictions potentielles constituaient un risque permanent. De plus, si un des juges arbitrait contre elle, elle risquait l'effet boule de neige. C'est ce qui s'est finalement passé, et on s'attend maintenant à de nouveaux procès en série.

Aujourd'hui,  
je me demande :  
« comment ai-je pu  
penser cela ? »

à l'imitation par d'autres de la firme en cause ». Comment Schmalensee peut-il concilier cette analyse avec sa position dans l'affaire Microsoft ? Cet article date de seize ans, répond l'économiste, aujourd'hui je me demande : comment ai-je pu penser cela ?

Après la définition du marché, l'analyse du pouvoir de marché, on en vient au comportement de Microsoft. Schmalensee cite une enquête faite auprès de développeurs de logiciels. Elle montre que l'intégration d'Explorer dans Windows est considérée par 85 % d'entre eux comme un point positif pour leur travail, et par 83 % comme un bienfait pour le consommateur. Boies cite alors un e-mail de Bill Gates, saisi par la justice. A l'époque (14 février 1998), Gates, qui allait être auditionné par une commission sénatoriale, écrivait : « Cela m'aiderait énormément si je pouvais disposer d'une enquête montrant que 90 % des développeurs de logiciels estimaient positive l'intégration du moteur de recherche au système d'exploitation ». Un autre e-mail d'une responsable de Microsoft déconseillait fortement d'utiliser pour la défense de l'entreprise une enquête aussi fortement biaisée...

Pour couronner le tout, Microsoft projette une vidéo d'un de ses dirigeants, James E. Allchin. Boies arrive à démontrer que cette bande a été trafiquée.

### ACTE III : UNE DÉFENSE MALADROITE

Le procès marque alors une pause. En juin 1999, les auditions reprennent avec les témoins à décharge. Microsoft a pris tous les risques : d'abord, elle a choisi de ne pas auditionner le Pdg d'AOL, qui aurait pu s'expliquer sur le rachat de Netscape, mais le dirigeant d'AOL qui avait été cité à charge par le Département de la Justice

dans la première partie du procès ; d'autre part, Schmalensee revient, et Microsoft espère que son témoignage sera meilleur que le précédent ; enfin, la firme cite le Pdg d'un de ses clients, Symantech. Pour le Département de la Justice témoigneront l'économiste Franklin Fisher, Edward Felten, professeur d'informatique à Princeton, et Garry Norris, d'IBM. C'est la première fois qu'un fabricant d'ordinateurs accepte de témoigner contre Microsoft.

Le ton monte très vite. Fisher fait une sortie violente contre son collègue et ancien élève. Expliquer, dit-il, comme le fait Schmalensee, que Microsoft ne dispose pas d'un pouvoir de monopole parce qu'elle a dû attaquer Netscape, c'est de la bouillie conceptuelle (*muddled thinking*). Felten est ensuite appelé. Dans la première partie du procès, il était venu déclarer qu'il avait réussi à séparer le système d'exploitation et le moteur de recherche dans Windows 98, après des manipulations compliquées. Microsoft apporte un micro-ordinateur à l'audience et lui demande de faire tourner son Windows modifié – mais Felten n'y réussit pas. La ligne de défense de Microsoft est désormais : l'intégration entre système d'exploitation et moteur de recherche s'imposait pour des raisons de sécurité car elle limite la possibilité d'attraper des virus par le biais de la connexion Internet. Felten réplique : aucun système n'est sûr de ce point de vue. Il est possible que l'intégration diminue un peu le risque, mais si la sécurité est la préoccupation de Microsoft, le client qui veut une sécurité absolue doit pouvoir acheter un système d'exploitation seul, sans moteur de recherche. Dans la première partie du procès, un dirigeant de Boeing

avait d'ailleurs témoigné dans ce sens : l'avionneur, pour des raisons de sécurité, avait demandé à Microsoft – sans succès – la possibilité d'acheter Windows 98 sans Explorer.

*C'est la première fois qu'un fabricant d'ordinateurs accepte de témoigner contre Microsoft*

L'audition de Colburn se passe mal pour Microsoft. Le dirigeant d'AOL explique qu'il est un homme de terrain, et qu'il n'était absolu-

ment pas au courant des intentions stratégiques de son Pdg lors du rachat de Netscape. L'audition tourne à l'aigre entre le juge et l'avocat de Microsoft, qui tente de poursuivre l'interrogatoire. Vous nous faites perdre notre temps, dit le juge : vous avez la possibilité d'appeler le témoin pertinent, le patron d'AOL, et vous ne l'avez pas fait. Or, ce patron a déclaré dans la presse qu'il n'a pas racheté Netscape pour son moteur de recherche Navigator, qui ne vaut plus rien, mais pour ses activités de commerce électronique et pour la publicité générée par son site. L'essentiel de l'argumentation de Microsoft s'effondre.

Enfin, dernier témoin, Schmalensee revient. Il essaie de montrer que Microsoft a mené une concurrence dure, mais normale, contre Netscape. Deux points sont alors au centre des débats :

1. En donnant Explorer, Microsoft a-t-elle vendu à perte et a-t-elle cherché à sortir Netscape du marché ? Selon Schmalensee, Netscape a pu réaliser des profits sur la publicité liée à son site et sur le commerce électronique, et a finalement peu souffert de devoir donner Navigator pour s'aligner sur Microsoft. Quant à l'éventuelle vente à perte, Schmalensee présente un modèle économétrique mis au point par ses soins, qui montre que Microsoft a pu amortir les coûts de développement de son moteur de recherche en aug-



mentant le prix de Windows 98 de 3 % par rapport à Windows 95. Aussitôt, Boies exploite la faille : le témoin vient de prouver le bien-fondé de la thèse du gouvernement, en montrant que Microsoft, du fait de son monopole, pouvait augmenter ses prix sans problème.

2. Quelle était l'intention de Microsoft en donnant gratuitement son moteur de recherche ? Schmalensee fournit la réponse classique des économistes confrontés à cette question lors d'un procès de concurrence : il est très difficile d'évaluer l'intention d'une firme qui comporte une multitude de dirigeants et de cadres ; par ailleurs, les économistes n'attachent pas une grande importance aux intentions. Il s'attire aussitôt une réponse cinglante de la part du juge Jackson : c'est ce que les Cours font pourtant tous les jours, et il se pourrait que les intentions de Microsoft, telles qu'elles ont pu transparaître pendant ce procès, pèsent lourd dans la décision finale.

### LES LEÇONS DU PROCÈS

Le 5 novembre 1999, le juge Jackson faisait donc savoir, dans ses *findings of facts*, que le marché pertinent, à ses yeux, était celui des systèmes d'exploitation pour micro-ordinateurs équipés d'un microprocesseur Intel, que Microsoft disposait d'un monopole sur ce marché (une part de marché supérieure à 90 % et stable sur au moins dix ans), et qu'elle avait abusé de ce pouvoir de marché en tentant de bloquer des innovations qui pouvaient la menacer. Le juge adopta la théorie de la « barrière à l'entrée des applications » : il est coûteux pour un développeur de mettre au point un logiciel fonctionnant avec plusieurs systèmes d'exploitation ; la tendance naturelle est donc de développer des logiciels pour le système d'exploitation le plus vendu ; en retour, les clients achètent les machines disposant des systèmes d'exploita-

tion compatibles avec le plus grand nombre de logiciels. Il existe donc un cercle vertueux pour Microsoft, qui est un cercle vicieux pour ses concurrents<sup>7</sup>. Tous les comportements de Microsoft, notamment à l'égard de Netscape et de Sun, s'expliquent, selon le juge, par la recherche du maintien de cette barrière.

Au total, ce procès a illustré plusieurs points. Tout d'abord, l'importance du courrier électronique dans la vie des entreprises. La correspondance papier est formelle et prend du temps. Les échanges électroniques sont plus rapides et moins formels. On réfléchit moins avant d'écrire, et on dit plus facilement ce qu'on pense. Les e-mails de Bill Gates, saisis lors de l'enquête, jettent un éclairage sombre sur le personnage : Gates voit sa firme comme menacée en permanence et il semble prêt à tout pour casser ses concurrents potentiels. Dans le procès qui opposait Microsoft à Caldera, on a saisi un e-mail d'un employé de Microsoft : à l'époque, Bill Gates envisageait de créer des bogues volontaires pour handicaper le fonctionnement du logiciel de Caldera. L'employé protesta par courrier électronique : « Je hais ce type de procédé. Il renforce l'image que les utilisateurs ont de nous comme le mal incarné, etc. » Ce type de correspondance, saisie par la justice, a eu un impact considérable sur le déroulement du procès.

Autre point frappant, l'importance du rôle des économistes dans les affaires de concurrence. Malgré l'impression défavorable créée par le comportement de Bill Gates, le dossier de Microsoft n'était pas si mauvais. Celui du Département de la Justice comportait lui aussi des failles. Par exemple, si Microsoft a cassé Netscape en donnant gratuitement Explorer, il est apparu,

au travers du procès, que Netscape vendait déjà Navigator à un prix sans doute inférieur à son coût de développement. Elle se rattrapait financièrement sur d'autres services, de manière à monopoliser rapidement le marché des moteurs de recherche. L'agression concurrentielle de Microsoft n'était pas fondamentalement différente, par nature, du comportement de Netscape. Pourtant, le procès a basculé d'un côté. Dans ce basculement, l'affrontement entre économistes a joué un rôle certain.

En règle générale, dans un procès intenté par la puissance publique à une entreprise, l'avantage en matière d'analyse économique est souvent, dès le départ, du côté de l'attaquant<sup>8</sup>. Dans ce procès, la situation paraissait plus équilibrée au départ. Microsoft avait embauché Richard Schmalensee, économiste industriel de tout premier plan, et son analyse de la concurrence paradigmatique paraissait séduisante et solide. L'affrontement entre deux conceptions de la concurrence fut particulièrement dramatique, puisqu'il opposa le MIT au MIT, le maître à l'élève, et même Schmalensee à lui-même... : il est difficile, pour un économiste qui a publié des articles soutenant le point de vue des autorités de la concurrence plusieurs années auparavant, de défendre une entreprise en situation de monopole.

Quelle que soit, finalement, l'issue de la procédure, force est de constater que le droit de la concurrence reste l'un des fondements essentiels de l'économie américaine (et, plus profondément, de la démocratie américaine elle-même), et qu'un monopole, fût-il le signe d'une incontestable réussite technologique, est toujours susceptible d'être abattu par les autorités américaines. L'Europe

*L'affrontement entre deux conceptions de la concurrence opposa le MIT au MIT, le maître à l'élève...*

<sup>7</sup> Les applications sous Windows sont d'environ 70 000 et à peine de 12 000 pour le Mac-OS d'Apple.

<sup>8</sup> Sur le rôle des économistes dans les affaires de concurrence, voir H. Dumez et A. Jeunemaître : « The Unlikely Encounter between Economics and a Market : the Case of the Cement Industry », in Callon Michel [ed.], *The Law of Markets*, Oxford, The Sociological Review / Basil Blackwell, 1998.